Collection de droit international

34

Olivier CORTEN

L'utilisation du « raisonnable » par le juge international

Discours juridique, raison et contradictions

Préface de Jean SALMON
Professeur émérite de l'Université Libre de Bruxelles

Editions Bruylant
Editions de l'Université de Bruxelles 1997

ISBN 2-8027-1021-4 Bruylant — D / 1997 / 0023/20
ISBN 2-8004-1165-1 Editions de l'Université de Bruxelles — D / 1997 / 0171 / 5
Tous droits de reproduction, même partielle, et de traduction réservés pour tous pays.

© 1997 Etablissements Emile Bruylant
Rue de la Régence 67, 1000 Bruxelles
Editions de l'Université de Bruxelles
Avenue Paul Héger 26, 1050 Bruxelles

Imprimé en Belgique

DANS LA MÊME COLLECTION :

1. *Grotius and the Law of the Sea.*
   Frans De Pauw, 1965, 76 pages.
2. *L'adaptation de la Constitution belge aux réalités internationales.*
   (Actes du Colloque conjoint des 6-7 mai 1965), 135 pages.
3. *La Belgique et le droit de la mer.*
   (Actes du Colloque conjoint des 21-22 avril 1967), 180 pages.
4. *L'immunité de juridiction et d'exécution des Etats.*
   (Actes du Colloque conjoint des 30-31 janvier 1969), 319 pages.
5. *Réflexions sur la définition et la répression du terrorisme.*
   (Actes du Colloque des 19 et 20 mars 1973), 292 pages.
6. *L'imprescriptibilité des crimes de guerre et contre l'humanité.*
   Pierre Mertens, 1974, 230 pages.
7. *Droit humanitaire et conflits armés.*
   (Actes du Colloque du 28 au 30 janvier 1970), 1976, 302 pages.
8. *La protection internationale des droits de l'homme.*
   Varia 1977, 207 pages.
9. *Mercenaires et volontaires internationaux en droit des gens — Prix Henri Rolin 1977.*
   Eric David, 1978, 459 pages.
10. *Le principe de non-intervention : Théorie et pratique dans les relations inter-américaines.*
    Jacques Noël, 1981, 256 pages.
11. *L'effet en droit belge des traités internationaux en général et des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme en particulier. — De directe werking in het Belgisch recht van de internationale verdragen in het algemeen, en van de internationale instrumenten inzake mensenrechten in het bijzonder.*
    (Studiebijeenkomst te — Réunion d'étude à Wilrijk, 7 novembre 1980), 1981, 116 pages.
12. *La conclusion des traités en droit constitutionnel zaïrois.*
    Etude de droit international et de droit interne, Lunda-Bululu, 1984, 456 pages.
13. *Les Etats fédéraux dans les relations internationales.*
    (Actes du Colloque des 26-27 février 1982), 1984, 594 pages.
14. *Exportation d'armes et droit des peuples.*
    Michel Vincineau, 1984, 322 pages.
15. *La compétence extraterritoriale à la lumière du contentieux sur le gazoduc euro-sibérien.*
    Rusen Ergec, 1984, 113 pages.
16. *Les conséquences juridiques de l'installation éventuelle des missiles Cruise et Pershing en Europe.*
    (Actes du Colloque de Bruxelles, 1er-2 octobre 1983), 208 pages.
17. *Les moyens de pression économiques et le droit international.*
    (Actes du Colloque de la S.B.D.I. — Palais des Académies de Bruxelles, 26-27 octobre 1984), 1985, 246 pages.

18. *Le statut juridique des prêts interétatiques dans la pratique belge.*
Luisa Leon Gomez, 1986, 383 pages.

19. *Les droits de l'Homme à l'épreuve des circonstances exceptionnelles.*
Rusen Ergec, 1987, 448 pages.

20. *Colloque international sur la militarisation de l'espace extra-atmosphérique.*
(Bruxelles, 28-29 juin 1986.)
Internationaal Colloquium on the Militarisation of Outer Space.
(Brussels, June 28-29, 1986), 1988, 342 pages.

21. *Henri Rolin et la sécurité collective dans l'entre-deux-guerres.*
Textes choisis et présentés par Michel Waelbroeck et publiés par les « Amis d'Amis d'Henri Rolin a.s.b.l. », 1988, 504 pages.

22. *Le procès de Nuremberg. Conséquences et actualisation.*
(Actes du Colloque international, Université libre de Bruxelles, 24 mars 1987), 1988, 184 pages.

23. *La protection des journalistes en mission périlleuse dans les zones de conflit armé.*
Sylvie Boiton-Malherbe, 1989, 432 pages.

24. *Colloque international sur les satellites de télécommunication et le droit international.*
(Bruxelles, 8 novembre 1988).
International Colloquium on the Telecommunications Satellites and International Law.
(Brussels, November 8, 1988), 1989, 142 pages.

25. *La reconnaissance de la qualité de réfugié et l'octroi de l'asile.*
(Actes de la journée d'études du 21 avril 1989).

26. *Droit d'ingérence ou obligation de réaction ?*
Olivier Corten et Pierre Klein, 1992, 300 pages.

27. *La part du droit dans l'organisation économique internationale contemporaine.*
Essai d'évaluation.
Ghassan Al-Khatib, 1994, 252 pages.

28. *Perspectives occidentales du droit international des droits économiques de la personne.*
Lucie Lamarche, 1995, 528 pages.

29. *Droit d'asile, de l'hospitalité aux contrôles migratoires.*
François Crépeau, 1995, 424 pages.

30. *L'application effective du droit communautaire en droit interne.*
Catherine Haguenau, 1995, 619 pages.

30*bis*. *Colloque sur la Belgique et la nouvelle Convention des Nations Unies sur le droit de la mer.*
(Actes de la journée du 25 novembre 1994, publiés par J. Salmon et E. Franckx) 1995, 174 pages.

31. *Sauve qui veut ? Le droit international face aux crises humanitaires.*
Olivier Paye, 1996, 316 pages.

32. *Le droit communautaire de l'environnement depuis l'Acte unique européen jusqu'à la Conférence intergouvernementale.*
Sophie Baziadoly, 1996, 374 pages.

33. *L'Union européenne et les organisations internationales.*
Réseau Vittoria. Sous la direction de Daniel Dormoy, 1997, 464 pages.

A Barbara

REMERCIEMENTS

Cet ouvrage est le fruit d'un thèse de doctorat menée de 1990 à 1996 à l'Université Libre de Bruxelles. Mes remerciements vont d'abord au Fonds National de la Recherche scientifique et à la Faculté de droit, qui m'ont permis de la réaliser, ainsi qu'au Fonds René Marcq qui a généreusement contribué au financement de l'édition du présent ouvrage.

Je remercie ensuite le directeur de mes recherches, Jean Salmon, dont les conseils, parfois issus de vives et passionnantes discussions, m'ont été fort utiles tout au long de la réflexion. J'exprime encore ma reconnaissance aux autres membres de mon jury, MM. Eric David, Xavier Dieux, Rusen Ergec, Dimitri Kalogeropoulos, Guy Haarscher et Luc Wintgens qui, dans des contextes très différents, ont tous stimulé la poursuite de mon travail.

Certains passages de ce texte ont été améliorés grâce à la lecture attentionnée de André Corten, Maurice Weyembergh, Pascal Delwit, Annemie Schaus, Philippe Ernotte et Laurence Rosier. Je remercie aussi Andrée Vanderhaeghe pour la patience dont elle a fait preuve en relisant les épreuves de ce texte, ainsi que René Delcourt, le seul homme au monde qui a lu — et probablement qui lira jamais ! — cet ouvrage de la première à la dernière lettre...

Mes plus chaleureux remerciements vont encore à mes ami(e)s Laurence, Olivier et Patricio, pour leurs encouragements et leurs remarques qui ont permis l'amélioration de l'ensemble de ce travail.

Je tiens enfin à remercier Barbara, à qui je dédie, passionnément, ce texte sur la raison...

PRÉFACE

Lorsqu'en 1981 je participai aux Mélanges offerts à Paul Reuter, par une contribution intitulée « Le concept de raisonnable en droit international public », j'étais loin d'imaginer que quelques années plus tard le sujet allait attirer et passionner un jeune chercheur qui allait reprendre la question pour en faire une magistrale thèse de doctorat.

Le but d'une préface n'est pas de faire un compte-rendu ; les revues spécialisées s'y emploieront ; chacun pourra découvrir, dans cette somme riche en substance et aux facettes multiples, le miel qu'il souhaite déguster. Pour ma part, je me bornerai à souligner quelques idées générales à propos d'un ouvrage qui fera désormais autorité sur la question.

Tout d'abord, il apparaît que la notion de « raisonnable » occupe une place éminente dans le droit international.

Éminente en premier lieu par l'amplitude de son champ d'application. La recherche rigoureuse et très poussée entreprise par Olivier Corten démontre que l'usage qu'en font les États dans leurs accords particuliers est à la fois fréquent et diversifié. Mais c'est surtout la jusrisprudence qui, par une invocation soutenue de la notion et sa mise en œuvre dans des cas concrets, en révèle toutes les virtualités.

Éminente en second lieu par la diversité des fonctions que cette notion peut remplir tant pour les États créateurs du droit que pour les juges dans l'exercice de la fonction juridictionnelle.

Sans être la seule notion à contenu variable qui puisse jouer un tel rôle, le concept de raisonnable est révélateur d'une tension entre l'être et le devoir être, entre la réalité sociale et le discours juridique. La prétention des États de régler le devenir de leurs relations par des accords en forme de normes se heurte à l'illusion que la norme juridique peut tout prévoir, et maîtriser des relations sociales qui reposent sur des rapports de force instables. La notion de raisonnable, ouverte par définition, permet de faire le point ; elle autorise l'adaptation du sens des textes à une réalité sociale dynamique et encourage une évolution imperceptible du droit en fonction des changements sociaux. De cette manière, le dépassement des contradictions entre États ou leur mise

entre parenthèses sont réalisés par l'emploi d'une notion que les uns et les autres croient pouvoir adopter sans renoncer à leurs intérêts respectifs. Il est vrai que, bien souvent, ce n'est qu'occulter la persistance des contradictions et postposer leur résolution dans un avenir où chacun parie sur une interprétation du raisonnable qui lui sera favorable.

Lorsque la notion est utilisée dans le discours juridictionnel, elle a une évidente fonction de légitimation, le locuteur parant subrepticement sa propre interprétation ou son raisonnement personnel des vertus de la raison. Elle a aussi une importante fonction de systématisation de l'ordre juridique dans la mesure où elle incite le juge à compléter l'ordre juridique et à lui assurer une cohérence garante de prévisibilité et de sécurité. Ici aussi, la notion occulte un aspect important des choses : la véritable dimension créatrice de la jurisprudence internationale.

L'analyse du concept démontre ainsi qu'il relève non du domaine de la description et de la statique juridique mais bien de l'explication du raisonnement juridique ainsi que du fonctionnement et de la dynamique du droit.

Les questions fondamentales auxquelles l'ouvrage d'Olivier Corten va s'attacher à répondre concernent tout d'abord le problème de la définition du raisonnable. Cette recherche conduira notre auteur à envisager à la fois des définitions fondées sur la praxis de la notion et sur les conditions formelles de son exercice : l'exigence d'une motivation devant répondre à une série de modalités : un raisonnement, rationnel, obéissant à une certaine logique et reposant sur des autorités juridiquement admises. Il recherche aussi le portrait robot du raisonnable à travers ses différents travestissements verbaux : circonstanciel, modéré, probable, équilibré, approprié, normal, mesuré, etc.

La seconde question, plus concrète sans doute, est celle de savoir si cette notion laisse à l'interprète un pouvoir discrétionnaire d'interprétation, voire un pouvoir arbitraire de qualification et de décision, ou au contraire si elle est apte à limiter ce pouvoir. La réponse penche indéniablement vers la seconde branche de l'alternative.

Ceci est très perceptible lorsque le juge est chargé d'interpréter un texte qui contient la notion de raisonnable. L'analyse à laquelle procède Olivier Corten de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur la notion de « délai raisonnable » durant lequel peut se poursuivre une détention et au terme duquel toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue, démontre l'extrême sophistication, dans

le sens noble du mot, des critères dont la Cour entreprend l'examen successif avant de prononcer à ce propos. La démonstration est exemplaire ; la Cour scrute les objectifs étatiques, mesure l'existence de liens de causalité, détermine le partage des responsabilités dans l'allongement des délais, examine l'adéquation, l'effectivité et la proportionnalité des mesures étatiques aux fins prétendues. La mise en œuvre du concept de raisonnable a permis la création d'une jusrisprudence qui précise les conditions d'application de la notion. Sans doute cet exemple est-il quelque peu exceptionnel. Il repose, en effet, sur une jurisprudence étendue, émanent d'une même juridiction et portant sur le même texte. Il n'en demeure pas moins une illustration éclairante du type de raisonnement et de la méthode qui peuvent être suivis pour toute utilisation de la notion lorsqu'elle a fait partie du droit positif à appliquer.

Un autre domaine, particulièrement significatif de l'emploi du raisonnable, apparaît dans l'hypothèse inverse, lorsque le juge, sans y être le moins du monde sollicité par les textes, fait appel d'initiative au concept de raisonnable, ou invoque les concepts de « déraisonnable », ou d'« arbitraire », pour jauger un comportement étatique mis en cause devant lui. Ce faisant, le juge introduit un contrôle des finalités du comportement étatique là où les finalités ne sont pas nécessairement exprimées. On voit ainsi que le concept de « raisonnable » devient, entre les mains de juges énergiques, un instrument efficace de contrôle de la marge d'appréciation étatique, voire de « fonctionnalisation » (transformation en compétences) de certaines prérogatives étatiques.

Dès lors, s'il veut éviter l'accusation de subjectivisme ou d'être sectateur du gouvernement des juges, son activité créatrice ne peut être justifiée que par le respect des procédures formelles qu'appelle l'utilisation de la notion de raisonnable et en s'astreignant à une motivation substantielle rigoureusement argumentée et à une prise de conscience de sa propre idéologie. En effet, dans la société internationale idéologiquement divisée qui reste — quoiqu'on en dise — la nôtre et dans laquelle le juge, qu'il le veuille ou non, qu'il en soit ou non conscient, est toujours impliqué, la revendication rationnelle du discours juridictionnel cache souvent des choix axiologiques et politiques.

L'œuvre d'Olivier Corten montre que le chemin du raisonnable est étroit, astreignant et difficile, mais qu'il est possible est exaltant.

Jean SALMON

TABLE DES MATIÈRES(*)

	Numéros
Introduction	1-21
PREMIÈRE PARTIE	
CHAMP D'APPLICATION ET FONCTIONS	23-300
TITRE I	
Le champ d'application du « raisonnable »	23-122
CHAPITRE I. — **Le « raisonnable » dans le discours juridictionnel « vertical »**	26-88
SECTION 1. LE « RAISONNABLE » DANS L'INTERPRÉTATION DE LA RÈGLE	29-47
A. *Le « raisonnable » dans la pratique de l'interprétation de la règle*	32-39
1. Le « raisonnable », critère général d'interprétation	33-34
2. Le « raisonnable » dans les moyens particuliers d'interprétation	35-39
B. *Le « raisonnable » dans la théorie de l'interprétation*	40-47
1. Le « raisonnable », critère limitant la méthode d'interprétation	41-43
2. Le « raisonnable », critère limitant le résultat de l'interprétation	44-47
SECTION 2. LE « RAISONNABLE » DANS L'ÉTABLISSEMENT DU FAIT	48-59
A. *Le « raisonnable » dans la pratique de l'établissement du fait*	49-53
1. Le « raisonnable », critère général de l'établissement du fait	50
2. Le « raisonnable » dans les techniques particulières de preuve	51-53
B. *Le « raisonnable » dans la théorie de l'établissement du fait*	54-59
1. Le « raisonnable », critère limitant la méthode d'établissement du fait	55-56
2. Le « raisonnable », critère limitant le résultat de l'établissement du fait	57-59

(*) Les numéros renvoient aux paragraphes et non aux pages.

NUMÉROS

SECTION 3. LE « RAISONNABLE » DANS LA QUALIFICATION DU FAIT . . 60-69

A. *Le « raisonnable » dans la pratique de la qualification* . . . 61-63

B. *Le « raisonnable » dans la théorie de la qualification* 64-69

SECTION 4. LE « RAISONNABLE » DANS LE DISCOURS JURIDICTIONNEL . 70-84

A. *Le « raisonnable » dans la pratique du discours juridictionnel* . . 71-75

B. *Le « raisonnable » dans la théorie du discours juridictionnel* . . 76-84

1. Le « raisonnable », critère limitant la méthode d'élaboration du discours 77-81

2. Le « raisonnable », critère limitant le résultat de la mise en œuvre du discours 82-84

CONCLUSION 85-88

CHAPITRE II. — **Le « raisonnable » dans le discours juridictionnel « horizontal »** 89-122

SECTION 1. LE « RAISONNABLE » DANS LE DISCOURS JURIDICTIONNEL « HORIZONTAL » RAPPORTÉ 91-101

A. *Un champ d'application qui n'est pas limité* ratione materiae . . 92-97

B. *Un champ d'application qui n'est pas limité* ratione temporis . . 98-101

SECTION 2. LE « RAISONNABLE » DANS LE DISCOURS JURIDICTIONNEL « HORIZONTAL » PROPRE 102-119

A. *Le « raisonnable », terme énoncé dans des règles particulières de droit international* 103-111

1. Le « raisonnable » comme élément d'une formulation de la règle conventionnelle pour les besoins de la cause . . . 104-105

2. Le « raisonnable » comme élément d'une formulation de la règle de source non écrite pour les besoins de la cause . . 106-111

B. *Le « raisonnable », élément de l'affirmation par le juge d'une limite à la compétence discrétionnaire des États* 112-119

1. L'énonciation jurisprudentielle du « raisonnable » dans le cadre de l'affirmation d'une limite au pouvoir discrétionnaire dans des cas particuliers 113-115

2. Le lien opéré entre le « raisonnable » et des notions limitant le pouvoir discrétionnaire de manière générale. 116-119

CONCLUSION 120-122

Numéros

TITRE II

Les fonctions de l'utilisation du « raisonnable » 123-295

Chapitre III. — **Les fonctions techniques de l'utilisation du « raisonnable »** 126-238

Section 1. Une fonction d'adaptation de la règle à des situations particulières 129-156

A. *L'utilisation du « raisonnable » comme moyen de maintenir une marge d'appréciation pour les interprètes de la règle* 131-144

1. La formulation par les États du maintien d'une marge d'appréciation 132-134

2. La formulation par le juge du maintien d'une marge d'appréciation 135-139

3. La doctrine et le « raisonnable » comme maintien d'une marge d'appréciation 140-144

B. *L'utilisation du « raisonnable » comme moyen de limiter la marge d'appréciation des interprètes de la règle* 145-153

1. La formulation par les États d'une limite à la marge d'appréciation 146-148

2. La formulation par le juge d'une limite à la marge d'appréciation 149-152

3. La doctrine et le « raisonnable » comme limite à la marge d'appréciation 153

Section 2. Une fonction latente de renvoi au fondement de l'activité juridictionnelle 157-199

A. *Le « raisonnable » comme renvoi au fondement de l'établissement du fait* 160-172

1. Absence de solution dans le fait 161-165

2. Absence de solution dans les règles traditionnelles de preuve 166-167

3. Utilisation du « raisonnable » comme renvoi au fondement de l'opération 168-172

B. *Le « raisonnable » comme renvoi au fondement de l'interprétation du droit* 173-185

1. Absence de solution dans le texte 174-175

2. Absence de solution dans les règles traditionnelles d'interprétation 176-178

3. Utilisation du « raisonnable » comme renvoi au fondement de l'opération 179-185

C. *Le « raisonnable » comme renvoi au fondement du développement du discours* 186-198

1. Absence de solution dans la logique formelle 187-191

NUMÉROS

2. Absence de solution dans les règles traditionnelles de la « logique juridique » 192-194
3. Utilisation du « raisonnable » comme renvoi au fondement de l'opération 195-198

SECTION 3. UNE FONCTION LATENTE DE SYSTÉMATISATION DE L'ACTIVITÉ JURIDIQUE. 200-235

A. *L'utilisation du « raisonnable », signe d'une présentation du droit international comme système sous un angle synchronique* . . . 204-222
1. « Raisonnable », discours juridique et complétude du droit international 205-209
2. « Raisonnable », discours juridique et cohérence du droit international 210-216
3. « Raisonnable », discours juridique et unicité ou universalité du droit international 217-222

B. *L'utilisation du « raisonnable », signe d'une présentation du droit international comme système sous un angle diachronique* . . . 223-235
1. « Raisonnable », discours juridique et évolution du droit international par rapport à ses éléments internes 224-228
2. « Raisonnable », discours juridique et évolution du droit international par rapport à des éléments externes 229-235

Conclusion 236-238

CHAPITRE IV. — **Les fonctions idéologiques de l'utilisation du « raisonnable »** 239-295

SECTION 1. UNE FONCTION DE LÉGITIMATION 241-269

A. *Une fonction de légitimation d'une solution juridique particulière* . 243-252
1. Le « raisonnable » comme outil de légitimation 244-248
2. Le « raisonnable » comme outil privilégié de légitimation . . 249-252

B. *Une fonction de légitimation du droit international dans son ensemble* 253-269
1. Le droit comme argument d'autorité 254-263
2. Le « raisonnable » comme signe d'une légitimation du droit dans le discours 264-269

SECTION 2. UNE FONCTION LATENTE D'OCCULTATION 270-292

A. *Une fonction d'occultation lors de la création de la règle* . . . 271-281
1. Une occultation des contradictions entre les Etats 272-277
2. Une occultation du pouvoir créateur du juge conféré par les Etats 278-281

B. *Une fonction d'occultation lors de l'application de la règle* . . . 282-292
1. Une fonction d'occultation des contradictions persistantes ou nouvelles entre les Etats 283-287
2. Une occultation du pouvoir créateur que le juge se confère . 288-292

Numéros

Conclusion 293-295

Conclusion de la première partie 296-300

DEUXIÈME PARTIE

MÉTHODES DE DÉTERMINATION DU CONTENU 301-616

TITRE III

Éléments pour une définition négative du « raisonnable » 304-486

Chapitre V. — Éléments formels pour une définition du « raisonnable » 305-366

Section 1. Une détermination selon le droit international positif 306-332

A. *Une détermination juridique* 307-322

1. Les éléments jurisprudentiels 308-316

i) affirmation générale d'une détermination juridique

ii) application au « raisonnable » de l'obligation de motiver une solution juridique

iii) motivation du « raisonnable » par un renvoi aux autorités juridiques classiques

iv) motivation du « raisonnable » à l'aide des principes juridiques d'interprétation

2. Les enseignements théoriques généraux 317-322

i) possibilité d'un contrôle juridique du respect du caractère raisonnable

ii) administration des conséquences juridiques d'une violation du droit international en cas de non-respect du caractère raisonnable

B. *Une détermination selon la volonté des États* 323-332

1. Les éléments jurisprudentiels 324-327

i) le « raisonnable » énoncé dans la règle primaire

ii) le « raisonnable » comme élément des moyens d'interprétation

2. Les enseignements théoriques généraux 328-332

i) caractère conventionnel du contenu du « raisonnable »

ii) méthode positiviste présidant à l'interprétation du « raisonnable »

NUMÉROS

SECTION 2. UNE DÉTERMINATION BASÉE SUR LA MOTIVATION . . . 333-362

A. *L'acte doit pouvoir être motivé* 334-344
1. Les éléments jurisprudentiels 335-337
2. Les enseignements théoriques généraux 338-344
i) la théorie juridique de la marge d'appréciation
ii) le modèle de l'»éthique communicationnelle« ou le paradigme de la « raison procédurale »

B. *La motivation doit répondre à certaines modalités* 345-361
1. La nécessité d'un raisonnement 346-348
2. La nécessité d'un raisonnement rationnel 349-351
3. La nécessité d'un raisonnement rationnel obéissant à une certaine logique 352-356
4. La nécessité d'un raisonnement rationnel obéissant à une certaine logique et reposant sur des autorités juridiquement admises 357-361

CONCLUSION 363-366

CHAPITRE VI. — **Éléments de fond pour une définition du « raisonnable »** 367-486

SECTION 1. LE SENS ORDINAIRE DE « RAISONNABLE » 368-426

A. *Les critères issus de la jurisprudence internationale* 369-374
1. Raisonnable et circonstanciel 370
2. Raisonnable et modéré 371
3. Raisonnable et probable 372
4. Raisonnable et équilibré 373

B. *Les critères issus des dictionnaires.* 375-396
1. Les éléments usuels de définition 376-382
i) « raisonnable »
ii) « raisonnablement »
iii) « raison »
2. Les éléments spécifiquement philosophiques de définition . 383-389
i) « raison »
ii) « raisonnable »
3. Les éléments spécifiquement juridiques de définition . . . 390-395
i) dictionnaire juridique de terminologie française
ii) dictionnaires juridiques de terminologie anglo-saxonne

C. *Les critères issus d'une confrontation des éléments pratiques et théoriques de définition* 397-426
1. Le sens des quatre critères issus de la jurisprudence internationale 398-407
i) le caractère circonstanciel du « raisonnable »
ii) le caractère modéré du raisonnable
iii) le caractère probable du raisonnable

NUMÉROS

iv) le caractère équilibré du raisonnable
2. Le « raisonnable » comme « approprié » et comme « normal » . 408-418
i) le « raisonnable » comme « approprié »
ii) le « raisonnable » comme « normal »
3. Le « raisonnable » comme renvoi à la « mesure » 419-426

SECTION 2. LE SENS CONTEXTUEL DE « RAISONNABLE » 427-463

A. *Les éléments contextuels conventionnels*. 428-438
1. Les définitions contextuelles reprenant des éléments formels . 429-433
2. Les définitions contextuelles reprenant des éléments de fond . 434-437
B. *Les éléments contextuels jurisprudentiels* 439-462
1. « raisonnable » et « juste » 440-444
2. « raisonnable » et « équitable » 445-448
3. « raisonnable » et « bonne foi » 449-453
4. « raisonnable » et « naturel » 454-458
5. « raisonnable » et « nécessaire ». 459-461

SECTION 3. LES ÉLÉMENTS DÉCOULANT DES AUTRES MOYENS D'INTERPRÉTATION 464-481

A. *La prise en compte de l'objet et du but de la règle*. 465-472
B. *La prise en compte de la pratique comme moyen d'interprétation* . 473-477
C. *La prise en compte des moyens complémentaires d'interprétation* . 478-480

CONCLUSION 482-486

TITRE IV

Éléments pour une définition positive du « raisonnable » 487-616

CHAPITRE VII. — **La signification du « raisonnable » dans la jurisprudence de la C.E.D.H.** 488-549

SECTION 1. LES SOLUTIONS PARTICULIÈRES 490-513

A. *Le caractère raisonnable de certains délais* 491-501
1. Le « délai raisonnable » de l'article 5 § 3. 492-498
2. Le « délai raisonnable » de l'article 6 § 1er 499-500
B. *Le caractère raisonnable de certaines mesures* 502-512
1. La légitimité du but 503-506
2. L'existence d'un rapport raisonnable de proportionnalité . 507-512

SECTION 2. UNE MÉTHODE GÉNÉRALE ? 514-547

A. *L'établissement d'un lien de causalité* 515-533
1. Lien de causalité et imputabilité 516-526
i) le délai raisonnable de l'article 6 § 1er

NUMÉROS

ii) le délai raisonnable de l'article 5 § 3
2. Lien de causalité et efficacité 527-533
B. *Le caractère suffisant du lien de causalité* 534-545
1. Nécessité de compléter le critère du lien de causalité . . . 535-539
2. Caractère suffisant du lien de causalité et proportionnalité . 540-545

CONCLUSION 548-549

CHAPITRE VIII. — **Un modèle opérationnel pour l'interprétation du « raisonnable »** 550-616

SECTION 1. UN MODÈLE EXPLICATIF 552-584

A. *Le « raisonnable » comme critère d'appréciation d'un comportement* 553-563
1. Action (dé)raisonnable et lien de causalité suffisant . . . 554-559
2. Omission (dé)raisonnable et lien de causalité suffisant . . 560-562
B. *Le « raisonnable » comme qualificatif d'une opération, d'un substantif ou d'un adjectif* 564-583
1. Le « raisonnable » comme élément des étapes du syllogisme judiciaire 565-567
2. Le « raisonnable » comme qualificatif modulant un adjectif ou un substantif dans l'énoncé d'une règle primaire . . . 568-571
3. Le « raisonnable » comme critère de répartition 572-583
i) le droit international fluvial
ii) le droit international de la mer

SECTION 2. UN MODÈLE RATIONNEL 585-611

A. *Un refoulement de la dimension axiologique du « raisonnable »* . 586-597
1. Le refoulement de la dimension axiologique dans la détermination du but légitime 587-592
2. Le refoulement de la dimension axiologique dans le caractère procédural du contrôle juridictionnel 593-596
B. *Une mise en exergue de la dimension rationnelle du « raisonnable »* 598-610
1. La dimension rationnelle de l'établissement du lien de causalité 599-602
2. La dimension rationnelle de la vérification du caractère suffisant du lien de causalité 603-610
i) élaboration du standard par référence à la pratique
ii) élaboration du standard par référence à des instruments juridiques

CONCLUSION 612-616

Conclusion générale 617-638

INTRODUCTION

« Ce qui est raisonnable et équitable dans un cas donné dépend nécessairement des circonstances » (1).

1. Ce *dictum* énoncé par la Cour internationale de Justice et suivi en substance par la Cour européenne des droits de l'homme (2) suffit à montrer à la fois la richesse et la profonde ambiguïté de l'utilisation du « raisonnable ». D'un côté, la Cour semble écarter toute possibilité de dégager *in abstracto* des éléments d'appréciation précisant la notion. D'un autre côté, l'affirmation représente elle-même un énoncé valable de manière générale, au-delà des applications particulières. Si sa simple lecture démontre la possibilité d'une réflexion doctrinale sur le sujet, elle exige de la part du chercheur de s'entourer de précautions exceptionnelles dans l'élaboration et la formulation de ses énoncés. Une étude sur le « raisonnable » risque en effet constamment de succomber à un écueil présentant une double face (3). La face de l'empirisme stérile, si l'on devait se contenter de décrire les diverses utilisations de la notion au sein de décisions particulières. La face du rationalisme abstrait, si l'on procédait à une réflexion de type déductif dénuée de toute entreprise de vérification. C'est entre ces deux pôles que nous tenterons de conduire notre étude et, auparavant, de formuler son objet et préciser les questions de méthode qui y correspondent.

(1) C.I.J., Affaire de l'*Interprétation de l'accord entre l'O.M.S. et l'Égypte, Recueil 1980*, p. 96 ; v. « une formulation similaire », dans C.I.J., Affaire du *Plateau continental (Tunisie/Libye), Recueil 1982*, p. 60, § 72.

(2) Voy. p. ex. C.E.D.H., Affaire *Wemhoff*, 27 juin 1968, *Série A, n° 7*, § 10. Pour d'autres exemples, v. *infra*, Chapitre VI, section 1re, § 370.

(3) Voy., au sujet de la bipolarité des obstacles à la recherche scientifique, François Ost et Michel van de Kerchove, « De la 'bipolarité des erreurs' ou de quelques paradigmes de la science du droit », *A.P.D.*, tome XXXIII, La philosophie du droit aujourd'hui, 1988, pp. 177 et s. Cet écueil à double face est particulièrement dangereux pour une étude sur le « raisonnable », mais existe pour toute recherche en science humaine ; v. Madeleine Grawitz, *Méthodes des sciences sociales*, Paris, Dalloz, 9e éd., 1993, p. 15.

I. — Objet de l'étude

1. — *Hypothèse de travail*

2. La notion de « raisonnable » a été au centre de diverses recherches en sciences juridiques. En droit international public, la doctrine est plutôt pauvre en la matière, en tout cas sur le plan quantitatif. La seule étude consacrée exclusivement au sujet reste, à notre connaissance, celle de Jean Salmon sur « le concept de raisonnable en droit international public » (4). Pour le reste, on retrouve certains commentaires de dispositions particulières dans lesquelles la notion intervient, en particulier les articles de la Convention européenne des droits de l'homme prescrivant le droit à être jugé dans un délai raisonnable (5). C'est surtout en théorie du droit que les réflexions ont fleuri. On pense avant tout à Chaïm Perelman qui a, pourrait-on écrire, conféré au « raisonnable » ses lettres de noblesse, en l'érigeant en concept fondamental de l'ordre juridique, en particulier dans les relations entre le juge et la règle de droit (6). Mais la notion a aussi été traitée par d'autres auteurs soit directement, soit par l'intermédiaire de la raison à laquelle elle est étroitement liée (7).

3. Quel est le point commun de ces diverses réflexions ? L'unanimité s'est dégagée pour associer le « raisonnable » (8) à une expression à « contenu » ou à « géométrie variable » (9), à un « polysème

(4) *Mélanges Paul Reuter*, Paris, Pédone, 1982, pp. 447-478 ; un chapitre de l'ouvrage de Stevan Jovanonic est également consacré à la notion ; « Le principe de l'exercice raisonnable des compétences », *in Restriction des compétences discrétionnaires des États en droit international*, Paris, Pédone, 1988, pp. 147-168.

(5) V. p. ex. Stefan Trechsel, « La durée raisonnable de la détention préventive (Article 5 paragraphe 3 de la Convention européenne des droits de l'homme) », *R.D.H.*, 1971, pp. 119-152 ; Rusen Ergec et Jacques Velu, « La notion de 'délai raisonnable' dans les articles 5 et 6 de la Convention européenne des droits de l'homme », *R.T.D.H.*, 1991, pp. 137-160, et les autres références reproduites *infra*, Chapitre VII, section 1re.

(6) Parmi les nombreux écrits du philosophe, citons *Le raisonnable et le déraisonnable en droit. Au-delà du positivisme juridique*, Paris, L.G.D.J., 1984, 203 p.

(7) Voy. par exemple Aulis Aarnio, *Le rationnel comme raisonnable. La justification en droit*, Bruxelles, Story-Sciencia, Paris, L.G.D.J., 1992, XV et 303 p.

(8) Les qualificatifs repris concernent tantôt spécifiquement le « raisonnable », tantôt une catégorie plus large de notions dans laquelle il peut être inclus.

(9) Chaïm Perelman, « Les notions à contenu variable. Essai de synthèse » *in* Ch. Perelman et R. Vander Elst (sous la direction de), *Les notions à contenu variable en droit, Travaux du C.N.R.L.*, Bruxelles, Bruylant, 1984, p. 365.

majeur » (10), à une « notion confuse par excellence » (11), « fuyante et déconcertante » (12), « radicalement ambiguë » (13), à « texture ouverte » (14), *etc.* On a pu écrire de manière générale que

> « the standard of reasonableness is extremely relative. Ultimately, there could be just as many definitions of reasonableness as there are audiences » (15).

Dans ce contexte, ont été formulées un certain nombre de définitions qui paraissent pour le moins disparates. Ainsi, « raisonnable » a été défini comme

> « une synthèse qui combine le souci de sécurité juridique avec celui d'équité, la recherche du bien commun avec l'efficacité dans la réalisation des fins admises » (16),
>
> « le retour à *l'ars aequi et boni*, la recherche de la solution juste, acceptable, admissible, emportant l'adhésion, convaincante, [...] la volonté constante de servir la justice » (17),

« déraisonnable » comme

> « contraire à l'équité, à la bonne foi » (18),
>
> « ce qui est inadmissible dans une communauté donnée » (19),
>
> « ce qui est contraire à la finalité réelle ou supposée de l'institution » (20).

Ces quelques exemples épinglés dans la doctrine montrent la diversité des conceptions de la notion et, plus encore, la variété des solutions auxquelles son application peut aboutir (21).

---

(10) Pierre CATALA, « L'informatique et la rationalité du droit », *A.P.D.*, tome XXIII, Formes de rationalité en droit, 1978, p. 300 et P. HABA, « Rationalité et méthode dans le droit », *A.P.D.*, 1978, p. 266.

(11) Jean SALMON, « Le concept de raisonnable en droit international public », *loc. cit.*, p. 449.

(12) Stevan JOVANONIC, « Le principe de l'exercice raisonnable des compétences », *op. cit.*, p. 147.

(13) Aulis AARNIO, « Le rationnel comme raisonnable », *op. cit.*, p. 203.

(14) *Ibid.*, p. 202.

(15) Rob GROOTENDORST and Frans VAN EEMEREN, « Perelman and the Fallacies », *in* G. HAARSCHER (sous la direction de), *Chaïm Perelman et la pensée contemporaine*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 267.

(16) Chaïm PERELMAN, « La réforme de l'enseignement du droit et la 'nouvelle rhétorique' », *in Le raisonnable et le déraisonnable en droit, op. cit.*, p. 79.

(17) Robert LEGROS, « L'invitation au raisonnable », *Revue régionale de droit*, 1976-I, p. 6, cité dans Jean SALMON, « Le concept de raisonnable... », *loc. cit.*, p. 449.

(18) Chaïm PERELMAN, « Le raisonnable et le déraisonnable en droit », *in Le raisonnable et le déraisonnable en droit, op. cit.*, p. 13.

(19) *Ibid.*, p. 15.

(20) Paul FORIERS, « Le raisonnement pratique. Le raisonnable et ses limites », *in La nouvelle rhétorique. Essais en hommage à Chaïm Perelman, Revue internationale de philosophie*, n^{os} 127-128, 1979, p. 324.

(21) V. Chaïm PERELMAN, « Le raisonnable et le déraisonnable en droit », *loc. cit.*, p. 15.

4. Ces réflexions ont amené la plupart des auteurs à douter de la possibilité d'identifier un modèle d'interprétation qui permette d'appréhender la notion de manière rationnelle.

Selon Jean Salmon, « à vrai dire, ce qui caractérise de telles notions, c'est qu'elles sont par essence indéfinissables de manière objective » (22) ; par conséquent, le caractère raisonnable « implique une évaluation qui échappe à vrai dire au droit » (23). Chaïm Perelman considère que le « raisonnable » est un signe des limites du positivisme, dans la mesure où il en appelle à « des critères qui sont moins juridiques que sociologiques » (24), et qui échapperaient dès lors à toute tentative de formalisation (25). Le « raisonnable » serait le signe de l'échec de la conception exégétique révolutionnaire tendant à assimiler le raisonnement judiciaire à une opération mécanique et, à ce titre, prévisible (26).

Dans ce contexte, la doctrine observe que « l'appréciation de ce qui est ou n'est pas raisonnable est souvent subjective pour une part importante » (27). Aulis Aarnio avance que « ce qui est raisonnable ne peut pas se définir indépendamment d'une prise de position sur les valeurs sociales ou culturelles » (28). La caractéristique principale du terme serait de conférer à son interprète une très large marge d'appréciation, voire un pouvoir créateur (29). On a même pu avancer que la signification de la notion n'existait pas encore lors de son énonciation dans une règle de droit, mais était fixée unilatéralement lors de l'application, qu'il s'agisse du destinataire de cette

(22) « Les notions à contenu variable en droit international public », *in Les notions à contenu variable en droit*, *op. cit.*, p. 265.

(23) « Le fait dans l'application du droit international », *R.C.A.D.I.*, t. 175, 1982-II, p. 306.

(24) « La motivation des décisions de justice. Essai de synthèse » *in* Ch. PERELMAN et P. FORIERS (sous la direction de), *La motivation des décisions de justice*, Travaux du C.N.R.L., Bruxelles, Bruylant, 1978, p. 421 ; v. aussi, du même auteur, « La philosophie du pluralisme et la nouvelle rhétorique », *Revue internationale de Philosophie*, n^{os} 127-128, 1979, p. 12.

(25) V. not. Chaïm PERELMAN, « La motivation des décisions de justice. Essai de synthèse », *loc. cit.*, pp. 425-426 ; « Droit, logique et épistémologie » *in Éthique et droit*, Bruxelles, Ed. U.L.B., 1990, pp. 620 et s. ; Paul FORIERS, « Le raisonnement pratique. Le raisonnable et ses limites », *loc. cit.*, p. 304 ; Léon HUSSON, « Les trois dimensions de la motivation judiciaire », *in La motivation des décisions de justice*, *op. cit.*, pp. 97-98.

(26) Pour une description critique de cette conception, v. Jacques LENOBLE et François OST, *Droit, mythe et raison. Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique*, Bruxelles, F.U.S.L., 1980, pp. 29 et s.

(27) André VAN WELKENHUYZEN, « Autorité et raison dans l'argumentation juridique » *in* G. HAARSCHER, L. INGBER et R. VANDER ELST (sous la direction de), *Arguments d'autorité et arguments de raison en droit*, Travaux du C.N.R.L., Bruxelles, Nemesis, 1988, p. 16.

(28) Aulis AARNIO, « Le rationnel comme raisonnable », *op. cit.*, pp. 140-141.

(29) V. Jean SALMON, « Le fait dans l'application du droit international », *loc. cit.*, p. 351.

règle ou du juge amené, le cas échéant, à se prononcer (30). C'est ce qu'on a appelé la dimension « paradoxale » (31) ou « performative » (32) du « raisonnable ».

Plus récemment, plusieurs auteurs ont vu dans la profusion de notions à contenu variable le signe d'un accroissement des pouvoirs du juge qui, dans le cadre d'une société postmoderne, deviendrait un acteur essentiel de la vie sociale dont le rôle, loin de se limiter à la mise en œuvre des lois édictées par le pouvoir politique, tendrait à les adapter en fonction des besoins de la communauté grâce à des choix axiologiquement marqués (33).

Dans ce contexte, le subjectivisme inhérent au « raisonnable » rendrait futile, voire impossible, une entreprise de rationalisation.

5. Notre hypothèse de travail se démarque de cette tendance doctrinale. Nous tenterons en effet de démontrer qu'une définition rationnelle du « raisonnable » est possible, à tout le moins à partir de l'analyse d'un discours juridique particulier, celui développé par les juridictions internationales statuant sur base du droit international. La démarche rejoint la préoccupation de Michel Miaille qui, relevant les raisons d'imprécision qui jalonnent l'analyse de l'activité du juge, avance que

> « cet 'imprécis' n'est pas du vague, mais un objet passible de connaissance et pas seulement de pratique. Il est alors possible, et certainement souhaitable, de constituer une théorisation de cet imprécis où se développe la rationalité juridi-

(30) Herbert L.A. HART, *Le concept de droit*, Bruxelles, F.U.S.L., 1976, p. 164. Il ne s'agit là que d'un cas particulièrement ostensible d'un phénomène observé de manière plus générale ; v. Charles EISENMANN, « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en sciences juridiques », *A.P.D.*, tome XI, La logique du droit, 1966, p. 27.

(31) V. Jacques LENOBLE, « Repenser le libéralisme. Au-delà des critiques communautariennes et postmodernes », *in Mélanges François Rigaux*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 331 et, du même auteur, « Droit et communication : Jürgen Habermas », *in* P. BOURETZ (sous la direction de), *La force du droit. Panorama des débats contemporains*, Paris, Ed. Esprit, 1991, p. 187.

(32) Jean-Denis MOUTON, « Les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme comme actes de discours : contribution à la méthodologie de la fonction juridictionnelle », *in Mélanges Charles Chaumont*, Paris, Pédone, 1984, pp. 413 et s. ; Éric DAVID, « Le performatif dans l'énonciation et le fondement du droit international », *in Mélanges Charles Chaumont*, *ibid.*, p. 251 ; ce dernier auteur se prononce de manière plus générale sur les notions à contenu variable.

(33) V. Jacques LENOBLE, *Droit et communication. La transformation du droit contemporain*, Paris, Cerf, 1994, pp. 17-18 ; Jacques VAN COMPERNOLLE, « Vers une nouvelle définition de la fonction de juger : du syllogisme à la pondération des intérêts », *in Mélanges François Rigaux*, *op. cit.*, pp. 498 et s. ; voy. encore François OST, « Quelle jurisprudence pour quelle société ? », *A.P.D.*, tome XXX, *La jurisprudence*, 1985, pp. 21 et s. ; « Jupiter, Hercule, Hermès : trois modèles du juge », *in La force du droit*, *op. cit.*, p. 262 ; Pauline MAISANI et Florence WIENER, « Réflexions autour de la conception post-moderne du droit », *Droit et Société*, n° 27, 1994, pp. 445 et s. En droit international, v. Pierre-Marie DUPUY, « Le juge et la règle générale », *R.G.D.I.P.*, 1989, pp. 579 et s., sp. p. 587.

> que [...]. Ce à quoi se trouvent confrontés les juristes aujourd'hui, c'est à produire une théorie du flou du droit, et non à l'évacuer » (34).

Il ne s'agit évidemment pas de nier la composante axiologique d'une notion comme le « raisonnable », qui sera même au centre de la démarche générale suivie, dans la mesure où nous insisterons sur la tension qui oppose la dimension objective du discours exprimé et la dimension subjective des choix qui le sous-tendent. Mais, sur cette base, nous tenterons de démontrer qu'il est possible de déterminer une méthode d'interprétation énoncée de manière générale et donc, dans une certaine mesure, objective. Enoncer l'objet de l'étude, c'est en même temps poser des limites, limites qu'il importe cependant de préciser.

2. — *Limites de l'étude*

6. Quatre remarques permettront de mieux cerner notre démarche :

1° D'abord, il s'agit d'une analyse du « raisonnable » en tant qu'élément du droit positif. Nous ne nous livrerons pas à une analyse de la notion à partir des travaux qui l'ont traitée sous l'angle de la philosophie. L'entreprise aurait pu se centrer sur le concept de raison, en venir au « raisonnable », et enfin appliquer les enseignements de la recherche à un matériau particulier que serait le discours juridictionnel international. Elle aurait pu aussi se traduire par une appréhension jusnaturaliste qui consisterait à déterminer ce que devrait être le contenu du « raisonnable » en relation avec des étalons d'ordre métajuridique comme le « juste », le « vrai », le « bien »... (35), pour ensuite vérifier si ce contenu est respecté. Loin de nous engager dans pareilles réflexions, nous tenterons de comprendre le terme non dans l'absolu, mais dans le cadre du droit positif actuel.

2° Le cadre de l'analyse se limitera plus précisément au droit international public. Le « raisonnable » joue un rôle dans plusieurs ordres juridiques nationaux. En droit administratif, par exemple, les systèmes français ou d'inspiration française appréhendent la notion comme limite au pouvoir discrétionnaire des autorités publi-

(34) « Désordre, droit et science » *in* P. AMSELEK (sous la direction de), *Théorie du droit et science*, Paris, P.U.F., 1994, pp. 101-102 et p. 103.

(35) Voy. à ce sujet Alain RENAUT et Lukas SOSOE, *Philosophie du droit*, Paris, P.U.F., 1991, pp. 13 et s.

ques, et une importante jurisprudence s'est développée à ce sujet (36). De même, les systèmes de *common law* connaissent le concept de *reasonableness* en tant que « standard set by the operative principles and rules of conduct and judgment », et ce dans divers domaines (37). Ces champs de recherches ne seront pas parcourus dans la présente étude, qui se limitera à l'ordre juridique particulier que constitue le droit des gens. Cela étant, nous ne nous cantonnerons pas à une matière particulière de ce droit, ce qui aurait été concevable si nous avions analysé la notion au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, ou du droit de la preuve, ou encore du droit international économique... L'angle de vue sera en quelque sorte transversal.

3° Plus précisément encore, l'analyse portera sur l'utilisation du « raisonnable » dans la jurisprudence. On pourrait appréhender la notion sous un mode classique, qui consiste à préciser le contenu d'un concept en droit international en dégageant la volonté des États, ou de certains États, à ce sujet. C'est ainsi que des études ont précisé ce qu'il fallait entendre par d'autres notions à contenu variable comme l'« abus de droit », la « bonne foi », ou l'« équité » en droit international, à partir d'une analyse basée sur l'ensemble des sources formelles (38). Notre approche est plus limitée, puisqu'elle prend pour objet les décisions du juge international, et tente de comprendre l'utilisation de la notion par cet acteur déterminé du système juridique. Plus particulièrement, notre *corpus* est constitué par une lecture exhaustive des arrêts et avis de la Cour permanente de Justice internationale puis de la Cour internationale de Justice, de la Cour européenne des droits de l'homme, ainsi que, sur une base non systématique cette fois, par la jurisprudence des tribunaux arbitraux internationaux. Les opinions individuelles ou dissidentes des juges seront incluses. Seront par contre exclues les décisions de juridictions à caractère spécialisé, comme certaines juridictions en matière commerciale, les tribunaux de droit pénal international ou,

(36) Voy. de manière générale Stéphane RIALS, « Les standards, notions critiques du droit », *in Les notions à contenu variable en droit*, *op. cit.*, pp. 39 et s.

(37) Neil Mc CORMICK, « On Reasonableness », *in Les notions à contenu variable en droit*, *op. cit.*, p. 132 ; v. aussi Stevan STOJANOVIC, « Le principe de l'exercice raisonnable des compétences », *op. cit.*, p. 149.

(38) Voy., à titre d'exemple d'une telle entreprise, Alexandre-Charles KISS, *L'abus de droit en droit international*, Paris, L.G.D.J., 1953, 200 p. ; Elisabeth ZOLLER, *La bonne foi en droit international public*, Paris, Pédone, 1977, XXVI et 392 p.

en raison de la spécificité de l'ordre juridique communautaire, la Cour de Justice des Communautés européennes.

4° Enfin, et cette dernière précision n'est pas la moins importante, notre travail se centre sur le discours, c'est-à-dire sur le raisonnement exprimé, des juridictions internationales. Il ne s'agit pas de considérer que, dans telle affaire, le « raisonnable » a été appliqué parce que le concept est vraisemblablement à la base de la décision (39). Le terme doit expressément avoir été énoncé dans le texte. L'approche est donc strictement nominaliste : nous reprendrons toutes les citations qui contiennent les termes « raisonnable », « déraisonnable », « raisonnablement » et « déraisonnablement ».

En apportant ces précisions, nous avons déjà révélé de premières indications sur la méthode utilisée. Certaines questions méritent toutefois un traitement particulier, qu'il s'agisse de la méthodologie ou de problèmes d'ordre terminologique et épistémologique.

II. — Questions de méthode

1. — *Méthodologie*

7. La présente étude s'inscrit dans un cadre interdisciplinaire (ii) mais est, avant tout, guidée par une approche générale qui se rattache à la sociologie du droit (i).

i) *Une approche générale de sociologie du droit*

8. L'approche de la présente étude se rattache à de la sociologie du droit au sens de la définition donnée par Renato Treves comme une « discipline dont l'objet est d'étudier les rapports entre le droit et la société » (40). Plus spécifiquement, notre perspective s'inscrit dans le cadre non d'une microsociologie, qui s'attacherait à une étude empirique d'un phénomène particulier, mais plutôt d'une macrosociologie ou, pour utiliser l'expression de Bobbio reprise par

(39) Telle semble avoir été la méthode utilisée, quoique de manière accessoire, par Jean Salmon dans son étude précitée, qui reprend certaines décisions ne comprenant pas expressément le terme, mais utilisant le concept ; v. « Le concept de raisonnable en droit international public », *loc. cit.*, p. 463, note 60 et p. 466, note 71.

(40) *Sociologie du droit*, Paris, P.U.F., 1995, p. 21.

Luhmann, d'une « sociologie théorique du droit » (41), qui vise à mieux cerner les relations entre le droit (ici le discours juridique) et le milieu dans lequel il opère (42), et ce de manière générale . Notre référence à la sociologie du droit relève toutefois surtout de l'approche du sujet, les modalités de l'analyse proprement dite renvoyant à plusieurs sciences de la manière que nous détaillerons dans les lignes qui suivent. Pourquoi caractériser notre approche de la sorte ? Pour deux raisons essentiellement.

9. D'une part, l'étude ne se limitera pas à une interprétation strictement technique du discours juridique, ce qui relève de la dogmatique juridique (43), ou à une analyse des concepts, des essences, ce qui relève plutôt de la philosophie du droit ou de la logique déontique (44). Au contraire, nous mettrons l'accent sur l'étude des *fonctions* de l'introduction du « raisonnable » dans le discours juridictionnel. Ce n'est que dans un second temps que nous tenterons d'identifier une méthode rationnelle d'interprétation qui corresponde aux résultats de cette première étape. En d'autres termes, c'est la fonction du discours dans le cadre de la réalité dans laquelle il s'inscrit qui détermine son contenu. Plus particulièrement, il s'agira de déceler dans quelle mesure le discours exprimé masque des phénomènes de tensions, voire de contradictions, entre les éléments du système juridique lui-même, ou entre ces éléments et la réalité sociale. C'est l'*utilisation* du « raisonnable » qui constitue le sujet de la présente étude, et non le concept envisagé dans l'abstrait. Cet accent sur les fonctions, et l'attention spéciale accordée aux phénomènes idéologiques dans le droit est une des caractéristiques traditionnelles de la sociologie du droit (45), qui se refuse à rester dans le cadre strict de

(41) Voy. les commentaires de Renato TREVES, *Sociologie du droit*, *ibid.*, pp. 233 (concernant Bobbio) et 248 (concernant Luhmann) ; ce dernier considère même que seule la sociologie théorique du droit répond à la spécificité de la discipline, les recherches empiriques étant exclues dans la mesure où elles ne rendent pas compte du droit dans sa complexité et, surtout, parce qu'elles ne parviennent pas à se démarquer des autres sociologies particulières (*id.*, p. 171). Jean CARBONNIER évoque une « sociologie théorique — également dite fondamentale (la sociologie des réflexions et des doctrines) » ; *Sociologie juridique*, Paris, P.U.F., 1re éd. Quadrige, 1994, p. 147.

(42) Voy. les réflexions de André-Jean ARNAUD sur l'importance de l'étude du discours juridique dans *Critique de la raison juridique. 1. Où va la sociologie du droit ?*, Paris, L.G.D.J., 1981, pp. 389 et s.

(43) Jean CARBONNIER, *Sociologie juridique*, *op. cit.*, pp. 13-14, pp. 16-17.

(44) *Ibid.*, pp. 18 et 24-25.

(45) Renato TREVES et André-Jean ARNAUD, v° *Sociologie du droit*, *in* A.J. ARNAUD (sous la direction de), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, L.G.D.J., Bruxelles, Story-Scientia, 1988, p. 383 ; Vicenzo FERRARI, v° Fonction (fonctions) du droit, *in ibid.*, p. 162. Voy. not. Max WEBER, *Sociologie du droit*, Paris, P.U.F., 1re éd., 1986, p. 44 ; v. encore Renato TREVES, *Sociologie du droit*, *op. cit.*, pp. 232 et s.

la législation ou de la jurisprudence (46) pour prendre en compte les phénomènes d'instrumentalisation du droit par les opérateurs sociaux (47).

10. D'autre part, et de manière corollaire, nous raisonnerons surtout par induction, en partant des phénomènes observables, et non des « essences », pour tenter de dégager des régularités à valeur explicative générale (48). Le phénomène privilégié sera bien entendu le discours juridictionnel lui-même : c'est à partir d'une lecture du texte que nous tenterons de déceler les représentations du juge (49). Le texte constitue donc la référence fondant la vérification empirique de nos affirmations (50). Mais nous appréhenderons aussi la réalité sociale à travers les travaux préparatoires à la conclusion de conventions dans lesquelles on retrouve le « raisonnable », qui devraient nous permettre de comprendre les raisons de l'introduction de la notion dans le discours. Enfin, les caractéristiques générales de la « société internationale » seront constamment prises en compte, notamment pour évaluer le rôle des rapports de forces dans l'utilisation d'une notion à contenu variable comme celle que nous étudions. Ce n'est que sur base des éléments issus de ce matériau que nous tenterons d'induire des caractéristiques générales. Plus nous nous élèverons dans le raisonnement, et donc dans la conceptualisation, moins directs seront les liens entre nos affirmations et la réalité qu'elles visent à régir. Mais, dans tous les cas, celles-là tireront leur légitimité de leur correspondance avec celle-ci.

(46) Jean CARBONNIER, *Sociologie juridique*, *op. cit.*, p. 17 ; Philippe RAYNAUD, « Préface » à Max WEBER, *Sociologie du droit*, *op. cit.*, p. 11 ; v. aussi Madeleine GRAWITZ, *Méthodes des sciences sociales*, *op. cit.*, p. 148.

(47) V. Renato TREVES et André-Jean ARNAUD, v° Sociologie du droit, *loc. cit.*, p. 382 ; Jean CARBONNIER, *Sociologie juridique*, *op. cit.*, p. 110. On distingue traditionnellement sociologie du droit et théorie du droit selon que l'analyse est externe ou interne à l'ordre juridique ; v. François EWALD, « Le droit du droit », *A.P.D.*, tome XXXI, *Le système juridique*, 1986, p. 248.

(48) En ce sens, l'induction sera amplifiante ; Madeleine GRAWITZ, *Méthodes des sciences sociales*, *op. cit.*, pp. 15-16.

(49) V. à ce sujet Jean CARBONNIER, *Sociologie juridique*, *op. cit.*, pp. 169-170 et p. 173. Les décisions judiciaires sont bien une forme de pratique sociale ; Aulis AARNIO, *Le rationnel comme raisonnable*, *op. cit.*, p. 25.

(50) En ce sens, la méthode se rattache également à celle qui a été à la base du Centre national de recherches de logique, qui a dirigé ses travaux sur le droit tel qu'il se manifeste dans la pratique ; v. p. ex. Paul FORIERS, « L'état des recherches de logique juridique en Belgique », *in La pensée juridique de Paul Foriers*, Travaux du C.N.R.L., Bruxelles, Bruylant, 1982, p. 509 ; A. BAYART, « Le centre national belge de recherches de logique », *A.P.D.*, 1966, pp. 172 et s. ; Léon INGBER, « Avant propos », *in* L. INGBER (sous la direction de), *Le langage du droit, Travaux du C.N.R.L.*, Bruxelles, Nemesis, 1991, p. 9 ; Stamatios TZITZIZ, « Droit et valeurs. Perelman entre tradition et modernité », *in Chaïm Perelman et la pensée contemporaine*, *op cit.*, p. 155.

ii) *Une étude interdisciplinaire*

11. La connotation sociologique de notre démarche générale n'empêche pas que, fondamentalement, l'étude relève sur le plan de sa mise en œuvre d'une méthode interdisciplinaire (51). Si nous devions la caractériser de manière générique, nous la qualifierions d'analyse d'*un* discours, le discours juridictionnel. La préposition soulignée est importante ; l'expression doit s'entendre dans un sens commun, voire vulgaire, et non au sens de l'analyse *de* discours qui constitue une discipline spécialisée, pourvue d'outils et d'une méthodologie propres, et dont les contours sont au demeurant au centre de controverses doctrinales (52). Cette analyse d'un discours suppose en réalité, pour répondre à l'approche qui est la nôtre, de développer des raisonnements basés sur diverses sciences (53) que nous pouvons distinguer selon que l'analyse se déploie plutôt dans une perspective interne ou externe à l'ordre juridique envisagé (54).

12. Déceler des phénomènes de représentations et les aspects idéologiques d'un élément du discours juridique suppose à notre sens de maîtriser la logique interne de ce discours (55). En d'autres

(51) En tout état de cause, selon Renato TREVES, les recherches en sociologie du droit sont « des recherches typiquement interdisciplinaires » ; *Sociologie du droit*, *op. cit.*, p. 183. V. les distinctions entre interdisciplinarité, transdisciplinarité et pluridisciplinarité ; Madeleine GRAWITZ, *Méthodes des sciences sociales*, *op. cit.*, pp. 290-291 ; François OST et Michel van de KERCHOVE, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, F.U.S.L., 1987 pp. 70-71.

(52) Voy. Ève SEGUIN, « Unité et pluralité de l'analyse de discours », *Langage et société*, n° 69, septembre 1994, pp. 38-58 ; on dénomme aussi la discipline « analyse du discours » ; v. Madeleine GRAWITZ, *Méthodes des sciences sociales*, *op. cit.*, p. 277.

(53) Voy. dans cette perspective Monique CHEMILLIER-GENDREAU, *Humanité et souverainetés. Essai sur la fonction du droit international*, Paris, La découverte, 1995, pp. 79 et s. ; Pauline MAISANI et Florence WIENER, « Réflexions autour de la conception post-moderne du droit », *loc. cit.*, pp. 462-463.

(54) La distinction entre points de vue interne et externe a été opérée par Herbert L.A. HART ; le premier est celui d'un membre du groupe social envisagé qui accepte les règles de conduite de ce groupe et les utilise comme modèles de conduite, le second est celui d'un observateur qui ne les accepte pas lui-même ; *Le concept de droit*, *op. cit.*, pp. 113 et s. La distinction est, dans la pratique, souvent plus problématique (v. François OST et Michel van de KERCHOVE, *Jalons pour une théorie critique du droit*, *op. cit.*, pp. 27 et s. et pp. 77-78 ; « De la 'bipolarité des erreurs' ou de quelques paradigmes de la science du droit », *loc. cit.*, p. 180 ; Vittorio VILLA, « La science juridique entre descriptivisme et constructivisme », *in Théorie du droit et science*, *op. cit.*, p. 290), mais nous la retiendrons pour la facilité de l'exposé même si, rigoureusement, on pourrait contester le classement opéré.

(55) En ce sens, Renato TREVES, *Sociologie du droit*, *op. cit.*, p. 185 ; François OST et Michel van de KERCHOVE, *Jalons pour une théorie critique du droit*, *op. cit.*, pp. 48-49 et « De la 'bipolarité des erreurs'... », *loc. cit.*, p. 187 ; v. aussi Jean-Louis SOURIOUX et Pierre LERAT, *Le langage du droit*, Paris, P.U.F., 1975, pp. 57 et s. ; v., à propos du discours en droit international, Martti KOSKENNIEMI, *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument*, Helsinki, Lakimiesliiton Kustannus, 1989, pp. XIX et s.

termes, la force de légitimation d'une assertion ne peut être analysée que moyennant une compréhension du système de référence des interlocuteurs concernés (56). Trois disciplines seront utilisées dans cette perspective.

1° En premier lieu, l'analyse suppose que l'on mette le « raisonnable » en relation avec d'autres concepts de droit international, de les comparer, de les confronter, et de systématiser les enseignements qui en résultent. Il s'agira donc de mettre en œuvre la dogmatique juridique, entendue comme le « domaine de la science du droit consacré à l'interprétation et à la systématisation des normes juridiques » (57). C'est ainsi que nous étudierons l'ensemble des sources de droit international, traités, coutume, principes généraux, doctrine et, bien sûr, jurisprudence... de manière à préciser la place et le sens de la notion (58). Par ailleurs, nous suivrons les principes d'interprétation codifiés dans la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités.

2° Plus généralement, l'étude se développera sur base de la « théorie du droit », discipline dont, pour reprendre les termes de Hans Kelsen, l'« objectif consiste à analyser la structure du droit positif et à fixer les notions fondamentales de la connaissance de ce droit » (59). Il importera en effet de s'interroger non seulement sur certaines notions fondamentales aussi diverses que la fonction judiciaire, la *soft law*, la théorie de la marge d'appréciation..., mais aussi sur certains mécanismes comme l'interprétation, la qualification, l'établissement des faits, la structure et les modalités de la motivation. La doctrine constituera une source privilégiée à cet égard. Nous ne nous contenterons pas de consulter les auteurs ayant réfléchi sur le droit international, mais élargirons nos lectures à l'ensemble des théoriciens du droit qui ont, bien souvent, réfléchi par

(56) *Ibid.*, pp. 80 et s., et not. les références à Max Weber, pp. 86-87.

(57) *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, *op. cit.*, p. 106 ; v. aussi Danièle Lochak et Michel Troper, « La neutralité de la dogmatique juridique : mythe ou réalité ? », *in Théorie du droit et science*, *op. cit.*, p. 293 ; François Ost et Michel van de Kerchove, *Jalons pour une théorie critique du droit*, *op. cit.*, p. 44 ; « De la 'bipolarité des erreurs'... », *loc. cit.*, p. 179.

(58) C'est là un rôle classique de la doctrine juridique ; v. p. ex. Zygmunt Ziembinski, « La notion de rationalité du législateur », *A.P.D.*, 1978, p. 182.

(59) Cité par Alain Renaut et Lukas Sosoe, *Philosophie du droit*, *op. cit.*, p. 16 ; v. aussi Alain Renaut, *Qu'est-ce que le droit ?*, Paris, Vrin, 1992, pp. 8-9 ainsi que les définitions de Max Weber, dans *Économie et société*, tome 2, Paris, Plon, éd. poche, 1995, pp. 11-12, et de Hubert Rottleuthner, dans Renato Treves, *Sociologie du droit*, *op. cit.*, p. 170. On peut évidemment adopter d'autres définitions de cette discipline, qui ne se limitent pas au plan interne ; nous retenons la définition de Kelsen pour les besoins de l'exposé.

référence au droit interne (ou même à un droit national particulier) (60). Lorsque la nécessité s'en fera sentir, des aménagements modulant les conclusions en fonction de leur transposition en droit international seront apportés.

3° Enfin, il sera occasionnellement fait référence aux sciences du langage, dans la mesure où l'analyse d'un discours suppose la prise en compte d'aspects herméneutiques (science de l'interprétation) (61), sémiotiques (étude de signes et systèmes de signes servant à la communication (62)) et plus spécifiquement linguistiques, voire pragmatiques (étude des interactions entre le langage et le locuteur) (63). La démarche est largement interne, dans la mesure où les principes d'interprétation du droit international renvoient au sens ordinaire, qui suppose lui-même une lecture qui tienne compte des enseignements de ces disciplines (64). Elle est partiellement externe lorsque la réflexion théorique est plus approfondie, et s'écarte du sens commun. Dans l'ensemble, nous utiliserons les travaux de ces sciences du langage pour tenter d'appliquer certains de leurs enseignements au discours juridictionnel international, et plus spécifiquement à un terme particulièrement ouvert comme « raisonnable » (65).

13. Notre démarche interdisciplinaire suppose en second lieu l'utilisation d'outils scientifiques aptes à développer un raisonnement externe au droit international. Dans cette perspective, on peut évoquer deux types de disciplines.

D'abord, le « raisonnable » renvoie au concept philosophique par excellence, la raison. Une compréhension correcte de l'utilisation de la notion suppose de prendre en compte les réflexions des philosophes sur le sujet, et plus spécialement des philosophes du droit qui ont tenté de cerner les rapports entre droit et raison. Cela peut recouvrir des aspects d'ordre métaphysique (la raison comme fonde-

(60) V. à ce sujet les observations de Michel VIRALLY, « Notes sur la validité du droit et son fondement », *in Le droit international en devenir. Essais écrits au fil des ans*, Paris, P.U.F., 1990, p. 76.

(61) Paul RICŒUR, « L'herméneutique et la méthode des sciences sociales », *in Théorie du droit et science*, *op. cit.*, p. 15.

(62) *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, *op. cit.*, p. 369.

(63) V. les définitions opérées dans Francisco PUY, « La notion de logique juridique », *A.P.D.*, 1966, pp. 240-241 et Madeleine GRAWITZ, *Méthodes des sciences sociales*, *op. cit.*, pp. 273-274.

(64) Voy. de manière plus générale A. BRIMO, « Structuralisme et rationalisation du droit », *A.P.D.*, 1978, pp. 205 et s.

(65) V. de manière générale Pierre CATALA, « L'informatique et la rationalité du droit », *loc. cit.*, pp. 315-316.

ment), mais aussi épistémologiques (la raison comme étalon de l'énoncé scientifique), logiques ou rhétoriques (la raison comme cause, comme élément de l'argumentation) (66). Dans tous les cas, la doctrine sera une source privilégiée qui devrait permettre d'éclairer la signification d'un renvoi à la raison. Mais, une fois encore, sa lecture doit être considérée comme un élément d'une démarche plus globale qui, répétons-le, ne procède pas de l'analyse abstraite ou déductive, mais de l'induction. La réflexion philosophique doit donc être considérée comme un complément particulièrement important, mais qui reste accessoire sur le plan méthodologique.

Ensuite, et nous retrouvons ici le cœur de notre démarche, nous renverrons aux écrits concernant la sociologie ou la science politique (67), notamment lorsqu'ils traitent des relations internationales. Cela devrait nous permettre de disposer d'instruments d'analyse des rapports de forces qui, en droit international, se révèlent particulièrement importants en l'absence de pouvoir coercitif centralisé et, *a fortiori*, d'État mondial, et ce tant lors de l'élaboration de la norme que lors de son application (68). Ici encore, et comme pour la sociologie du droit proprement dite, les sources seront essentiellement doctrinales et théoriques.

14. On aura constaté la diversité des disciplines impliquées et des sources utilisées ; leur classement est d'ailleurs largement le fruit d'une simplification pour les besoins de l'exposé. La combinaison d'une prise en compte de la rationalité interne d'un discours et d'une confrontation de cette représentation avec des éléments externes a été désignée comme un « point de vue externe modéré » (69). Cette méthodologie n'échappe cependant pas aux risques de confusion entraînés par toute approche interdisciplinaire. Une première tentative de les dissiper a été opérée en exposant le

(66) Pour ces différentes acceptions, v. Jacques LENOBLE et François OST, *Droit, mythe et raison*, *op. cit.*

(67) Voy. à propos des relations entre sociologie juridique, sociologie politique et science politique, Jean CARBONNIER, *Sociologie juridique*, *op. cit.*, pp. 55-56 et 59-60. Selon Renato TREVES, « le lien est indissoluble entre sociologie et politique » ; *Sociologie du droit*, *op. cit.*, p. 73 et note 1.

(68) Voy. p. ex. Monique CHEMILLIER-GENDREAU, « Quelle méthode pour l'analyse des développements récents du droit international ? », *in* R. BEN ACHOUR et S. LAGHMANI (sous la direction de), *Les nouveaux aspects du droit international*, Paris, Pédone, 1994, pp. 16 et s. ; Charles CHAUMONT, « Cours général de droit international public », *R.C.A.D.I.*, t. 129, 1970-I, pp. 346 et s. ; Michel VIRALLY, « Réflexions sur la politique juridique des États », *in Le droit international en devenir*, *op. cit.*, p. 125.

(69) François OST et Michel van de KERCHOVE, « De la 'bipolarité des erreurs' ou de quelques paradigmes de la science du droit », *loc. cit.*, pp. 194-195.

sens général de la démarche et en classant en conséquence les diverses sciences utilisées. Il reste néanmoins à apporter certains éclaircissements d'ordre terminologique et épistémologique.

2. — *Précisions terminologiques et épistémologiques*

i) *Précisions terminologiques*

15. Les problèmes d'ordre terminologique sont d'abord dus à la diversité des méthodes, domaines et langages utilisés. Trois exemples suffiront à s'en convaincre.

Un terme comme « conventionnel » peut renvoyer soit au résultat d'un accord — par opposition à ce qui résulte de normes transcendantes, ce qui correspond à des essences indépendantes de la volonté humaine (70) — soit à ce qui, en droit international, relève de cet accord particulier que constitue le traité. On est ici confronté à un chevauchement entre philosophie du droit (ou théorie du droit) et dogmatique juridique. Il est évidemment difficile de faire prévaloir l'une ou l'autre de ces acceptions hors contexte. Contentons-nous de préciser que, en l'absence de dérogation, une notion sera entendue dans son sens le plus général.

La même remarque peut être formulée pour la « norme », qui peut se traduire tantôt par une règle, sur le plan juridique, tantôt comme l'expression d'une régularité observable, sur le plan sociologique (71).

La notion de « législateur » renvoie en droit interne à l'organe qui élabore les lois de manière centralisée. En droit international, cet organe n'existe pas, puisque seuls les États destinataires d'une règle interviennent dans sa création (72). Les auteurs qui ont réfléchi sur le droit (sociologues, théoriciens, philosophes) utilisent très souvent le concept en le considérant dans son sens le plus large comme « toute autorité créatrice de normes » (73). Faudra-t-il dès lors systé-

(70) V° Convention *in* André LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, P.U.F. — Quadrige, 3e éd., 1993, p. 187.

(71) V° Normes *in* Raymond BOUDON et François BOURRICAUD, *Dictionnaire critique de la sociologie*, Paris, P.U.F., 4e éd., 1994, p. 417.

(72) V. la citation de BASDEVANT dans Charles CHAUMONT, « Cours général de droit international public », *loc. cit.*, p. 365.

(73) Danièle LOCHAK, et Michel TROPER, « La neutralité de la dogmatique juridique : mythe ou réalité ? », *loc. cit.*, p. 322.

matiquement procéder à une reformulation adaptée à l'ordre juridique traité ? Il nous suffira d'évoquer le « législateur » ou le « législateur international » entre guillemets, à l'instar de certains internationalistes comme Mohammed Bedjaoui (74) ou Jean Salmon (75).

On pourrait multiplier les exemples, tant les réflexions doctrinales sont parfois terminologiquement impropres à l'ordre juridique spécifique qu'est le droit des gens. Nous tenterons de procéder autant que possible à des adaptations, en laissant au lecteur attentif le soin de nous suppléer le cas échéant.

16. Le deuxième problème terminologique que nous voudrions aborder de manière préliminaire est tout à fait fondamental, et son traitement conditionne et transcende tout le développement de notre étude. Il convient donc d'y apporter une attention toute particulière.

Le terme « raisonnable » est chargé de connotations les plus diverses. Nous avons déjà évoqué certaines acceptions propres à des droits nationaux spécifiques, et nous n'y reviendrons plus. Mais le terme a ceci de particulier qu'il renferme une dérive potentielle dans deux directions, dérive contre laquelle nous tenons à mettre le lecteur en garde.

1° La notion de « raisonnable » appartient pour une large part au sens commun (76) ou à ce qu'on désigne de manière péremptoire comme le « bon sens » (77). Cette caractéristique est extrêmement dangereuse. Chacun a sa propre conception de ce qui est « raisonnable » et, plus grave, la notion se rattache souvent à l'évidence, impression difficilement maîtrisable s'il en est. Ce qui est raisonnable ne se discute pas, ne pose pas problème, ne nécessite pas réflexion (78). Pareille impression peut orienter toute la recherche dans le chef de l'auteur, mais risque aussi de déformer la lecture des destinataires de ces lignes.

2° En renvoyant à la raison, le « raisonnable » renvoie à un concept connoté par excellence, essentiellement sur le plan philoso-

(74) « L''énigme' des 'principes équitables' dans le droit des délimitations maritimes », *R.E.D.I.*, 1990, p. 377.

(75) « Le concept de raisonnable en droit international public », *loc. cit.*, p. 450.

(76) Voy. p. ex. Chaïm PERELMAN, « Les conceptions concrète et abstraite de la justice », *in Le raisonnable et le déraisonnable en droit, op. cit.*, pp. 196-198.

(77) P. HABA, « Rationalité et méthode dans le droit », *loc. cit.*, pp. 287-289.

(78) *Ibid.*, p. 288 et H.Ph. VISSER' HOOFT, « La philosophie du langage ordinaire et le droit », *A.P.D.*, 1972, p. 278.

phique (79). Les innombrables auteurs qui se sont penchés sur le sujet ont développé les théories les plus diverses mettant en relation des termes comme « raisonnable », « raison », « raisons », « rationnel », « raisonnement », etc. Ce foisonnement sémantique risque fort de diluer les concepts et de répandre la confusion (80) lorsque nous serons, inévitablement, amené à passer de l'un à l'autre.

17. Il s'avère dès lors essentiel de préciser la manière dont nous entendons ces concepts, ou à tout le moins, quelle relation nous pouvons établir entre certains d'entre eux. La question ne concerne pas la définition de notre matériau puisque, comme nous l'avons précisé, la méthode sera purement nominaliste à cet égard. Elle recouvre en revanche tout le développement de notre propre discours.

Ne pouvant procéder à une analyse terminologique approfondie avant la deuxième partie de l'étude (81), nous reprendrons cet extrait du dictionnaire juridique Cornu au titre de définition provisoire

> « Raisonnable » : « Conforme à la raison [...] ; qui répond plus encore qu'aux exigences de la rationalité (de la logique), à celles d'autres aspirations (usage, bon sens) sans exclure la considération des contingences (l'opportunité, le possible) ; par ext., en pratique, modéré, mesuré, qui se tient dans une juste moyenne. Ex. délai raisonnable » (82).

La citation laisse apparaître deux axes que l'on retrouvera constamment tout au long de l'étude. D'abord, le « raisonnable » implique le respect d'une certaine rationalité, d'une certaine logique. L'enseignement semble bien conforme au sens usuel ; un discours qui recèle des incohérences ou des contradictions ne sera certainement pas qualifié de « raisonnable ». Mais l'inverse n'est pas vrai : un discours parfaitement rationnel peut être considéré comme déraisonnable. On touche ici à la deuxième dimension de la notion, qui lui donne toute sa spécificité par rapport aux autres épithètes qui renvoient à la raison. Le « raisonnable » suppose en effet le respect de certaines valeurs, indépendamment de la rationalité du discours, valeurs qu'il est difficile de définir *a priori*, mais que l'on

(79) Voy. p. ex. Chaïm PERELMAN, « Raison éternelle, raison historique », *in Justice et raison*, Bruxelles, P.U.B., 1963, p. 95.

(80) P. HABA, « Rationalité et méthode dans le droit », *loc. cit.*, p. 277.

(81) V. *infra*, Chapitre VI, section 1re.

(82) Gérard CORNU (sous la direction de), *Vocabulaire juridique*, 2e éd., Association Henri Capitan, Paris, P.U.F., 1990, p. 663 , exemples et renvois omis.

peut rattacher au sens commun, au bon sens. On se trouve en présence d'un aspect axiologique qui se rattache plus à la rhétorique qu'à la logique, au raisonnement qu'au calcul formel.

On peut sur cette base schématiser les deux axes du « raisonnable » de la façon suivante. La notion renvoie d'abord à la raison qui, elle-même, comprend :

— un renvoi à la rationalité, à la logique, à la non-contradiction ;
— un renvoi aux valeurs socialement admises, au raisonnement, aux raisons.

Si la deuxième caractéristique fait la spécificité de la notion, la première ne peut être écartée, comme paraissent le faire parfois certains théoriciens qui semblent opposer le « raisonnable » au « rationnel » de manière excessive (83). Si le premier est indéniablement un adjectif plus complet, il n'exclut pas mais recouvre pour une large part le second (84). Il conviendra de ne pas l'oublier à la lecture des lignes qui suivent, lorsque nous utiliserons l'un ou l'autre des termes cités selon la séquence que nous venons d'exposer. La justification de cette grille de lecture, posée méthodologiquement, sera confirmée à l'analyse de l'ensemble des dictionnaires mais aussi des définitions tirées du discours juridictionnel international, qui consacrent le lien entre « raisonnable » et « raison », avec d'un côté la rationalité et, de l'autre, le bon sens (85).

Nous utiliserons donc les termes « raisonnable », « raison », « rationnel », « raisons », « raisonnement » à travers cette grille de lecture, sauf lorsque nous renverrons — comme ce sera occasionnellement le cas — à des définitions qui sont propres à certains auteurs ou à certaines doctrines.

ii) *Précisions épistémologiques*

18. Il n'est plus à démontrer que l'objectivité, conçue comme l'adéquation d'un énoncé scientifique avec une réalité qui lui serait extérieure, est un leurre (86). Toute perception d'un phénomène observable est déformée, d'une part, par la détermination sociale et

(83) V. Chaïm PERELMAN, « La justice réexaminée », *in Le raisonnable et le déraisonnable en droit, op. cit.*, p. 169 et « Les conceptions concrète et abstraite de la justice », *id.*, p. 198.

(84) Voy. à ce égard les réflexions de Max WEBER sur le concept de « raisonnable » ou de « reasonable », *Sociologie du droit, op. cit.*, pp. 212-213.

(85) Voy. *infra*, Chapitre VI, Section 1re.

(86) Voy. v° Objectivité, *in* Raymond BOUDON et François BOURRICAUD, *Dictionnaire critique de la sociologie, op. cit.*, pp. 425 et s.

les prédispositions psychologiques du chercheur, d'autre part, par la dimension axiologique indépassable du langage qu'il utilise (87). *A fortiori*, toute formulation d'un énoncé qui fait suite à la perception est profondément empreinte de subjectivité (88). En conséquence, une communauté scientifique ne peut fonctionner que par une confrontation de subjectivités, et non par la poursuite d'un horizon illusoire d'objectivité. Il importe d'assumer cette subjectivité mais, afin de satisfaire aux exigences de la méthode scientifique, de la limiter en livrant le résultat des recherches au contrôle, à la discussion et à la controverse des autres membres de la communauté scientifique (89). C'est ce que l'on appelle l'intersubjectivité (90), par opposition à une pure subjectivité qui entraîne un relativisme absolu, et à l'objectivité qui relève d'une conception épistémologique naïve et surannée (91). Ces considérations nous amènent à formuler des précisions dans deux directions : d'abord dans la manière dont sera élaboré notre énoncé scientifique, ensuite dans le statut de cet énoncé.

19. En ce qui concerne la manière d'élaborer notre énoncé, le souci de limiter notre subjectivité nous amène à prendre position par rapport à deux critères repris par Jean Carbonnier pour caractériser la méthode en sociologie du droit (92).

1° Le premier critère est l'exigence de *matérialité*. Les phénomènes ne seront pris en compte que dans la mesure où ils sont matérialisés, concrétisés dans une forme observable, tangible, c'est-à-dire « par le côté où ils se laissent le plus facilement abstraire de leurs manifestations individuelles et psychologiques ». Deux illustrations peuvent être apportées à cet égard. D'abord, nous n'appréhenderons

(87) Madeleine GRAWITZ, *Méthodes des sciences sociales*, *op. cit.*, pp. 285 et s. ; Renato TREVES, *Sociologie du droit*, *op. cit.*, p. 188 ; Jacques LENOBLE et François OST, *Droit, mythe et raison*, *op. cit.*, pp. 305 et s.

(88) Valentin PETEV, « Hans Kelsen et le Cercle de Vienne. A quel point la théorie du droit est-elle scientifique ? », *in Théorie du droit et science*, *op. cit.*, p. 239 et p. 246.

(89) *Dictionnaire critique de la sociologie*, *op. cit.*, pp. 431-432 ; v. aussi Chaïm PERELMAN, « La méthode dialectique et le rôle de l'interlocuteur dans le dialogue », *in Justice et raison*, *op. cit.*, pp. 136 et s.

(90) V. p. ex. René SÈVE, « L'épistémologie contractualiste de Karl Popper », *in Théorie du droit et science*, *op. cit.*, p. 49 ; P. HABA, « Rationalité et méthode dans le droit », *loc. cit.*, pp. 271 et s. La rationalité n'est donc non plus fondée sur le plan ontologique mais l'est sur le plan procédural ; v. p. ex. Jacques LENOBLE, « Droit et communication : Jürgen Habermas », *loc. cit.*, p. 172.

(91) Michel MIAILLE, « La critique du droit », *Droit et Société*, n^{os} 20-21, 1992, p. 80 ; Jacques LENOBLE et François OST, *Droit, mythe et raison*, *op. cit.*, pp. 493 et s.

(92) *Sociologie juridique*, *op. cit.*, pp. 155 et s.

pas le droit comme un ordre qui s'impose de manière transcendante, par « nature » ou « par essence », mais le considérerons comme un simple fait, de type particulier il est vrai, mais susceptible de se prêter à la mise en œuvre du postulat de Durkheim (93) : le droit ne sera considéré que comme un type particulier de fait social, de même que les phénomènes d'obéissance, ou de croyance à la force obligatoire de la règle (94). Ensuite, la jurisprudence elle-même ne sera observée qu'à travers la formalisation de la pensée du juge dans un écrit. Il ne sera pas question de tenter de sonder la « véritable » motivation du juge, qu'elle relève de la psychologie, de sa détermination sociale ou de ses positions philosophiques (95). Seul le texte de la décision sera considéré comme un produit susceptible d'être traité scientifiquement.

2° Le second critère mis en exergue par Jean Carbonnier est l'*impartialité*. On sait que la réalisation d'une totale impartialité est vaine, dans la mesure où tout scientifique est influencé par des paradigmes d'ordre idéologique dans la conduite de sa recherche (96). Deux limites peuvent toutefois être apportées à la subjectivité, de manière à tendre vers l'impartialité. En premier lieu, il importe de se livrer à une recherche constante de la controverse, de prendre en compte et de répondre aux arguments qui ont été ou pourraient être avancés à l'encontre de sa propre position. Nous nous efforcerons de satisfaire à ce prescrit de manière constante. En second lieu, la meilleure manière de limiter la subjectivité est sans doute d'annoncer expressément les présupposés théoriques que l'on mettra en œuvre (97). Notre étude des phénomènes juridiques s'articulera autour de ce que nous désignerons comme un

(93) Émile DURKHEIM, *Les règles de la méthode sociologique*, Paris, P.U.F.-Quadrige, 5° éd., 1990, pp. 15 et s. ; Jean CARBONNIER, *Sociologie juridique*, *op. cit.*, pp. 102 et 155.

(94) Voy. p. ex. Michel MIAILLE, *Une introduction critique au droit*, Paris, Maspero, 1976, p. 327. Cette prise de position a été à la base de la naissance de la sociologie juridique (v. Henri LÉVY-BRUHL, *Sociologie du droit*, Paris, P.U.F., 7° éd., 1990, p. 95) et a été suivie notamment par les réalistes (v. p. ex. Riccardo GUASTINI, « Alf Ross : une théorie du droit et de la science juridique », *in Théorie du droit et science*, *op. cit.*, pp. 258-259) ; Jean CARBONNIER évoque sur ce point un « athéisme méthodologique », *Sociologie juridique*, *op. cit.*, p. 17 ; v. aussi la critique de Hans KELSEN assimilant cette prise de position avec la sociologie juridique ; *Théorie pure du droit*, Neuchâtel, Ed de la Baconnière, 1988, pp. 87 et s.

(95) Voy. à ce sujet Françoise MICHAUT, « L'approche scientifique du droit chez les réalistes américains », *in Théorie du droit et science*, *op. cit.*, pp. 265 et s. et Renato TREVES, *Sociologie du droit*, *op. cit.*, pp. 202 et s.

(96) *Dictionnaire critique de la sociologie*, *op. cit.*, p. 431 et Michel MIAILLE, « La critique du droit », *loc. cit.*, p. 75.

(97) François OST et Michel van de KERCHOVE, *Jalons pour une théorie critique du droit*, *op. cit.*, p. 58.

positivisme critique. Positivisme d'abord, dans la mesure où les acteurs concernés réfléchissent et se réfèrent constamment au droit en tant qu'ordre positif, fruit de la volonté des sujets compétents (98), et où il nous semble essentiel d'intégrer cette circonstance dans toute notre réflexion interne à l'ordre juridique étudié. Au demeurant, la prise en compte de la relativité du droit et de son indépendance par rapport à une quelconque « essence » nous amène à rester dans le cadre de cette théorie (99). Critique (100) ensuite, dans la mesure où la description interne peut et doit à notre sens se doubler d'une perspective intégrant des éléments externes au système juridique (101), la seule exigence étant de ne pas confondre les deux ordres de réflexion : la critique ne s'impose pas à l'intérieur du droit ; la remise en cause qu'elle induit reste externe (102).

20. Il reste à apporter des précisions sur le statut de l'énoncé comme résultat de la recherche. Deux remarques doivent être formulées à cet égard.

1° L'énoncé qui formera notre thèse ne prétend pas correspondre à une « réalité » ou une « vérité » inaccessibles, mais ne représente qu'une position scientifique parmi d'autres. Sa validité se fonde sur la prise en compte de deux éléments. D'une part, elle prétend pouvoir être appuyée par un nombre suffisant d'autorités scientifiquement reconnues. En droit international positif, ces autorités sont désignées par les sources formelles. Dans les autres disciplines, elles sont plutôt constituées par des références doctrinales. Dans tous les cas, le critère de la vérification empirique renvoie à

(98) V. François EWALD, *L'État providence*, Paris, Grasset, 1986, pp. 30 et s. ; Jacques CAILLOSSE, « Droit et politique : vieille lunes, nouveaux champs », *Droit et Société*, n° 26, 1994, pp. 130 et s. ; Alain RENAUT, *Qu'est-ce que le droit ?*, *op. cit.*, p. 9 ; Vittorio VILLA, « La science juridique entre descriptivisme et constructivisme », *loc. cit.*, p. 283 ; voy. à ce sujet les réflexions de Olivier DE SCHUTTER, « Les Critical Legal Studies au pays du droit international public », *Droit et société*, n° 22, 1992, pp. 586 et s.

(99) François EWALD, *L'État providence*, *op. cit.*, p. 41.

(100) De manière plus générale, v. la définition et les commentaires de Michel MIAILLE, v° Critique du droit, *in Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, *op. cit.*, pp. 85-86 ainsi que, du même auteur, « La critique du droit », *loc. cit.*, pp. 73 et s.

(101) V. en ce sens Monique CHEMILLIER-GENDREAU, *Humanité et souverainetés. Essai sur la fonction du droit international*, *op. cit.*, pp. 79-80 ; Michel MIAILLE, *Une introduction critique au droit*, *op. cit.*, pp. 20 et s. et « Désordre, droit et science », *loc. cit.*, p. 98 ; Nicos POULANTZAS, « La dialectique hégélienne-marxiste, et la logique juridique moderne », *A.P.D.*, 1966, p. 157 ; François OST et Michel van de KERCHOVE, *Jalons pour une théorie critique du droit*, *op. cit.*, p. 57 ; Jacques LENOBLE et François OST, *Droit, mythe et raison*, *op. cit.*, pp. 215-218 ; François EWALD, *L'État providence*, *op. cit.*, pp. 41-42.

(102) K. STOYANOVITCH, « De quel usage peut être en logique juridique la 'dialectique' au sens moderne hégélien et marxiste du mot ? », *A.P.D.*, 1966, p. 168.

la correspondance à la réalité que forme notre matériau, tel que défini plus haut (103). D'autre part, la validité de notre énoncé dépend de la cohérence interne du discours qui le soutient (104). C'est, comme nous le verrons, une modalité importante du contrôle intersubjectif de toute prise de position rationnelle (105).

2° A supposer même que l'énoncé remplisse les critères de validité que nous venons d'exposer, il ne bénéficie sur le plan épistémologique que d'un statut à la fois relatif et provisoire.

Relatif, sur un double plan. D'abord parce que l'énoncé ne prétend pas à une portée générale : nous ne nous prononcerons que sur l'utilisation du « raisonnable » dans le discours juridictionnel international, c'est-à-dire relativement à un ordre spécifique de références, à un système particulier de représentations. Peut-être nos conclusions pourraient-elles être transposées dans d'autres domaines, mais cela supposerait une vérification qui repose sur d'autres recherches, et spécialement sur un autre matériau. Ensuite, l'énoncé est relatif dans la mesure où il ne constitue qu'une grille de lecture visant à maîtriser la diversité comme l'est tout énoncé scientifique (106). L'énoncé est aussi provisoire, au sens poperrien du terme (107). Notre thèse correspond à l'état actuel des textes que nous avons consultés et, plus généralement, à l'état actuel de nos recherches. Leur fruit étant livré à la discussion et à la controverse, il est évidemment susceptible de remise en cause dans le cadre d'une discussion qui respecte les critères scientifiquement reconnus (108). Une fois encore, notre thèse est une position, mais une des positions possibles, que nous privilégions sur base d'arguments d'autorité et de raison qui nous semblent déterminants. On se trouve dans le cadre de ce qu'on a appelé un « paradigme de la raison procédurale », sur lequel nous aurons l'occasion de revenir (109).

(103) C'est par rapport à cette correspondance que peut se développer ce qu'on appelle la critique externe d'une thèse scientifique, *Dictionnaire critique de la sociologie*, *op. cit.*, v° Objectivité, p. 430.

(104) *Ibid.*

(105) V. *infra*, Chapitre V, section 2.

(106) Paul AMSELEK, « Propos introductifs », *in Théorie du droit et science*, *op. cit.*, pp. 8 et s. et Michel MIAILLE, « Désordre, droit et science », *loc. cit.*, p. 88.

(107) V. p. ex. René SÈVE, « L'épistémologie contractualiste de Karl Popper », *loc. cit.*, pp. 53-54 ; Michel MIAILLE, « La critique du droit », *loc. cit.*, p. 81. et Rob GROOTENDORST and Frans VAN EEMEREN, « Perelman and the Fallacies », *loc. cit.*, p. 273.

(108) René SÈVE, « L'épistémologie contractualiste de Karl Popper », *loc. cit.*, p. 55 et s., sp. p. 60 ; Chaim PERELMAN, « Opinions et vérités », *in Justice et raison*, *op. cit.*, p. 205.

(109) Jacques LENOBLE, « Droit et communication : Jürgen Habermas », *loc. cit.*, p. 169 ; v. les développements et les références *infra*, Chapitre V, section 2, §§ 342 et s.

21. Ces précisions apportées, et ces précautions prises, nous pouvons développer notre argumentation à partir de notre hypothèse de travail et en suivant la démarche qui est la nôtre. Comme nous le laissions déjà entendre plus haut, notre étude s'articulera en deux temps :

— dans une première partie, nous commencerons par déterminer les fonctions de l'utilisation du « raisonnable », ce qui nécessitera au préalable d'évaluer l'étendue de son champ d'application dans le discours juridictionnel international ;

— dans une seconde partie, nous pourrons alors analyser la manière dont le juge donne un contenu à la notion, pour vérifier s'il est possible d'induire des précédents traités une méthode rationnelle d'interprétation de cette notion à contenu variable.

PREMIÈRE PARTIE

CHAMP D'APPLICATION ET FONCTIONS

22. Nous envisagerons successivement le champ d'application du « raisonnable » (Titre I) puis les fonctions induites par son utilisation (Titre II). Cet ordre de présentation n'est pas aléatoire. La détermination des situations dans lesquelles la notion se retrouve dans le discours juridique est un préalable indispensable à une bonne compréhension des fonctions de son utilisation. Plus particulièrement, l'importance et la variété des domaines où on retrouve le « raisonnable » devraient fournir de premières et précieuses indications sur sa plus ou moins grande importance dans le discours juridictionnel international. Nous nous abstiendrons cependant, dans la mesure du possible, d'expliquer *pourquoi* on retrouve la notion lorsque nous n'en serons qu'au stade de l'examen du champ d'application, pour lequel nous ne répondrons qu'à la question de savoir *où* on retrouve la notion. Tout au long du Titre I, nous resterons donc, provisoirement, confiné à de la dogmatique juridique et à de la théorie analytique du droit. Sur cette base, nous pourrons, dans le Titre II, développer un raisonnement davantage centré sur de la philosophie et de la sociologie du droit.

TITRE PREMIER

LE CHAMP D'APPLICATION DU « RAISONNABLE »

23. Quels sont les cas d'utilisation du « raisonnable » dans la pratique juridictionnelle internationale ? L'exemple le plus connu est sans doute le « délai raisonnable » caractérisant le délai de jugement que l'on retrouve abondamment dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Mais cet exemple est loin d'être isolé : nous mesurerons toute l'étendue du champ d'application du « raisonnable » au cours des deux chapitres qui suivent. Il s'agira de se demander où l'on retrouve la notion dans différentes sources de droit international, de manière à exposer de manière générale le contenu de notre matériau. A ce premier stade, nous éviterons tout commentaire relatif soit à l'explication de la présence du « raisonnable » dans le discours (que nous réservons pour le titre II), soit au contenu de la notion (qui fait l'objet de la deuxième partie). Des renvois aux chapitres consacrés à l'analyse du matériau présenté seront toutefois opérés lorsque les relations apparaissent particulièrement intenses.

24. Plusieurs critères peuvent être retenus pour déterminer le champ d'application de la notion.

Une première division pourrait s'opérer selon les matières du droit international. On pourrait ainsi déterminer la place du « raisonnable » dans les droits de la personne, dans le droit international économique, le droit international de la mer,... Mais cette méthode s'avérerait peu utile pour déterminer les fonctions de l'utilisation de la notion, puisqu'elle supposerait que les spécificités propres à chacune des branches soient telles que les fonctions y seraient fondamentalement différentes, ce qui, nous le constaterons à l'analyse, n'est pas le cas.

On pourrait aussi distinguer les cas où le « raisonnable » qualifie un délai, une limite, une estimation, un tarif,... Mais les inconvénients resteraient similaires, étant donné le nombre, et l'absence de réelle spécificités des différentes expressions concernées.

On pourrait encore appréhender la matière en fonction des sources du droit international, en distinguant le « raisonnable » dans les traités, dans la coutume, dans les principes généraux de droit, dans la jurisprudence, dans la doctrine,... Ici encore, la division s'avérerait trop rigide pour ne pas donner lieu à des répétitions. Par ailleurs, le sujet étant axé sur le discours du juge, il importe de placer un accent particulier sur la pratique juridictionnelle.

25. La division que nous avons privilégiée s'attache à cerner les caractéristiques du discours du juge international. De quoi est composé ce discours ? A notre sens, deux éléments doivent être distingués.

De manière générale, le discours juridictionnel se développe suivant un modèle que l'on désigne comme le « syllogisme judiciaire », et consiste donc en premier lieu en une application de la règle de droit à un cas particulier. On peut dire que des opérations comme l'établissement des faits où l'interprétation du droit sont particulièrement caractéristiques de l'activité du juge. Nous commencerons donc, dans un premier chapitre, par cerner la place du « raisonnable » dans le cadre des opérations d'application de la règle qui forment le syllogisme. C'est ce que nous appellerons le discours juridictionnel « vertical », dans la mesure où il recouvre le processus d'application d'une règle abstraite à une situation concrète, une ligne verticale symbolisant le lien entre les deux éléments.

Mais le juge est aussi amené à énoncer la règle de droit elle-même, que ce soit en citant ou en reformulant une disposition conventionnelle applicable, ou en énonçant une règle coutumière restée jusque là non écrite. Il s'agit là d'une étape essentielle du discours juridictionnel, puisque c'est elle qui donnera le plus souvent lieu à un énoncé formulé de manière générale sur le sens d'une règle de droit, énoncé susceptible d'être repris ultérieurement comme élément de jurisprudence, et qui n'est pas limité au cas d'espèce. L'examen du « raisonnable » dans ce type de discours, que nous qualifierons d'« horizontal », sera assuré dans un deuxième chapitre.

CHAPITRE PREMIER

LE « RAISONNABLE » DANS LE DISCOURS JURIDICTIONNEL « VERTICAL »

26. Comme l'a relevé un auteur,

> « [l]a diversité des juridictions internationales pourrait faire douter de l'existence de méthodes d'application très générales pour l'examen d'un litige international. En réalité, la fonction juridictionnelle présente des aspects très généraux que l'on retrouve en toutes circonstances, quel que soit le tribunal qui est investi de la mission de régler un litige sur la base du droit » (1).

Parmi ces aspects généraux, la division d'une décision juridictionnelle selon les différentes étapes de ce qu'on appelle le syllogisme judiciaire est fréquemment mise en exergue. Et, en effet, tout juge tenu de trancher un litige est amené à établir les règles qui le régissent — c'est ce qu'on appelle la majeure du syllogisme —, les faits qui le composent — la mineure — pour, dans un troisième temps, procéder à une conclusion qui débouche sur une décision (2). Ce schéma est évidemment simplifié à l'extrême. Dans la réalité, les principales étapes d'une décision juridictionnelle (3) seront généralement, dans l'ordre de présentation dans le discours :

1° l'établissement des faits ;
2° la recherche et l'établissement de la règle applicable ;
3° l'interprétation de cette règle ;
4° la qualification des faits en fonction de la règle interprétée ;
5° la décision prise sur base des opérations précédentes.

Le deuxième point ne fera pas directement l'objet de l'analyse, puisqu'il sera réservé pour le deuxième chapitre. Quant au cinquième, il ne présente pas un intérêt fondamental dans la mesure où

(1) Max GOUNELLE, *La motivation des actes juridiques en droit international*, Paris, Pédone, 1979, p. 92.

(2) V. Jean SALMON, « Le fait dans l'application du droit international », *R.C.A.D.I.*, t. 175, 1982-II, p. 268 et Jerzy WROBLESKI, « la règle de décision dans l'application du droit », *in* Ch. PERELMAN (sous la direction de), *La règle de droit*, Bruxelles, Bruylant, 1971, pp. 68 et 71.

(3) Il se peut évidemment que la décision comprenne, dans le cadre d'un syllogisme global, plusieurs syllogismes qui correspondent à une démonstration accessoire du raisonnement juridictionnel ; v. Jean SALMON, « Le fait dans l'application du droit international », *loc. cit.*, p. 269.

il ne consiste qu'à tirer les conséquences des opérations intellectuelles effectuées au cours des étapes précédentes. Nous diviserons donc le chapitre en analysant l'interprétation de la règle, élément de la majeure du syllogisme (section 1re), l'établissement du fait, mineure du syllogisme (section 2), et la qualification du fait (section 3). Une quatrième section sera consacrée au « discours juridictionnel » ; elle concernera de manière beaucoup plus générale les méthodes utilisées par le juge pour élaborer sa décision, sans que cela soit limité à une étape particulière du syllogisme : il s'agit en quelque sorte des opérations qui encadrent et relient les trois étapes que nous avons distinguées, comme des déductions, des inductions, des conclusions, des justifications...

27. Cette présentation essentiellement statique n'est évidemment utilisée que comme grille d'analyse qui est, par définition, le fruit d'une construction intellectuelle (4). Comme l'a opportunément souligné le juge Gros,

> « la séparation du fait et du droit n'est pour le juge qu'une méthode de travail [...] » (5),

ce qui vaut *a fortiori* pour la division selon les étapes du syllogisme judiciaire. La théorie du droit a montré que l'application du droit relevait en réalité d'un processus dynamique et dialectique où chaque étape est envisagée en fonction des autres, et surtout de la décision finale qui, dans l'esprit du juge, précède une motivation taillée *a posteriori* et « sur mesure » (6). Nous aimerions à ce propos reprendre la citation de Jean Ray mise en exergue par le professeur Salmon pour présenter son cours à l'Académie de droit international :

> « A vrai dire, dans la vie juridique le pur fait et le pur droit sont introuvables : le fait n'a d'existence que dès l'instant où il devient matière à l'application du droit, le droit n'a d'intérêt que dès l'instant où il vient s'appliquer au fait ; et

(4) V. les réflexions de Michel VIRALLY à propos du « modèle », « Le phénomène juridique », *in Le droit international en devenir. Essais écrits au fil des ans*, Paris, P.U.F., 1990, p. 38.

(5) C.I.J., *Recueil 1970*, op. indiv., p. 267 § 2.

(6) V. not. Jean SALMON, « Le fait... », *loc. cit.*, p. 271 et François OST et Michel van de KERCHOVE, « Interprétation », *A.P.D.*, tome XXXV, Vocabulaire fondamental du droit, 1990, p. 175. Pour la difficile distinction entre le fait et le droit, v. not. Laurent LEVENEUR, « Le fait », *A.P.D.*, 1990, pp. 147 et s. ; François OST et Michel van de KERCHOVE, « Interprétation », *loc. cit.*, p. 175.

par suite dès qu'un juriste pense au fait, il le pense comme *matière* du droit, dès qu'il pense le droit, il le pense comme *forme* destinée au fait » (7).

La séparation de la pensée en étapes syllogistiques sera donc reprise dans un but essentiellement didactique.

28. Nous présenterons les résultats de notre recherche de la même manière pour chacune de ces étapes, en déterminant la place du « raisonnable » d'abord dans la pratique, ensuite dans la théorie de l'établissement du fait, de l'interprétation de la règle, de la qualification et du discours juridictionnel.

Nous commencerons chaque fois par exposer le résultat de l'analyse de notre matériau jurisprudentiel, en citant des exemples dans lesquels le terme est utilisé par le juge, et ce en utilisant une méthode strictement nominaliste dans la sélection.

Mais, dans un second temps, nous vérifierons si ces enseignements sont confirmés par une analyse théorique, afin de déterminer s'ils peuvent être généralisés au-delà des cas particuliers retenus. Il s'agira dès lors de commenter les exemples jurisprudentiels.

Ce n'est qu'à l'issue de cette analyse que nous pourrons tenter de conclure de manière générale sur la place du « raisonnable » dans le discours relatif à l'opération juridictionnelle envisagée.

SECTION 1re. — LE « RAISONNABLE » DANS L'INTERPRÉTATION DE LA RÈGLE

29. L'interprétation juridique s'entend généralement comme « le processus ou le résultat de la détermination du sens des règles juridiques ou de leurs éléments » (1). La recherche du « raisonnable » dans l'interprétation de la règle de droit international est facilitée par la codification consacrée aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités conclus entre États de 1969 (et aux articles correspondants de la Convention de Vienne de 1986 sur

(7) Jean SALMON, « Le fait... », *loc. cit.*, p. 265 ; en ce sens, Michel van de KERCHOVE et François OST, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, P.U.F., 1988, p. 75. Cette affirmation peut d'ailleurs se retrouver incidemment dans la jurisprudence. Dans l'affaire des *Finnish Shipowners*, le tribunal déclare : « What a point of law is — as distinguished from a question of fact — is a very doubtful matter and subject to conflicting opinions [...] » ; décision du 9 mai 1936, *R.S.A.*, vol. III, p. 1505.

(1) Selon la définition de Jerzy WOBLEWSKI, « Interprétation », dans A.J. ARNAUD (sous la direction de), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, L.G.D.J., Bruxelles, Story-Scientia, 1988, p. 199.

le droit des traités conclus entre États et organisations internationales). Nous disposons ici d'un texte relativement clair et complet qui énonce une « règle générale » (art. 31) et des « moyens complémentaires » (art. 32) d'interprétation, et sur lequel nous pourrons baser notre analyse.

30. Il est vrai que ce texte revêt en théorie une portée limitée. D'une part, il ne lie que les États qui ont ratifié la Convention ou y ont adhéré. D'autre part, il ne vise que l'interprétation des traités internationaux, et non l'interprétation des règles résultant d'autres sources. Ces circonstances ne doivent cependant pas écarter les articles 31 et 32 comme références privilégiées. La jurisprudence a depuis longtemps reconnu le caractère coutumier de ces dispositions (2). Les principes en cause ont par ailleurs également été utilisés pour l'interprétation d'actes unilatéraux (3) ; ils dépassent donc le cadre conventionnel interétatique et peuvent être utilisés *dès que la règle à interpréter est reproduite ou peut être décelée dans un texte.*

Cette situation est fréquente en pratique. Pour les traités, l'existence d'un texte fait partie de leur définition même (4). Quant à la jurisprudence — qui fait souvent l'objet d'interprétation — et à la doctrine, ces sources consistent précisément à préciser la portée de règles sous une forme écrite (5). Pour la coutume, les choses sont moins simples, puisqu'on est amené à interpréter une pratique et un sentiment, ce qui explique que certains auteurs consacrent à ce sujet des développements distincts (6). Cependant, la preuve de la coutume se fera très souvent par l'intermédiaire d'éléments tex-

(2) V. not. C.I.J., Affaire de la *Namibie, Recueil 1971*, p. 47, § 94 ; Affaire de la *Compétence en matière de pêcheries, Recueil 1973*, pp. 18 et 63 ; Affaire relative à la *Sentence arbitrale, Recueil 1991*, §§ 48 et s. ; v. aussi l'affaire de la *Délimitation de la frontière maritime entre la Guinée et la Guinée-Bissau*, sentence du 14 février 1985, *R.S.A.*, vol. XIX, p. 165, § 41, et l'affaire concernant le *Filetage à l'intérieur du golfe du Saint-Laurent* entre le Canada et la France, sentence du 17 juillet 1986, *R.S.A.*, vol. XIX, p. 240, § 25 ; enfin, v. C.E.D.H., Affaire *Golder*, arrêt du 21 février 1975, Série A, n° 18, § 29 ; Affaire *Luedicke, Belkacem et Koç*, arrêt du 28 novembre 1978, Série A, n° 29, § 39. Le débat qui a secoué la doctrine pour déterminer la part de codification et de développement du droit international dans les articles pertinents est donc dépassé ; v. à ce sujet Serge SUR, *L'interprétation en droit international public*, Paris, L.G.D.J., 1974, pp. 247 et s.

(3) V. not. C.I.J., Affaire du *Plateau continental de la Mer Egée, Recueil 1978*, pp. 22 et s., §§ 51 et s.

(4) Article 2, § 1, a) de la Convention de Vienne et les commentaires de Philippe GAUTIER, *Essai sur la définition des traités entre États*, Bruxelles, Bruylant, 1993, pp. 487 et s.

(5) Voy. les définitions données dans Jules BASDEVANT, *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, Paris, Sirey, 1960.

(6) V. e.a. Charles DE VISSCHER, *Problèmes d'interprétation judiciaire en droit international public*, Paris, Pédone, 1963, Livre IV, pp. 219 et s.

tuels (7) : on se référera de préférence à un traité non encore en vigueur (8) ou à un autre instrument codificateur, ou encore à un document exposant expressément les positions des États pour pouvoir en dégager une *opinio juris* (9). Tout ceci montre bien que les articles 31 et 32 de la Convention de Vienne ont une valeur opérationnelle très étendue (10). Nous concentrerons donc l'analyse sur ces dispositions, tout en recourant largement à la pratique jurisprudentielle qui a inspiré et suivi leur élaboration.

31. Une première lecture semble révéler un rôle très limité du « raisonnable » dans les principes d'interprétation. Seul l'article 32 y fait référence, et de manière tout à fait incidente :

> « Il peut être fait appel à des moyens complémentaires d'interprétation, et notamment aux travaux préparatoires et aux circonstances dans lesquelles le traité a été conclu en vue, soit de confirmer le sens résultant de l'application de l'article 31, soit de déterminer le sens lorsque l'interprétation donnée conformément à l'article 31 :
>
> a) laisse le sens ambigu ou obscur ; ou
>
> b) conduit à un résultat qui est manifestement absurde *ou déraisonnable* » (11).

Le résultat déraisonnable ne représente à première vue qu'une occasion parmi d'autres de recourir aux moyens complémentaires (12). Le rôle du « raisonnable » s'annonce donc *a priori* marginal, d'autant qu'il doit permettre de s'opposer à un sens premier

(7) Comme le relève le professeur Salmon, « Comme tout droit, la coutume ne peut être saisie que dans une expression langagière » ; Jean SALMON, « Langage et pouvoir en droit international », *in* Léon INGBER (sous la direction de), *Le langage du droit*, Travaux du C.N.R.L., Bruxelles, Nemesis, 1991, p. 316.

(8) Voy. les arrêts relatifs à la délimitation de plateaux continentaux qui font référence à la Convention de Montego Bay longtemps avant son entrée en vigueur ; v. p.ex. C.I.J., Affaire du *Plateau continental (Libye/Malte), Recueil 1985*, pp. 29-30.

(9) L'arrêt des *Activités militaires* et *paramilitaires au Nicaragua* est révélateur, puisque la Cour a recouru à toute une série de textes, dont les travaux de la Commission du droit international mais aussi certaines résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies ; *Recueil 1986*, p. 100 §§ 188 et 190. V. aussi les renvois à la C.D.I. opérés dans l'affaire du *Plateau continental de la mer du nord, Recueil 1969*, pp. 33-36, 38 et 51 et dans *l'affaire sur l'Interprétation de l'accord entre l'O.M.S. et l'Egypte, Recueil 1980*, pp. 92 et 94-96. V. enfin André ORAISON, « Réflexions sur 'La doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations' », *R.B.D.I.*, 1991-2, pp. 540-541 et Monique CHEMILLIER-GENDREAU, *Introduction générale au droit*, Paris, Eyrolles, 1990, pp. 2-3.

(10) Même si elle n'est pas complète, l'interprétation d'une règle issue des principes généraux du droit ou de certaines règles particulières — par exemple celles qui requièrent l'interprétation d'un silence — échappant en partie à son applicabilité.

(11) Nous soulignons.

(12) L'article 32 reprend en effet trois possibilités : 1° confirmation du sens clair obtenu sur base de la règle générale ; 2° détermination d'un sens qui reste ambigu ou obscur ; 3° dépassement d'un sens clair mais conduisant à un résultat manifestement absurde ou déraisonnable. On pourrait même porter ces possibilités au nombre de cinq si on considérait les « ou » comme alternatifs, et non conjonctifs. Nous y reviendrons.

dépourvu d'ambiguïté sur une base textuelle et que, dans ces circonstances, les rédacteurs de l'article 32 ont tenu à limiter les excès en insistant sur le caractère « manifestement » absurde ou déraisonnable du résultat (13).

Nous nous attacherons dans cette section à dépasser cette première impression en montrant que le « raisonnable » n'est nullement limité à une hypothèse particulière et exceptionnelle de recours aux moyens complémentaires, mais se retrouve en filigrane dans tout le processus interprétatif. Nous le constaterons en relevant, dans un premier temps, son utilisation dans la pratique jurisprudentielle et doctrinale (A) avant de systématiser l'enseignement en montrant de manière plus théorique la place du « raisonnable » dans le processus interprétatif (B).

A. — *Le « raisonnable » dans la pratique de l'interprétation de la règle*

32. Un examen de la pratique montre que le « raisonnable » est utilisé constamment dans le cadre de l'interprétation puisqu'on le retrouve non seulement affirmé de manière générale (1), mais aussi dans le cadre de moyens particuliers d'interprétation (2).

1. *Le « raisonnable », critère général d'interprétation*

33. Il arrive fréquemment qu'une instance juridictionnelle affirme que la solution qu'elle choisit est le fruit d'une « interprétation raisonnable », sans beaucoup plus de précision. Dans l'affaire *Naomi Russel*, la Commission arbitrale devait décider si un mouvement insurrectionnel devait être qualifié de « forces révolutionnaires » (art. III (2) de la Convention applicable) ou d'« autres forces » ou de « bandits » (art. III(5)), seule la première qualification entraînant l'imputabilité au Gouvernement mexicain d'actes dommageables commis par ce mouvement. La Commission déclara que :

> « It would not be a *reasonable interpretation* of the Convention to exclude from the scope of sub-paragraph (2) of Article III the formidable revolutionary movement of Orozco »,

et que, en revanche,

(13) Voy. not. le commentaire de la Commission du droit international sur son projet définitif d'articles, Conférence de Vienne sur le droit des traités, Doc. off., 18e sess., p. 46 et les commentaires antérieurs *in A.C.D.I.*, 1964-II, 3e rapport Waldock, p. 57, § 16.

« It is a *reasonable interpretation* that the Orozco revolutionary movement should not properly be considered to fall with the categories of sub-paragraph (5) » (14).

Cet exemple est loin d'être isolé. La Cour internationale de Justice a affirmé très généralement que sa tâche devait consister à « rechercher l'interprétation qui est en harmonie avec la *manière naturelle et raisonnable de lire le texte* [...] » (15) et, plus récemment, une Chambre a considéré que le sens qu'elle avait donné à un texte restait « tout à fait dans les limites d'une interprétation raisonnable » (16). Dans des opinions individuelles ou dissidentes, les juges ont d'ailleurs très fréquemment recours au critère de « l'interprétation raisonnable » pour justifier leur solution particulière (17) ou pour rejeter l'interprétation opérée par la Cour (18). Plus généralement, dans leur opinion dissidente collective dans l'affaire de l'*Incident aérien*, les juges Lauterpacht, Wellington Koo et Percy Spender systématisent cette position en affirmant :

« Il est conforme au principe et à la pratique éclairée d'appliquer le critère du caractère raisonnable à l'interprétation des actes internationaux » (19).

Dans l'affaire du *Régime douanier austro-allemand*, le juge Anzilotti évoque la

(14) Nous soulignons ; Sentence du 24 avril 1931, *R.S.A.*, vol. IV, pp. 820 et 821.

(15) Nous soulignons ; C.I.J., Affaire de l'*Anglo-Iranian Oil Company, Recueil 1952*, p. 104 ; formule reproduite dans l'affaire de la *Convention de 1902 sur la tutelle, Recueil 1958*, op. indiv. Moreno Quintana, p. 109 ; Affaire du *Temple de Préah Vihéar* (exceptions préliminaires), *Recueil 1961*, op. ind. Percy Spender, p. 41 ; Affaire de la *Barcelona Traction* (1re phase), *Recueil 1964*, op. diss. Armand-Ugon, p. 161 ; Affaire du *Plateau continental de la mer Egée, Recueil 1978*, op. diss. de Castro, p. 63, note 1 ; Affaire de la *Sentence arbitrale, Recueil 1991*, Déclar. Tarassov, p. 78 et op. diss. Weeramantry, p. 137. Pour un exemple plus ancien de l'expression « interprétation raisonnable », v. C.P.J.I., Affaire du *Délégué à la troisième Conférence internationale du Travail*, Série B, n° 1, p. 22.

(16) C.I.J., Affaire du *Différend frontalier, terrestre, insulaire et maritime, Recueil 1992*, § 295 de l'arrêt.

(17) V. not. C.I.J., Affaire du *Tribunal administratif des Nations Unies, Recueil 1954*, op. diss. Hackworth, p. 86 ; Affaire de la *Convention de 1902 sur la tutelle, Recueil 1958*, op. diss. Cordova, p. 143 ; Affaire de l'*Incident aérien, Recueil 1959*, op. diss. Goiten, p. 200 ; Affaire du *Cameroun Septentrional, Recueil 1963*, op. diss. Bustamante, p. 168 ; Affaire du *Sud-Ouest africain, Recueil 1962*, op. ind. Jessup, p. 412 ; Affaire du *Sud-Ouest africain, Recueil 1966*, op. ind. Van Wyk, p. 121, § 33 ; Affaire de la *Namibie, Recueil 1971*, op. ind. Dillard ; Affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua, Recueil 1984*, mesures conservatoires, op. diss. Schwebel, p. 195, *Recueil 1986*, fond, op. diss. Schwebel, p. 373, § 222 ; Affaire de la *Sentence arbitrale, Recueil 1991*, op. diss. Weeramantry, p. 132. V. enfin C.P.J.I., Affaire du *Lotus*, Série A n° 9, op. diss. Moore, p. 71.

(18) Par exemple, Lauterpacht considère à propos d'un avis de la Cour qu'« il faut l'interpréter, comme n'importe quel instrument juridique, raisonnablement et conformément aux principes de droit » ; C.I.J., Affaire de l'*Audition des pétitionnaires, Recueil 1956*, op. ind., p. 47 ; v. aussi C.I.J., Affaire de l'*Incident aérien, Recueil 1959*, op. diss. Goiten, p. 203 ; Affaire de la *Barcelona Traction* (1re phase), *Recueil 1964*, op. diss. Armand-Ugon, p. 148.

(19) C.I.J., *Recueil 1959*, op. diss. coll., p. 189.

« règle fondamentale de l'interprétation des textes juridiques, d'après laquelle, entre deux interprétations, dont l'une attribue une *signification raisonnable* à chaque partie du texte et l'autre ne remplit pas les mêmes conditions, c'est la première qu'il y a lieu de préférer » (20).

Ce critère a encore été repris par des juridictions régionales comme la Cour européenne des droits de l'homme (21). Il a aussi été évoqué par la doctrine (22), notamment lors des discussions relatives à l'interprétation qui ont eu lieu au sein de la Commission du droit international (23) ou, auparavant, de l'Institut de droit international (24).

34. Il est vrai que le « raisonnable » ne se retrouve expressément ni dans l'article 31 de la Convention de Vienne, ni dans les différents projets de la Commission du droit international qui y ont mené (25), ni dans les projets de l'Institut de droit international (26) ou de la *Harvard Law School* (27) consacrés à l'interprétation (28). Cependant, comme l'affirment les juges Lauterpacht, Wellington Koo et Percy Spender dans leur opinion collective précitée, « c'est un critère qui procède du devoir qu'ont toujours les États d'agir de bonne foi » (29), devoir qu'on retrouve mis en exergue dans l'article 31 de la Convention sur le droit des traités. Nous préciserons

(20) C.P.J.I., Série AB n° 41, op. ind., p. 62, nous soulignons.

(21) V. not. C.E.D.H., Affaire *Castells c. Espagne*, arrêt du 26 mars 1992, Série A, n° 236, § 37. Voy. aussi C.E.D.H., Affaire *Brogan et autres*, Série A n° 145-B, arrêt du 23 mars 1988, op. en partie diss. du juge Evans, § 3.

(22) Voy. p. ex. Antoine FAVRE, « L'interprétation objectiviste des traités internationaux », *A.S.D.I.*, 1960, pp. 81-82 ; V.D. DEGAN, *L'interprétation des accords en droit international*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1963, p. 46 (l'auteur cite « l'interprétation raisonnable » comme l'un des « principes de l'interprétation logique ») et p. 100 ; v. aussi Max SORENSEN, *Les sources du droit international*, Copenhague, 1946, p. 236 ; Charles ROUSSEAU, *Droit international public*, tome I, Paris, Sirey, 1970, n° 245.

(23) V. not. l'affirmation de VERDROSS *in A.C.D.I.*, 1964-I, p. 300, § 61.

(24) V. not. l'expression de Paul DE LA PRADELLE ; *A.I.D.I.*, 1952, vol. 44-II, p. 391.

(25) V. not. *A.C.D.I.*, 1964, II, pp. 52-53, 1964 I, p. 323 ; A.G., Doc. off., 19e sess., Sup. n° 9 (A/5809), Rapport de la C.D.I. sur les travaux de sa 16e session, pp. 26-27 et le projet final, Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, Doc. off., 18e sess., pp. 40-41.

(26) Résolution du 19 avril 1956 adoptée à la session de Grenade, *A.I.D.I.*, 1956, vol. 46, pp. 358-359.

(27) Draft Convention on the Law of Treaties, A.S.I.L., *A.J.I.L.*, 1935, vol. 29, Nber 4.

(28) On ne retrouve le terme que de manière limitée dans les principes d'interprétation dégagés par Sir Gerald FITZMAURICE dans ses études de référence ; « The Law and Procedure of the International Court of Justice 1951-4 : Treaty interpretation and other Treaty points », *B.Y.B.I.L.*, 1951, vol. XXVIII, p. 9 et 1957, vol. XXXIII, pp. 211-212 ; v. aussi ces principes repris et actualisés par Hugh THIRLWAY, pour la période 1960-1989, *B.Y.B.I.L.*, 1991, vol. LXII, pp. 20 et s. (v. référence, dans la deuxième version, au « résultat déraisonnable » permettant de dépasser le « Principle of the Natural and Ordinary Meaning » par un recours aux travaux préparatoires).

(29) C.I.J., *Recueil 1959*, p. 189.

ultérieurement les différences entre les deux notions (30). Il suffit à ce stade de constater leur fréquente association. En ce sens,

— Elisabeth Zoller induit de nombreux exemples jurisprudentiels que « la bonne foi détermine une application raisonnable de la règle de droit » (31) ;

— Dominique Carreau indique que « la 'bonne foi' oblige les parties contractantes (ainsi que le juge ou l'arbitre saisi) à interpréter le traité d'une façon raisonnable, en respectant à la fois la règle de droit et la volonté de ses auteurs » (32) ;

— pour Mustapha Yasseen, « [l]e principe de la bonne foi [peut] aider à mettre en valeur une interprétation raisonnable et non abusive » (33).

Le lien entre les deux notions est d'ailleurs opéré expressément dans certains arrêts (34). La mention dans l'article 31 de la Convention de Vienne de la bonne foi comme devant présider à l'interprétation des traités (35) recouvre donc le critère général de l'interprétation raisonnable. L'absence de mention expresse ne fait nullement obstacle à sa prise en compte, d'autant qu'on retrouve encore le « raisonnable » dans le cadre de moyens particuliers d'interprétation.

2. *Le « raisonnable » dans les moyens particuliers d'interprétation*

35. Afin de procéder à une interprétation raisonnable et de bonne foi des termes en examen, le droit international met à la disposition de l'interprète des moyens ou principes qui, s'ils ne sont pas considérés comme obligatoires ou exclusifs, sont destinés à le guider dans

(30) V. *infra*, Chapitre VI, section 2, §§ 449 et s.

(31) La bonne foi en droit international public, Paris, Pédone, 1977, préface de Suzanne BASTID, pp. 229 et s.

(32) *Droit international*, 3e éd., Paris, Pédone, 1993, n° 363.

(33) Mustapha Kamil YASSEEN, « L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le droit des traités », *R.C.A.D.I.*, 1976-III, t. 151, p. 23, § 12.

(34) Le tribunal affirme très généralement dans l'affaire du *Lac Lanoux* qu'« il appartient à chaque Etat d'apprécier, *raisonnablement et de bonne foi* [...] les règles qui les mettent en cause » ; nous soulignons, arrêt du 16 novembre 1957, *R.S.A.*, vol. XII, p. 310 ; voy. par ailleurs ; C.I.J., Affaire du *Différend territorial (Libye-Tchad), Recueil 1994*, p. 21 ; Affaire de l'*Audition des pétitionnaires, Recueil 1956*, op. ind. Lauterpacht, pp. 45 et 56.

(35) V. not. Elisabeth ZOLLER, « La bonne foi... », *op. cit.*, p. 202 ; Serge SUR, *L'interprétation en droit international public, op. cit.*, pp. 76-77 ; NGUYEN QUOC DINH, Alain PELLET, Patrick DAILLIER, *Droit international public*, 5e éd., Paris, L.G.D.J., 1994, n° 171, Dominique CARREAU, *Droit international..., op. cit.*, n° 363 ; Charles ROUSSEAU, *Droit international public, op. cit.*, n° 239 ; Sir Hersh LAUTERPACHT, *The Development of International Law by the International Court*, London, Stevens & Sons Ltd., 1958, p. 56. La place prépondérante de la bonne foi avait été contestée au sein de l'I.D.I. mais, à la suite des discussions sur le projet de résolution ayant supprimé la notion, celle-ci a été réintroduite ; *A.I.D.I.*, 1956, vol. 46, pp. 340 et s.

son opération (36). Le « raisonnable » sera utilisé dans le cadre de plusieurs d'entre eux.

36. L'article 31 prévoit en premier lieu de se référer au « *sens ordinaire* » à attribuer aux termes de l'instrument. Cette expression a été induite d'une pratique jurisprudentielle abondante qui recouvrait de multiples expressions voisines — et parfois cumulées —, parmi lesquelles le « sens naturel » (37), le « sens littéral » (38), le « sens grammatical » (39), le « sens normal » (40), le « sens clair » (41) ou « suffisamment clair » (42), le « sens logique » (43), le « sens rationnel » (44), mais aussi le « *sens raisonnable* » (45). Ainsi, un tribunal arbitral a-t-il précisé que

(36) La qualification de principes par opposition à des « règles » n'affaiblit pas la portée des moyens d'interprétation, si on se réfère aux considérations émises par la Chambre selon laquelle, « quant à l'association des termes 'règles' et 'principes', il ne s'agit [...] que d'une expression double pour énoncer la même idée [...] l'appellation de principes peut être justifiée en raison de leur caractère plus général et plus fondamental » ; C.I.J., Affaire du *Golfe du Maine, Recueil 1984*, p. 290 § 80. En ce sens, Antoine FAVRE estime à propos des principes d'interprétation qu'« il paraît certain que ces règles ne sont pas des normes juridiques, puisqu'elles ne sont pas de nature à créer des droits ou à fonder des obligations pour les sujets de droit, mais qu'elles doivent être observées dans la mesure où elles s'imposent comme règles du raisonnement juridique » ; « L'interprétation objectiviste des traités internationaux », *loc. cit.*, p. 97.

(37) C.P.J.I., Affaire de l'*Interprétation de la convention de 1919 concernant le travail de nuit des femmes, Série AB*, n° 50, p. 373 ; C.I.J., Affaire de l'*Interprétation des traités de paix (2e phase), Recueil 1950*, p. 227

(38) C.P.J.I., Affaire de l'*Usine de Chorzow*, compétence, Série A, n° 9, p. 24.

(39) V. not. C.P.J.I., Affaire de l'*Usine de Chorzow*, compétence, 1927, Série A, n° 8, p. 24 ; cité dans l'affaire de la *Sentence arbitrale, Recueil 1991*, op. diss. Weeramantry, p. 147.

(40) C.P.J.I., Affaire du *Service postal polonais à Dantzig*, Série B, n° 11, p. 39.

(41) C.P.J.I., Affaire de l'*Interprétation de la convention de 1919 concernant le travail de nuit des femmes*, Série AB, n° 50, p. 373.

(42) C.P.J.I., Affaire de l'*Interprétation de l'article 3, paragraphe 2, du traité de Lausanne, Série B, n° 12, p. 22.*

(43) C.P.J.I., Affaire de l'*Usine de Chorzow*, compétence, *Série A*, n° 9, p. 24.

(44) C.I.J., Affaire de la *Barcelona Traction* (1re phase), *Recueil 1964*, p. 33.

(45) V. Affaire du *Différend societa mineria et metallurgica di pertulosa*, décision n° 95 du 8 mars 1951, *R.S.A.*, vol. XIII, p. 186 (« L'interprète doit s'efforcer de donner à la condition posée par le traité un sens raisonnable ») ; C.I.J., Affaire de l'*Anglo-Iranian Oil Company, Recueil 1952*, op. diss. Hackworth, p. 140 (« notre tâche consiste à rechercher le sens ordinaire et raisonnable... ») ; Affaire des *Droits de ressortissants des Etats-Unis au Maroc, Recueil 1952*, op. diss. Hackworth, Badawi, Levi Carneiro et Benegal Rau, pp. 227-228 (« idée cohérente et raisonnable... ») ; Affaire de l'*Incident aérien, Recueil 1959*, op. ind. Armand-Ugon, p. 154 (« sens raisonnable ») ; Affaire concernant des *Réclamations consécutives à des décisions du Tribunal arbitral mixte gréco-allemand établi en vertu de l'article 304 figurant à la Partie X du Traité de Versailles (Grèce/R.F.A.), R.S.A.*, vol. XIX, p. 61 ; voyez aussi C.P.J.I., Affaire du *Service postal polonais à Dantzig*, Série B, n° 11, p. 39 et Affaire de l'*Université Peter Pazmany*, Série AB, n° 61, p. 248.

« the usual practice in interpreting words and phrases in a treaty is to give them a reasonable, as distinguished from a restricted or technical meaning » (46).

De même, Sir Gerald Fitzmaurice estime dans son analyse de la jurisprudence de la Cour internationale de Justice que « the concept of the natural and ordinary meaning does not imply narrowness or denote only the litteral meaning ; the result must be a reasonable result » (47), tandis que Mustapha Kamil Yasseen considère au sujet du « sens ordinaire » mentionné dans la Convention de Vienne que « [...] l'analyse grammaticale est impuissante à faire ressortir le sens véritable du texte, lequel doit englober toutes les *conséquences qui peuvent* normalement et *raisonnablement s'en dégager* » (48).

Le « sens raisonnable » a également été utilisé par les rapporteurs de la Commission du droit international dans le commentaire des dispositions qui allaient devenir les articles 31 et 32 de la Convention (49), et l'avait déjà été par des membres de l'Institut de droit international lors des discussions ayant mené à la résolution de Grenade sur l'interprétation (50).

Dans la même optique, on a tempéré la *doctrine du « sens clair »*, selon laquelle certains textes seraient tellement clairs qu'ils ne donneraient lieu à aucune interprétation. Ainsi, on a remarqué qu'il

(46) Affaire *Swiss Confederation v. Federal Republic of Germany*, cité dans l'affaire de la *Réévaluation du mark allemand*, op. diss. de Robinson, Bathurst et Monguilan, *R.S.A.*, vol. XIX, p. 127, § 24 ; dans l'affaire de la *Côte septentrionale de l'Atlantique*, le tribunal estime à propos notamment du terme « baie » que « ces mots du traité doivent être interprétés dans un sens général comme s'appliquant à toute baie de la côte en question qui, raisonnablement, a pu être considérée comme baie par les négociateurs du traité dans les conditions générales existant alors... » ; nous soulignons, arrêt du 7 septembre 1910, *R.S.A.*, vol. XI ; traduit dans Mustapha Kamil YASSEEN, « L'interprétation... », *loc. cit.*, p. 28.

(47) « The Law and Procedure... », *B.Y.B.I.L.*, 1957, *loc. cit.*, p. 214.

(48) Nous soulignons ; « L'interprétation des traités... », *loc. cit.*, p. 25 § 2 ; v. aussi OPPENHEIM, pour qui, « tous les traités doivent être interprétés dans leur sens raisonnable, par contraste avec leur sens littéral » ; OPPENHEIM-LAUTERPACHT, vol. I, VIIIth ed., traduit par V.D. DEGAN, « L'interprétation des accords... », *op. cit.*, p. 98. De même, le juge Mosler affirme à propos d'une réserve à la déclaration d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour que « [l]'interprétation doit [...] reposer sur le texte lui-même [s]i on lui trouve un sens qui puisse raisonnablement s'appliquer dans le concret, la réserve doit recevoir plein effet » ; nous soulignons ; C.I.J., Affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua...*, *Recueil 1984*, exceptions préliminaires, op. ind., p. 468.

(49) Voy. not. le 4e rapport de WALDOCK, *A.G.*, Doc. off., 19e sess., Sup. n° 9 (A/5809), Rapport de la CDI sur les travaux de sa 16e session, p. 27, § 1er.

(50) V. not. les propos de Max HUBER, lettre du 22 février 1951, Session de Sienne, *A.I.D.I.*, 1952, p. 201.

n'existait pas de sens clair mais seulement un sens « raisonnablement clair » (51). Plus précisément, Charles de Visscher relève qu'

> « [u]n texte qui, de lui-même, c'est-à-dire en raison de sa clarté intrinsèque, s'impose à l'esprit *au point de ne laisser aucun doute raisonnable* est un texte qui ne s'interprète pas » (52).

Ces exemples montrent bien que le « sens ordinaire » comme le « sens clair » s'apparentent davantage à un « sens raisonnable » qu'à un sens strictement grammatical (53).

37. La conclusion ressort aussi, mais de manière indirecte, de la nécessité d'analyser l'*objet et le but* de l'instrument, dans la mesure où c'est à la « raison » qu'on les associe fréquemment. On connaît la formule de Vattel selon laquelle « *la raison de la loi ou du traité*, c'est-à-dire le motif qui a porté à les faire, la vue que l'on s'y est proposée, est un des plus sûrs moyens d'en établir le véritable sens » (54). La jurisprudence a sur cette base assimilé la détermination de l'objet et du but d'un instrument à la recherche de sa « *raison d'être* » (55), la doctrine ayant également parlé de *ratio legis* (56) ou simplement de « raison » (57) d'une disposition.

Le « raisonnable » se retrouve plus explicitement dans un moyen d'interprétation consistant à donner toute sa portée à l'objet et au

(51) C.I.J., Affaire de la *Namibie, Recueil 1971*, op. ind. de Castro, p. 183. Mustapha YASSEEN parle de sens « clair et raisonnable » ; *A.C.D.I.*, 1964-I, p. 299, § 49. La même expression se retrouve dans l'affaire *Van Bokkelen*, sentence du 4 décembre 1888, John B. MOORE, *International Arbitrations*, vol. II, pp. 1848-1850. Ilmar TAMMELO rejette quant à lui la règle du sens clair comme étant « déraisonnable » ; « Treaty Interpretation and Considerations of Justice », *R.B.D.I.*, 1969-I, p. 81.

(52) Nous soulignons ; « Problèmes d'interprétation judiciaire en droit international public », *op. cit.*, p. 53 ; v. une expression similaire utilisée par FITZMAURICE dans son opinion ind. à *l'arrêt Golder*, C.E.D.H., *op. cit.*, § 40.

(53) V. à ce sujet *infra*, Chapitre III, section 2.

(54) Nous soulignons, Livre II, Chap. XVII, par. 287 ; cité par Charles DE VISSCHER, *op. cit.*, p. 62.

(55) C.I.J., Affaire de la *Convention interdisant le génocide, Recueil 1951*, p. 23 ; *Claims of Finnish Shipowners (Finland/Great Britain)*, arrêt du 9 mai 1934, *R.S.A.*, vol. III, p. 1502 ; v. aussi, C.I.J., Affaire des *Pêcheries norvégiennes, Recueil 1951*, op. diss. Mc Nair, p. 161 ; C.I.J., Affaire de l'*Audition des pétitionnaires, Recueil 1956*, déclar. Winiarski, p. 33 ; C.P.J.I., Affaire des *Décrets de nationalité*, Série B, n° 4, p. 29 ; Affaire de l'*Interprétation du statut du territoire de Memel* (exceptions préliminaires), Série AB, n° 47, p. 251 ; *ibid.*, (fond), Série AB, n° 48, p. 333 ; Affaire *Franco-hellénique des Phares*, Série AB, n° 62, op. ind. Anzilotti, pp. 31 et 32 ; Affaire des *Prises d'eau à la Meuse*, Série AB, n° 70, op. diss. Anzilotti, p. 46.

(56) Mustapha Kamil YASSEEN, « L'interprétation... », *loc. cit.*, p. 55. V. aussi l'appréciation « raisonnablement prudente » de l'objet d'une clause évoquée dans C.I.J., Affaire de l'*Accord de siège, Recueil 1988*, op. ind. Shahabuddeen, p. 60.

(57) C.I.J., Affaire du *Droit de passage (exceptions préliminaires), Recueil 1957*, op. diss. Chagla, p. 170. La « raison » est ici usitée dans un sens qui s'apparente au fondement ; on se reportera à ce sujet aux développements consacrés au contenu du « raisonnable », *infra*, II[e] partie, et ceux consacrés aux fonctions de la notion, en particulier Chapitre III, section 2.

but d'une disposition, celui dit de l'« *effet utile* ». Selon la définition des juges Percy Spender et Fitzmaurice, « ce principe peut être utilisé pour donner à une disposition la plus grande portée *raisonnablement* compatible avec son texte et avec les circonstances » (58). De même, le juge Van Wyk précise que l'« on interprétera si possible le texte écrit de telle manière qu'il soit *effectif et raisonnable* » et que, corollairement, « une interprétation qui rend le contrat ou l'accord juste et raisonnable sera préférée à celle qui conduirait à des résultats nuls ou déraisonnables » (59). Enfin, une décision arbitrale précise qu'il est interdit de priver une disposition « of all reasonable meaning » (60).

38. D'autres moyens d'interprétation font encore appel au « raisonnable » :

— ainsi, s'il est admis de prendre la *pratique des États* en compte aux fins d'interpréter un texte, à titre principal (pratique concordante de toutes les parties) ou complémentaire (autres hypothèses), cette possibilité n'est pas illimitée. Comme le souligne Charles de Visscher, « encore faut-il pour que le raisonnement soit pertinent que les faits retenus à titre d'indice ne soient pas eux-mêmes équivoques ; en d'autres termes, qu'ils ne puissent *raisonnablement s'expliquer que comme confirmatifs* d'une intention qui a présidé à la conclusion du traité » (61) ;

— l'examen du *contexte* devrait consister à « pouvoir attribuer une *raison* et une signification à chaque partie du texte » (62) ;

(58) Souligné par les auteurs ; C.I.J., Affaire du *Sud-Ouest africain, Recueil 1962*, op. diss. commune, p. 511.

(59) Nous soulignons ; *ibid.*, op. diss., p. 582 ; voy. aussi p. 604 et C.P.J.I., Affaire des *Zones franches*, Série AB, n° 46, op. diss. *Altamira et Sir Cecil Hurst*, p. 183. En ce sens, Sir Hersh LAUTERPACHT, « The Development of International Law by the International Court », *op. cit.*, p. 228.

(60) Case concerning Claims arising out of decisions of the mixed graeco-german arbitral Tribunal set up under Art. 304 in Art X of the Treaty of Versailles (Greece/Federal Republic of Germany), décision du 26 janvier 1972, *R.S.A.*, vol. XIX, p. 61. V. encore Mustapha Kamil YASSEEN, « L'interprétation... », *loc. cit.*, p. 74, § 10.

(61) Problèmes d'interprétation judiciaire..., *op. cit.*, p. 124 ; v. aussi *Draft Convention on the Law of Treaties, A.S.I.L., op. cit.*, p. 966.

(62) Sir Gerald FITZMAURICE, « The Law and Procedure of the International Court of Justice... », *B.Y.B.I.L.*, 1957, *loc. cit.*, traduction dans C.I.J., Affaire du *Sud-Ouest africain, Recueil 1966*, op. ind. van Wyk, p. 126, § 39. V. aussi Charles DE VISSCHER, « Problèmes d'interprétation... », *op. cit.*, p. 51 (« il est conforme à la raison [...] que la volonté qui s'y exprime [dans le texte] doit être envisagée dans l'intégralité de l'instrument qui la consigne... »). Enfin, v. indirect. C.P.J.I., Affaire des *Emprunts brésiliens*, Série A, n° 15, p. 113.

— on a évoqué tantôt un principe d'« interprétation extensive raisonnable » (63), tantôt une interprétation restrictive sur base d'une « application raisonnable » (64), principes avancés sans guère de motivation à propos, respectivement, des articles 2 § 7 de la Charte et 37 du Statut de la Cour ;

— le *principe contra proferentem* prescrit une interprétation en défaveur de l'État qui a été le seul à rédiger le texte du traité, comme c'est par exemple le cas pour les traités de paix. Pour ce type de conventions, on a considéré que l'on ne pouvait étendre le sens que l'autre État pouvait « raisonnablement prêter » au texte soumis à son acceptation (65) ;

— enfin, nous avons déjà relevé que l'article 32 de la Convention de Vienne permettait de manière générale le *recours à des moyens complémentaires* d'interprétation dans l'hypothèse où le sens obtenu à l'aide de la règle générale aboutissait à un « résultat manifestement absurde ou déraisonnable ». Il est indéniable que cette formule ne fait que codifier le droit coutumier, tant les exemples jurisprudentiels sont nombreux (66). Ces exemples montrent par ailleurs que l'exigence du caractère « manifestement » déraisonnable n'a pas de conséquence fondamentalement autre que de rappeler le caractère théoriquement exceptionnel du rejet d'une interprétation grammaticale, la jurisprudence ne reprenant pas toujours, loin de là, l'adverbe en question (67).

(63) C.I.J., Affaire de la *Barcelona Traction* (2e phase), *Recueil 1970*, op. ind. Ammoun, p. 314.

(64) C.I.J., Affaire de la *Barcelona Traction* (1re phase), *Recueil 1964*, op. diss. Armand-Ugon, p. 150.

(65) Affaire *Goldenberg* (Allemagne/Roumanie), arrêt du 27 septembre 1928, *R.S.A.*, vol. III, p. 907 ; v. aussi les propos de LAUTERPACHT *in A.I.D.I.*, Session de Sienne, 1952, p. 219.

(66) Voy. not. C.P.J.I., Affaire relative au *Service postal polonais à Dantzig*, Série B, n° 11, p. 39 ; Affaire de l'*Echange des populations grecques et turques*, Série B, n° 10, p. 24 ; C.I.J., Affaire de l'*Admission aux Nations Unies, Recueil 1950*, p. 8 ; Affaire du *Temple de Preah Vihéar*, exceptions préliminaires, *Recueil 1961*, p. 32 ; Affaire de la *Sentence arbitrale, Recueil 1991*, pp. 69-70, § 48 ; v. aussi l'affaire *Fubini*, décision n° 201 du 12 décembre 1959, *R.S.A.*, vol. XIV, p. 423 ; Affaire de la *Délimitation de la frontière maritime entre la Guinée et la Guinée Bissau*, sentence du 14 février 1985, *R.S.A.*, vol. XIX, p. 176, § 68.

(67) V. les exemples cités par la C.D.I. elle-même ; C.P.J.I., Affaire du *Service postal polonais à Dantzig*, Série B, n° 11, p. 39 et C.I.J., Affaire de l'*Admission..., Recueil 1950*, p. 8. Le rapporteur ne le reprend d'ailleurs pas systématiquement ; v. not. *A.C.D.I.*, 1964-II, p. 57, § 16. V. enfin les opinions individuelles ou dissidentes des juges qui ne reprennent pas l'adverbe ; C.I.J., Affaire *Interhandel* (2e phase), *Recueil 1950*, op. diss. Read, p. 245 ; Affaire du *T.A.N.U., Recueil 1954*, op. diss. Levi Carneiro, p. 93 ; Affaire concernant *Certaines dépenses, Recueil 1962*, op. *Percy Spender*, p. 184 ; Affaire du *Sud-Ouest africain, Recueil 1962*, op. diss. *Van Wyk*, p. 586 ; Affaire du *Plateau continental (Libye/Tunisie)*, requête en intervention de Malte, *Recueil 1981*, op. ind. Oda, p. 27, § 9 ; C.P.J.I., Affaire du *Régime douanier austro-allemand*, Série AB, n° 41, op. ind. *Anzilotti*, p. 60.

Par ailleurs, le « raisonnable » n'est pas un critère parmi d'autres, mais occupe une place fondamentale dans le cadre du recours à des moyens complémentaires (68). C'est ce que prescrivait déjà le projet de Convention de la *Harvard Law School* de 1935 en précisant au sujet de la controverse entre les auteurs favorables et adversaires du recours aux travaux préparatoires, que

« these are all questions which cannot be decided abstracly and *in limine*. They can be answered only in the light of *what would seem most reasonable* and just under the circumstances of a particular case. *We are, therefore, reduced to a rule of reasonableness* » (69).

Ces propos sont parfaitement en accord avec la jurisprudence précitée (70).

39. Un examen de la pratique montre donc toute l'importance du critère du « raisonnable », qui est évoqué tant de manière générale que dans le cadre de moyens particuliers d'interprétation. La conclusion quant à la place du raisonnable dans le processus interprétatif ne peut cependant pas encore être décisive à ce stade. Il reste en effet à montrer que son utilisation n'est pas incidente ou aléatoire ; on pourrait en effet prétendre que les exemples repris restent minimes par rapport à d'autres où le « raisonnable » n'est pas expressément formulé. Nous nous pencherons dès lors à présent sur la place du « raisonnable » dans la théorie de l'interprétation, pour montrer dans quelle mesure il participe de l'essence même du processus.

B. — *Le « raisonnable » dans la théorie de l'interprétation*

40. La fréquente utilisation du « raisonnable » dans la pratique de l'interprétation relève-t-elle du hasard ? On sait que le mécanisme de l'interprétation laisse à chacun une marge de manœuvre extrêmement étendue, et lui permet de choisir ou de privilégier tel ou tel

(68) V. en ce sens le commentaire de certains gouvernements au sujet du projet de la C.D.I., not. de la Bulgarie, Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, 1re sess., 31th meeting, p. 176, § 55.

(69) Nous soulignons ; *A.S.I.L.*, *A.J.I.L.*, 1935, sup., vol. 29 n° 4, p. 966 ; v. aussi p. 945 à propos des circonstances ayant entouré la conclusion du traité.

(70) V. l'analyse de Sir Gerald Fitzmaurice qui estime, sur base de la jurisprudence de la C.I.J. que le recours aux moyens complémentaires est prescrit en cas d'« ambiguïté », celle-ci étant définie comme laissant plusieurs sens possibles pourvu que ces sens « attain a reasonable degree of possibility and probability, not only grammatically but as a matter of substance and sense » ; « The Law and Procedure... », *B.Y.B.I.L.*, 1957, *loc. cit.*, p. 216.

critère selon chaque situation particulière (71). On a même dit à propos de l'interprétation que c'était un art davantage qu'une science (72). Ces réflexions s'appliqueraient particulièrement en droit international, où les mécanismes de centralisation de l'interprétation sont exceptionnels (73). Dans cette optique, aucune place prépondérante ne serait réservée au « raisonnable » ou à un quelconque autre critère.

Cependant, la qualification de l'interprétation comme un art mérite d'être nuancée. Une limite fondamentale à l'imagination, à l'intuition ou même aux affinités esthétiques de l'interprète est posée par l'obligation de respecter la volonté des parties. Il est de jurisprudence constante que l'interprétation ne peut aboutir à ajouter ou retrancher quoi que ce soit à l'intention des parties telle qu'elle se reflète dans le texte en examen (74). La vocation de l'interprétation perd donc beaucoup de son sens artistique (75), à moins qu'on conçoive l'art comme une activité strictement réglementée (76).

C'est précisément dans le rapport entre l'obligation de respecter la volonté des parties et le droit de choisir les moyens d'interprétation que l'on juge les plus appropriés que le critère du « raisonnable » occupe une place fondamentale. Il se traduit en effet non seulement par l'adoption d'une « méthode raisonnable » d'interprétation (1),

(71) Voy. à ce sujet la pénétrante étude de Serge SUR, « L'interprétation en droit international public », *op. cit.* et Georges ABI SAAB, « 'Interprétation' et 'Auto-Interprétation'. Quelques réflexions sur leur rôle dans la formation et la résolution du différend international », *in Festschrift für Rudolf Bernhardt, Berlin, Max Planck Institut für ausländisches offentliches Recht und Volkerrecht*, 1995, pp. 14 et s.

(72) Voy. not. les propos de Paul REUTER ; *A.C.D.I.*, 1966, I, 2e partie, p. 208, § 38.

(73) Voy. Serge SUR, « L'interprétation en droit international public », *in* P. AMSELEK (sous la direction de), *Interprétation et droit*, Bruxelles, Bruylant, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1995, pp. 155 et s.

(74) V. not. C.I.J., Affaire de l'*Interprétation des traités de paix, Recueil 1950*, p. 229 ; NGUYEN QUOC DINH, Alain PELLET et Patrick DAILLIER, *Droit international public, op. cit.*, n° 171 ; Sir Gerald FITZMAURICE, « The Law and Procedure... », *B.Y.B.I.L.*, 1957, p. 209 ; Serge SUR, « L'interprétation en droit international public », *loc. cit.*, p. 161.

(75) V. les propos de GUGGENHEIM, selon lesquels « il est inexact de dire que l'interprétation des traités soit un art, ce qui semble exclure la possibilité de poser des principes d'interprétation » ; *A.I.D.I.*, 1956, vol. 46, p. 327.

(76) Basdevant parle plus précisément de l'interprétation comme d'« une opération d'art juridique pour laquelle la science du droit est certes indispensable, mais non suffisante » ; *A.I.D.I.*, 1952, vol. 44-II, p. 375 ; Charles ROUSSEAU parle également d'un « travail d'art juridique » ; *op. cit.*, n° 250. La position peut, il est vrai, s'appuyer sur le sens premier de l'expression. Les dictionnaires usuels définissent l'art comme un « ensemble de moyens, de procédés *réglés* qui tendent à une certaine fin » ; nous soulignons ; *Le petit Robert 1*, Paris, Le Robert, 1987.

mais par la vérification du caractère raisonnable du résultat de cette interprétation (2).

1. *Le « raisonnable », critère limitant la méthode d'interprétation*

41. L'activité de l'interprète consiste donc essentiellement à dégager la volonté des parties à partir du texte. Sa tâche ne consistera cependant pas en une recherche historique de l'intention réelle et effective des parties, mais bien à la reconstitution, *a posteriori*, d'une « intention raisonnable » (77). Le principe a notamment été exprimé par la Cour lors de son interprétation du mandat dans l'affaire du *Sud-Ouest africain* :

> « ...la Cour doit se placer à l'époque où le système des mandats a été institué et où les actes de mandat ont été rédigés. Elle doit tenir compte de la situation à cette date, qui est la date critique, et des intentions que les intéressés semblent bien avoir eues, *ou que l'on peut raisonnablement leur attribuer en fonction des circonstances* » (78).

On retrouve aussi l'expression de la preuve de l'intention « au-delà de tout doute raisonnable » (79), que nous rencontrerons en matière d'établissement des faits (80). A cet égard, comme le précise Elisabeth Zoller,

> « le juge sera amené à rechercher non pas l'intention véritable des parties, mais le sens normal de la déclaration tel qu'un honnête homme, assez éclairé, pouvait *raisonnablement et de bonne foi* comprendre » (81).

En conséquence, si un État s'est engagé sans avoir bien mesuré la portée de son acte et, de ce fait, sans avoir eu véritablement l'intention d'en assumer les conséquences, il n'en sera, sauf preuve d'un

(77) Pour les développements théoriques voyez *infra*, Chapitre III, Section 2, §§ 176 et s.

(78) Nous soulignons ; C.I.J., *Recueil 1966*, p. 23, § 16 ; en ce sens ; *ibid.*, op. diss. Tanaka, pp. 277-278.

(79) Affaire *Radio Corporation of America*, sentence du 13 avril 1935, *R.S.A.* ; vol. III, pp. 1628 ; Affaire *Aspinwall*, sentence du 2 septembre 1890, John B. Moore, *International Arbitrations*, vol. IV, pp. 3621-3622 (« hors d'un doute raisonnable ») ; C.I.J., Affaire de l'*Incident aérien (exceptions préliminaires), Recueil 1959*, op. diss. coll. Lauterpacht *et alii*, p. 162 ; Affaire des *Emprunts norvégiens, Recueil 1957*, op. indiv. Lauterpacht, p. 58 (à propos de l'intention de conférer compétence à la Cour, qui doit être démontrée « sans aucun doute raisonnable ») ; Affaire du *Sud-Ouest africain, Recueil 1962*, op. diss. Percy Spender et Fitzmaurice, pp. 473-474. V. enfin l'expression du juge Fitzmaurice dans son opinion séparée à l'arrêt *Golder*, C.E.D.H., *op. cit.*, § 40.

(80) Voy. à ce sujet la lettre du 4 juillet 1950 de Charles Chesney Hyde qui assimile l'interprétation à une « constatation des faits » ; *A.I.D.I.*, 1952, pp. 202-203.

(81) Nous soulignons ; *La bonne foi en droit international public, op. cit.*, p. 209 § 225 ; v. aussi l'affaire *Georges Pinson*, arrêt du 19 oct. 1928, *R.S.A.*, vol. V, p. 422.

vice de consentement, pas moins tenu, son « intention raisonnable » ayant bien été de s'engager (82).

De même, lorsque le texte n'a été rédigé que par certaines des parties, on ne prendra pas en compte leurs intentions quelles qu'elles soient :

> « s'agissant d'interpréter selon son but l'obligation imposée à l'État vaincu par un traité de paix non négocié, c'est *le but raisonnablement poursuivi* par les États vainqueurs *qui seul peut et doit entrer en ligne de compte* » (83).

Peu importe, donc, l'intention réelle ou psychologique des États parties, leurs arrière-pensées ou leurs objectifs indirects, peu importe l'absence éventuelle d'intention, ou la présence d'intentions contradictoires, on préférera présumer une intention raisonnable qui, même si elle est parfois peu conforme à la vérité historique, constituera le critère essentiel de toute l'interprétation. Cette solution est largement reconnue par la doctrine (84).

Nous nous contentons à ce stade de formuler le constat, qui montre l'importance de la place du « raisonnable ». Une appréciation réelle de cette importance suppose toutefois de prendre en compte la fonction essentielle de l'utilisation de la notion dans le processus interprétatif, fonction que nous analyserons en détail dans un chapitre suivant (85).

---

(82) C.I.J., Affaire du *Sud-ouest africain, Recueil 1962*, op. diss. Van Wyk, p. 579. Il semble que certaines décisions arbitrales anciennes aillent à l'encontre de ce principe en privilégiant l'intention subjective même en tenant compte d'erreurs de formulations (v. C.P.A., Affaire de l'*Ile de Timor, R.G.D.I.P.*, 1916, p. 110). Cette jurisprudence est indéniablement dépassée eu égard à l'importance donnée au texte admise par les subjectivistes les plus convaincus ; v. ci-dessous et Sir Gerald FITZMAURICE, « The Law and Procedure... », *B.Y.B.I.L.*, 1951, vol. XXVIII, p. 7.

(83) Nous soulignons ; Affaire du *Différend concernant l'interprétation de l'article 79, par. 6, lettre c du Traité de paix*, décision n° 136 du 25 juin 1952, *R.S.A.*, vol. XIII, p. 397.

(84) V. not., outre les références déjà citées, le commentaire du projet de la Harvard Law of School dès 1935 : « It is impossible, therefore, to indicate exhaustively or precisely the rules of interpretation which have been propounded. In a general way, however, it may be said that most writers have begun with the fundamental principle that the function of interpretation is to discover what was, *or what may reasonably be presumed to have been*, the intention of the parties to a treaty when they concluded it,... » ; nous soulignons, *A.J.I.L.*, 1935, vol. 29, Nber 4, pp. 939-940 ; plus récemment, v. les propos d'Arnold Mc NAIR selon qui « on doit en effet présumer que les parties ont voulu dire quelque chose raisonnable » (*sic*), *A.I.D.I.*, 1950, vol. 43-I, p. 449 ; pour CASTBERG, « il ne s'agit pas alors toujours de l'intention psychologique, de fait, mais de l'intention rationnelle .. » ; *A.I.D.I.*, 1952, vol. 44-II, p. 377 ; v. enfin Mustapha Kamil YASSEEN, « L'interprétation... », *loc. cit.*, p. 84 § 8 ; Serge SUR, « L'interprétation... », *op. cit.*, p. 256 (« En droit international, il faut transformer l'intention subjective en intention rationnelle... ») ; OPPENHEIM et LAUTERPACHT, *International Law*, 8th ed., vol. 1, p. 168. V. encore Jean SALMON, « Le fait dans l'application du droit international », *R.C.A.D.I.*, 1982-II, t. 175, p. 365 et Antoine FAVRE, « L'interprétation objectiviste des traités internationaux », *loc. cit.*, p. 82.

(85) V. *infra*, Chapitre III, section 2, §§ 176 et s.

42. Mais comment déterminer la teneur de cette « intention raisonnable » ?

Le premier principe est qu'elle est présumée se retrouver dans le texte à interpréter (86). Un examen des travaux de l'Institut de droit international (87), puis de la Commission du droit international, montre bien que la conception subjective, représentée à l'origine dans le premier rapport de l'Institut par Sir Hersh Lauterpacht, a été progressivement écartée au profit d'une approche privilégiant le texte, précisément au nom de la raison (88). Comme le relève Sir Gerald Fitzmaurice,

> « ces intentions [des parties] sont présumées, *prima facie*, être exprimées et représentées par les termes du traité lui-même, lu comme un tout indivisible, *sur la base de la raison* et du bon sens,... » (89).

C'est donc sur base du texte, présumé contenir une « intention raisonnable », que vont s'agencer les différents moyens d'interprétation ; contexte, pratique ultérieure, objet et but,... L'interprète aura le choix entre ces divers moyens et, comme l'a souligné la Commission du droit international dans le commentaire de son projet final, aucune hiérarchie ne peut être établie, la seule exigence étant leur agencement conformément à une « raison logique » (90). La raison fera donc le lien entre le texte, moyen privilégié, et les autres

(86) V. not. Ian BROWNLIE, *Principles of International Law*, 4th ed., Oxford, Clarendon Press, 1990, p. 627 ; Sir Gerald FITZMAURICE, *loc. cit.*, *B.Y.B.I.L.*, 1951, p. 7 et 1957, p. 205 ; Serge SUR, « L'interprétation... », *op. cit.*, p. 258 ; Antoine FAVRE, « L'interprétation objectiviste des traités internationaux », *loc. cit.*, pp. 75-77 ; Charles DE VISSCHER, *Théories et réalités en droit international public*, 3e éd., Paris, Pédone, 1960, pp. 475-476.

(87) Voy. les références précitées, de la session de Bâle à la session de Grenade, et la synthèse opérée par Ioan VOÏCU, *De l'interprétation authentique des traités internationaux*, Paris, Pédone, 1968, p. 31 et V.D. DEGAN, « L'interprétation des accords en droit international », *op. cit.*, pp. 77 et s.

(88) V. not. *A.I.D.I.*, 1952, vol. 44-II, pp. 370 et s.

(89) Nous soulignons ; cité dans C.I.J., Affaire de la *Sentence arbitrale, Recueil 1991*, op. diss. Weeramantry, p. 141 ; v. aussi l'affaire *Georges Pinson, op. cit.* De même, pour Charles DE VISSCHER, « on ne peut raisonnablement mettre en doute l'aptitude générale du langage à exprimer correctement une pensée qui fait la loi entre les parties », *Problèmes d'interprétation judiciaire...*, *op. cit.*, p. 54.

(90) Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, Doc. off., *op. cit.*, p. 43, § 9 ; *Draft Convention on the Law of Treaties*, *A.S.I.L.*, *op. cit.*, p. 938. Comme le souligne Charles DE VISSCHER, « [p]our n'être que des directives, les critères traditionnels d'interprétation n'en sont pas moins l'un des aspects que revêt le raisonnement au service de la raison et de la bonne foi » ; nous soulignons, *Problèmes d'interprétation...*, *op. cit.*, p. 19 ; v. enfin les propos de Lauterpacht ; *A.I.D.I.*, 1950, vol. 43-I, pp. 458-459.

moyens d'interprétation (91). Ce qui importera, c'est de fournir une « explication raisonnable » — l'expression se retrouve fréquemment dans la jurisprudence (92) — du libellé textuel en le mettant en rapport avec d'autres éléments propres à dégager l'« intention raisonnable » des parties (93).

Un exemple de cette démarche nous est donné dans l'affaire de l'*Anglo-Iranian Oil company*. Au stade de l'examen des exceptions préliminaires soulevées par le Royaume-Uni, la Cour a été amenée à interpréter la déclaration iranienne d'acceptation de sa juridiction, qui lui conférait compétence pour les différends

> « [...] au sujet de situations ou de faits ayant directement ou indirectement trait à l'application des traités ou conventions appliqués par la Perse *et* postérieurs à la ratification de cette déclaration » (94).

L'Iran prétendait que le terme « et » s'appliquait aux « traités et conventions », tandis que le Royaume-Uni affirmait qu'il ne concernait que les « situations ou les faits » et non les traités, qui pouvaient donc relever de la compétence de la Cour tout en étant antérieurs à la déclaration. La Cour, après avoir constaté que les deux interprétations étaient grammaticalement correctes, considère que la façon « naturelle et raisonnable » (95) de lire le texte est de rattacher le terme « et » aux mots qui le précèdent, donc aux traités en conventions. La Cour donne ensuite une explication de ce texte en se référant aux circonstances dans lesquelles il a été rédigé. En l'occurrence, l'Iran avait dénoncé des traités avec d'autres États dans les années 1930, et un doute subsistait sur les effets juridiques de ces dénonciations. Dans ces conditions,

> « il est peu probable que le Gouvernement de l'Iran ait été disposé, de sa propre initiative, à accepter de soumettre à une cour internationale de justice les différends relatifs à ces traités, en vertu d'une clause générale d'acceptation. On peut

(91) Antoine FAVRE souligne que « [l]e droit a sa technique. Il est une sagesse, une prudence. Le juge est souvent amené à résoudre selon les exigences de la raison les conflits d'intérêts que soulève l'application des accords. Il n'en va pas ainsi que dans l'interprétation des contrats de droit privé. Il en est de même s'il s'agit de l'interprétation d'un traité » (souligné par l'auteur) ; « L'interprétation objectiviste... », *loc cit.*, p. 81.

(92) V. not. l'affaire *Panama and Abundio Caselli*, arrêt du 29 juin 1933, *R.S.A.*, vol. VI, p. 380 et C.I.J., Affaire de la *Barcelona Traction*, 1re phase, *Recueil 1964*, op. diss. Armand-Ugon, p. 130 ; Affaire du *Sud-ouest africain*, *Recueil 1966*, op. diss. Jessup, p. 367 ; Affaire des *Actions armées...*, *Recueil 1988*, op. ind. Oda, p. 111, § 3.

(93) On a aussi dit que la meilleure interprétation était celle qui expliquait la « raison d'être » des termes à interpréter ; Affaire des *Forêts du Rhodope central*, sentence du 4 novembre 1931, *R.S.A.*, vol. III, p. 1401.

(94) Texte reproduit dans C.I.J., *Recueil 1952*, p. 103.

(95) *Ibid.*, p. 104.

> donc *raisonnablement admettre* que, quand le Gouvernement de l'Iran se disposait à accepter la compétence obligatoire de la Cour, il entendait exclure de cette compétence tous les différends pouvant se rapporter à l'application des conventions capitulaires ; la déclaration a été rédigée sur base de cette intention » (96).

Cet exemple illustre bien la place du « raisonnable » dans l'interprétation. Le texte contient une présomption raisonnable de l'intention de l'Iran d'exclure les traités antérieurs à sa déclaration. Pour renverser cette présomption, il faudrait des « raisons » décisives que le Royaume-Uni n'apporte pas ; au contraire, selon un autre moyen d'interprétation, les circonstances ayant entouré la rédaction du texte fournissent une explication raisonnable du libellé de la déclaration. On relèvera que la méthode s'encombre peu de la preuve de considérations historiques : on ne sait pas en définitive si l'Iran avait réellement en vue les traités relatifs au régime des capitulations en rédigeant le texte, mais telle est en tout cas l'explication la plus raisonnable.

Cette « explication raisonnable » peut aussi consister en la formulation d'hypothèses, par exemple en vue d'un raisonnement par l'absurde. Cette méthode a été désignée dans la jurisprudence par l'expression *reasonable construction* (97), ce qui met bien en relief son aspect plus actif que la pure explication grammaticale ou historique. Dans l'affaire *Caselli*, le Mexique prétendait que la seule mention dans le compromis d'un différend relatif à des terres « expropriées » par les États-Unis impliquait la reconnaissance par ces derniers d'une obligation d'indemniser le propriétaire de ces terres (98). La Commission arbitrale rejette cette prétention en considérant que la seule « explication raisonnable » du terme « expropriées » est d'identifier le différend, et que « if an admission of liability had been intended, it is to be assumed that the parties would have stated simply and expressly that they intended to admit liability and submit only the question of compensation ». Par ailleurs, cette hypothèse n'est pas raisonnable, car elle reviendrait à ne demander à la commission arbitrale qu'une simple fixation d'un montant, fixation pouvant être opérée par une *Joint Land Commission* spécialement créée à cet effet (99). Ainsi, les suppositions sont souvent opérées

(96) *Id.*, p. 105.

(97) V. not. l'affaire *Alsop*, sentence du 5 juillet 1911, *R.S.A.*, vol. XI, p. 372 ; Affaire *Cessions of Vessels and Tugs for Navigation on the Danube*, décision du 2 août 1921, *R.S.A.*, vol. I, p. 113 ; Affaire *Radio Corporation of America, op. cit.*

(98) *Op. cit.*, p. 383.

(99) *Ibid.*, pp. 383-384.

par le juge pour dégager *a contrario* une explication raisonnable des termes (100).

43. Tout cela montre la place essentielle du « raisonnable » dans la méthode d'interprétation exposée par le juge dans son discours. L'interprète a le choix des moyens, mais ce choix est limité par la nécessité de partir du texte — présumé contenir une « intention raisonnable » de ses auteurs — et de fournir une « explication raisonnable » de son libellé à l'aide des éléments qu'il jugera les plus appropriés. Mais le « raisonnable » interviendra encore à un autre stade, celui qui consiste à évaluer le résultat de l'interprétation issue d'une méthode particulière.

3. *Le « raisonnable », critère limitant le résultat de l'interprétation*

44. Quelle que soit la méthode choisie, il faut que son utilisation mène à un résultat raisonnable. Ce principe découle *a contrario* de l'article 32 de la Convention de Vienne qui prescrit le recours aux moyens complémentaires en cas de résultat « manifestement absurde ou déraisonnable ». Il concerne évidemment aussi le résultat obtenu en application de ces moyens complémentaires : même si, formellement, l'article 32 ne le précise pas, la jurisprudence qu'il codifie rejette toute interprétation menant à un résultat déraisonnable (101).

Cette exigence supplémentaire se justifie dans la mesure où une interprétation contenant une explication raisonnable du texte peut parfaitement mener à un résultat déraisonnable par rapport à d'autres facteurs. Il s'agit ici non plus seulement d'expliquer le texte, mais de prendre en compte les conséquences de son application (102).

---

(100) V. p.ex. C.I.J., Affaire de la *Barcelona Traction* (1re phase), *Recueil 1964*, p. 23 ; Affaire de l'*Interprétation des traités de paix*, 2e phase, *Recueil 1950*, p. 227 ; C.P.J.I., Affaire de la *Commission européenne du Danube*, Série B, n° 14, p. 49 ; v. aussi l'affaire *Tacna-Arica*, sentence du 4 mars 1925, *R.S.A.*, vol. II, p. 935 ; Affaire *Naomi Russel*, sentence du 24 avril 1931, *R.S.A.*, vol. IV, p. 820 ; Affaire *Bacherach*, décision n° 22 du 19 février 1954, *R.S.A.*, vol. XIV, p. 189 ; C.I.J., Affaire du *Sud-Ouest africain*, *Recueil 1962*, op. indiv. *Jessup*, p. 412 ; C.E.D.H., Affaire *Irlande contre Royaume-Uni*, Série A, n° 25, op. ind. *Fitzmaurice*, § 17.

(101) V. les arrêts cités *supra*, et, par ailleurs les propos de Mustapha YASSEEN, alors président de séance au sein de la C.D.I., qui attribue comme but de l'examen des travaux préparatoires la détermination d'un « sens raisonnable » ; *A.C.D.I.*, 1966-I, 2e partie, p. 224, § 9.

(102) Comme le soulignent les juges Lauterpacht, Wellington Koo et Percy Spender dans une opinion dissidente collective déjà citée, « [e]n appliquant une disposition juridique, la Cour ne doit pas ignorer les circonstances de fait pertinentes quant au caractère du raisonnable » ; C.I.J., *Recueil 1959*, p. 189.

45. Alors que la condition d'une « méthode raisonnable » était fondamentalement axée sur le texte, celle d'une « solution raisonnable » permet donc à l'occasion de s'en émanciper.

Dans certains cas, il s'agira d'en étendre la portée. Ainsi, pour rejeter un résultat déraisonnable, le juge Ammoun estime que « [c]e ne serait pas [...] raisonnable que de s'attacher à la lettre des compromis et de ne pas en dégager toute la teneur ou tout élément implicite » (103).

Dans la plupart des cas, le critère du « résultat raisonnable » permet de dépasser un sens restrictif. Dans l'affaire du *Temple de Préah Vihéar (exceptions préliminaires)*, la Thaïlande avait renouvelé une déclaration d'acceptation de la Cour permanente de Justice internationale qui n'était plus valable. Le Cambodge plaidait en conséquence l'incompétence de la Cour : renouveler une déclaration invalide ne peut conférer un titre valide (104). La Cour n'a pas donné suite à ce raisonnement, théoriquement correct, puisque, après avoir rappelé que le droit international n'était pas formaliste, elle a considéré que l'interprétation cambodgienne, littéralement inattaquable, aboutissait à un « résultat absurde ou déraisonnable », l'intention de la Thaïlande ayant bien été de lui conférer compétence (105).

46. Mais par rapport à quel facteur extérieur au texte faut-il évaluer le caractère raisonnable du résultat de l'interprétation ? C'est l'objet ou le but de la disposition qui constitue le critère déterminant.

Cela découle d'abord de l'affaire que nous venons d'évoquer, où la Cour a basé son dépassement de l'interprétation strictement textuelle sur la circonstance que « [...] la Thaïlande, qui connaissait parfaitement la non-existence de l'ancienne Cour permanente, *ne pouvait poursuivre d'autre but* [...] que de reconnaître la juridiction obligatoire de la Cour actuelle... » (106). De même, après avoir rappelé le principe du rejet d'une interprétation menant à un résultat déraisonnable, la Cour, dans l'affaire de la *Sentence arbitrale*, rejette toute méthode qui « aboutit à un résultat incompatible avec l'esprit,

(103) C.I.J., Affaire du *Plateau continental de la Mer du Nord, Recueil 1969*, op. ind., p. 102, § 2. On voit qu'on se rapproche ici de la règle de l'« effet utile », pour laquelle nous avons effectivement constaté que le « raisonnable » était évoqué dans la pratique.

(104) *Recueil 1961*, pp. 27 et s.

(105) *Ibid.*, p. 32.

(106) Nous soulignons ; *ibid.*, p. 33.

l'objet et le contexte de la clause ou de l'acte » (107). De nombreux exemples jurisprudentiels reprennent ce dernier facteur, sans en référer explicitement au « résultat déraisonnable » mais en en faisant manifestement application (108). C'est sur cette base que Fitzmaurice estime que « the Court aims at reaching a reasonable finding, and [...] in determining what is reasonable, it is ready to have regard to evidence and intention » (109). Enfin, pour reprendre une jurisprudence d'une autre instance, la Cour européenne des droits de l'homme a rejeté une interprétation littérale de l'article 14 de la Convention qui prescrit que la jouissance des droits reconnus doit être assurée « sans distinction aucune », en considérant que des différenciations légitimes peuvent être opérées en conformité avec l'objet et le but de l'article (110).

Ce critère téléologique est donc bien déterminant, mais il n'est pas exclusif, comme en témoignent les travaux préparatoires de l'article 32 de la Convention de Vienne. Si le premier projet contenant des principes d'interprétation envisageait le caractère raisonnable du résultat par rapport au contexte, le deuxième, très proche de la version finale, prescrivait le recours aux moyens complémentaires dans le cas où la règle générale conduisait à « un résultat manifestement absurde ou déraisonnable *au regard de l'objet et du but du traité* » (111). L'expression soulignée a par la suite disparu sans explication. Peut-être fait-elle suite à une remarque de Roberto Ago qui en demandait la suppression « car cet élément est déjà repris dans l'article 69 [énonçant la règle générale d'interprétation, qui deviendra l'article 31 de la Convention]. En outre, il se peut que le résultat obtenu soit 'absurde ou déraisonnable' en lui-même, sans cette référence téléologique » (112). La remarque est indéniablement pertinente : une méthode raisonnable peut mener à un résultat déraisonnable sans référence au but de la disposition interprétée si

(107) C.I.J., *Recueil 1991*, pp. 69-70, § 48.

(108) V. not. C.I.J., Affaire du *Droit d'asile*, *Recueil 1950*, p. 279 ; Affaire *Ambatielos (compétence)*, *Recueil 1952*, p. 45 ; Affaire du *Sud-Ouest africain*, *Recueil 1962*, p. 336 ; Affaire du *Conseil de l'OACI*, *Recueil 1972*, pp. 64-65.

(109) « The Law and Procedure... », *B.Y.B.I.L.*, 1957, *loc. cit.*, p. 214.

(110) C.E.D.H., Affaire *linguistique*, Arrêt du 23 juillet 1968, Série A, n° 6, § 10 et 12 et le rapport de la Commission du 24 juin 1965.

(111) Nous soulignons ; Art. 70 b) du 4e rapport WALDOCK, *A.G.*, Doc. off. ; 19e sess. Sup. n° 9 (A/5809), Rapport de la C.D.I. sur les travaux de sa 16e session, p. 27 ; v. aussi l'article 71 intermédiaire qui reprend la même formulation ; *A.C.D.I.*, 1964-I, p. 323 et certains commentaires, not. du rapporteur ; *A.C.D.I.*, 1966-I, 2e partie, p. 228, § 39.

(112) *Ibid.*, p. 223, § 51.

elle a fourni une explication raisonnable en privilégiant certains moyens d'interprétation mais en en négligeant d'autres tout aussi fondamentaux. Aussi a-t-on parfois estimé qu'une interprétation textuelle menait à un résultat déraisonnable car :

— elle revenait à priver certains éléments du contexte de toute signification (113) ;
— elle suscitait des difficultés d'application (114) ;
— elle revenait à considérer le texte interprété comme contraire à des règles pertinentes de droit international (115).

Il n'en reste pas moins que le critère du but reste dans l'ensemble le critère déterminant. La jurisprudence citée plus haut, à laquelle on peut ajouter de nombreuses opinions individuelles (116), montre bien que c'est essentiellement pour éviter une méthode textuelle trop stricte par référence au but que le « raisonnable » a été utilisé. L'affaire du *Sud-Ouest africain (2e phase)* dans laquelle la Cour a privilégié une interprétation formaliste du système des mandats au détriment des buts de l'institution en est un exemple supplémentaire, puisqu'elle a été citée par plusieurs gouvernements comme interprétation menant à un résultat déraisonnable (117).

47. Pour conclure, on peut répondre à l'interrogation formulée par Shabtaï Rosenne qui, lors des discussions préparatoires au projet de la Commission, se demandait

> « comment on pourrait aboutir à un résultat 'manifestement absurde ou déraisonnable' si [...] on a utilisé en toute bonne foi les diverses méthodes prévues à l'article 69 [correspondant à l'art. 31 de la convention] pour élucider le texte » (118).

Cela confirme d'abord que le « raisonnable » n'est nullement limité à une des hypothèses dans lesquelles on peut recourir aux travaux

(113) C.I.J., Affaire du *Comité de la sécurité maritime, Recueil 1960*, p. 166 ; Affaire *Salem*, arrêt du 8 juin 1932, *R.S.A.*, vol. II, op. diss. *Fred K. Nielsen*, p. 1205.

(114) Affaire du *Cameroun septentrional, Recueil 1963*, op. ind. *Fitzmaurice*, p. 112.

(115) V. not. C.I.J., Affaire des *Emprunts norvégiens, Recueil 1957*, op. diss. *Read*, p. 94 ; et les propos de Paul Reuter, *A.C.D.I.*, 1966-I, 2e partie, p. 215, § 22 et p. 223, § 48.

(116) V ; not. C.I.J., Affaire de l'*Admission..., Recueil 1950*, op. diss. *Alvarez*, p. 17 ; Affaire de l'*Interprétation des traités de paix* (2e phase), *Recueil 1950*, op. diss. *Read*, p. 245 ; Affaire de l'*incident aérien, Recueil 1959*, op. diss. *coll. Lauterpacht et alii*, p. 177 ; Affaire du *Conseil de l'O.A.C.I., Recueil 1972*, op. ind. *de Castro*.

(117) V. A./CONF 39/11, pp. 182-196 et les commentaires dans *A.C.D.I.*, 1966-I, p. 387, § 181 ; v. par ailleurs en ce sens l'op. diss. *Tanaka* dans cette affaire, *Recueil 1966*, p. 274 et le commentaire de Elisabeth Zoller, *La bonne foi..., op. cit.*, p. 214.

(118) *A.C.D.I.*, 1966-I, 2e partie, p. 227, § 30. V. aussi les propos similaires de *Tsuruoka* ; *ibid.*, p. 221, § 28.

préparatoires, mais transcende tout le processus interprétatif. Ce n'est pas un hasard si, dans la pratique, le mot est si souvent utilisé non seulement de manière très générale, mais aussi dans le cadre de moyens particuliers. L'interprétation consiste à rechercher non pas l'intention réelle mais l'intention raisonnable des auteurs du texte, ce dernier étant présumé la reproduire. Cette recherche se fera d'abord par la mise en œuvre d'une méthode combinant divers moyens principaux dont le choix relève de la liberté d'appréciation de l'interprète, mais cette liberté est limitée par la nécessité de fournir une « explication raisonnable » du libellé en examen. Il se peut toutefois que cette explication, raisonnable par rapport aux moyens retenus, ne le soit pas par rapport à d'autres, et en particulier par rapport à l'objet et au but de la règle. C'est ici qu'intervient la spécificité de la vérification du « résultat raisonnable ».

Finalement, comme le souligne Jean Salmon, l'interprète

> « projette les conceptions qu'il se fait de l'attitude et des comportements qu'il juge raisonnables ou normaux pour les États » (119).

Le « raisonnable » apparaît comme un critère essentiel de l'interprétation en droit international, particulièrement dans le discours juridictionnel. Il fait le lien à la fois entre l'intention et le texte et entre le texte et le but ; il réalise l'équilibre entre la lettre et l'esprit (120).

Section 2. — Le « raisonnable » dans l'établissement du fait

48. Lorsqu'on évoque l'établissement du fait dans le syllogisme judiciaire, on pense avant tout à la preuve, conçue comme l'

(119) Jean Salmon, « Le fait dans l'application du droit international », *R.C.A.D.I.*, 1982-II, t. 175, p. 365. En ce sens, Antoine Favre relève que « donner une interprétation raisonnable d'un texte, c'est, de la part du juge, [...] arrêter, à la place des parties, ce qu'un homme juste et 'raisonnable' aurait fait s'il avait eu à rédiger l'accord » ; « L'interprétation objectiviste des traités internationaux », *loc. cit.*, p. 82.

(120) V. la formule de l'arbitre dans l'affaire *Van Bokkelen* : « la règle première et fondamentale de l'interprétation de tout document est qu'il faut interpréter selon le sens des mots et selon l'intention des parties. Il faut chercher le but d'une loi dans les termes, dans le contexte, dans la matière, dans l'effet et dans les conséquences ou *dans la raison* et dans l'esprit de la loi » ; nous soulignons, John B. Moore, *International Arbitrations*, vol. II, p. 1849, commenté dans V.D. Degan, « L'interprétation des accords en droit international », *op. cit.*, pp. 59 et s. et Elisabeth Zoller, *La bonne foi...*, *op. cit.*, p. 228, § 247.

« opération amenant l'intelligence d'une manière indubitable et universellement convaincante (du moins en droit) à reconnaître la vérité d'une proposition considérée d'abord comme douteuse » (1).

La matière de la preuve est ainsi traditionnellement présentée comme un ensemble de règles de procédure (2) dont Georges Scelle, rapporteur de la Commission du droit international pour les travaux relatifs à la procédure arbitrale, disait qu'elles étaient nombreuses, diverses, et « loin de correspondre à une coutume générale définitivement établie » (3). On peut donc se demander si l'établissement des faits peut faire l'objet d'une généralisation théorique et s'il ne faut pas se limiter à des études consacrées à une juridiction particulière (4).

S'il est vrai que le compromis est la première source de l'arbitrage et que, en conséquence, toute règle générale doit être modulée en fonction de chaque juridiction particulière, il n'en reste pas moins que certains principes généraux peuvent être induits d'une pratique arbitrale disparate (5). C'est en ce sens que l'Institut de droit international, dès sa première session (6), et plus tard la Commission du droit international, ont formulé des règles relatives à la procédure arbitrale qui, pour ce qui concerne la preuve à tout le moins, apparaissent comme une véritable codification (7). Il n'existe donc pas

(1) André LALANDE (sous la direction de), *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, P.U.F.-Quadrige, 3e éd., 1993, V° Preuve.

(2) V. not. J.C. WITENBERG, « La théorie des preuves devant les juridictions internationales », *R.C.A.D.I.*, 1936-II, tome 56, p. 14 et Jackson H. RALSTON, *International Arbitral Law and Procedure*, Boston and London, Published for the International School of Peace Ginn and Company, 1910, pp. 142-152.

(3) 2e rapport, *A.C.D.I.*, 1951, II, p. 111, § 6 ; v. aussi *A.C.D.I.*, 1950, II, p. 117 et *A.C.D.I.*, 1958, II, pp. 2-3, § 5.

(4) Voy. en ce sens un ouvrage dont plusieurs articles sont consacrés à une étude de la matière pour des juridictions particulières ; *Fact-Finding before International Tribunals*, New York, Transnational Publishers, 1992.

(5) Ainsi, pour Georges Scelle, « It may be thought that there is, in the strict, no *general custom* with regard to the arbitral procedure, for the simple reason that practice has shown it to be desirable that the *compromis* of arbitration should be the direct outcome of the will of the parties and that consequently they should vary according to the circumstances surrounding the dispute and the importance of the interests at stake [...]. There are, however, some general principles which are admitted by all civilized nations [...] » ; rapport précédant le *Draft on Arbitral Procedure adopted by the Commission at its fifth session*, Doc. A/CN4/113, *A.C.D.I.*, 1958, II, pp. 2-3, § 5.

(6) *Projet de règlement pour la procédure arbitrale internationale*, 28 août 1875, Session de La Haye, *in A.I.D.I.*, 1877, vol. I, pp. 130-131 (article 15).

(7) V. l'absence de réserves des gouvernements à l'article du projet de la C.D.I. relatif aux preuves ; rapport de Georges Scelle sur les commentaires des gouvernements ; *A.C.D.I.*, 1957, II, p. 9, § 57. Les critiques de certains gouvernements et membres de la Commission ont porté sur d'autres questions, essentiellement la compétence de l'arbitre qui aurait été conçue trop largement dans le projet ; v. not. *A.C.D.I.*, 1957, II, p. 2 § 7. Le caractère coutumier apparaît aussi

d'obstacle de principe à la formulation d'enseignements généraux en la matière. Par ailleurs, la question qui nous concerne ne relève pas tant de la procédure que du fond. L'« établissement des faits » étudié ci-dessous ne recouvrira pas les règles techniques d'admissibilité ou de présentation des preuves, qui effectivement peuvent varier considérablement selon les juridictions (8), mais s'attachera au traitement d'une question plus fondamentale : à partir de quand le juge peut-il considérer qu'un fait est établi aux fins du règlement du différend ? Dans cette optique, les règles particulières des compromis ou actes de tribunaux ne représentent pas de véritables limitations dans la mesure où, comme nous le verrons, elles ne concernent que très rarement ce problème et, lorsqu'elles l'abordent, c'est de manière relativement similaire.

Nous pourrons donc baser notre étude sur la jurisprudence internationale, et utiliser les compromis dans la mesure où ils sont le signe d'une pratique générale. Nous rechercherons sur cette base la place du « raisonnable » à partir de la pratique juridictionnelle de l'établissement du fait (A), avant d'envisager la question sous un angle plus théorique pour vérifier si l'enseignement obtenu peut être systématisé (B).

A. — *Le « raisonnable » dans la pratique de l'établissement du fait*

49. La pratique en matière d'établissement des faits est relativement pauvre en comparaison avec celle relative à l'interprétation. Des commentateurs ont remarqué que les questions de fait n'avaient qu'occasionnellement fait l'objet de développements devant la Cour internationale de Justice, les débats ayant essentiellement porté sur des points de droit (9). Cependant, les quelques affaires pertinentes devant cette instance, ainsi que de nombreux

dans le commentaire de l'article 21 relatif à la preuve du projet final ; v. *A.C.D.I.*, 1958, II. Cela ne signifie pas que toutes les techniques particulières de preuve revêtent un caractère coutumier ; v. les propos de Bartos, *A.C.D.I.*, 1958, I, p. 62, § 12.

(8) V. à ce sujet Gérard NYUNGEKO, *La preuve devant les juridictions internationales*, thèse polycopiée, Université Libre de Bruxelles, Faculté de droit, 1988, document non publié, et Durward Vladimir SANDIFER, *Evidence before International Tribunals*, Chicago, Illinois, 1939, New York, Kraus reprint, 1971.

(9) V. J.F. LALIVE, « Quelques remarques sur la preuve devant la Cour permanente et devant la Cour internationale de Justice », *A.S.D.I.*, 1950, p. 82 et pp. 102-103 ; Shabtai ROSENNE, *The Law and Practice of the International Court*, Leyden, Sijthoff, 1965, p. 584 et Louis FOVOREU, « Récusation et administration de la preuve devant la Cour internationale de Justice. A propos des affaires du Sud-Ouest africain (fond) », *A.F.D.I.*, 1965, pp. 255 et s.

exemples tirés d'autres juridictions, montrent que le « raisonnable » est fréquemment utilisé en cette matière, tant de manière générale (1) que dans le cadre de techniques plus particulières de preuve (2).

1. *Le « raisonnable », critère général de l'établissement du fait*

50. De manière générale, la pratique montre que le juge ou l'arbitre n'exige pas que les faits soient établis avec une certitude absolue, mais se contente d'une « certitude raisonnable » ou « au-delà de tout doute raisonnable ».

La meilleure illustration de ce principe est sans doute constituée par l'affaire du *Détroit de Corfou*. Dans cette espèce, un problème essentiel portait sur une question de fait : qui avait posé ou laissé poser les mines qui devaient endommager les deux navires britanniques, le *Saumarez* et le *Vollage*, et faire plus de quarante victimes ? On pouvait difficilement suspecter l'Albanie d'avoir elle-même miné le détroit, puisqu'elle ne disposait pas à l'époque du matériel adéquat (10). La Grande-Bretagne accusait la Yougoslavie, mais les éléments de preuve étaient insuffisants (11). La question a porté sur le point de savoir si l'Albanie avait pu ignorer la pose de mines dans un détroit qui jouxte ses côtes. La preuve directe de cette hypothèse était évidemment impossible. La Cour a donc procédé à une expérience consistant à envoyer des experts sur les rives du détroit et à procéder à une reconstitution du minage de manière à vérifier si ce dernier pouvait être effectué sans être aperçu (12). Elle a relevé que, à l'époque des faits pertinents, les autorités albanaises avaient assuré une surveillance étroite des passages dans le détroit en plaçant des vigiles le long de ses côtes (13). C'est dans ces circonstances qu'elle a considéré les faits établis, en précisant que, en matière de diligence due, on doit pouvoir

> « [...] recourir plus largement aux présomptions de fait, aux indices ou preuves circonstancielles [...] Ces moyens de preuve sont admis dans tous les systèmes de droit et leur usage est sanctionné par la jurisprudence internationale. On doit les considérer comme particulièrement probants, quand ils s'appuient sur une série de faits qui s'enchaînent et qui conduisent logiquement à une même conclu-

(10) V. C.I.J., Affaire du *Détroit de Corfou*, op. diss. Azevedo, *Recueil 1949*, pp. 87-88.

(11) *Ibid.*, arrêt, pp. 16-17.

(12) C.I.J., Affaire du *Détroit de Corfou*, Ordonnance du 17 décembre 1948, *Recueil 1947-1948*, pp. 122-127.

(13) *Id.*, p. 18. Cette surveillance était due aux revendications territoriales de la Grèce sur une partie du territoire albanais riveraine du détroit ; *Recueil 1949*, p. 29

sion [...] *La preuve pourra résulter de présomptions de fait à condition que celles-ci ne laissent place à aucun doute raisonnable.*» (14).

La Cour donnait ainsi raison à la Grande-Bretagne qui, lors de la procédure, avait contesté les prétentions albanaises selon lesquelles il fallait un degré de certitude absolue pour engager la responsabilité d'un État (15), précisément en lui opposant le critère de la preuve *beyond reasonable doubt* (16).

Cette façon d'établir les faits a été abondamment critiquée dans les opinions dissidentes. Certains juges ont remarqué que la méthode de la Cour était peu concluante, dans la mesure où on ne savait même pas quand les mines avaient été posées, et en particulier s'il faisait nuit, ou si les conditions atmosphériques rendaient la vue difficile (17). Ainsi, non seulement on ne pouvait être certain que des agents albanais se trouvaient à l'endroit et au moment appropriés, mais encore on ne pouvait savoir si les navires avaient pu être aperçus par des observateurs. En revanche, les experts envoyés par la Cour ne pouvaient évidemment manquer la pose en plein jour et en sachant à l'avance le moment précis de l'arrivée des navires (18).

Sans juger de leur pertinence, ces critiques montrent que la Cour (19) a tenu à préciser que l'établissement des faits, même dans une matière aussi sensible que celle de la responsabilité internationale, ne doit pas reposer sur une certitude absolue, mais que l'on peut se contenter d'une « certitude raisonnable ».

Cette jurisprudence n'est d'ailleurs pas restée isolée. La Cour elle-même a eu incidemment l'occasion de rappeler le critère dans le cadre de questions de fait annexes à son raisonnement. Dans l'af-

(14) C.I.J., *Recueil 1949*, p. 18 ; nous soulignons.

(15) V. not. Duplique du Gouvernement albanais, *Mémoires, Plaidoiries et documents*, vol. II, p. 327 et l'exposé de Pierre Cot, *id.*, vol. III, p. 352.

(16) *Ibid.*, vol. IV, pp. 479-480 (Reply by Sir Frank SOSKICE).

(17) V. op. diss. Zoricic, *Recueil 1949*, pp. 37-38 (le juge ajoute que, même si les bateaux avaient été aperçus, il eût encore fallu démontrer que le mouillage des mines l'ait été) ; op. diss. Badawi Pacha, *id.*, p. 63 ; op. diss. Krylov, *id.*, p. 70 ; op. diss. Ecer, p. 125.

(18) Op. diss. Krylov, *op. cit.*, p. 70.

(19) Certains juges, tout en développant une opinion dissidente sur cette question, ne nient pas la possibilité d'établir les faits sur base d'une certitude raisonnable mais contestent que le degré requis soit atteint ; v. p.ex. op. diss. Azevedo, qui admet qu'« il serait donc exagéré qu'une cour internationale se cantonnât dans le champ de la preuve directe et visuelle pour écarter l'administration d'une *raisonnable dose de présomptions* de l'homme tendant à arriver à une certitude morale et humaine que les rares cas d'erreurs judiciaires ne réussissent pas à chasser du palais », *Recueil*, 1949, pp. 90-91 ; nous soulignons. Deux juges contestent le principe de la « certitude raisonnable » et considèrent qu'il faut une certitude absolue en matière de responsabilité ; il s'agit de Badawi Pacha (op. diss., pp. 59-60) et Ecer (op. diss., p. 120).

faire du *Temple de Préah Vihéar*, après avoir constaté que la carte présentée à la Thaïlande devait bien reposer sur certaines données, elle estime qu'

> « on ne peut *raisonnablement mettre en doute* que cette base ait été constituée par les travaux des officiers topographes dans le secteur des Dandrek » (20).

Plus récemment, dans l'affaire du *Différend frontalier, terrestre, insulaire et maritime,* une Chambre de la Cour, dans le cadre de la détermination d'un point de la frontière terrestre entre le Salvador et le Honduras, considère qu'il est souhaitable de chercher,

> « parmi les bornes énumérées dans le procès-verbal d'arpentage de Tohora de 1743, un point de référence qui, considéré isolément, puisse être identifié aujourd'hui avec un *degré de certitude raisonnable* » (21).

La pratique arbitrale reprend aussi le critère (22), énoncé de manière très générale par Sir John Percival dans une opinion dissidente :

> « If, after giving due weight to all these considerations, it feels a *reasonable doubt* as to the truth of any alleged fact, that fact cannot be said to be proved » (23).

Enfin, la Cour européenne des droits de l'homme a très clairement consacré le principe dans l'affaire *Irlande contre Royaume-Uni*. En l'espèce, les autorités britanniques niaient que les lésions constatées sur les détenus irlandais étaient dues à des mauvais traitements infligés par les forces de sécurité, en se basant sur l'insuffisance d'éléments de preuve. La certitude absolue était évidemment impossible à atteindre. C'est dans ces circonstances que la Commission avait repris le critère accepté par le Royaume-Uni (24), et critiqué par l'Irlande comme étant trop rigoureux (25) :

(20) C.I.J., *Recueil 1962*, p. 21 ; nous soulignons. L'expression soulignée est reprise à propos d'un autre point factuel par le juge Fitzmaurice dans son opinion individuelle, *ibid.*, p. 55.

(21) C.I.J., *Recueil 1992*, § 228 ; nous soulignons.

(22) Dans l'affaire *Kelly*, le tribunal arbitral énonce dans le cours de son raisonnement : « The question arises wether the facts shown by the Venezuelan Government by their witnesses are sufficient to establish practically *beyond a reasonable doubt* that Mr. Kelly was a revolutionist, that he was so entangled in the political affairs of Venezuela that he had denationalized himself, and has rendered it impossible for the British Government to intervene in his behalf » ; sentence du 20 octobre 1903, *R.S.A.*, vol. XI, p. 400. V. aussi l'affaire *Radio Corporation of America*, April, 13, 1935, *R.S.A.*, vol. III, p. 1627 et l'affaire *L.F.H. Neer and Pauline Neer*, sentence du 15 octobre 1926, separate opinion Commisioner Nielsen, *R.S.A.*, vol. IV, p. 65. Voy. enfin l'extrait de l'affaire *Pinson* reproduit par J.C. WITENBERG, « *Onus probandi* devant les juridictions arbitrales », *R.G.D.I.P.*, 1951, p. 334.

(23) *Mexico City Bombardment Claims*, Feb., 15, 1930, *R.S.A.*, vol. V, p. 84.

(24) Contre-Mémoire du Gouvernement britannique, *Série B*, n° 23-II, p. 135.

(25) Mémoire du Gouvernement irlandais, *Série B*, n° 23-II, p. 36.

« Comme dans l'affaire grecque, le critère de la preuve appliqué par la Commission est que les allégations doivent être prouvées au-delà de tout doute raisonnable (*beyond reasonable doubt*) » (26).

La Cour a fait sienne cette position en déclarant « se rallie[r] au principe de la preuve 'au-delà de tout doute raisonnable' » (27). Finalement, alors même que ce critère avait été admis par le Royaume-Uni, il a permis à la Commission puis à la Cour de considérer comme établie l'imputabilité des lésions à des mauvais traitement infligés par les forces de sécurité britanniques (28).

On voit bien à travers ces exemples que le « raisonnable » occupe une place importante en matière d'établissement des faits puisque c'est lui qui désigne le degré de certitude requis de manière générale. Ce rôle est d'autant plus remarquable que les juridictions l'utilisent également dans le cadre de techniques plus particulières de preuve.

2. *Le « raisonnable » dans les techniques particulières de preuve*

51. Les techniques de preuve sont considérées ici comme tous les moyens d'établir les faits de la cause. Ces techniques sont évidemment très variées : témoignages, preuves documentaires, présomptions,... Le « raisonnable » apparaît incidemment au sein du discours juridictionnel développant plusieurs d'entre elles.

52. Quelques exemples permettent de s'en rendre compte :

— ainsi, le droit international admet la formulation de *présomptions*, pourvu qu'il s'agisse de « présomptions raisonnables » (29), de même que la prise en compte de certains *indices* ou mise en

(26) Rapport de la Commission, *Série B*, n° 23-I, p. 412 ; pour ce qui concerne l'affaire *Grecque*, voy. le rapport du 5 novembre 1969, vol. II, 1re partie, p. 14 et les citations reproduites dans Jacques VELU et Rusen ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1990, n° 250.

(27) C.E.D.H., arrêt du 18 janvier 1978,*Série A*, n° 25, § 161.

(28) *Ibid.*, not. §§ 106, 110, 113, ... Parallèlement, la Cour a émis le principe selon lequel un requérant ne devait prouver une allégation que dans la mesure où la tâche s'avérait raisonnable ; C.E.D.H., Affaire *Thorgur Thorgeirson contre Islande*, arrêt du 28 mai 1992, *Série A, n° 238*, § 65.

(29) V. C.I.J., Affaire du *Différend frontalier, terrestre, insulaire et maritime, Recueil 1992*, § 143 ; Affaire des *Emprunts norvégiens, Recueil 1957*, op. indiv. Lauterpacht, p. 39 (à propos de la présomption de l'existence de recours internes) ; Affaire du *Temple de Préah Vihéar, Recueil 1962*, op. diss. Wellington Koo, pp 84 et 91 ; Affaire de la *Barcelona Traction, Recueil 1970*, op. ind. Fitzmaurice, pp. 89, § 41 et 98-99, § 58 ; C.E.D.H., Affaire *Observer et Guardian contre Royaume-Uni*, arrêt du 24 octobre 1991, *Série A, n° 216*, § 61 ; C.I.D.H., Affaire *Velasquez Rodriguez, I.L.M.*, 1989, vol. 28, p 160, § 188 de l'arrêt.

œuvre de diverses *inférences*, pourvu que celles-ci (30) ou ceux-là (31) répondent au même critère ;

— en matière de *témoignage*, on prévoit parfois que les parties ne pourront avancer des faits que « so far as such facts are within their knowledge or can reasonably be ascertained by them » (32), de même qu'on admet en principe le « droit au silence » d'un témoin, tout en le déniant « in cases where it is reasonable it should speak » (33) ;

— sur un tout autre plan, le *degré d'exigence* sera d'autant plus élevé que l'événement objet de la démonstration est déraisonnable dans les circonstances de l'espèce (34) ;

— le « raisonnable » est fréquemment utilisé dans le cadre de la preuve de faits d'une nature particulière, comme les *faits hypothétiques*. Dans l'affaire de l'*Usine de Chorzow*, la C.P.J.I. calcule les modalités de la réparation en

> « envisage[ant] l'usine telle que celle-ci aurait hypothétiquement, *mais raisonnablement*, dû être entre les mains de l'Oberschlesische et de la Bayaerische si, au lieu d'être prise en 1922 par la Pologne, l'entreprise avait pu poursuivre son développement présumé normal à partir de cette époque » (35).

— le terme est encore usité pour démontrer l'existence d'un *préjudice moral* (36), ou pour la prise en compte d'une perte de chances réelles comme conséquences de l'acte illicite (37) ;

---

(30) Dans l'affaire des *Activités militaires...*, la Cour, évoquant une série d'indices en ce sens, estime qu'elle « peut raisonnablement inférer la matérialité d'une certaine aide arrivant [au Salvador] du territoire du Nicaragua » ; *Recueil 1986*, pp. 82-83, § 152 ; v. aussi Affaire du *Différend frontalier, terrestre, insulaire et maritime, Recueil 1992*, § 156 ; Affaire du *Temple de Préah Vihéar, Recueil 1962*, op. ind. Fitzmaurice, p. 61 ; Affaire de la *Barcelona Traction, Recueil 1970*, op. ind. Fitzmaurice, p. 98, § 57 et Affaire des *Activités militaires...*, op. diss. Schwebel, p. 330, § 152. V. enfin Keith HIGHET, « Evidence, Court, and the Nicaragua Case », *A.J.I.L.*, 1987, pp. 33 et s. et Howard M. HOLTZMAN, « Fact-Finfing by the Iran-U.S. Claims Tribunal », *in Fact-Finding..., op. cit.*, p. 114 (l'auteur cite en ce sens l'affaire *Flexi...*).

(31) C.I.J., Affaire du *Détroit de Corfou, Recueil 1949*, op. diss. Azevedo, pp. 90-91.

(32) Affaire *William A. Parker*, March 31, 1926, *R.S.A.*, vol. IV, p. 37, art. 7 du compromis.

(33) *Ibid.*, art. 6. V. les commentaires de J.C. WITENBERG, « *Onus probandi* devant les juridictions arbitrales », *loc. cit.*, p. 334.

(34) Affaire *John W. Browne*, June 26, 1933, *R.S.A.*, vol. VI, p. 334.

(35) C.P.J.I., *Série A*, n° 13, p. 53 ; nous soulignons. Dans l'affaire du *Détroit de Corfou (réparation)*, les experts ont évalué le dommage en prenant en compte les risques de détérioration des navires ultérieurement à la date de remplacement, et en qualifiant le chiffre obtenu de « raisonnable » ; Rapport, C.I.J., *Recueil 1949*, p. 259 ; la Cour a admis le chiffre produit par le Gouvernement du Royaume-Uni comme « raisonnable », notamment en ce qu'il « tenait compte » du rapport d'experts ; *Ibid.*, p. 249. ; v. les critiques du juge Ecer, op. diss., *id.*, pp. 253 et s.

(36) C.E.D.H., Affaire *Abdulaziz, Cabales et Balkandali*, arrêt du 28 mai 1985, *Série A, n° 94*, § 96.

(37) C.E.D.H., Affaire *Vidal contre Belgique*, arrêt du 28 octobre 1992, *Série A, n° 235-E*, § 9. V. aussi l'affaire *Sporrong et Lönnroth*, arrêt du 27 novembre 1984, *Série A, n° 88*, § 29.

— par ailleurs, le juge émet parfois des *suppositions factuelles* sur base desquelles il fonde tout ou partie de sa décision (38). Dans l'affaire des *Activités militaires...*, la C.I.J. estime qu'

> « il ne paraî[t] pas hautement déraisonnable de penser qu'un trafic de cette nature [d'armes du Nicaragua vers El Salvador] s'il avait été continu et d'une importance appréciable, eût dû être inévitablement décelé, en raison de l'ampleur des moyens déployés à cette fin » (39).

On peut assimiler à ces exemples les formules similaires relatives à des *faits futurs*, par exemple dans le cadre de mesures conservatoires (40).

53. La pratique juridictionnelle en matière de preuve dénote une utilisation du « raisonnable » non seulement de manière générale comme critère dictant le degré de certitude requis, mais aussi dans le cadre de types particuliers de faits ou de techniques de preuve. Il reste à se demander si la notion n'apparaît que de manière aléatoire ou si, au contraire, elle occupe une place essentielle dans le processus de l'établissement du fait en droit international.

B. — *Le « raisonnable » dans la théorie de l'établissement du fait*

54. Les études théoriques portant sur l'établissement du fait concernent surtout des questions qui ne nous intéressent pas ici, comme les différents modes de preuve, la charge de la preuve ou l'admissibilité des éléments de preuve. On a par contre très peu étudié les règles portant sur l'évaluation des éléments de preuve, et particulièrement sur le degré de certitude requis (41). Le seul principe clairement admis en la matière semble être la liberté d'appré-

(38) V. not. C.I.J., Affaire du *Comité de la sécurité maritime, Recueil 1960*, p. 169 ; Affaire de la *Barcelona Traction, Recueil 1964*, p. 23 ; Affaire du *Détroit de Corfou, Recueil 1949*, op. diss. Azevedo, p. 83 ; Affaire du *Temple de Préah Vihéar, Recueil 1962*, op. diss. Percy Spender, p. 114 ; Affaire du *Sud-Ouest africain, Recueil 1962*, op. diss. Van Wyk, p. 601 ; Affaire de la *Barcelona Traction, Recueil 1964*, op. indiv. Bustamante ; op. indiv. Tanaka, p. 68 ; Affaire du *Sud-Ouest africain, Recueil 1966*, op. diss. Wellington Koo, p. 220 ; op. indiv. Van Wyk, p. 99, § 14 ; Affaire des *Activités militaires..., Recueil 1986*, op. diss. Schwebel, p. 313, § 112 ; Affaire de l'*Accord de siège, Recueil 1988*, op. indiv. Oda, p. 37, § 2 ; Affaire du *Passage par le Grand-Belt (mesures conservatoires), Recueil 1991*, op. indiv. Oda, p. 26.

(39) C.I.J., *Recueil 1986*, p. 83, § 153.

(40) C.I.J., Affaire des *Essais nucléaires*, mesures conservatoires, *Recueil 1973*, Déclar. Barwick, p. 110.

(41) V. not. l'étude de référence de Sir Gerald FITZMAURICE, « The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1951-1954 ; Questions of Jurisdiction, Competence and Procedure », *B.Y.B.I.L.*, 1958, pp. 149-152 qui, lorsqu'il envisage les problèmes de preuve, ne fait pas mention du problème de l'évaluation.

ciation du juge. Dès 1875, l'Institut de droit international prévoyait dans son projet sur la procédure arbitrale que

> « Sauf disposition contraire du compromis, le tribunal a le droit [...]
>
> 5° De statuer, selon sa libre appréciation, sur l'interprétation des documents produits et généralement sur les mérites des moyens de preuve présentés par les parties » (42).

Dans le cadre de ses travaux sur le même sujet, la Commission du droit international a repris une disposition similaire, l'article 21 § 1 du projet de 1958 disposant que « The tribunal shall be the judge of the admissibility and the weight of the evidence presented to it » (43). Le principe est indéniablement coutumier (44). Repris dans de nombreux compromis d'arbitrage (45), il est considéré comme tel par la doctrine (46) et par la jurisprudence (47), la Cour ayant par exemple rappelé en 1986 qu'elle

> « dispose d'une certaine latitude pour apprécier librement la valeur des divers moyens de preuve, étant clair par ailleurs que les principes généraux de procé-

(42) Article 15 du projet ; *A.I.D.I.*, 1877, vol. I, pp. 130-131.

(43) *A.C.D.I.*, 1958-II, p. 9 ; v. déjà l'art. VIII du 1er projet ; *A.C.D.I.*, 1950-II, pp. 149-150 ; l'art. 24 du 2e projet, *A.C.D.I.*, 1951-II, p. 118 ; l'art. 15 du 3e projet, *A.C.D.I.*, 1953-II, p. 210 ; l'art. 15 du 4e projet, *A.C.D.I.*, 1957-II, p. 15. Le caractère coutumier de la disposition ne fait pas de doute, au point que certains membres de la Commission souhaitaient supprimer ce point tellement il « allait de soi » ; v. not. *A.C.D.I.*, 1952, I, p. 61, § 31 ; v. encore en ces sens : Rapport de la C.D.I. sur les travaux de sa 4e session du 4 juin au 8 août 1952, A.G., Doc.off., 7e sess. Sup. N° 9 (A/2163), New York, 1952, p. 8 (selon lequel l'art. 15, § 1er, « pose un principe indiscutable de droit coutumier »).

(44) Voy. le Mémorandum établi par le Secrétariat dans le cadre des travaux précités de la C.D.I. ; Doc. A/CN4/35, *A.C.D.I.*, 1950, II, p. 173.

(45) V. not. l'art. IV du règlement de procédure de la Commission Etats-Unis-Paraguay de 1859, *in* J.B. MOORE, *Digest*, Washington, Government Printing Office, 1898, vol. III, p. 2236 ; l'art. 48 du règlement du T.A.M. germano-belge, *in Recueil des décisions*, tome I, 19 octobre 1920 ; l'art. 13 (a) (ii) du règlement de la Commission de conciliation franco-italienne, 20 octobre 1948, *R.S.A.*, vol. XIV, p. 8 ; l'art. 13 B du règlement de la Commission des biens Pays-Bas-Japon, 31 mars 1959, *ibid.*, p. 468, et les autres exemples repris par Gérard NYUNGEKO, *La preuve devant les juridictions internationales, op. cit.*, n° 199.

(46) *Ibid.* V. aussi Jean SALMON, « Le fait dans l'application du droit international », *R.C.A.D.I.*, 1982-II, t. 175, p. 316 ; Charles de VISSCHER, *De l'équité dans le règlement arbitral ou judiciaire des litiges en droit international public*, Paris, Pédone, 1972, pp. 53 et 56 ; D.V. SANDIFER, *Evidence before International Tribunals, op. cit.*, pp. 10-11 ; J.C. WITENBERG, « La théorie des preuves devant les juridictions internationales », *loc. cit.*, p. 90 ; W.F. FOSTER, « Fact-Finding and the World Court », *C.Y.I.L.*, 1969, pp. 153-154 ; J.F. LALIVE, « Quelques remarques sur la preuve devant la Cour permanente et la Cour internationale de Justice », *loc. cit.*, p. 79 ; Louis DELBEZ, *Les principes généraux du contentieux international*, Paris, L.G.D.J., 1962, p. 116 ; Georg SCHWARZENBERGER, *International Law as applied by International Courts and Tribunals*, vol. IV, International Judicial Law, London, Stevens & Son, 1986, p. 643 ; Charles ROUSSEAU, *Droit international public*, tome V, Paris, Sirey, 1983, p. 344, n° 329.

(47) V. not. C.P.J.I., Affaire relative à *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise, Série A, n° 7*, pp. 72-73 ; C.I.J., Affaire de la *Sentence arbitrale, Recueil 1960*, pp. 215-216 ;

dure judiciaire gouvernent nécessairement la détermination de ce qui peut être tenu pour établi » (48).

La liberté d'appréciation du juge n'est cependant pas illimitée. La Cour a évoqué les « principes généraux de la procédure judiciaire », tandis que des décisions arbitrales rappellent la nécessité d'une prise en compte de la justice, de l'équité ou des circonstances propres à l'affaire (49). En réalité, c'est la raison, à laquelle renvoie le « raisonnable », qui limitera la liberté d'appréciation du juge, tant dans le cadre de la méthode d'établissement des faits qu'il utilise (1) que par rapport au résultat qu'il obtient en application de cette méthode (2).

1. *Le « raisonnable », critère limitant la méthode d'établissement du fait*

55. Dès que se pose un problème d'évaluation des preuves, le juge sera d'abord tenu de formuler une hypothèse, qui ne restera jamais qu'une version particulière des faits, et qui ne pourra pas prétendre à la certitude absolue. Dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, personne ne peut dire si les agents de l'Albanie ont réellement aperçu les navires minant les eaux ; dans l'affaire du *Temple de Préah Vihéar*, il n'est pas absolument certain que les agents thaïlandais aient effectivement remarqué que la carte désignait le temple en territoire cambodgien (50) ; dans l'affaire du *Différend frontalier, terrestre, insulaire et maritime*, la Chambre estime elle-même que les preuves en sa possession sont insuffisantes et que sa ligne frontière

Affaire *Palletier et Lazare*, in J.B. MOORE, *op. cit.*, vol. II, pp. 1752-1753 ; Affaire *Murphy, Ibid.*, vol. III, p. 2266 ; Affaire de l'*Ile de Palmas, R.S.A.*, vol. II, p. 841 ; Affaire *Mrs Elmers, Elsworth Mead (Helen O. Mead), R.S.A.*, vol. IV, p. 657 ; Affaire *Georges Pinson, R.S.A.*, vol. V, pp. 412-413 ; C.E.D.H., Affaire *Irlande contre Royaume-Uni*, arrêt du 18 janvier 1978, *Série A*, n° 25, p. 8. Pour la C.E.D.H., voy. M.A. EISSEN, « La présentation de la preuve dans la jurisprudence et la pratique de la Cour européenne des droits de l'homme », *in La présentation de la preuve et la sauvegarde des libertés individuelles*, Bruxelles, Bruylant, 1977, pp. 163 et s., et partic. p. 179, § 35. Pour le tribunal des différends irano-américains, voy. Jamison M.xxSELBY, « Fact-Finding before the Iran-US Claims Tribunal : a view from the trenches », *in Fact-Finding..., op. cit.*, p. 144.

(48) C.I.J., Affaire des *Activités militaires..., Recueil 1986*, p. 40, § 60. V. les commentaires de Keith Highet qui généralise le large pouvoir d'appréciation de la Cour au regard des termes souples du Statut et du Règlement ; « Evidence, Court and the Nicaragua Case », *loc. cit.*, pp. 7 et 15 ; v. en ce sens, J.F. LALIVE, « Quelques remarques sur la preuve devant la Cour permanente et la Cour internationale de Justice », *loc. cit.*, pp. 102-103 et les propos de Lauterpacht, *in A.C.D.I.*, 1952, I, p. 61, § 35.

(49) Affaire *Medina in* MOORE, J.B., *op. cit.*, vol. III, p. 2588 ; Affaire *Lynch, R.S.A.*, vol. V, p. 18 ; Affaire *Lozano, R.S.A.*, vol. X, p. 748.

(50) Voy. l'affirmation de la Cour selon laquelle « le gouvernement siamois savait, *ou on doit présumer qu'il savait...* » ; *Recueil 1962*, p. 26 ; nous soulignons.

n'est que celle « qui s'accorde le mieux » avec les éléments existants (51) ; enfin, dans les affaires de la Cour européenne des droits de l'homme relatives à l'application de l'article 3 de la Convention, on ne peut jamais démontrer avec une certitude absolue que des lésions sont dues à un passage dans les locaux de forces de sécurité particulièrement zélées dans la recherche de renseignements (52).

Est-ce à dire que le juge est libre de formuler n'importe quelle hypothèse ? Le contraire va de soi : le juge ne pourra, sous prétexte de sa liberté d'appréciation, avancer des affirmations arbitraires ou gratuites (53). Le juge Fitzmaurice a bien exposé le problème résultant de l'insuffisance d'éléments de preuve en évoquant la notion de « conjecture raisonnable » :

> « Force est d'admettre qu'en l'absence des instruments pertinents, la conclusion qui précède ne peut être qu'une conjecture. Mais c'est, je crois, une conjecture raisonnable, qui est justifiée par les faits dont on a connaissance et dont le bien-fondé paraît probable » (54).

De même, dans son opinion individuelle à l'affaire des *Minquiers et Ecréhous*, le juge Basdevant qualifie d'« hypothèse raisonnable » la version selon laquelle le Roi d'Angleterre tenait autrefois les îlots litigieux (55).

56. Comme ces citations le laissent apparaître, la liberté d'appréciation du juge lui donne la possibilité de privilégier les témoignages, documents ou indices de son choix pourvu que ces éléments fournissent une explication de l'hypothèse choisie, explication agencée à l'aide de la raison.

La doctrine se prononce en ce sens en évoquant un modèle d'« homme raisonnable ». Ainsi, pour Gérard Nyungeko,

> « [c]hacun de ces arguments, dont l'on a vu que les juridictions internationales déclaraient parfois s'être appuyées, fournit un critère d'appréciation qui, sans s'imposer juridiquement au juge, ne laisse cependant d'interpeller sa raison. *Ces critères s'adressent en effet, non au juge juriste, mais au juge homme, en tant qu'être doué de raison.* Un juge qui ne les prendrait pas en compte se verrait assurément

(51) *Recueil 1992*, § 236.

(52) V. les arrêts commentés ci-dessous. V. aussi un autre exemple relatif à l'article 6, § 3 de la Convention ; C.E.D.H., Affaire *Pakelli*, arrêt du 25 février 1983, *Série A, n° 64*, § 34.

(53) Gérard NYUNGEKO, *La preuve...*, *op. cit.*, n° 295.

(54) C.I.J., Affaire de la *Barcelona Traction*, *Recueil 1970*, op. indiv., pp. 98-99, § 58. L'expression est aussi utilisée par Jean Salmon, « Le fait dans l'application du droit international », *loc. cit.*, p. 306.

(55) C.I.J., *Recueil 1953*, op. indiv., p. 83.

reprocher d'avoir mal apprécié les preuves soumises et aussi d'avoir mal jugé » (56).

Wittenberg soulignait à propos du choix des éléments de preuve que

> « [d]ans certaines hypothèses, il est plus sage de préférer un témoignage offrant toutes les garanties de sincérité et d'objectivité à un document tendancieux ou suspect. Dans d'autres cas, *la raison commandera* d'écarter des témoignages, même concordants, pour procéder à des vérifications sur place » (57).

La jurisprudence concorde parfaitement avec ces affirmations. Dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, la Cour a basé sa version des faits sur le rapport d'expertise précité et sur le comportement de l'Albanie avant (surveillance étroite du détroit) et après (absence de protestation contre le mouillage des mines ou d'enquête à ce sujet) l'explosion, en estimant que ces attitudes n'« apparaissent pas conciliables avec l'ignorance prétendue des autorités albanaises [...] elles s'expliquent, au contraire, si le gouvernement albanais, ayant eu connaissance d'un tel mouillage, a entendu maintenir cachées les circonstances dans lesquelles il s'était effectué » (58). Dans l'affaire *Irlande contre Royaume-Uni*, la Commission s'est essentiellement basée sur les rapports médicaux ayant établi la coïncidence entre la survenance des lésions et le séjour dans les geôles britanniques, et n'a pas retenu les témoignages des forces de sécurité qui niaient avoir infligé de quelconques sévices (59).

On pourrait multiplier les exemples. Dans chaque cas, le juge apprécie les preuves discrétionnairement mais sa liberté de choix est limitée par la nécessité de présenter une explication raisonnable à l'appui de son hypothèse (60). *A contrario*, il rejette toute version qui ne remplit pas ce critère, comme le démontre cet extrait significatif de l'affaire du *Différend frontalier, terrestre, insulaire et maritime* :

(56) *La preuve..., op. cit.*, n° 225 ; nous soulignons.

(57) « La théorie des preuves devant les juridictions internationales », *loc. cit.*, p. 90 ; nous soulignons. Voy. aussi l'opinion individuelle du commissaire Nielsen dans l'affaire *Mallen* jugée par la *U.S.-Mexican General Claims Commission of 1923* : « [The commission] can and must give application to well-recognized principles underlying rules of evidence and of course *it must employ common sense reasoning* in considering the evidential value of the things which have been submitted to it as evidence » ; cité dans D.V. SANDIFER, *Evidence..., op. cit.*, p. 9.

(58) *Recueil 1949*, p. 20.

(59) *Série A, n° 25*, §§ 93, 106, 110, 111, 113, 115, ...

(60) V. par exemple l'op. diss. du juge Schwebell qui admet sur un point factuel particulier que la conclusion de la Cour est « raisonnable » parce qu'elle est « étayée par d'abondants éléments de preuve » ; Affaire des *Activités militaires..., Recueil 1986*, p. 330, § 152.

« les écarts entre les distances parcourues le long de la rivière Gulacuquin-Amatillo ne semblent avoir *aucune explication raisonnable, de sorte qu'il ne peut être tenu compte de ce point* » (61).

L'extrait souligné montre bien l'importance de l'explication raisonnable, qui représente une condition *sine qua non* de l'admissibilité d'une hypothèse factuelle.

2. *Le « raisonnable », critère limitant le résultat de l'établissement du fait*

57. Il ne suffit pas pour que les faits soient établis qu'une hypothèse soit présentée avec à son appui des éléments de preuve agencés de manière raisonnable. Encore faut-il que l'ensemble de ces éléments, et en particulier ceux qui n'ont pas été retenus, puissent être expliqués en fonction de cette hypothèse. Celle-ci doit donc résister à n'importe quel argument factuel (62). Ainsi, si le juge base sa version sur des documents contredits par des témoignages, il doit pouvoir réfuter ces derniers, soit en les confrontant à d'autres en sens inverse, soit en les expliquant par une erreur ou une faiblesse humaine, soit en prétendant que le témoin n'est pas digne de foi. En aucun cas cependant, il ne pourra purement et simplement ignorer des éléments défavorables à son hypothèse. *A contrario*, une hypothèse sera d'autant plus acceptable qu'elle ne rencontre pas d'objection basée sur des contre-indices. C'est en ce sens que la jurisprudence considère généralement que des faits non contredits peuvent être considérés comme établis (63).

De ce point de vue, on peut considérer que le résultat de la méthode d'établissement des faits doit être basé sur la raison. On se trouve à nouveau devant le modèle d'un « homme raisonnable » dont il faut emporter la conviction, modèle que l'on retrouve inci-

(61) Nous soulignons ; *Recueil 1992*, § 174. V. par ailléurs, Affaire *John W. Brown*, June 26, 1933, *R.S.A.*, vol. VI,, p. 334.

(62) Dans son opinion dissidente relative à l'affaire du *Temple de Préah Vihéar*, le juge Percy Spender évoque des preuves qui établissent les faits « sans controverse raisonnablement possible » ; *Recueil 1962*, p. 104. Encore faut-il que le contre-argument soit véritablement de nature à jeter un doute raisonnable sur l'hypothèse choisie. Comme le précisait la Commission dans son rapport sur l'affaire *Grecque*, « un doute raisonnable n'est pas un doute fondé sur une possibilité purement théorique ou suscité pour éviter une conclusion désagréable » ; rapport du 5 novembre 1969, vol. II, 1re partie, p. 14.

(63) V. not. C.P.J.I., Affaire du *Vapeur Wimbledon, Série A, n° 1*, p. 18 ; Affaire des *Intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise, Série A, n° 7*, p. 59 ; C.I.J., Affaire du *Droit de passage, Recueil 1960*, p. 40 ; Affaire des *Otages, Recueil 1980*, pp. 9, 10 et 14 ; C.E.D.H., Affaire *Pakelli, Série A, n° 64*, § 34 et M.A. EISSEN, « La présentation de la preuve dans la jurisprudence et la pratique de la Cour européenne des droits de l'homme », *loc. cit.*, p. 179, § 39.

demment dans la jurisprudence (64). Shabtaï Rosenne évoque ainsi à propos de l'affaire du *Détroit de Corfou* la formulation d'inférences par un « reasonable jury » (65).

On se trouve dans une situation similaire à celle que nous avons constatée pour l'interprétation de la règle : la méthode raisonnable utilisée ne sera acceptée que si le résultat de sa mise en œuvre est compatible avec des éléments (moyens d'interprétation dans le premier cas, faits avérés dans le second) qui n'avaient pas été repris dans cette méthode.

58. La place du « raisonnable » dans l'établissement des faits apparaît donc comme fondamentale. La notion représente un critère qui tempère le principe de la liberté d'évaluation des éléments factuels et du système de la conviction intime du juge. Celui-ci formule d'abord une hypothèse, puis il avance une explication raisonnable à l'aide d'éléments de son choix, explication dont le résultat doit être compatible avec n'importe quel élément, le but du processus étant d'emporter la conviction du destinataire, considéré comme un « homme raisonnable ».

On objectera peut-être à cette conclusion que, dans toute une série de décisions, le terme n'est pas utilisé. Dans son étude précitée, Gérard Nyungeko fait même une distinction entre les cas où le degré de certitude requis serait élevé, ce qui se traduirait par le critère de la preuve « au-delà de tout doute raisonnable », et d'autres où ce degré serait moindre, et où le critère du raisonnable ne serait pas utilisé (66). Il nous semble que ces commentaires doctrinaux ne remettent pas en cause l'étendue du champ d'application du raisonnable. D'abord, on relèvera qu'aucun précédent ne rejette expressé-

(64) A ce sujet, v. C.P.J.I., Affaire des *Intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise, Série A, n° 7*, pp. 72-73 ; Affaire de l'*Usine de Chorzow, Série A, n° 9*, p. 19, Affaire de l'*Ile de Palmas, R.S.A.*, vol. II, pp. 841 et s. et J.F. LALIVE, « Quelques remarques sur la preuve devant la Cour permanente et la Cour internationale de Justice », *loc. cit.*, pp. 78 et 87, et les références citées. V. encore l'op. indiv. du juge de Castro dans l'affaire du *Sahara occidental*, qui évoque des documents et renseignements qui emportent « raisonnablement la conviction [...] » ; *Recueil 1975*, p. 147, et Affaire *Mexico City Bombardment*, Feb., 15, 1930, *R.S.A.*, vol. V, diss. op., p. 84. V. aussi l'opinion individuelle du juge de Castro qui utilise l'expression « emporter raisonnablement la conviction » ; C.I.J., Affaire du *Sahara Occidental, Recueil 1975*, p. 147.

(65) *The Law and Practice of the International Court, op. cit.*, p. 583.

(66) V. Gérard NYUNGEKO, *La preuve devant les juridictions internationales, op. cit.*, n° 226 et s.

ment ce critère, ou n'en formule un autre qui le contredit (67) : au contraire, nous avons relevé plusieurs décisions qui le consacrent de manière générale (68). Ensuite, l'expression est parfois prononcée lorsque le degré de certitude requis est peu élevé (69). Enfin, même dans les arrêts où l'expression n'apparaît pas, il nous semble que le juge procède toujours de la manière que nous venons de décrire : formulation d'une hypothèse et explication raisonnable basée sur certains éléments avec un résultat compatible avec n'importe lequel d'entre eux (70).

L'affaire *Tomasi*, jugée en 1992 par la Cour européenne des droits de l'homme et portant notamment sur l'application de l'article 3 de la Convention (71) (interdiction de la torture et des traitements inhumains ou dégradants), constitue à cet égard un exemple révélateur. La France, État défendeur, contestait le lien de causalité entre les lésions constatées sur le requérant, membre présumé du Front national de libération de la Corse (F.N.L.C.), et l'interrogatoire dans les locaux de la police française en Corse. Ni la Cour ni la Commission n'ont utilisé le critère de la preuve « au-delà de tout doute raisonnable », pourtant énoncé dans une affaire similaire, l'affaire *Irlande contre Royaume-Uni* ; elles ont simplement considéré, sur base de certificats médicaux attestant de la correspondance entre la survenance des lésions et l'interrogatoire litigieux, que le lien de causalité était établi (72). L'absence de formulation expresse du principe n'entraîne pas son rejet. La Cour a bien pris soin de constater que le Gouvernement français admettait lui-même ne pouvoir fournir aucune explication propre à la survenance des lésions, puisqu'il se contentait de remettre en cause les affirmations du requérant et la pertinence des certificats médicaux produits à leur

(67) Gérard Nyungeko relève lui-même que « les juridictions internationales ne disent pas toujours à quel degré de certitude leur conviction a été faite et encore moins le critère minimal de preuve qui a été retenu par elles. La plupart du temps, elles se bornent à relever que les preuves présentées ont emporté ou non leur conviction sans autre considération » ; *ibid.*, n° 226.

(68) V. ci-dessus, § 50.

(69) Ainsi, dans l'affaire *Parker*, citée comme un exemple de cette catégorie, la Commission considère que « when the claimant has established a *prima facie* case and the respondent has offered no evidence in rebuttal the latter may not insist that the former pile up evidence to establish its allegations *beyond a resonable doubt* without pointing some reason for doubting », 31 mars 1926, *R.S.A.*, vol. IV, p. 39 ; nous soulignons. Dans un domaine plus particulier la Commission estime dans l'affaire *Lynch* que « all that an international commission can reasonably require in the way of proof of nationality is *prima facie* evidence... » ; *R.S.A.*, vol. V, pp. 18-19.

(70) Voy. p. ex. l'affaire des *Otages* où la Cour procède de manière similaire pour établir les faits pertinents ; *Recueil 1980*, pp. 11 et s.

(71) C.E.D.H., arrêt du 27 août 1992, *Série A*, n° 241-A.

(72) V. Rapport de la Commission, §§ 79-106 et arrêt de la Cour, §§ 108-111.

appui (73). Ce n'est que grâce à une explication étayée par des éléments de preuve concordants et en l'absence de toute autre version alternative qu'il a été conclu à l'établissement du lien de causalité. La situation n'est donc pas différente de celle ayant prévalu dans l'affaire *Irlande contre Royaume-Uni*, et il serait à tout le moins inapproprié de conclure à une modification de jurisprudence à ce sujet (74). D'autres affaires de la Cour européenne des droits de l'homme portant sur la question du lien de causalité dans le cadre de l'article 3 dénotent la mise en œuvre, avec des résultats différents, de la même démarche (75).

59. On peut donc considérer que le critère du raisonnable, qu'il soit expressément formulé ou qu'il résulte d'une analyse de la méthode choisie discrétionnairement par le juge, est inhérent à l'établissement des faits. Nous ne pouvons donc que souscrire aux propos de Jean Salmon, lorsqu'il affirme de manière très générale, que

> « la recherche de la vérité ou de la conformité avec la réalité n'est [...] qu'un idéal. En pratique le droit va se contenter d'une certitude raisonnable » (76).

SECTION 3. —LE « RAISONNABLE » DANS LA QUALIFICATION DU FAIT

60. Selon les définitions usuellement acceptées, la qualification s'entend de l'étape du syllogisme judiciaire qui consiste à classer un fait établi dans une catégorie juridique donnée (1). La détermination de la place du « raisonnable » dans ce processus est rendue difficile par plusieurs circonstances. D'abord, il n'existe aucune codification similaire aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne qui permettrait de dégager des « moyens de qualification » susceptibles de constituer l'objet de notre analyse. Ensuite, l'opération de qualification n'a, contrairement à celle de l'établissement des faits, par

(73) *Id.*, § 109.

(74) Dans son opinion dissidente jointe au rapport de la Commission, M. Sohier conteste les conclusions de la Cour et de la Commission mais ne considère pas qu'il y a eu abandon du principe même du critère de la preuve « au-delà de tout doute raisonnable » formulé dans l'affaire *Irlande c. Royaume-Uni* ; v. *Série A, n° 241-A*, pp. 62 et s., partie. § 2.

(75) V. not. C.E.D.H., Affaire *Cruz, Varas et autres*, arrêt du 20 mars 1991, *Série A, n° 201*, § 82 ; Affaire *Klaas c. Allemagne*, arrêt du 24 août 1993, *Série A, n° 269*.

(76) « Le fait... », *loc. cit.*, p. 304.

(1) Voy. les définitions plus précises et les références reproduites ci-dessous, § 64.

exemple, suscité que fort peu de commentaires en droit des gens (2) ; l'analyse est restée cantonnée au type très particulier de qualification inhérent au droit international privé (3), qui ne permet que très difficilement une transposition dans d'autres disciplines (4). Enfin, le praticien lui-même ne distingue que très rarement la qualification des autres étapes de son raisonnement, de sorte qu'il s'avère relativement difficile de commenter la pratique à cet égard. Nous tenterons néanmoins dans les lignes qui suivent de dégager la place du « raisonnable », en procédant de la même façon que dans les autres étapes du syllogisme, c'est-à-dire en partant des exemples issus de la pratique, avant de les confronter à la théorie de la qualification en droit international public.

A. — *Le « raisonnable » dans la pratique de la qualification*

61. Comme nous venons de le souligner, la pratique est très pauvre en la matière. On peut cependant dégager quelques exemples de la pratique jurisprudentielle, comme l'avis sur le *Sahara occidental*, qui portait expressément sur la qualification de *terra nullius* de ce territoire (5) ou de nombreux arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme dans lesquels on a qualifié certaines mesures de « nécessaires dans une société démocratique » (au sens des art. 8 à 11, §§ 2) ou encore certaines situations de « danger public menaçant la vie de la nation » (au sens de l'article 15 de la Convention) (6).

62. Dans toutes ces hypothèses, le « raisonnable » n'est que rarement évoqué. La seule énonciation générale reprenant la notion est à notre connaissance celle opérée par le tribunal arbitral dans l'affaire de *Lac Lanoux*, selon lequel

(2) Le seul article exclusivement consacré au sujet reste à notre connaissance celui de Jean SALMON, « Quelques observations sur la qualification en droit international public », *in* Ch. PERELMAN et P. FORIERS (sous la direction de), *La motivation des décisions de justice*, Travaux du C.N.R.L., Bruxelles, Bruylant, 1978, pp. 345-365.

(3) V. à ce sujet la bibliographie donnée dans Ph. FRANCESCAKIS (sous la direction de), *Répertoire Dalloz de droit international*, Paris, Jur. gén. Dalloz, tome II, 1969, v° qualification, p. 703.

(4) Jean SALMON rappelle que, en droit international privé, la qualification présente « des traits spécifiques » ; « Quelques observations sur la qualification... », *loc. cit.*, p. 345.

(5) Voy. C.I.J., *Recueil 1975*, §§ 79 et s.

(6) Pour des exemples précis, voy. les références mentionnées ci-dessous.

> « il appartient à chaque État d'apprécier, *raisonnablement et de bonne foi*, les situations et les règles qui les mettent en cause... » (7).

On pourrait induire de cette affirmation une obligation de qualifier raisonnablement, dans la mesure où la qualification est précisément l'appréciation de faits et de règles et où, par ailleurs, le « raisonnable » découle, comme dans le cas de l'interprétation, de l'obligation générale de bonne foi (8). Mais il faut bien admettre que cet exemple jurisprudentiel est relativement isolé.

Tout au plus pourrait-on y ajouter quelques exemples. Dans l'affaire *ELSI*, la Chambre ne voit pas, « dans la réquisition, une mesure qui puisse être raisonnablement censée mériter le qualificatif d''arbitraire', tel qu'il est employé à l'article 1er de l'accord complémentaire [...] » (9). Dans leur déclaration jointe à l'affaire du *Tribunal administratif des Nations Unies*, les juges Forster et Nagendra Singh se demandent si

> « pour parvenir à sa conclusion, le tribunal n'est pas sorti d'une marge d'appréciation raisonnable et de ce qu'on pourrait appeler une évaluation normale des faits de la cause » (10),

ce qui semble impliquer la nécessité d'une qualification raisonnable de ces faits. Le critère de la qualification (11) ou de l'appréciation (12) raisonnable des situations a encore été repris dans quelques opinions individuelles ou collectives (13). Plusieurs autres précédents peuvent être tirés de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Dans l'affaire *Lawless*, l'Irlande invoquait l'article 15 de la Convention qui supposait un « danger menaçant la vie de la nation » ; la Cour admet cette qualification en considérant qu'elle a « pu être *raisonnablement déduite* par le gouvernement

(7) Nous soulignons ; arrêt du 16 novembre 1957, *R.S.A.*, vol. XII, p. 310.

(8) Voy. *supra*, section 2 du présent chapitre.

(9) C.I.J., *Recueil 1989*, p. 77, § 130.

(10) C.I.J., *Recueil 1973*, p. 218 ; cité dans C.I.J., Affaire de la *Réformation du jugement n° 333, Recueil 1987*, op. indiv. Evensen, p. 160.

(11) C.P.J.I., Affaire *Panevezyz-Saldutiskis, Série AB, n° 76*, op. diss. Van Eysinka, p. 35.

(12) C.I.J., Affaire de l'*Incident aérien, Recueil*, 1959, op. diss. coll. Lauterpacht *et alii*, pp. 172 et 173.

(13) Pour d'autres exemples reprenant d'autres formulations ; v. C.I.J., Affaire du *Sud-Ouest africain, Recueil 1962*, op. diss. Percy Spender et Fitzmaurice, pp. 473-474 et 511 ; Affaire des *Activités militaires..., Recueil 1984*, op. diss. Schwebel, p. 595 § 54 et *id., Recueil*, 1986, op. diss. Schwebel, p. 351, § 180.

irlandais de la conjonction de plusieurs éléments constitutifs » (14). Dans l'affaire *Tomasi*, après avoir constaté la recrudescence des activités indépendantistes corses pendant la période en examen, la Cour conclut qu'« on peut *raisonnablement considérer* qu'un trouble à l'ordre public existait au début, mais il dut se dissiper au bout d'un certain temps » (15). Enfin, dans l'affaire *Olsson*, des juges concluent dans une opinion conjointe que les mesures étatiques en cause « pouvaient *raisonnablement être considérées comme nécessaires et proportionnées au but légitime poursuivi* », et qu'elles n'ont donc pas enfreint l'article 8 de la Convention (qui protège le droit à la vie privée) (16).

63. On peut donc relever plusieurs exemples où le « raisonnable » est utilisé dans le cadre d'opérations de qualification. Mais l'utilisation est loin d'être systématique (17). Il est dès lors difficile d'en tirer un enseignement décisif, dans l'un où l'autre sens, et il s'avère d'autant plus nécessaire d'envisager la question sous un angle plus théorique.

B. — *Le « raisonnable » dans la théorie de la qualification*

64. A défaut de longues analyses théoriques, la doctrine a fourni un certain nombre de définitions de la qualification. Selon le dictionnaire Basdevant, la qualification est une

> « opération intellectuelle consistant à classer un fait, une action, une institution, une relation juridique, une règle de droit dans une catégorie juridique en vue de lui appliquer le régime juridique correspondant à cette catégorie » (18).

De même, selon le Répertoire Dalloz,

(14) C.E.D.H., *Série A, n° 3*, § 28 ; nous soulignons. Voy. aussi l'affaire *Irlande c. Royaume-Uni* où la Cour considère que « le gouvernement britannique [a] pu *raisonnablement estimer* que les ressources de la législation ordinaire ne suffisaient pas à la lutte contre le terrorisme et qu'ils devaient recourir à des moyens exorbitants du droit commun » ; arrêt du 18 janvier 1978, *Série A, n° 25*, § 212 ; v. également § 213.

(15) C.E.D.H., *Série A, n° 241-A*, arrêt du 25 juin 1992, § 91 ; nous soulignons.

(16) C.E.D.H., *Série A, n° 130*, arrêt du 24 mars 1988, op. en partie dissidente aux juges Ryssdal, Thör Vilhjalmsson et Gölcüklii, p. 47 ; nous soulignons. Dans l'affaire *B. contre Autriche*, la Cour « estime raisonnable de déduire [d'une décision d'une Cour d'appel autrichienne] que le danger de fuite persistait » ; *Série A, n° 175*, § 23 ; v. aussi l'expression similaire utilisée dans l'opinion en partie diss. de la minorité à l'avis de la Commission dans la même affaire, *ibid.*, p. 69. V. encore C.E.D.H., Affaire *Berthold, Série A, n° 90*, Avis de la Commission, § 80 ; C.E.D.H., Affaire *James et autres, Série A, n° 98*, Avis de la Commission, § 135.

(17) Voy. p. ex. l'affaire du *Sahara occidental*, références précitées, où la Cour n'utilise pas ce terme.

(18) *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, Paris, Sirey, 1960, p. 493.

« dans le langage juridique courant, le mot 'qualification' désigne le raisonnement par suite duquel on décide que tel fait ou telle série de faits relèvent d'une règle de droit déterminée, à l'exclusion de toute autre » (19).

Enfin, le dictionnaire Cornu définit la qualification comme une

« opération intellectuelle d'analyse juridique, outil essentiel de la pensée juridique, consistant à prendre en considération l'élément qu'il s'agit de qualifier (fait brut, acte, règle, etc.) et à le faire entrer dans une catégorie juridique préexistante (d'où résulte, par rattachement, le régime juridique qui lui est applicable) en reconnaissant en lui les caractéristiques essentielles de la catégorie de rattachement » (20).

Si ces définitions nous aident à mieux comprendre le processus de qualification, elles ne nous indiquent nullement quelles sont les règles ou les principes à suivre en la matière : comment décider que tel fait ou telle situation tombe dans telle catégorie juridique ? L'interrogation est fondamentale pour déterminer la place du « raisonnable » dans l'opération.

65. En tout état de cause, il semble évident que la réponse ne peut être apportée par le fait en lui-même. Une fois celui-ci établi, on ne pourra le rattacher à une catégorie juridique en poursuivant un examen exclusivement factuel. Si le fait ne peut la donner, il faut rechercher la réponse dans le droit, c'est-à-dire déterminer plus précisément les contours de la catégorie juridique susceptible de s'appliquer afin de vérifier si le fait établi peut y être placé (21). Autrement dit, le raisonnement ne peut consister à élever le fait au niveau de la règle — puisque le fait brut ne fournit par définition aucun critère de qualification — mais seulement à abaisser la règle abstraite au niveau du fait concret (22). C'est en ce sens qu'un auteur considère que

(19) *Répertoire Dalloz de droit international, op. cit.*, p. 703, n° 1.

(20) Gérard CORNU (sous la direction de), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Paris, P.U.F., 1990.

(21) Comme le relève le juge Gros, « la séparation du fait et du droit n'est pour le juge international qu'une méthode de travail dans le premier temps de l'étude d'une affaire ; mais *juger est toujours appliquer une règle de droit à des faits particuliers* » ; C.I.J., Affaire de la *Namibie, Recueil 1970*, op. indiv., p. 267, § 2 ; nous soulignons.

(22) V. en ce sens Hans Kelsen, pour qui l'interprétation accompagne nécessairement le processus d'application du droit dans sa progression d'un degré supérieur à un degré inférieur ; *Théorie pure du droit*, Neuchâtel, Ed. de la Baconnière, 1988, p. 148 ; v. aussi Serge SUR, *L'interprétation en droit international public*, Paris, L.G.D.J., 1974, p. 78.

« les faits ayant été authentifiés et établis dans ce qu'il est convenu d'appeler les motifs de fait, c'est dans les motifs de droit des sentences arbitrales que s'opérera la qualification juridique des faits » (23).

Dans cette optique, la qualification équivaut à un type particulier d'interprétation consistant à déterminer la signification précise d'une règle abstraitement formulée au regard de certains faits concrets (24).

66. Cette affirmation ne résulte pas seulement d'un raisonnement logique, mais peut être induite d'un examen de la pratique.

Dans l'affaire *Irlande c. Royaume-Uni*, lorsque la Cour s'est penchée sur les techniques de privation sensorielle, elle a d'abord cherché à établir exactement les faits, contestés par le défendeur (25) ; ce n'est qu'une fois ce problème résolu qu'elle s'est penchée sur la question de la qualification. Dans ce cadre, la Cour n'examine plus les faits de la cause mais plutôt les contours des catégories juridiques du « traitement inhumain », du « traitement dégradant » et de la « torture », notamment au vu d'une définition contenue dans une résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies (26). C'est donc bien à une interprétation des termes de l'article 3 que la Cour procède pour opérer la qualification des techniques en examen et conclure que celles-ci constituaient des traitements inhumains et dégradants mais ne présentaient pas une intensité suffisante pour être qualifiées de torture (27).

On pourrait multiplier les exemples : une situation ne peut être qualifiée de « menace pour la paix », un peuple de « peuple bénéfi-

(23) Max GOUNELLE, *La motivation des actes juridiques en droit international*, Paris, Pédone, 1979, p. 100.

(24) En ce sens, voy. les propos du tribunal arbitral dans l'affaire du *Différend Societa mineraria et metallurgica di pertulosa* : « la norme juridique abstraite, pour pouvoir être appliquée au cas concret, doit toujours être interprétée en ce sens que, par un processus logique, l'interprète doit en déterminer le contenu » ; décision n° 95 du 8 mars 1951, *R.S.A.*, vol. XIII, p. 185. De même, pour Charles DE VISSCHER, « l'interprétation tend à réaliser le passage de la norme abstraite ou précepte à la norme concrète qui sera celle que viendra consacrer la décision », *Problèmes d'interprétation judiciaire en droit international public*, Paris, Pédone, 1963, p. 27. Voy. encore Georges ABI SAAB, « 'Interprétation' et 'Auto-Interprétation'. Quelques réflexions sur leur rôle dans la formation et la résolution du différend international », *in Festschrift für Rudolf Bernhardt*, Berlin, Max Planck Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 1995, pp. 9-10.

(25) C'est à cette occasion qu'elle affirme l'existence du critère de la preuve « au-delà de tout doute raisonnable » ; voy. *supra*, section 2.

(26) *Série A, n° 25*, § 167 ; il s'agit de la résol. 3452 (XXX).

(27) En ce sens, v. Jean SALMON, « Le fait dans l'application du droit international », *R.C.A.D.I.*, t. 175, 1982-II, pp. 322 et s. On remarquera par ailleurs que les juges qui ont contesté la qualification opérée dans l'arrêt ont essentiellement invoqué des arguments basés sur l'interprétation de l'article 3 de la Convention ; v. op. diss. Fitzmaurice, *Série A, n° 25*, §§ 6 et s.

ciant du droit à l'autodétermination », un événement d'« acte d'agression » qu'au regard des définitions juridiques pertinentes. Un fait ne peut être rattaché à une catégorie juridique qu'en procédant à une interprétation de celle-ci.

67. Cela ne signifie évidemment pas que la qualification équivaille purement et simplement à une interprétation. L'interprétation peut être mise en œuvre sous un angle théorique, en dehors de toute application à un cas concret, et elle n'a, dans ce cas, rien à voir avec la qualification (28). Mais, à l'inverse, toute qualification implique une interprétation. Comme le soulignent Jean Combacau et Serge Sur,

> « la qualification suppose qu'un lien juridique soit établi entre un fait et une règle qui le concernent, *ce qui comporte également son interprétation, au moins implicite* » (29).

Corollairement, Charles de Visscher souligne que l'interprétation, lorsqu'elle se conjugue avec une application de la norme, « entraîne le classement tout provisoire du cas dans quelque catégorie connue, son rattachement également provisoire à quelque norme dont la mise en jeu paraît, à première vue, concevable » (30), ce qui répond bien à la définition de la qualification. Enfin, Jean Salmon, tout en soulignant la difficulté de distinguer les deux concepts (31), énonce que

> « *les actes de qualification sont une forme d'interprétation* et l'interprétation d'une notion dans un sens déterminé restreindra ou élargira le champ de la qualification » (32).

Le même auteur souligne que plusieurs qualifications par rapport à une même catégorie constituent des précédents qui formeront une éventuelle nouvelle interprétation de la règle (33). Dans cette optique, on peut rattacher la qualification à la pratique interprétative en tant que moyen d'interprétation aux termes de l'article 31 de la Convention de Vienne.

---

(28) Voy. la distinction entre interprétation et qualification opérée par l'*American Society of International Law, Draft Convention on the Law of Treaties, A.J.I.L.*, sup., vol. 29, n° 4, Oct. 1935, p. 938.

(29) *Droit international public*, Paris, Montchrétien, 1993, p. 168 ; nous soulignons.

(30) *Problèmes d'interprétation judiciaire en droit international public, op. cit.*, p. 27.

(31) « Quelques observations sur la qualification en droit international public », *loc. cit.*, pp. 349-350.

(32) Nous soulignons ; « Le fait dans l'application du droit international », *loc. cit.*, p. 326.

(33) *Ibid.*, p. 321.

68. En définitive, la qualification est un processus qui suppose, d'une part, une interprétation de la catégorie juridique contenue dans la règle et, d'autre part, le classement des faits établis dans cette catégorie. Le second temps de l'opération ne consiste qu'à tirer les conséquences du premier et n'en constitue, en quelque sorte, que la conclusion.

Une autre possibilité théorique serait de limiter le terme de qualification à ce deuxième stade de l'opération. Dans cette optique, le premier ne serait que de l'interprétation. La qualification équivaudrait donc à un acte qui succéderait à l'interprétation, sans l'englober. Cela expliquerait que l'on distingue souvent l'interprétation de la règle de la qualification du fait. Mais cette hypothèse s'avère à notre sens inconciliable avec la pratique juridictionnelle qui englobe l'opération intellectuelle en une opération unique, de même qu'avec la doctrine qui semble bien appuyer la conception de la qualification comme englobant une interprétation puis un acte consécutif (34).

69. Ces développements théoriques sont fondamentaux pour notre propos puisque, une fois admis le principe selon lequel la qualification suppose l'interprétation de la catégorie juridique, la méthode à suivre pour la réalisation de l'opération renvoie tout naturellement aux principes d'interprétation eux-mêmes. Or, nous avons constaté que le « raisonnable » y occupait une place fondamentale. De la même manière, on peut donc considérer qu'il intervient dans le processus de qualification, celui-ci consistant en définitive en l'« établissement d'une adéquation raisonnable entre le fait, la situation ou la règle et la catégorie juridique envisagée ». Ces considérations expliquent également la pauvreté de la pratique, dans la mesure où le juge préférera le plus souvent parler d'interprétation, pour laquelle existent des principes relativement bien établis, plutôt que d'évoquer une qualification aux contours incertains. En tout état de cause, la place du « raisonnable » dans cette étape du syllogisme judiciaire nous semble bien établie, même si la conclusion repose surtout sur une analyse théorique.

(34) Le seul auteur que nous avons rencontré qui semble réserver la qualification à la deuxième phase que nous venons de décrire est Paul AMSELEK, « L'interprétation à tort et à travers », *in* P. AMSELEK (sous la direction de), *Interprétation et droit*, Bruxelles, Bruylant, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1995, pp. 24-25.

SECTION 4. —LE « RAISONNABLE » DANS LE DISCOURS JURIDICTIONNEL

70. Le discours est l'« expression et le développement de la pensée par une suite de mots ou de propositions qui s'enchaînent » (1). Sur le plan juridictionnel, l'établissement des faits, l'interprétation de la règle et l'éventuelle qualification ne prendront leur signification que replacés dans le cadre plus large du discours développé par le juge pour motiver sa décision. Il s'agira dans les lignes qui suivent de déterminer la place du « raisonnable » dans cette opération intellectuelle. Comme pour la matière de la qualification, il faut d'abord relever la pauvreté quantitative de la doctrine sur ce point, seuls quelques rares articles étant consacrés directement au sujet (2). Par contre, la pratique est évidemment extrêmement abondante. Nous n'aurons donc aucune difficulté à relever des exemples d'utilisation du « raisonnable » (A), avant de vérifier si cette fréquente utilisation est confirmée par une analyse plus théorique (B).

A. — *Le « raisonnable » dans la pratique du discours juridictionnel*

71. Les cas dans lesquels le juge utilise le « raisonnable » dans le cadre de son discours sont innombrables. Tout d'abord, nous avons déjà eu l'occasion de constater que chaque étape du syllogisme judiciaire — qui constitue en même temps une étape du discours juridictionnel — donnait lieu à l'utilisation de la notion, pas seulement en tant que critère général (critères de « certitude raisonnable », d'« interprétation raisonnable » ou d'« adéquation raisonnable des faits à une catégorie juridique ») mais en tant qu'élément incident de la démonstration : on pense à des expressions comme « on peut raisonnablement considérer tel fait comme établi », ou « telle interprétation comme correcte », ... Nous ne reviendrons pas sur de tels exemples propres à une des étapes qui ont chacune fait l'objet d'une section propre. Par contre, on peut ajouter ici tous les cas où le juge

(1) André LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, Quadrige-P.U.F., 3° éd., 1993, v° discours.

(2) Un des seuls articles consacrés spécifiquement au sujet est celui de Lyndel V. PROTT, « The Justification of Decisions in the International Court of Justice », *in* Ch. PERELMAN et P. FORIERS (sous la direction de), *La motivation des décisions de justice*, Travaux du C.N.R.L., Bruxelles, Bruylant, 1978, pp. 331-343.

utilise la notion sans que cela soit lié exclusivement à l'établissement des faits, l'interprétation, ou la qualification.

72. Une première série de cas peut être regroupée sous la forme des « *inférences* » effectuées par le juge (3), cette expression recouvrant « toute opération par laquelle on admet une proposition dont la vérité n'est pas connue directement, en vertu de sa liaison avec d'autres propositions déjà tenues pour vraies » (4). Il arrive ainsi que le juge utilise la notion pour appuyer une déduction. Pour ne reprendre qu'un exemple, dans l'affaire *B. contre Autriche*, la Cour européenne des droits de l'homme

> « estime raisonnable de déduire de la décision prise par la chambre du conseil en 1985 que le danger de fuite persistait quand le tribunal rendit son jugement du 16 novembre 1982 » (5).

Mais, le plus souvent, la notion est employée pour justifier la conclusion d'un raisonnement. Dans l'affaire du *Différend frontalier, terrestre, insulaire et maritime*, la Chambre, après avoir pesé les titres respectifs des parties, tire ce qu'elle considère comme la « conclusion la plus raisonnable » (6) à propos de la partie de la frontière en examen. Plus fréquemment, on retrouve des expressions comme « il est raisonnable de conclure que » (7) ou « on peut raisonnablement conclure que... » (8), qui constituent autant d'inférences par lesquelles le juge arrive à une solution définitive à partir de prémisses qui forment la base de son discours.

73. Une deuxième série d'exemples se rapporte à de simples *appréciations* d'attitudes, de positions, ou encore de principes ou de

(3) Très généralement, un tribunal arbitral a considéré qu'il était « reasonable to infer » des faits une proposition sur base de laquelle il rendra sa décision ; *Norwegian Shipowners Claims*, 13 octobre 1922, *R.S.A.*, vol. I, p. 327.

(4) *Dictionnaire Lalande, op. cit.*

(5) C.E.D.H., arrêt du 23 février 1990, *Série A, n° 175* § 44. Voy. par ailleurs C.I.J., Affaire du *Plateau continental de la mer du Nord, Recueil 1969*, p. 35, § 54 ; Affaire du *Sud-Ouest africain, Recueil 1966*, op. diss. Wellington Koo, p. 222 ; Affaire des *Activités militaires..., Recueil 1986*, op. diss. Schwebel, pp. 313, § 112 et 314 § 113 ; Affaire de l'*Accord de siège, Recueil 1988*, op. indiv. Shahabuddeen, p. 61.

(6) C.I.J., *Recueil 1992*, § 174 ; v. un autre exemple similaire § 175. Voy. encore C.I.J., Affaire du *Tribunal administratif des Nations Unies, Recueil 1954*, op. diss. Hackworth, p. 79.

(7) Affaire *Tacna-Arica*, 4 march 1925, *R.S.A.*, vol. II, pp. 942-943 ; C.I.J., Affaire du *Cameroun septentrional, Recueil 1963*, op. indiv. Wellington Koo, p. 48, § 23 ; Affaire des *Activités militaires..., Recueil 1984*, op. indiv. Oda, p. 488 et op. diss. Schwebel, p. 575, § 23 ; C.E.D.H., Affaire *Ireland et autres*, 8 juillet 1986, *Série A, n° 102*, § 360 du rapport de la Commission.

(8) C.I.J., Affaire des *Activités militaires..., Recueil 1986*, op. diss. Schwebel, p. 364, § 203. Voy. une expression similaire dans l'Affaire du *Temple de Préah Vihéar (exceptions préliminaires), Recueil 1961*, op. indiv. Percy Spender, p. 40.

règles qui font l'objet du discours juridictionnel. Les exemples sont très variés. Le juge Oda considère ainsi à propos des notions de plateau continental et de zone économique exclusive que

> « la seule attitude raisonnable à adopter dans ces conditions consiste à attendre que les deux régimes soient harmonisés et d'ici là, à favoriser cette harmonisation » (9).

Dans d'autres cas, le juge estime que

— le comportement de tel État (10) ou de tel individu (11) est raisonnable ;
— telle ou telle position juridique est raisonnable (12) ;
— les propositions avancées par tel État sont raisonnables (13) ;
— les intérêts de tel État à l'adoption de telle solution sont raisonnables (14).

---

(9) C.I.J., Affaire du *Plateau continental (Tunisie-Libye), Recueil 1982*, op. diss., p. 233, § 129 ; v. également C.I.J., Affaire de la *Barcelona Traction, Recueil 1964*, p. 21 ; Affaire du *Plateau continental (Libye-Malte)*, requête à fin d'intervention, *Recueil 1984*, op. diss. Schwebel, p. 135 § 12, repris dans l'affaire du *Plateau continental (Tunisie-Libye), Recueil 1982*, op. diss. Schwebel, p. 173.

(10) C.I.J., Affaire de la *Compétence en matière de pêcheries, Recueil 1973*, p. 45 et op. diss. Padilla Nervo, p. 90 ; Affaire des *Activités militaires..., Recueil*, 1986, op. diss. Schwebel, pp. 364, § 203 et 369, § 214 ; Affaire du *Différend frontalier, terrestre, insulaire et maritime*, requête à fin d'intervention, *Recueil 1990*, op. diss. Shahabuddeen, p. 19 ; C.E.D.H., Affaire *Olsson*, 24 mars 1988, *Série A, n° 130*, § 74 ; Affaire *Mellacher et autres*, 23 novembre 1989, *Série A, n° 169*, §§ 56 et 57.

(11) V. C.E.D.H., Affaire *Castells contre Espagne*, 26 mars 1992, *Série A, n° 236*, § 48.

(12) Dans certains cas, la position est envisagée de manière théorique ; v. Affaire de la *Réévaluation du mark allemand entre 1961 et 1969, R.S.A.*, vol. XIX, p. 95, § 23 ; C.I.J., Affaire du *Tribunal administratif de l'O.I.T., Recueil 1956*, p. 95 ; Affaire du *Droit de passage, exceptions préliminaires, Recueil 1957*, pp. 149 et 150 ; Affaire des *Activités militaires..., Recueil 1986*, pp. 388-389, § 259 ; Affaire des *Pêcheries norvégiennes, Recueil 1951*, op. diss. Mc Nair, p. 164 ; Affaire du *Sahara occidental, Recueil 1975*, op. indiv. de Castro, p. 154 ; *Plateau continental (Tunisie-Libye)*, requête à fin d'intervention, *Recueil 1981*, op. indiv. Schwebel, p. 36 ; C.P.J.I., Affaire du *Lotus, Série A, n° 9*, op. diss. Moore, p. 85 ; C.E.D.H., Affaire *Powell et Reyner*, arrêt du 24 janvier 1990, *Série A, n° 172*, § 45. Dans d'autres cas, la position est formulée par l'une des parties au litige ; v. C.I.J., Affaire du *Temple de Préah Vihéar, Recueil 1962*, op. diss. Wellington Koo, p. 91 ; Affaire du *Sud-Ouest africain, Recueil 1962*, op. indiv. Jessup, p. 413 ; C.I.J., Affaire des *Activités militaires..., Recueil 1984*, op. diss. Schwebel, p. 594, § 51 ; Affaire du *Différend frontalier, terrestre, insulaire et maritime*, requête à fin d'intervention, *Recueil 1990*, op. indiv. Oda, p. 143. Dans d'autres cas encore, la position est celle défendue par l'instance judiciaire ; v. C.I.J., Affaire de la *réformation du T.A.N.U., Recueil 1973*, p. 194, §§ 57 et 59 ; Affaire de la *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande), Recueil 1973*, op. indiv. de Castro, p. 91 ; C.E.D.H., Affaire *Preto et autres*, 25 octobre 1983, *Série A, n° 71*, § 32 ; Affaire *Sporrong et Lönnroth*, 27 novembre 1984, *Série A, n° 88*, § 39 ; Affaire *Müller et autres*, 28 avril 1988, *Série A, n° 133*, § 36 ; Affaire *Boddaert contre Belgique*, 22 septembre 1992, *Série A, n° 235-D*, § 38.

(13) C.I.J., Affaire de l'*Anglo-Iranian Oil Company, Recueil 1952*, op. diss. Levi Carneiro, p. 166.

(14) Ainsi, un tribunal arbitral estime que le gouvernement italien « avait un intérêt raisonnable à admettre la continuation du *statu quo ante* jusqu'à la décision arbitrale » ; Affaire du *Différend concernant l'interprétation de l'article 79, par. 6, let.c du Traité de paix*, décision n° 196 du 7 décembre 1955, *R.S.A.*, vol. XIII, p. 437 ; v. aussi de manière plus générale C.I.J., Affaire du *Droit d'asile, Recueil 1950*, op. diss. Azevedo, p. 348.

Nous nous prononcerons ultérieurement sur les fonctions remplies par l'utilisation de ces formules rhétoriques (15). Il suffit à ce stade de souligner leur diversité.

74. Le plus souvent, le « raisonnable » est utilisé non pour justifier la qualification d'une prémisse ou l'inférence permettant d'en dégager une solution, mais pour *appuyer le discours en lui-même*, ou à tout le moins une de ses étapes.

Le juge justifie régulièrement son propre point de vue, ou sa manière de procéder, en les qualifiant de raisonnables (16). Dans d'autres cas, le juge croit opportun d'affirmer que la règle (17), le critère (18) ou le principe (19) qu'il applique sont raisonnables. On retrouve aussi des expressions comme « il est raisonnable de... » [procéder de telle manière] (20), « on peut raisonnablement admettre » (21), « croire » (22) ou « considérer » (23) [que telle proposi-

(15) V. *infra*, Chapitres III et IV.

(16) V. de manière générale C.I.J., Affaire du *Golfe du Maine, Recueil 1984*, p. 386, § 42 ; Affaire de l'*Interprétation des traités de paix*, deuxième phase, *Recueil 1950*, op. diss. Azevedo, p. 253, § 12 ; Affaire de l'*Interprétation de l'accord entre l'O.M.S. et l'Eypte, Recueil 1980*, op. indiv. Sette Camara, p. 186. V. encore des exemples similaires dans C.I.J., Affaire de l'*Incident aérien, Recueil 1959*, op. diss. Lauterpacht *et alii*, p. 194 ; Affaire du *Conseil de l'O.A.C.I., Recueil 1972*, op. diss. Nagendra Singh, p. 177 ; Affaire du *Tribunal administratif des Nations Unies, Recueil 1973*, op. diss. de Castro, p. 286, § 28. Pour reprendre un exemple lié à des considérations de fait, dans l'affaire de la *Commission européenne du Danube*, la Cour permanente de Justice internationale affirme qu'« il est tout à fait raisonnable d'estimer que le différend a été réglé sur base du *statu quo* avant la guerre » ; C.P.J.I., *Série B, n° 14*, p. 27.

(17) C.P.J.I., Affaire *Mavromatis, Série A, n° 2*, op. diss. Bustamante, p. 79.

(18) C.I.J., Affaire de l'*Audition des pétitionnaires, Recueil 1956*, op. indiv. Lauterpacht, p. 54 ; Affaire du *Plateau continental de la Mer du Nord, Recueil 1969*, op. diss. Tanaka, p. 180.

(19) C.I.J., Affaire *Notteboom, Recueil 1955*, op. diss. Guggenheim, p. 64.

(20) Affaire concernant l'*Accord relatif aux services aériens, R.S.A.*, vol. XVIII, p. 477, § 56 ; C.P.J.I., Affaire des *Emprunts brésiliens, Série A, n° 15*, p. 113 ; Affaire *Mavromatis, Série A, n° 2*, op. diss. Oda, p. 85 ; C.I.J., Affaire du *Sud-Ouest africain, Recueil 1950*, op. diss. de Visscher, p. 188 ; Affaire de l'*Interprétation de l'accord entre l'O.M.S. et l'Eypte, Recueil 1980*, op. indiv. Lachs, p. 109 ; Affaire du *Plateau continental (Libye-Malte), Recueil 1985*, op. diss. Schwebel, p. 179. On retrouve aussi l'expression sous une forme conditionnelle (« il serait déraisonnable de... ») : C.P.J.I., Affaire des *Zones franches de Haute-Savoie et du pays de Gex, Série AB, n° 46*, op. diss. Altamira et Hurst, p. 183 ; C.I.J., Affaire du *Sud-Ouest africain, Recueil 1955*, op. indiv. Lauterpacht, p. 96. L'expression est parfois employée de manière négative (« il n'est pas déraisonnable de... ») ; C.I.J., Affaire du *Tribunal administratif de l'O.I.T., Recueil 1956*, op. diss. Read, p. 148 ; Affaire du *Sud-Ouest africain, Recueil 1966*, op. diss. Tanaka, p. 274 ; Affaire du *T.A.N.U., Recueil 1973*, op. indiv. Dillard, p. 240. Enfin, on peut relever l'expression sous une forme plus prudente (« il semble raisonnable... ») ; v. C.P.J.I., Affaire des *Intérêts allemands en Haute-Silésie, Série A, n° 7*, p. 21.

(21) C.I.J., Affaire de l'*Anglo-Iranian Oil Company, Recueil 1952*, p. 105 ; Affaire de l'*Audition des pétitionnaires, Recueil 1956*, op. indiv. Lauterpacht, p. 36. Pour un exemple de l'expression sous une forme négative ; C.I.J., Affaire du *Sud-Ouest africain, Recueil 1962*, op. indiv. Bustamante, p. 366.

(22) C.I.J., Affaire du *Plateau continental de la Mer du Nord, Recueil 1969*, op. diss. Sorensen, p. 256

(23) C.I.J., Affaire de la *Barcelona Tractıon, Recueil 1970*, op. indiv. Jessup, p. 182, § 37.

tion est exacte], ... A l'inverse, le juge refuse parfois de s'engager dans une voie particulière parce qu'il estime que ce serait déraisonnable (24). La notion est également utilisée pour justifier la prise en compte (25), ou au contraire le rejet (26), d'un élément comme devant présider au règlement du litige.

Sur un tout autre plan, il arrive que le juge émette des hypothèses dans le développement de son discours, hypothèses qu'il justifiera en affirmant qu'il est « raisonnable de supposer » (27), de « penser » (28), d'« envisager » (29) ou d'« imaginer » (30) telle possibilité.

Enfin, la notion accompagne parfois un adjectif ou un verbe sans que sa présence apparaisse, *a priori*, indispensable : on pense à des

(24) C.I.J., Affaire de l'*Audition des pétitionnaires, Recueil 1956*, op. indiv. Lauterpacht, p. 45 ; Affaire du *Sud-Ouest africain, Recueil 1966*, op. indiv. Van Wyk, p. 78, § 16 ; Affaire du *Plateau continental de la Mer du Nord, Recueil 1969*, op. diss. Sorensen, p. 249 ; Affaire du *Plateau continental (Tunisie-Libye), Recueil 1982*, op. diss ; Evensen, p. 309, § 22.

(25) Affaire *Chevreau*, 9 juin 1931, *R.S.A.*, vol. II, p. 1124 ; C.I.J., Affaire du *Plateau continental de la Mer du Nord, Recueil 1969*, pp. 51-52, § 97, cité dans op. indiv. Bustamante, p. 61, § 5 et Affaire du *Plateau continental (Tunisie-Libye), Recueil 1982*, op. diss. Evensen, p. 322 ; Affaire du *Plateau continental (Libye-Malte), Recueil 1985*, p. 41, § 50 ; Affaire du *Sud-Ouest africain, Recueil 1955*, op. indiv. Lauterpacht, p. 114 ; Affaire du *Conseil de l'O.A.C.I., Recueil 1972*, déclar. Lachs, p. 72 ; Affaire du *Plateau continental (Tunisie-Libye), Recueil 1982*, op. diss. Oda, p. 266, § 174.

(26) C.I.J., Affaire des *Emprunts norvégiens, Recueil 1957*, op. indiv. Lauterpacht, p. 61 , Affaire de la *Compétence en matière de pêcheries (Islande c. R.F.A.), Recueil 1974*, op. indiv. coll., p. 220, § 12.

(27) Affaire *Naomi Russel*, April, 24, 1931, *R.S.A.*, vol. IV, p. 818 ; C.I J., Affaire du *Plateau continental de la Mer Egée, Recueil 1978*, p. 29, § 71 ; Affaire du *Plateau continental (Libye-Malte), Recueil 1985*, pp. 51-52, § 72, cité dans op. diss. Schwebel, p. 180 ; Affaire des *Ressortissants des Etats-Unis au Maroc, Recueil 1952*, op. diss. Hackworth, Badawi, Levi Carneiro, Benegal Rau, p. 229 ; Affaire de l'*Audition des pétitionnaires, Recueil 1956*, op. indiv. Lauterpacht, p. 41 ; Affaire de la *Convention de 1902 sur la tutelle, Recueil 1958*, op. indiv. Wellington Koo, p. 115 ; Affaire du *Sud-Ouest africain, Recueil 1962*, op. indiv. Jessup, p. 412. La supposition est parfois émise de manière très théorique ; v. p.ex. les propos du juge Lachs pour qui « il est raisonnable de supposer que les déclarations ou opinions d'un juge peuvent éclairer certains aspects des affaires auxquelles elles se rapportent » ; Affaire de la *Sentence arbitrale, Recueil 1991*, op. indiv., p. 94. La formule se rencontre aussi fréquemment sous sa forme négative (il n'est pas raisonnable, ou il est déraisonnable, de supposer...) ; v. Affaire *Tacna-Arica*, 4 march 1925, *R.S.A.*, vol. II, p. 935 ; Affaire *Naomi Russel*, April 24, 1931, *R.S.A.*, vol. IV, p. 820 ; C.P.J.I., Affaire de la *Commission européenne du Danube, Série B, n° 14*, p. 49 ; Affaire des *Zones franches de Haute-Savoie et du pays de Gex, Série AB, n° 46*, p. 148 ; Affaire de l'*Interprétation du statut du territoire de Mémel (fond), Série AB, n° 49*, p. 336 ; C.I.J., Affaire de l'*Interprétation des traités de paix*, 2e phase, *Recueil 1950*, p. 227 ; Affaire du *plateau continental (Libye-Tunisie), Recueil 1982*, op. diss. Evensen, p. 308 § 21.

(28) C.I.J., Affaire du *Plateau continental de la Mer Egée, Recueil 1978*, p. 28, § 67 ; Affaire du *Cameroun septentrional, Recueil 1963*, op. indiv. Percy Spender, p. 79 ; Affaire des *Essais nucléaires, Recueil 1974*, op. diss. Barwick, p. 392.

(29) C.I.J., Affaire des *Activités militaires..., Recueil 1986*, p. 123, § 237.

(30) C.I.J., Affaire de la *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande), Recueil 1974*, op. diss. Gros, p. 138, § 21.

expressions comme « raisonnablement précis (31), clair (32), possible (33), certain (34), ... (35) », ou « raisonnablement, s'attendre (36), faire » (37), ou d'autres similaires (38).

Une fois encore, nous nous abstenons d'analyser ces formules à ce stade, mais tenons à souligner leur fréquence.

75. Ces exemples ne sont au demeurant pas exhaustifs (39). Ils montrent que le discours juridictionnel reprend en pratique très fréquemment la notion de « raisonnable » à travers des formules extrêmement variées qui recouvrent toutes les opérations intellectuelles usitées. Il reste à vérifier si l'on peut systématiser sur le plan théori-

(31) C.I.J., Affaire de la *Demande en révision et en interprétation de l'arrêt du 24 février 1982, Recueil 1985*, p. 226, § 61

(32) C.I.J., Affaire *Interhandel (exceptions préliminaires), Recueil 1956*, op. indiv. Percy Spender, p. 58.

(33) C.I.J., Affaire des *Phosphates à Nauru, Recueil 1992*, op. indiv. Shahabuddeen, p. 272 et une expression similaire dans C.I.J., Affaire du *Sud-Ouest africain, Recueil 1962*, op. diss. Van Wyk, p. 579.

(34) C.I.J., Affaire du *Sud-Ouest africain, Recueil 1962*, op. diss. Percy Spender et Fitzmaurice, p. 494 ; Affaire de la *Sentence arbitrale, Recueil 1991*, op. diss. Weeramantry, p. 169.

(35) Pour d'autres exemples similaires, v. C.I.J., Affaire des *Réparations, Recueil*, 1949, p. 186 ; Affaire du *Sud-Ouest africain, Recueil 1962*, op. indiv. Bustamante, p. 352 ; Affaire de l'*Accord de siège, Recueil 1988*, op. indiv. Shahabuddeen, p. 60.

(36) C.P.J.I., Affaire des *Colons d'origine allemande, Série B, n° 6*, p. 40.

(37) C.P.J.I., Affaire de la *Commission européenne du Danube, Série B, n° 14*, observ. Nyholm, p. 76.

(38) Pour d'autres exemples similaires, v. C.P.J.I., Affaire du *Régime douanier austro-allemand, Série AB, n° 41*, p. 46, expression reprise dans op. indiv. Anzilotti, pp. 66, 70 et 71 ; C.I.J., Affaire du *Sud-Ouest africain, Recueil 1962*, p. 345 et *ibid., Recueil 1966*, p. 23, § 16 ; Affaire des *Essais nucléaires (Australie-France), Recueil 1974*, p. 265, § 33 ; *ibid. (Nouvelle-Zélande c. France)*, p. 468, § 34 ; Affaire de l'*Audition des pétitionnaires, Recueil 1956*, op. indiv. Lauterpacht, pp. 39 et 56 ; Affaire *Interhandel (exceptions préliminaires), Recueil 1956*, op. indiv. Percy Spender, p. 72 ; Affaire de la *Convention de 1902 sur la tutelle, Recueil 1958*, op. indiv. Lauterpacht, p. 90 ; Affaire du *Droit de passage, Recueil 1960*, op. indiv. Wellington Koo, p. 65 ; Affaire du *Temple de Préah Vihéar, Recueil 1962*, op. diss. Percy Spender, pp. 127 et 128 ; Affaire du *Sud-Ouest africain, Recueil 1962*, op. diss. Percy Spender et Fitzmaurice, p. 465 et *ibid., Recueil 1966*, op. diss. Tanaka, p. 258 et op. diss Wellington Koo, p. 234 ; Affaire de la *Namibie, Recueil 1971*, op. indiv. Dillard, p. 160, n.1 ; Affaire du *Golfe du Maine, Recueil 1984*, op. diss. Gros, p. 371, § 17 ; C.P.J.I., Affaire du *Lotus, Série A, n° 9*, op. diss. Weiss, p. 47 ; Affaire des *Zones franches, Série AB, n° 46*, op. diss. Eugène Dreyfus, p. 206 ; Affaire *Oscar Chinn, Série AB, n° 63*, op. diss. Altamira, p. 97 ; C.E.D.H., Affaire *Fredin*, arrêt du 18 février 1991, *Série A, n° 192*, § 54 et rapport de la Commission, §§ 54 et 58.

(39) Voy. encore d'autres formules dans · Affaire *S.S. « EDNA »*, Dec. 22, 1934, *R.S.A.*, vol. III, pp. 1600 et 1601 ; C.I.J., Affaire du *Sud-Ouest africain, Recueil 1962*, op. diss. Percy Spender et Fitzmaurice, p. 541, et op. diss. Van Wyk, pp. 590-591 et 639 ; Affaire du *Conseil de l'O.A.C.I., Recueil 1972*, op. diss. Nagendra Singh, p. 174 ; Affaire de la *Barcelona Traction, Recueil 1974*, op. indiv. Tanaka, p. 75 ; Affaire du *Plateau continental (Tunisie-Libye)*, requête à fin d'intervention, *Recueil 1981*, op. indiv. Schwebel, p. 35 ; Affaire des *Activités militaires..., Recueil 1984*, op. indiv. Oda, p. 511 et op. diss. Schwebel, p. 617, § 23 ; Affaire du *Plateau continental (Libye-Malte), Recueil 1985*, op. diss. Schwebel, p. 176 ; Affaire des *Activités militaires..., Recueil 1986*, op. diss. Schwebel, p. 285, § 46 ; Affaire de la *Sentence arbitrale, Recueil 1991*, op. diss. Weeramantry, p. 134.

que cette pratique qui, à première vue, ne semble guère s'y prêter tant elle paraît aléatoire et disparate.

B. — *Le « raisonnable » dans la théorie du discours juridictionnel*

76. Le fait que très peu d'études de droit international aient été consacrées au discours juridictionnel s'explique très simplement : généralement, on considère qu'aucune règle spécifique ne guide le juge sur ce point.

Deux principes sont cependant universellement admis. Le premier, propre à la matière contentieuse, est que le juge doit ponctuer son discours d'une décision qui consistera soit en un refus de trancher pour des motifs d'incompétence de l'instance ou d'irrecevabilité de la requête, soit en une solution sur le fond du litige en faveur d'une des parties (40). Cette décision sera contenue dans ce que l'on appelle le dispositif de la sentence ou de l'arrêt. Le deuxième principe est l'obligation de motiver la décision ou l'avis. Contesté jusqu'au début de ce siècle (41), il a été énoncé dans la Convention d'arbitrage de La Haye de 1907 (42) et a par la suite acquis une valeur coutumière incontestable, consacrée dans le projet de la Commission du droit international sur la procédure arbitrale (43),

(40) Pour une exemple de formulation de la règle, unanimement acceptée ; voy. C.I.J., Affaire du *T.A.N.U., Recueil 1973*, pp. 207-208, § 87.

(41) Voy. à ce sujet, Paul REUTER, « La motivation et la révision des sentences arbitrales à la Conférence de paix de La Haye, et le conflit frontalier entre le Royaume-Uni et le Venezuela », *in Mélanges Andrassy*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1968, pp. 237-247.

(42) Art. 79 ; le principe avait déjà été énoncé dans l'art. 23 du projet de règlement pour la procédure arbitrale internationale de l'Institut de droit international du 28 août 1875, Session de La Haye, *A.I.D.I.*, 1877, I. Certains auteurs voient dans ces articles un élément fondamental expliquant la transformation de ce que Politis appelait encore en 1924 une « obligation morale » (*La justice internationale*, Paris, Hachette, 1924, p. 88) en une obligation coutumière incontestée ; v. Marcel SIBERT, *Traité de droit international public*, tome II, Paris, Dalloz, 1951, p. 447, § 1097. L'I.D.I. se félicitait lui-même en 1927 que les principes de son projet de 1875 avaient « reçu la consécration du droit positif » ; *A.I.D.I.*, 1927.

(43) L'obligation se retrouve dans l'art. 31 du projet de 1958 (et indirectement dans l'art. 35 qui reprend le défaut de motivation comme cause de nullité d'une sentence arbitrale) ; *A.C.D.I.*, 1958, II, p. 15 (cité dans C.I.J., Affaire de la *Sentence arbitrale, Recueil 1991*, op. indiv. Ni, p. 100). Elle n'a jamais été remise en cause au sein de la Commission et se retrouve dans tous les avant projets ; voy. *A.C.D.I.*, 1950, II, art. XIII, § 2 (1er avant-projet) ; *A.C.D.I.*, 1951, II, p. 119, art. 32 (2e avant-projet) ; *A.C.D.I.*, 1953, II, p. 211, art. 24, § 2 ; *A.C.D.I.*, 1957, II, p. 15, art. 25. Cette disposition du projet a d'ailleurs été considérée comme coutumière ; v. 1er rapport Scelle, *A.C.D.I.*, 1950, II, p. 139, § 85 (« une sentence non motivée n'est pas une sentence, mais une simple opinion ») ; Rapport de la C.D.I. sur les travaux de sa 4e session du 4 juin au 8 août 1952, A.G., Doc. off., 7e sess., Sup. no 9 (A/2163), New York, 1952, p. 9 ; 4e rapport Scelle, *A.C.D.I.*, 1958, II, p. 10, § 24 et l'absence de critiques des gouvernements sur cette question ; *A.C.D.I.*, 1958, I, p. 75, § 52 ; v. enfin *Commentary on the Draft Convention on Arbitral Procedure*

ainsi que par la jurisprudence internationale. Dans l'affaire du *Tribunal administratif des Nations Unies*, la Cour affirme qu'« il est de l'essence des décisions judiciaires d'être motivées » (44), tandis que le juge de Castro relève que

> « [l]'exigence formulée par les lois comme par le statut du T.A.N.U. de motiver les jugements découle de la nature même de la fonction juridictionnelle [...] Un jugement sans motif ou insuffisamment motivé apparaît comme une décision arbitraire et non comme un vrai jugement » (45).

L'obligation coutumière de motiver a été réitérée dans l'affaire de la *Sentence arbitrale* (46), et n'est par ailleurs plus remise en cause par la doctrine (47).

Cependant, en dehors de l'obligation de formuler une décision motivée, le droit international semble laisser au juge une entière liberté pour présenter son discours juridictionnel (48). C'est ainsi que le contrôle de la validité d'une sentence arbitrale ne consistera pas en un nouveau jugement au fond, qui remplacerait la motivation en examen par une nouvelle (49). Si des commentateurs ont relevé la prédominance de certains types de discours, narratifs pour certains jugements ou plus cartésiens pour d'autres (50), ils sont unanimes à considérer qu'aucun mode particulier de rédaction n'est imposé (51).

---

adopted by the I.L.C. at its fifth Session, prepared by the Secretariat, New York, 1955, A/CN 4/92, p. 88.

(44) C.I.J., *Recueil 1973*, p. 210, § 94. Voy. déjà impl. C.I.J., Affaire de la *Sentence arbitrale du Roi d'Espagne, Recueil 1960*, p. 216.

(45) C.I.J., *Recueil 1973*, op. diss. pp. 293-294, §§ 49 et 52.

(46) C.I.J., *Recueil 1991*, pp. 67-68 § 42. V. les commentaires de Weeramantry, pour qui « la nécessité de motiver une sentence est bien sûr évidente, car elle ôte toute apparence d'arbitraire à la décision du tribunal. C'est une règle établie de longue date et respectée » ; op. diss., *ibid.*, pp. 164-165.

(47) Voy. not. Pierre-Marie JURET, « Observations sur la motivation des décisions juridictionnelles internationales », *R.G.D.I.P.*, 1960, pp. 519 et s. ; NGUYEN QUOC DINH, Patrick DAILLIER, Alain PELLET, *Droit international public*, 5e éd., Paris, L.G.D.J., 1994, n° 547 ; Max GOUNELLE, *La motivation des actes juridiques en droit international public*, Paris, Pédone, 1979, sp. p. 91.

(48) *Ibidem*, pp. 93 et 102 et s. L'auteur cite un extrait de l'arrêt de la Cour dans l'affaire du *Sud-Ouest africain* selon lequel « la Cour a le droit, implicitement reconnu par l'article 53 par. 2 de son Statut, de choisir elle-même les motifs de sa décision » (*Recueil 1966*, p. 19, § 8).

(49) Voy. not. C.I.J., Affaire de la *Sentence arbitrale du Roi d'Espagne, Recueil 1960* et Affaire du *T.A.N.U., Recueil 1973*, p. 211, § 96.

(50) Max GOUNELLE, *op. cit.*, pp. 93 et s. et Charles ROUSSEAU, *Droit international public*, Tome V, Paris, Sirey, 1983, p. 350.

(51) V. not. Max GOUNELLE, *op. cit.*, pp. 93, 97 et 102 et s. ; Pierre-Marie JURET, « Observations sur la motivation... », *loc. cit.*, p. 528 (l'auteur relève qu'aucun compromis n'a prévu la forme de la motivation) ; Shabtai ROSENNE, *The Law and Practice of the International Court*, vol. II, Leyden, Sijthoff, 1965, p. 604 ; Louis DELBEZ, *Les principes généraux du contentieux international*, Paris, L.G.D.J., 1962, p. 124 ; Georg SCHWARZENBERGER, *International Law as applied by International Courts and Tribunals*, vol. IV, International Judicial Law, London, Stevens &

Nous pensons cependant que le discours juridictionnel répond en pratique à certaines exigences qui se rattachent au « raisonnable », tant pour ce qui concerne la méthode choisie que pour le résultat obtenu.

1. *Le « raisonnable », critère limitant la méthode d'élaboration du discours*

77. Comme nous venons de le souligner, le seul principe limitant le discours du juge est l'obligation de rendre une décision motivée. Mais que signifie motiver une décision ? L'examen de la jurisprudence ne renvoie pas directement au « raisonnable », mais se réfère à certaines notions qui apparaissent, au vu de la définition provisoire posée en introduction de la présente étude, voisines. Nous avons en effet précisé d'emblée que le « raisonnable » renvoyait à la « raison », qui comportait elle-même deux axes, l'un basé sur la rationalité, la non-contradiction, la logique, l'autre sur les valeurs, la rhétorique, les raisons, le raisonnement (52). Ce deuxième axe se reflète dans la jurisprudence internationale, puisque la motivation consiste en l'exposé de « raisons » (§ 78), sur le mode d'un « raisonnement » (§ 79), qui serait celui de tout homme « raisonnable » (§ 80).

78. Motiver, c'est avant tout donner les *raisons* sur lesquelles se fonde cette décision. La jurisprudence a très clairement énoncé cette règle à l'occasion d'affaires où un État a contesté la validité d'une sentence arbitrale sur base d'une insuffisance de motifs. Dans l'affaire du *T.A.N.U.*, la Cour internationale de Justice rejette cette prétention en considérant que

> « la question n'est pas de savoir si le tribunal aurait pu recourir à une autre méthode de rédaction, même si une motivation plus détaillée aurait pu être considérée comme préférable ou mieux appropriée. Il s'agit de savoir si le jugement était suffisamment motivé pour satisfaire à la règle suivant laquelle un jugement du tribunal administratif doit *énoncer les raisons sur lesquelles il se fonde* » (53).

La Cour réitère semblable conclusion dans l'affaire de la *Sentence arbitrale*, dans laquelle elle admet que

---

Son, 1986, pp. 604-605 et Mohammed BEDJAOUI, « La 'fabrication' des arrêts de la Cour internationale de Justice », *in Mélanges Virally*, Paris, Pédone, 1991, p. 99.

(52) V. *supra*, § 17.

(53) C.I.J., *Recueil 1973*, p. 211, § 96 ; nous soulignons.

« la motivation [...] est brève et aurait pu être plus développée. Mais les renvois opérés [...] n'en permettent pas moins de *déterminer sans aucune difficulté les raisons* qui ont conduit le tribunal à ne pas répondre à la deuxième question » (54).

Cette définition de la motivation comme exposé des raisons du dispositif peut également s'appuyer sur des considérations d'ordre terminologique. On sait en effet que les dispositifs des arrêts de la Cour sont précédés de l'expression « par ces motifs, la Cour... », expression traduite en anglais par « For these reasons, the Court... » (55). De même, le terme « motivé » est traduit par « reasoned » (56). Cette règle explique les nombreux exemples où le juge utilise, dans le cadre de sa motivation, des formules comme « en raison de... » (57), « la raison en est que... » (58), ou d'autres similaires (59), ou encore critique un arrêt parce qu'il n'indique aucune « raison juridique » pour motiver sa décision (60).

Enfin, l'article 31 du projet de la Commission du droit international codifiant la règle coutumière de l'obligation de motiver assimile cette dernière à la présentation de raisons qui expliquent la décision (61). La doctrine est unanime sur ce point. Le dictionnaire Basdevant mentionne par exemple que le terme de « motifs » désigne

(54) C.I.J., *Recueil 1991*, pp. 67-68, § 43 ; nous soulignons ; v. aussi, dans le même arrêt, pp. 73-74, § 63.

(55) En matière arbitrale, voy. *The Bacis Gold and Silver Mining Co. (Ltd)*, August 3, 1931, *R.S.A.*, vol. V, p. 260.

(56) Voy. not. C.I.J. Affaire du *T.A.N.U., Recueil 1973*, p. 210, § 94. Dans le même sens, on a traduit « argumentation » par « reasoning » ; C.I.J., Affaire de la *Sentence arbitrale, Recueil 1991*, op. indiv. Lachs, pp. 94-95.

(57) C.I.J., Affaire des *Conditions d'admission, Recueil 1947-1948*, p. 64 ; Affaire du *T.A.N.U., Recueil 1954*, p. 62 ; Affaire du *Plateau continental (Libye-Malte), Recueil 1985*, p. 29, § 25 ;

(58) C.I.J., Affaire du *Composition du Comité de la sécurité maritime, Recueil 1960*, p. 166.

(59) Voy. p.ex. C.I.J., Affaire de la *Compétence de l'Asemblée générale pour l'admisssion, Recueil 1950*, p. 6 ; Affaire des *Traités de paix*, 2e phase, *Recueil 1950*, p. 76 ; Affaire du *Sud-Ouest africain, Recueil 1950*, p. 136 ; Affaire des *Pêcheries norvégiennes, Recueil 1951*, p. 130 ; Affaire de la *Barcelona Traction, Recueil 1964*, pp. 20, 26 et 28 ; Affaire du *Sud-Ouest africain, Recueil 1966*, pp. 27, § 30, 32, § 42, 33, § 47 ; Affaire du *Conseil de l'O.A.C.I., Recueil 1972*, p. 64, § 31 ; Affaire du *T.A.N.U., Recueil 1973*, p. 181, § 36 ; Affaire du *Sahara occidental, Recueil 1975*, p. 57 ; Affaire du *T.A.N.U., Recueil 1982*, p. 341, § 34 ; Affaire des *Activités militaires..., Recueil 1984*, p. 404, § 27 ; Affaire du *Plateau continental (Libye-Malte), Recueil 1985*, pp. 35, § 40, 51, § 70 ; Affaire de la *Demande en révision et en interprétation de l'arrêt du 24 février 1982, Recueil 1985*, p. 214, § 40, ...

(60) C.I.J., Affaire du *Détroit de Corfou (réparation), Recueil 1949*, op. diss. Ecer, pp. 253 et 256.

(61) Voy. l'art. 31 du projet précité de la C.D.I. selon lequel « the award shall state the reasons on which it is based for every point on which it rules » ; *A.C.D.I.*, 1958, II, p. 15.

« l'exposé des raisons de fait et de droit qui déterminent l'arbitre ou le juge à prendre la décision énoncée dans le dispositif de la sentence arbitrale, du jugement ou de l'arrêt » (62).

Quant à Jean Salmon, il estime que « les motifs se présentent comme des raisonnements argumentés en droit » (63).

Il ne fait pas de doute qu'une première limitation à la libre appréciation du juge dans la rédaction de son discours est de fournir à l'appui de son dispositif ce que la Cour a incidemment appelé des « motifs raisonnables » (64).

79. Mais le juge ne peut se contenter de fournir des motifs raisonnables de n'importe quelle manière, il doit encore les présenter de manière à ce qu'ils constituent dans leur ensemble un véritable *raisonnement*. C'est ce qu'a relevé la Cour dans l'affaire de la *Sentence arbitrale du Roi d'Espagne* :

« [l]e dernier motif de nullité soulevé par le Nicaragua est la prétendue absence ou insuffisance de motifs à l'appui des conclusions de l'arbitre. Mais l'examen de la sentence montre qu'elle traite en ordre logique et avec quelque détail de toutes les considérations pertinentes et que les conclusions de l'arbitre sont fondées sur *un raisonnement et des explications suffisants*. De l'avis de la Cour, ce grief est sans fondement » (65).

Cette jurisprudence a été confirmée dans l'affaire du *T.A.N.U.*, où la Cour a rejeté la prétention selon laquelle une motivation devait contenir un examen séparé de chaque argument présenté par l'une des parties, de la manière suivante :

« [...] ni la pratique ni les principes n'autorisent à interpréter de façon si rigoureuse cette règle, qui paraît être comprise en général comme *exigeant simplement qu'un jugement s'appuie sur un raisonnement et que celui-ci soit exposé* » (66).

---

(62) *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, Paris, Sirey, 1960, p. 396 ; Charles Rousseau reprend cette citation à son compte, *Droit international public, op. cit.*, p. 348 n° 336. V. aussi en ce sens Hans-Jürgen SCHLOCHAUER, « Arbitration », *in Encyclopedia of International Law*, vol. 1, Settlement of Disputes, New York-Amsterdam-Oxford, North Holland Publ. Co, 1981, p. 24 ; Pierre-Marie JURET, « Observations sur la motivation des décisions juridictionnelles internationales », *loc. cit.*, pp. 528 et 555 ; Jackson H. RALSTON, *International Arbitral Law and Procedure*, Boston and London, Ginn and Company, 1910, pp. 71-73 ; Friedrich V. KRATOCHWIL, *Rules, Norms and Decisions. On the conditions of practical and legal reasoning in international relations and domestic affairs*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989, p. 212.

(63) Jean SALMON, « Langage et pouvoir en droit international », *in* Léon INGBER (sous la direction de), *Le langage du droit*, Travaux du C.N.R.L., Bruxelles, Nemesis, 1991, p. 317.

(64) C.I.J., Affaire *Ambatielos, Recueil 1953*, p. 18. V. la même expression dans C.I.J., Affaire de la *Barcelona Traction, Recueil 1970*, op. indiv. Gros, p. 284.

(65) C.I.J., *Recueil 1960*, p. 216 ; nous soulignons ; cité dans l'Affaire du *T.A.N.U., Recueil 1973*, p. 51, n.2 et dans l'Affaire de la *Sentence arbitrale, Recueil 1991*, op. diss. Weeramantry, p. 165.

(66) C.I.J., *Recueil 1973*, pp. 210-211, § 95 ; nous soulignons.

Cette exigence semble tellement aller de soi qu'elle n'a pas été réaffirmée expressément, mais elle ressort de nombreuses affaires où la Cour qualifie incidemment son discours de « raisonnement » (67). Le juge Bedjaoui, dans un article relatant la manière dont est rédigé un arrêt de la Cour, relève que, en dépit de la multiplicité des rédacteurs qui interviennent à tous les stades de l'élaboration du texte, « on trouve pourtant un fil conducteur du raisonnement qui ne se rompt que très rarement » (68).

80. La liberté du juge de déterminer les modalités de son discours est loin d'être illimitée puisque non seulement il devra prendre une décision, mais encore énoncer des « raisons » qui l'expliquent sous la forme d'un véritable « raisonnement ». Le lien avec le « raisonnable » se retrouve occasionnellement de manière directe dans le discours juridictionnel. Le juge Oda critique ainsi une motivation de la Cour parce qu'elle manquerait de « reasonable and objective analysis » (69). Plus généralement, on a estimé que la motivation devait se révéler apte à toucher une « personne » (70) ou un « homme raisonnable » (71), ou encore des « gens raisonnables » (72).

81. Un examen théorique du discours juridictionnel révèle donc une application assez large du « raisonnable », même si une véritable compréhension du rôle de la notion nécessiterait une clarification des relations qu'elle entretient avec des termes comme « raisons » ou « raisonnement » de manière plus approfondie que dans le cadre

(67) Voy. p. ex. C.P.J.I., Affaire de l'*Interprétation des arrêts n° 7 et 8, Série A, n° 11*, p. 17 ; C.I.J., Affaire du *Tribunal administratif de l'O.I.T., Recueil 1956*, p. 84, cité dans l'Affaire du *T.A.N.U., Recueil 1982*, p. 337 § 26 ; Affaire des *Activités militaires..., Recueil 1986*, pp. 24, § 28 et 124, § 241 et op. indiv. Nagendra Singh, p. 152 ; op. diss. Oda, p. 214 ; Affaire *Mazilu, Recueil 1989*, p. 189 ; Affaire du *Plateau continental (Libye-Malte), Recueil 1985*, op. indiv. Sette-Camara, p. 60, op. conjointe, p. 76, op. indiv. Valticos, p. 106, op. diss. Oda, p. 131 ; Affaire de la *Sentence arbitrale, Recueil 1991*, op. indiv. Ni, pp. 104-105.

(68) *Mélanges Virally, loc. cit.*, p. 104. V. encore Lyndel V. PROTT, « The Justification of Decisions in the International Court of Justice », *loc. cit.*, p. 332 ; MAX GOUNELLE, *La motivation..., op. cit.*, p. 103 (« Une fois sélectionnés les motifs essentiels [ce que nous avons appelé les 'raisons' de la décision], le rédacteur de l'acte juridictionnel construit son raisonnement autour de ceux-ci ») ; v. aussi p. 109 et s.

(69) C.I.J., Affaire du *Plateau continental (Libye-Malte), Recueil 1985*, op. diss., p. 168, § 78 (traduit en français par « analyse rationnelle et objective »)

(70) C.I.J., Affaire du *Sud-Ouest africain, Recueil 1966*, op. indiv. Van Wyk, p. 69, § 5.

(71) C.I.J., Affaire du *Sud-Ouest africain, Recueil 1966*, op. diss. Tanaka, p. 298.

(72) C.I.J., Affaire de la *Namibie, Recueil 1971*, op. diss. Fitzmaurice, p. 272, § 79. Pour une autre expression similaire, voy. l'Affaire des *Essais nucléaires, Recueil 1974*, op. indiv. Gros, p. 284, § 13. Ilmar TAMMELO considère de manière générale que l'administration de la justice doit être guidée par une « rule of reason », et effectuée par les juges « as reasonable men responsible to mankind... » ; « Treaty Interpretation and Considerations of Justice », *R.B.D.I.*, 1969-I, pp. 85-86.

limité d'une définition provisoire. Nous procéderons à cette clarification lors de la deuxième partie de la présente étude, consacrée au contenu du « raisonnable » (73). Il suffit à ce stade de souligner que son champ d'application révèle un voisinage avec d'autres notions qui renvoient elles aussi à la raison comme substantif.

L'analyse du discours juridictionnel dans son ensemble nous mène aux mêmes conclusions que celles tirées à propos de ses étapes particulières : comme pour l'établissement ou la qualification des faits et pour l'interprétation de la règle, le discours juridictionnel se développe selon une méthode qui consiste à exposer en premier lieu une « explication raisonnable » de l'hypothèse librement choisie par le juge. Au demeurant, dans toutes ces hypothèses également, cette « explication raisonnable » ne sera retenue que dans la mesure où elle mène à un résultat raisonnable.

2. *Le « raisonnable », critère limitant le résultat de la mise en œuvre du discours choisi*

82. L'obligation pour le juge de développer sa motivation de manière à ce qu'elle aboutisse à un résultat raisonnable a été indirectement mentionnée par la Cour dans l'affaire de la *Barcelona Traction*. Dans cette espèce, la Cour a mis en œuvre une motivation répondant à ce que nous venons de désigner comme une méthode raisonnable : sa décision est précédée de raisons exposées selon une ligne de raisonnement. Mais elle ne s'en est pas contentée. En effet, après avoir terminé l'explication de son dispositif, la Cour a tenu à prendre en compte un argument supplémentaire de la Belgique selon lequel il ne serait pas équitable de priver les actionnaires de toute protection sous prétexte que le droit international n'admet que la protection par l'État national de la société, étant donné que ce dernier — en l'occurrence le Canada — était resté inactif. C'est à cette occasion que, selon les termes de l'arrêt,

> « la Cour estime que, dans le domaine de la protection diplomatique comme dans tous les autres domaines, *le droit international exige une application raisonnable* » (74).

Même si la Cour rejette finalement le contre-argument belge, il est significatif qu'elle se soit sentie tenue de l'analyser, et de formuler

(73) V. not. *infra*, Chapitre V, section 2.
(74) C.I.J., *Recueil 1970*, p. 48, § 92 ; nous soulignons.

à cette occasion un *obiter dictum* à portée très générale. Ce principe, déjà incidemment évoqué dans des affaires antérieures (75), a été repris tel quel par une juridiction arbitrale (76), et appliqué par la Cour. Ainsi, dans les affaires de délimitation des plateaux continentaux, la Cour a vérifié si la méthode choisie menait à un résultat raisonnable eu égard aux prétentions des parties (77).

83. Comment convient-il de vérifier le caractère raisonnable du résultat auquel on arrive à l'issue du discours juridictionnel ? Pour les différentes étapes du syllogisme judiciaire, nous avions constaté qu'une méthode n'aboutissait à un résultat raisonnable que si elle était apte à prendre en compte des éléments qui n'avaient pas été repris dans le raisonnement choisi discrétionnairement par le juge. En matière d'interprétation — ou de qualification — l'hypothèse privilégiée devait pouvoir être justifiée par rapport à n'importe quel moyen d'interprétation, et en particulier par rapport à l'objet et au but de la disposition (78). En matière d'établissement des faits, la version privilégiée devait résister à la confrontation avec n'importe quel fait ou circonstance invoqué par l'une des parties au litige (79). La démarche est évidemment identique dans le cas du discours juridictionnel. Le juge a le choix discrétionnaire des arguments qu'il souhaite intégrer dans son discours mais, en contrepartie, ce discours doit pouvoir résister aux arguments non repris.

C'est conformément à ce schéma que la Cour a procédé dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, puisque c'est après avoir développé

(75) Dans l'affaire *Pinson*, on évoque la nécessité d'une « solution raisonnable de la controverse » ; 19 octobre 1928, *R.S.A.*, vol. V, p. 422. Dans l'affaire des *Minquiers et Ecrehous*, la Cour rejette un argument car, en l'occurrence, ce « serait aller bien au-delà d'une application raisonnable de considérations de droit » ; *Recueil 1953*, pp. 56-57. Voy. déjà C.P.J.I., Affaire du *Lotus*, *Série A, n° 9*, op. diss. Moore, p. 71 ; Affaire *Mavromatis (réadaptation), Série A, n° 10*, op. diss. Nyholm, p. 29 (qui affirme la nécessité d'une « application raisonnable des règles de compétence ») ; C.I.J., Affaire de l'*Audition des pétitionnaires, Recueil 1956*, op. indiv. Lauterpacht, p. 53 ; Affaire de l'*Incident aérien, Recueil 1959*, op. diss. coll. Lauterpacht *et alii*, p. 178 ; Affaire du *Plateau continental de la mer du Nord, Recueil 1969*, op. diss. Lachs, p. 239 (« Là encore, l'application de la règle et la possibilité d'exceptions doivent être envisagées de façon raisonnable » ...).

(76) Affaire concernant le *Filetage à l'intérieur du golfe du Saint-Laurent entre le Canada et la France*, Sentence du 17 juillet 1986, *R.S.A.*, vol. XIX, p. 259, § 54.

(77) V. p.ex. C.I.J., Affaire du *Golfe du Maine, Recueil 1984*, p. 386, § 42 ; Affaire du *Plateau continental de la Mer du Nord, Recueil 1969*, op. indiv. Padilla Nervo, p. 90 ; Affaire du *Plateau continental (Libye-Malte)*, op. diss. Oda, p. 144, § 38. En ce sens, Michel Virally considère que « le juge est amené à donner une solution 'bonne' c'est-à-dire adaptée, raisonnable [...] » ; « L'équité dans le droit. A propos des problèmes de délimitation maritime », *in Le droit international en devenir. Essais écrits au fil des ans*, Paris, P.U.F., 1990, p. 406.

(78) V. *supra*, section 1, §§ 44 et s.

(79) V. *supra*, section 2, §§ 57 et s.

sa propre ligne de raisonnement qu'elle lui oppose le contre-argument belge. La doctrine a relevé à ce sujet que les juridictions internationales répondent « avec beaucoup de soin aux arguments présentés par la partie qui succombe, au moins lorsqu'il s'agit d'une décision qui tranche le fond » (80). Cela est tellement vrai que la Cour internationale de Justice s'estime tenue de répondre aux arguments hypothétiques d'une partie qui a choisi de ne pas comparaître devant elle (81), ce qui montre bien qu'un discours n'aboutira à un résultat raisonnable que s'il résiste à la contre-argumentation.

84. En définitive, la place du « raisonnable » est extrêmement importante dans le discours juridictionnel en général, tout comme pour chaque étape particulière du syllogisme. Le principe de base reste la liberté d'appréciation du juge, et c'est surtout sur ce point que la doctrine insiste généralement. Cependant, à l'analyse, le discours juridictionnel ne se développe pas sur base d'une liberté illimitée. Dans le choix de sa méthode, le juge agence les éléments retenus (moyens d'interprétation, faits ou arguments) de manière compréhensible pour tout homme raisonnable. Il évalue aussi le caractère raisonnable du résultat obtenu, en s'assurant qu'il reste compatible avec les éléments (moyens d'interprétation, faits ou arguments) que le juge a choisi de ne pas reprendre pour fonder sa décision, mais qui ont — ou pourraient — être avancés par la partie succombante.

Conclusion

85. L'examen de chacune des étapes du syllogisme judiciaire fait apparaître un champ d'application extrêmement étendu du « raisonnable ». Les exemples d'utilisation de la notion par les juridictions internationales sont pratiquement innombrables. Ce n'est pas un hasard, dans la mesure où c'est le mécanisme même du processus d'application du droit qui reprend une utilisation extensive de la notion en fonction de ce que nous avons caractérisé comme une double exigence : la liberté d'appréciation du juge est limitée par l'obligation de mettre en œuvre une méthode raisonnable, qui doit aboutir à un résultat raisonnable. Cela vaut tant pour des matières

(80) Max Gounelle, *La motivation..., op. cit.*, p. 101.
(81) Voy. not. C.I.J., Affaire des *Activités militaires..., Recueil 1986*, pp. 23 et ss., §§ 26 et s.

où on pouvait s'attendre à un rôle étendu de la raison, comme le discours juridictionnel, que pour d'autres où ce n'était pas *a priori* le cas, comme l'établissement des faits.

86. Ces conclusions ont été émises à partir d'une analyse exclusivement centrée sur la pratique ou la théorie relevant du droit international. N'ont été envisagés ni les cas relevant d'un droit particulier, ni les nombreux écrits de théoriciens qui se sont penchés sur le mécanisme de l'application du droit en dehors du droit international. En réalité, les théoriciens ont davantage approfondi la question des fonctions de l'utilisation du « raisonnable », et nous vérifierons dans quelle mesure leurs réflexions peuvent être transposées au discours juridictionnel international dans le cadre du titre II de la présente étude. Mais, auparavant, il importe d'évaluer le champ d'application de la notion dans l'énoncé de la règle de droit par le juge. Il ne s'agira plus d'envisager le discours sous un aspect « vertical », allant de la règle au cas particulier, mais sous un aspect « horizontal », qui consiste en des énoncés à portée plus générale.

CHAPITRE II

LE « RAISONNABLE » DANS LE DISCOURS JURIDICTIONNEL « HORIZONTAL »

87. Si la tâche du juge consiste principalement à appliquer le droit de manière à donner une solution concrète à un cas d'espèce, il est à cet effet amené à énoncer la règle de droit. C'est ce que l'on appelle la majeure du syllogisme, qui consiste en une formulation générale et abstraite applicable à l'affaire dont le juge est saisi mais aussi, le cas échéant, transposable à d'autres. C'est pourquoi ce sont ces passages du discours juridictionnel qui sont le plus souvent cités comme faisant jurisprudence. On peut à ce sujet évoquer une perspective « horizontale ». C'est cette étape particulière du discours juridictionnel que nous examinerons dans le cadre de ce chapitre.

88. Comme nous allons le voir, le « raisonnable » se retrouve fréquemment dans ce type de discours. Deux hypothèses peuvent être distinguées à cet égard.

Il se peut d'abord que le juge ne fasse que rapporter la règle contenue dans une disposition écrite, que l'on retrouve dans un traité liant les États en cause. Son rôle est alors éminemment passif, puisqu'il se contente de reprendre une formule dont il n'est pas l'auteur. Cette situation fera l'objet de la première section.

Il se peut aussi que le juge soit amené à jouer un rôle plus actif, lorsque la règle applicable ne se trouve pas énoncée de manière expresse, soit que la disposition conventionnelle applicable nécessite une reformulation en raison de sa trop grande généralité, soit parce que cette règle est contenue dans une source non écrite, comme la coutume. L'introduction du « raisonnable » dans le discours juridictionnel est alors le directement l'œuvre du juge. Cette hypothèse sera traitée dans une seconde section.

SECTION 1re. — LE « RAISONNABLE » DANS LE DISCOURS JURIDICTIONNEL « HORIZONTAL » RAPPORTÉ

89. La présence du « raisonnable » dans le discours juridictionnel « horizontal » résulte parfois de ce qu'on appelle un discours « rapporté ». Lorsque, dans le cadre de l'application des articles 5, § 3 ou 6, § 1er de la Convention européenne des droits de l'homme, la Cour de Strasbourg est amenée à interpréter la notion de « délai raisonnable », elle commence son jugement en droit par une citation de la disposition qui contient l'expression (1).

Les exemples de ce type sont relativement limités, dans la mesure où ils sont subordonnés à l'application en l'espèce d'une règle conventionnelle qui contienne le terme en cause. Mais le juge peut être amené à rencontrer un grand nombre de conventions dans lesquelles on retrouve le « raisonnable », et à développer sur cette base un discours rapporté. C'est dans cette perspective que nous examinerons brièvement la pratique conventionnelle dans les lignes qui suivent. *Il ne s'agira donc pas à proprement parler de discours juridictionnel, mais plutôt d'un discours juridictionnel potentiel.* Ce détour nous permettra toutefois de juger de l'étendue du champ d'application de la notion dans les règles applicables par les juridictions internationales.

Ainsi, nous constaterons que le champ d'application du « raisonnable » n'est limité ni en fonction de matières (A), ni en fonction de périodes particulières (B).

A. — *Un champ d'application qui n'est pas limité* ratione materiae

90. Les exemples conventionnels de l'utilisation de la notion sont potentiellement illimités (2). On peut les regrouper selon différentes matières, en commençant par celles où la présence du « raisonnable » est la plus fréquente.

(1) Pour un exemple précis, v. *infra*, Chapitre V, § 305.

(2) On retrouvera une série d'exemples dans Jean J.A. SALMON, « Le concept de raisonnable en droit international public », *in Mélanges Paul Reuter*, Paris, Pédone, 1982, pp. 452 et s.

91. Une large part des cas que nous avons relevés a trait à des *mécanismes procéduraux*. Ainsi, l'art. 29 § 1 de la Convention européenne pour le règlement pacifique des différends dispose que :

> « S'il s'agit d'un différend dont l'objet, d'après le droit interne de l'une des parties, relève de la compétence des autorités judiciaires ou administratives, cette partie pourra s'opposer à ce que ce différend soit soumis aux diverses procédures prévues par la présente Convention avant qu'une décision définitive ait été rendue, *dans des délais raisonnables*, par l'autorité compétente » (3).

Cette notion de « délai raisonnable » se retrouve dans nombre de procédures conventionnelles (4). Elle peut conditionner la mise en œuvre d'un mécanisme général de règlement (5), la possibilité de constituer une commission d'enquête (6), de rendre publique une réclamation ou une infraction en l'absence de réaction du gouvernement intéressé (7), la suspension du droit de vote si l'État visé ne s'est pas acquitté de ses obligations (8), ou caractériser le temps laissé à un État pour fournir des pièces (9) ou des informations (10) ou encore pour exécuter une décision (11) ou rendre compte d'une infraction (12). On retrouve également le « raisonnable » dans certaines clauses d'urgence autorisant des dérogations à la convention,

(3) Nous soulignons ; Convention du 29 avril 1957, texte dans COLLIARD et MANIN, *Droit international et histoire diplomatique*, Paris, Montchréstien, 1970, tome II (ci-après COLLIARD et MANIN), p. 813.

(4) On retrouve aussi à l'occasion l'expression de « période raisonnable » ; v. p. ex. l'art. 20 de l'Echange de notes du février 1946 entre les Pays-Bas et le Mexique concernant le versement d'indemnités pour l'expropriation de biens de l'industrie pétrolière ; *R.T.N.U.*, vol. 3, p. 31.

(5) V. les art. 74, § 2 et 83, § 2 de la Convention de Montego Bay du 30 avril 1982 sur le droit de la mer ; texte dans Jacques-Yvan MORIN, Francis RIGALDIES et Daniel TURP, *Droit international public. Notes et documents*, 2e éd. Tome I, Documents d'intérêt général, Montréal, Thémis, 1987 (ci-après MORIN *et alii*), resp. pp. 295 et 299 ; v. aussi l'art. 26 de la Charte de l'O.E.A. du 27 février 1967 ; COLLIARD et MANIN, tome I, II, p. 919 ; la version du 30 avril 1948 (dite Charte de Bogota) prévoit une « période raisonnable » ; art. 23 ; *ibid.*, p. 813 ; v. encore la section IV, H, annexée à l'Accord entre les États-Unis et l'Australie relatif aux transports aériens signé à Washington, le 3 décembre 1946 ; *R.T.N.U.*, vol. 7, p. 223.

(6) V. l'art. 26, § 3 de la « Constitution de l'O.I.T. adoptée par la Conférence internationale du Travail réunie à Montréal, lors de sa 29e session, le 9 octobre 1946 » (tel qu'amendée le 25 juin 1953 et le 22 juin 1962) ; COLLIARD et MANIN, tome I, 1971, p. 181.

(7) Art. 25 de cette dernière convention, *ibid.*, p. 180.

(8) Art. 62 de la Convention relative à l'aviation civile internationale, signée à Chicago le 7 décembre 1944, COLLIARD et MANIN, tome I, p. 103.

(9) Art. 22 du « Protocole sur le Statut de la Cour de Justice » joint au Traité CECA du 18 avril 1951 ; COLLIARD et MANIN, tome I, p. 388.

(10) Art. 48 de la Convention américaine des droits de l'homme, signée à San José, le 22 novembre 1969 ; COLLIARD et MANIN, tome II, p 973.

(11) V. not. l'art. 11 de la Charte du tribunal d'arbitrage ; COLLIARD et MANIN, tome II, p. 542.

(12) Art. 54, k) de la Convention de Chicago relative à l'aviation civile internationale, 7 décembre 1944 ; texte dans MORIN *et alii*, p. 21. Voy. par ailleurs l'art. IV, sections 6 et 8b) de l'Accord relatif au Fonds monétaire international ; *R.T.N.U.*, vol. 2, pp. 51 et 53, l'art. XIV, section 25 et art. XV, section 2b), p. 95.

par exemple pour caractériser le délai dans lequel on doit communiquer les mesures prises (13). Parfois, le traité précise que le délai sera celui que certains États ou leurs représentants « fixeront comme raisonnable » (14) ou que « la Banque aura la faculté de fixer » ce délai (15).

92. La notion se retrouve par ailleurs assez souvent dans des conventions régissant les *relations économiques internationales*. Ainsi, selon l'article 39 du Traité de Rome,

> « La politique agricole commune a pour but : [...]
>
> e) D'assurer des *prix raisonnables* dans les livraisons aux consommateurs »,

l'article 81 du même instrument prévoyant que

> « Les taxes ou redevances qui, indépendamment des prix de transport, sont perçues par un transporteur au passage des frontières, *ne doivent pas dépasser un niveau raisonnable*, compte tenu des frais réels effectivement entraînés par ce passage [...] » (16).

L'Accord GATT reprend aussi des expressions diverses contenant l'adjectif (17). Sont encore évoqués dans d'autres instruments en matière économique, outre le « prix raisonnable » (18), un « montant raisonnable » (19), une « commission » (20), des « frais » (21), des « profits » (22) ou des « tarifs raisonnables » (23), des « mesures rai-

(13) Art. 30 de la Charte sociale européenne du 18 octobre 1961 ; COLLIARD et MANIN, tome II, p. 943 ; v. aussi l'art. 10 du Traité relatif à l'utilisation des eaux de l'Indus, signé à Karachi le 19 septembre 1960 ; COLLIARD et MANIN, tome II, p. 1161.

(14) Art. 24, a) de l'Accord établissant l'Autorité internationale de la Ruhr, du 28 avril 1949 ; COLLIARD et MANIN, tome II, p. 278.

(15) Art. X des Accords de Bretton Woods du 27 décembre 1945 ; *R.T.N.U.*, vol. 2, p. 187.

(16) Nous soulignons ; texte dans COLLIARD et MANIN, tome II, p. 693.

(17) V. les art. VI, § 1er, b) ii) et XXXVII, § 1er, a) de l'Accord, texte dans MORIN *et alii*, resp. pp. 100 et 109.

(18) V. p.ex. l'art. 22, § 1er, b) de la Convention instituant l'A.E.L.E. du 4 janvier 1960 ; COLLIARD et MANIN, tome II, p. 872.

(19) Art. 12c) du Traité général d'intégration économique de l'Amérique centrale, signé à Managua le 13 décembre 1960 ; COLLIARD et MANIN, Tome I, II, p. 860.

(20) Art. V, Section 8a) de l'Accord relatif au Fonds monétaire international ; *R.T.N.U.*, vol. 2, p. 59.

(21) Section 4, § 4 de l'Accord relatif à la B.I.R.D. (Accords de Bretton Woods du 27 décembre 1945), *R.T.N.U.*, vol. 2, p. 145 et Art. 25, § 5 du Traité portant rétablissement d'une Autriche indépendante et démocratique, Vienne, 15 mai 1955 ; COLLIARD et MANIN, tome II, p. 574.

(22) V. p. ex. le préambule du projet de convention joint au memorandum d'accord du 22 avril 1942 entre les États-Unis, l'Argentine, l'Australie, le Canada et le Royaume-Uni relatif à la production et au marché du blé ; *R.T.N.U.*, vol. 8, p. 290.

(23) Art. 32 du Traité portant rétablissement d'une Autriche indépendante et démocratique, Vienne, 15 mai 1955 ; COLLIARD et MANIN, tome II, p. 574.

sonnables » (24), des « remises d'importance raisonnable » (25), une « réciprocité raisonnable » (26) et une « cadence raisonnable » (27) d'expansion des échanges, un « degré raisonnable de stabilité des marchés » (28), des « conditions raisonnables » d'obtention de crédit (29), les « exigences raisonnables » de la consommation intérieure (30), des « limites raisonnables » pour la possibilité de concourir dans des opérations d'achat ou de vente (31), un « délai raisonnable » de livraison (32), pour atteindre la croissance économique (33), ou pour réduire des subventions aux exportations (34), une « diversification raisonnable » dans les investissements (35), des « possibilités raisonnables » de souscription, ... (36).

(24) Art. XXIV § 12 de l'Accord GATT, *Résultats des négociations commerciales multilatérales du cycle d'Uruguay — Textes juridiques*, Genève, Secrétariat du GATT, 1994, p. 555.

(25) Art. XIX de l'Accord relatif au Fonds monétaire international ; *R.T.N.U.*, vol. 2, p. 105.

(26) Art. 22, § 2 de la Convention instituant l'A.E.L.E. du 4 janvier 1960 ; COLLIARD et MANIN, tome II, p. 866.

(27) Art. 10, § 3 de la Convention instituant l'A.E.L.E. du 4 janvier 1960 ; COLLIARD et MANIN, tome II, p. 866.

(28) Art. 22, § 1er, b) de la Convention instituant l'A.E.L.E. du 4 janvier 1960 ; COLLIARD et MANIN, tome II, p. 872.

(29) Section 4, § 2 et Section 3, § b) de l'Accord relatif à la Banque internationale pour la reconstruction et le développement ; *R.T.N.U.*, vol. 2, pp. 145 et 151 ; Art. 18 du Protocole sur les Statuts de la Banque européenne d'investissement, Rome, 25 mars 1957 ; art. 22, § 1er, b) de la Convention instituant l'A.E.L.E. du 4 janvier 1960 ; COLLIARD et MANIN, tome II, p. 735, art. 14, v) de l'Accord portant création de la Banque asiatique de développement, signé à Manille le 4 décembre 1965 ; *R.T.N.U.*, vol. 571, p. 153.

(30) Art. 5 de l'Accord d'assistance mutuelle entre les États-Unis et le Pakistan du 19 mai 1954 ; COLLIARD et MANIN, tome I, II, p. 1108.

(31) Art. 9 du Traité multilatéral de libre-échange et d'intégration économique de l'Amérique centrale, signé à Tegicugalpa le 10 juin 1958 ; COLLIARD et MANIN, Tome I, II, p. 834.

(32) Art. 66 du Traité instituant la CEEA (EURATOM), signé le 25 mars 1957 à Rome ; art. 22, § 1er, b) de la Convention instituant l'A.E.L.E. du 4 janvier 1960 ; COLLIARD et MANIN, tome II, p. 768.

(33) Titre Ier, § 1er de la Charte de Punta del Este, 17 août 1961, COLLIARD et MANIN, tome I, II, p. 878

(34) Titre II, chapitre Ier, E, de la même convention ; *ibid.*, p. 888 ; v. p. ailleurs l'art. II, section 9b) de l'Accord relatif à la Banque internationale pour la reconstruction et le développement ; *R.T.N.U.*, vol. 2, p. 135.

(35) Art. 17, i) de l'Accord portant création de la Banque africaine de développement, signé à Khartoum le 4 août 1963 ; *R.T.N.U.*, vol. 510, p. 67.

(36) Art. II, section 3, c) de l'Accord relatif à la Banque internationale pour la reconstruction et le développement ; *R.T.N.U.*, vol. 2, p. 137 ; v. encore d'autres expressions, not. dans l'art. III de la Convention des 16 avril et 6 juin 1946 entre le Royaume-Uni et les États-Unis ; *R.T.N.U.*, vol. 6, p. 197, art. 10, ii) de l'Echange de notes entre l'Australie et les Pays-Bas du 24 janvier 1947 ; *R.T.N.U.*, vol. 10, p. 85, art X de l'Accord entre la République du Congo et l'Organisation des Nations Unies relatif à une aide économique et financière des Nations Unies à la République du Congo ; *R.T.N.U.*, vol. 494, p. 208 ; art. IV section 11 de l'Accord entre les Philippines et la Banque asiatique de développement relatif au siège de la Banque asiatique de développement ; *R.T.N.U.*, vol. 615, p. 383.

93. Un autre domaine où l'adjectif apparaît régulièrement est celui du régime de la protection des *droits de la personne*, qu'il s'applique en temps de paix ou en temps de guerre.

94. Les exemples les plus connus sont contenus dans la Convention européenne des droits de l'homme. L'article 5, § 3 énonce le droit de toute personne privée de sa liberté « d'être jugée dans un délai raisonnable ou libérée pendant la procédure », tandis que l'article 6, § 1er dispose plus généralement que

> « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, [...] ».

Par ailleurs, l'article 5, § 1 c) autorise l'arrestation ou la détention d'une personne lorsqu'il « [...] y a des motifs raisonnables de croire à la nécessité de l'empêcher de commettre une infraction ou de s'enfuir après l'accomplissement de celle-ci ». Enfin, en vertu de l'article 3 du Premier Protocole,

> « les Hautes Parties contractantes s'engagent à organiser, *à des intervalles raisonnables*, des élections libres au scrutin secret, dans les conditions qui assurent la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif » (37).

La notion se retrouve dans plusieurs autres instruments protecteurs des droits de la personne. Ainsi, le « délai raisonnable » de jugement applicable en cas de détention préventive est prévu à l'article 9, § 3 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (38) et à l'article 7 de la Convention américaine des droits de l'homme (39), qui reprend en son article 8 une formule similaire à l'art. 6, § 1 de la C.E.D.H. Le Pacte exige par ailleurs l'octroi de droits politiques « sans restriction déraisonnable » (40). La règle de l'épuisement des voies de recours internes est également rendue inapplicable lorsque les recours « excèdent les délais raisonnables » (41). En matière économique et sociale, certains États se sont engagés à une « limitation raisonnable de la durée du travail » (42) et, dans l'hypothèse où cela reste à faire au moment de

(37) Nous soulignons.
(38) Texte dans COLLIARD et MANIN, tome I, p. 342.
(39) San José, 22 novembre 1969 ; COLLIARD et MANIN, tome II, II, p. 963.
(40) Art. 25 du Pacte ; *ibid.*
(41) Art. 41, § 1er, c) du Pacte sur les droits civiles et politiques, *ibid.*, p. 350, et Protocole facultatif se rapportant au Pacte relatif aux droits civils et politiques, *id.*, art. 5.
(42) Art. 7, d) du Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels ; COLLIARD et MANIN, tome I, p. 333.

leur adhésion au Pacte, à assurer la pleine application du principe de l'enseignement primaire obligatoire et gratuit pour tous, dans un « nombre raisonnable d'années » fixé par un plan à adopter (43). Le droit des réfugiés reprend une notion similaire (44).

95. Enfin, le *droit des conflits armés* regorge d'exemples d'utilisations de la notion. L'écoulement d'un « délai raisonnable » après une sommation conditionne ainsi la fin de la protection d'établissements ou d'unités, de navires sanitaires (45), alors que l'attaque d'un aéronef en zone ennemie, ou d'un aéronef d'un État non partie au conflit, ne peut être opérée qu'après avoir accompli des « efforts raisonnables » pour le faire atterrir (46). Par ailleurs, les États sont tenus de prendre toutes les « précautions raisonnables » pour éviter les pertes civiles avant d'engager certaines attaques (47).

96. Un autre domaine d'application est celui du *régime international des espaces*.

Le *droit international aérien* fournit de nombreux exemples. Selon l'art. 9 de la Convention de Chicago relative à l'aviation civile, chaque État partie peut restreindre ou interdire le survol de certaines zones pour des raisons de nécessité militaire ou de sûreté publique, mais

> « [...] ces zones interdites doivent avoir une étendue et un emplacement raisonnables afin de ne pas gêner sans nécessité la navigation aérienne » (48).

(43) Art. 14 de la même convention, *ibid.*, p. 336.

(44) V. l'art. 31 de la Convention de Genève du 18 juillet 1951 relative au statut des réfugiés ; texte dans MORIN *et alii*, p. 128.

(45) Art. 21 et 34, § 1[or] de la première Convention de Genève et art. 13, al. 1[er] du Premier Protocole de Genève.

(46) Art. 27, al. 2 et 31 al. 2 du Premier Protocole de Genève.

(47) Art. 57, al. 4 du Premier Protocole de Genève ; v. encore les « facilités raisonnables » dont doivent pouvoir disposer les prisonniers pour consulter leur compte ; Art. 65 de la Deuxième Convention de Genève.

(48) Texte dans MORIN *et alii*, p. 14 ; l'expression « concurrence déraisonnable » est contenue dans l'art. 44, e) de la même convention, *ibid.*, p. 18. V. encore l'art. 1[er], section 3 de l'Accord relatif au transit des services aériens internationaux du 7 décembre 1944, selon lequel « Un Etat contractant qui accorde aux entreprises de transport aérien d'un autre Etat contractant le droit de faire escale pour des raisons non-commerciales pourra exiger que ces entreprises offrent un *service commercial raisonnable* en ces mêmes points d'escale » ; nous soulignons ; Appendice III de l'Acte final de la Conférence de Chicago ; v. une autre expression dans la section 4 du même article et un énoncé similaire dans l'art. I[er], section 3 de l'Accord relatif au transport aérien international du 7 décembre 1944, Appendice IV de la Conférence de Chicago ; textes dans COLLIARD et MANIN, tome I, resp. pp. 111 et 114.

D'autres expressions, comme des « taxes » (49), des « droits » (50), des « redevances » (51) ou des « conditions » (52) « justes et raisonnables » ou encore des tarifs « à des taux raisonnables » (53) ou des « bénéfices raisonnables » (54), qui ont toutes trait à des modalités de la coopération entre les États en matière de services aériens, peuvent être relevées.

En *droit international de la mer*, l'art. 2 de la Convention de Genève sur la haute mer de 1958 prévoit que les libertés de navigation, de pêche, de poser des câbles et pipe-lines sous-marins, et de survol, ainsi que les autres libertés reconnues par les principes généraux du droit international

> « [...] sont exercées par tous les États en tenant raisonnablement compte de l'intérêt que la liberté de haute mer présente pour les autres États » (55).

Par ailleurs, en vertu de l'article 26 § 2,

(49) Art. I, section 4, § 2 de ces deux dernières conventions ; *ibid.*, pp. 112 et 114.

(50) V. not. l'art. 4, a) de l'Accord entre les États-Unis et le Portugal relatif aux services de transport aérien, signé à Lisbonne le 6 décembre 1945 ; *R.T.N.U.*, vol. 3, p. 151, art. 3, a) de l'Accord entre les États-Unis et la Tchécoslovaquie relatif aux transports aériens, signé à Prague le 3 janvier 1946 ; *R.T.N.U.*, vol. 6, p. 321, art. IV, a) de l'Accord du 16 novembre 1946 entre les États-Unis et les Philippines relatif aux transport aériens ; *R.T.N.U.*, vol. 7, p. 155, art. 3, a) de l'Accord entre les États-Unis et le Danemark du 16 décembre 1944 relatif aux services de transport aérien ; *R.T.N.U.*, vol. 10, p. 217.

(51) Art. 71 de la Convention relative à l'aviation civile internationale, signée à Chicago le 7 décembre 1944 ; COLLIARD et MANIN, tome I,, p. 103.

(52) Art. 72 de la même convention ; *ibid.* ; v. encore d'autres expressions aux articles 73 et 75.

(53) Annexe 7, b) de l'Accord entre le Royaume-Uni et le Portugal du 6 décembre 1945 relatif aux services aériens ; *R.T.N.U.*, vol. 5, p. 59 ; Art. 8, b) de l'Accord entre le Royaume-Uni et la Turquie relatif aux services de transport aérien, signé à Ankara le 12 février 1946 ; *R.T.N.U.*, vol. 6, p. 104 ; art. 8, b) de l'Accord entre le Royaume-Uni et la Norvège relatif aux communications aériennes à destination, au travers et en provenance de Grande-Bretagne et de Norvège, signé à Londres le 31 août 1946 ; *R.T.N.U.*, vol. 6, p. 257 ; Section IV, A, annexée à l'Accord entre les États-Unis et la Nouvelle-Zélande relatif aux transports aériens signé à Washington, le 3 décembre 1946 ; *R.T.N.U.*, vol. 7, p. 193 ; Section IV, A, annexée à l'Accord entre les États-Unis et l'Australie relatif aux transports aériens signé à Washington, le 3 décembre 1946 ; *R.T.N.U.*, vol. 7, p. 219 ; art. 4, § 1er et annexe IV de l'annexe de l'Accord entre le Royaume-Uni et la Chine relatif aux transports aériens, signé à Nankin, le 23 juillet 1947 ; *R.T.N.U.*, vol. 9, p. 248 ; § 10 de l'annexe à l'Accord entre l'Australie et le Canada du 11 juin 1946 relatif aux services de transport aérien ; *R.T.N.U.*, vol. 10, p. 61.

(54) Art. 7, b) de l'Accord entre le Royaume-Uni et le Portugal du 6 décembre 1945 précité, Section IV, A, annexée à l'Accord entre les États-Unis et l'Australie relatif aux transports aériens précité ; *R.T.N.U.*, vol. 7, p. 219 ; v. encore 1, § 3 de l'Accord du 27 septembre 1946 entre le Royaume-Uni et la Norvège relatif à la fourniture d'avions et de matériel ; *R.T.N.U.*, vol. 6, p. 261 et la section IV, E annexée à l'Accord entre les États-Unis et la Nouvelle-Zélande relatif aux transports aériens, précité ; *R.T.N.U.*, vol. 7, p. 195.

(55) COLLIARD et MANIN, Tome Ier-I, p. 233.

« l'État riverain ne peut entraver la pose ou l'entretien des câbles ou pipelines, réserve faite de son droit de prendre des mesures raisonnables pour l'exploration du plateau continental et l'exploitation de ses ressources naturelles » (56),

tandis que l'art. 29 de la même convention subordonne l'octroi d'une indemnité aux propriétaires de navires ayant subi des dommages pour éviter d'endommager un câble à la condition qu'ils aient préalablement pris « toutes mesures de précaution raisonnables » (57). La Convention de Montego Bay du 30 avril 1982 reprend le terme à plusieurs reprises (58).

Enfin, plusieurs conventions régissant les activités dans l'*espace extra-atmosphérique* font de même (59).

97. L'énumération de dispositions conventionnelles contenant le terme « raisonnable » pourrait presque se poursuivre indéfiniment. Il ne semble pas que certaines matières échappent complètement à son utilisation, même si des études statistiques pourraient le cas échéant constater des divergences de fréquences et une présence plus affirmée dans certains domaines. On peut encore citer les règles conventionnelles en *matière fluviale*, qui consacrent l'« utilisation équitable et raisonnable » des eaux (60), plusieurs articles des conventions de *droit diplomatique* et consulaire, qui reprennent la notion de « délai raisonnable » (61), mais encore des traités relatifs à la *coopération*

(56) *Ibid.*, p. 238.

(57) *Ibid.*

(58) Outre les dispositions relatives à des procédures de règlement des différends citées ci-dessus, v. l'art. 115 (qui correspond à l'art. 29 de la Convention de Genève précité) et l'art. 98 *in* MORIN *et alii*, resp. pp. 307 et 303.

(59) V. p. ex. l'art. X, § 2 de la Convention du 29 mars 1972 sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par les objets spatiaux ; MORIN *et alii*, p. 249 ; v. par ailleurs l'art. 10, g) de l'Accord spécial sur le système commercial mondial de télécommunications par satellites, signé à Washington le 20 août 1964 ; COLLIARD et MANIN, tome I, p. 312, et l'art. VII, § 2 de la Convention portant création d'une organisation européenne de recherches spatiales, signée à Paris le 14 juin 1962 ; *R.T.N.U.*, vol. 528, p. 40 et art. 6 de l'Accord du 5 décembre 1979 régissant les activités sur la Lune et les autres corps célestes.

(60) V. p. ex. l'Acte de Santiago sur les bassins hydrologiques conclu entre l'Argentine et le Chili le 26 juin 1971 ; *R.T.N.U.*, vol. 321, p. 259 ; l'art. 1er, b) du Traité du Bassin de Rio de la Plata des 22 et 23 avril 1969 prévoit une « exploitation raisonnable » des rivières pour des usages multiples ; COLLIARD et MANIN, tome II, p. 950 ; v. encore une autre expression en la matière dans l'art. II, § 5 de l'Accord pour l'utilisation des eaux du Nil, signé au Caire le 8 novembre 1959 ; *ibid.*, p. 535, et dans l'art. 4 § 10 du Traité relatif à l'utilisation des eaux de l'Indus, signé à Karachi le 19 septembre 1960, *ibid.*, tome I, II, p. 1155.

(61) V. les art. 8 et 39 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques du 18 avril 1961 ; COLLIARD et MANIN, tome I,, pp. 265 et 271 ; v. d'autres expressions contenant l'adjectif dans les art. 11 et 29, *id.*, pp. 265 et 268 ; v. encore l'art. 20 de la Convention de Vienne du 24 avril 1963 sur les relations consulaires, MORIN *et alii*, pp. 146-147.

militaire (62) ou des *traités de paix* (63), etc. (64). Enfin, le droit des traités contient le terme, notamment *via* le principe du rejet d'une interprétation qui mène à un résultat « manifestement absurde ou déraisonnable » (65), que nous avons déjà examiné (66).

Le champ d'application de la notion ne semble donc pas limité *ratione materiae*. Il reste à vérifier si l'on peut tirer la même conclusion *ratione temporis*.

B. — *Un champ d'application qui n'est pas limité* ratione temporis

98. L'utilisation du « raisonnable » comme élément d'une règle conventionnelle ne date pas d'hier. Nous reprenons dans les lignes qui suivent un certain nombre d'exemples puisés de manière aléatoire dans les recueils de traités qui couvrent la période allant du XVIII[e] siècle à 1940, exemples que nous avons regroupés par matière dans un but de clarté de l'exposé.

99. En premier lieu, la notion apparaît dans des domaines que nous avons déjà examinés, comme des traités d'arbitrage. Par exemple, les États déterminent que

(62) V. not. l'art. 11, § 4 de la Convention entre les Etats parties au Traité de l'Atlantique nord sur le statut de leurs forces, signé à Londres le 19 juin 1951 ; COLLIARD et MANIN, tome II, p. 407, l'art. 11 de l'Accord États-Unis-Dannemark relatif à la défense du Grœnland, 27 avril 1951 ; COLLIARD et MANIN, tome II, p. 395, l'art. 5, §§ 1[er], d) et 2, b) de l'Accord d'assistance mutuelle entre les États-Unis et le Pakistan, 19 mai 1954 ; COLLIARD et MANIN, tome I, II, p. 1107, l'art. 8 § 1[er] de l'Accord complétant la convention entre les États parties au Traité de l'Atlantique nord sur le statut de leurs forces en ce qui concerne les forces étrangères stationnées en République fédérale d'Allemagne, signé à Bonn le 3 août 1959 ; *R.T.N.U.*, vol. 481, p. 343.

(63) V. p. ex. l'art. 12, § 2, d) du Traité de paix entre les Puissances alliées et le Japon, signé à San Francisco le 8 septembre 1951 ; COLLIARD et MANIN, tome I, II, p. 1079 ; v. aussi les art. 19, § 2, 22, § 5 et 32, § 1[er] du Traité portant rétablissement d'une Autriche indépendante et démocratique, signé à Vienne le 15 mai 1955, *ibid.*, tome II, pp. 568, 570 et 578.

(64) V. encore l'art. IX, § 3 de l'Accord de coopération entre le Canada et la Communauté européenne de l'énergie atomique (EURATOM) concernant les utilisations pacifiques de l'énergie atomique ; *R.T.N.U.*, vol. 475, p. 197, art. IV section 11, ii) de l'Accord entre les Philippines et la Banque asiatique de développement relatif au siège de la Banque asiatique de développement, signé à Manille le 22 décembre 1966 ; *R.T.N.U.*, vol. 615, p. 383, art. III section 3.01, a) ii) de l'Accord de don entre le Tchad et le Fonds d'équipement des Nations Unies, signé à N'Djamena le 18 août 1975 ; *R.T.N.U.*, vol. 978, p. 192 ; § 3 de l'Échange de notes constituant un accord entre les États-Unis et l'O.N.U. pour l'alimentation et l'agriculture (FAO) relatif à l'affectation de volontaires du *Peace Corps* à des projets entrepris sous les auspices de la FAO, signé à Rome les 23 et 29 mars 1962 ; *R.T.N.U.*, vol. 454, p. 17 ; v. aussi le § 12, p. 19.

(65) Art. 32 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités ; MORIN *et alii*, p. 227 ; v. par ailleurs le « préavis raisonnable » que doit donner tout État nouvellement indépendant pour mettre fin à l'application provisoire d'un traité, contenu à plusieurs reprises dans l'art. 29, §§ 1[er], a) et b), 2 et 3 de la Convention de Vienne du 23 août 1978 sur la succession d'États en matière de traités ; *ibid.*, p. 264.

(66) V. *supra*, Chapitre I, section 1.

« Reasonable compensation to the arbitrator for all his services and expenses, and other expenses of said arbitration, are to be paid in equal moieties by the said Governements » (67).

Le « délai raisonnable » conditionne également la possibilité de soumettre un différend à l'arbitrage (68) ou à la conciliation (69), ou encore limite le temps imparti pour rendre une décision (70) ou pour rendre publique une réclamation, former une commission d'enquête (71), ...

Le domaine économique donne déjà lieu à l'utilisation de la notion. On précise par exemple dans le « Traité de Hubertsbourg entre la Prusse et le Roi de Pologne, Électeur de Saxe », conclu le 15 février 1763, que les intérêts des capitaux

« seront aussi remboursés en entier, sans la moindre réduction ni diminution, et dans un espace de temps raisonnable » (72).

D'autres applications se retrouvent dans des traités d'amitié ou de commerce (73), avec entre autres l'expression de « frais raison-

(67) Art. VII du Protocole conclu le 22 mars 1900 entre le Nicaragua et les États-Unis « for the Arbitration of the Orr and Laubenheimer and Post-Glover Electric Co. Claims » ; PARRY (Ed.), *Consolidated Treaty Series* (ci-après *C.T.S.*), vol. 188, 1899-1900, p. 332 ; v. aussi l'art. VII du Protocole conclu le 18 octobre 1899 entre Haïti et les États-Unis « for the Arbitration of the Question of the Liability and Amount of Damages to be awarded John D. Metzger and Co. », *ibid.*, p. 108.

(68) Art. IV du Traité d'amitié entre l'Estonie et la Perse, signé à Moscou le 3 octobre 1931 ; *R.T.S.d.N.*, vol. 137, p. 186 ; v. un exemple similaire dans l'art. 3 du Traité de conciliation, d'arbitrage et de règlement judiciaire, conclu entre la Belgique et la Bulgarie à Sofia le 23 juin 1931, *ibid.*, p. 194, l'art. 4 de la Convention d'arbitrage entre l'Allemagne et la France, annexe C aux Accords de Locarno du 16 octobre 1925 ; COLLIARD et MANIN, tome II, p. 94, l'art. 21 de l'Arrangement relatif à l'exercice des pouvoirs de la Commission européenne du Danube, 18 août 1938, *ibid.*, p. 136.

(69) Art. 4 du Traité pour prévenir la guerre (non-agression et conciliation), signé à Rio de Janeiro le 10 octobre 1933 ; COLLIARD et MANIN, tome II, p. 788.

(70) Art. 12 du Traité de Versailles du 28 juin 1919, Partie I, Pacte de la S.d.N. ; COLLIARD et MANIN, tome I, I, p. 36.

(71) Art. 410 et 411 du Traité de Versailles du 28 juin 1919 ; COLLIARD et MANIN, tome I, p. 47 ; v. encore l'expression dans un autre domaine, dans l'art. 9, § 4 du Règlement d'exécution de l'Arrangement entre l'administration des Postes du Royaume-Uni et l'administration des postes hongroises relatif à l'échange de colis postaux, 11 mai/10 juin 1932 ; *R.T.S.d.N.*, vol. 132, p. 11, l'art. 7 de la Convention franco-allemande relative au port de Kohl, signée à Badenbaden le 1er mars 1920 ; *R.T.S.d.N.*, vol. 1, 1920, p. 372.

(72) L'énoncé original contient des « f » à la place des « s » (« feront auffi rembourfés en entier, fans la moindre réduction ni diminution, et dans un efpace de tems raifonnable ») ; nous avons modifié l'énoncé pour en faciliter la lecture ; Art. VII ; de MARTENS, *R.T.*, tome I, 1761-1770, p. 150.

(73) V. not. l'art. XXXIII, § 3 du Traité de paix, d'amitié, de commerce et de navigation entre les États-Unis d'Amérique septentrionale et la Confédération de l'Amérique centrale, signé à Washington le 5 décembre 1825 ; *N.R.T.*, vol. 15-16, 1822-1826, p. 839 ; Art. 17 du Traité de paix, d'amitié et de commerce entre le Royaume de Suède et de Norvège et la Chine, conclu le 20 mars 1847 ; *R.G.T.*, vol. 46, 1861, p. 199 ; Art. IV, VIII et XX du Traité d'amitié de commerce et de navigation entre le Danemark et le Siam, conclu le 21 mai 1858 ; *ibid.*, resp. pp. 118,

nables » (74). Dans certains traités d'immigration, on prévoit la possibilité d'une suspension des entrées pourvu qu'elle reste raisonnable (75). Les relations diplomatiques et consulaires donnent également lieu à une utilisation de l'adjectif (76), tout comme certains traités d'alliance militaire (77), ou instruments concernant le droit de la mer (78) ou le régime fluvial (79).

100. D'autres exemples sont plus spécifiques à des situations anciennes, et apparaissent aujourd'hui pour le moins désuets. Ainsi, l'article 11 du Traité de La Haye, entre les Pays-Bas et la Prusse pour le passage des troupes, daté du 28 juillet 1714, précise que

> « Pour ce qui est des officiers, ils payeront à leur hôte un prix raisonnable et à régler en cas de dispute par le commissaire ce qu'ils auront dépensé avec leurs femmes, valets et équipages » (80).

Par ailleurs, selon l'article II du Traité entre le Royaume-Uni et le Royaume de Suède et de Norvège « pour empêcher leurs sujets respectifs à prendre part à la traite des nègres », daté du 6 novembre 1824, les deux États

> « [...] consentent mutuellement à ce que les vaisseaux de leurs marines royales, qui seront munis d'instructions spéciales à cet effet, telles qu'on les trouve mentionnées ci-après, pourront visiter les navires marchands des deux nations, les-

121 et 124 ; Art. additionnel au Traité de commerce entre la Grande-Bretagne et la Porte ottomane du 16 août 1838 ; *N.R.T.*, vol. 24, Nouvelle série 6, 1830-1838, p. 700 ; v. encore le Traité d'amitié, de commerce et de navigation entre le Royaume-Uni et les États-Unis, signé à Londres le 19 novembre 1794 ; *C.T.S.*, 1794, p. 251.

(74) V. p. ex. l'art. XII du Traité de commerce entre la France et la ville de Hambourg du 1er avril 1769 ; *R.T.*, tome I, p. 639 ; ici encore, nous avons adapté l'énoncé en remplaçant le « f » par un « s ».

(75) Art. I du Traité d'immigration Chine-États-Unis du 17 novembre 1880 ; *C.T.S.*, vol. 157, 1880-1881, p. 186.

(76) V. not. l'art. IX de la Convention entre l'Espagne et la France en matière consulaire du 13 mars 1769 ; *R.T.*, tome I, p. 634.

(77) V. p. ex. l'annexe § 3 à l'art. 8 du Traité d'alliance entre l'Egypte et le Royaume-Uni du 26 août 1936 ; COLLIARD et MANIN, tome I, II, p. 468 ; v. aussi le § 5, p. 469.

(78) Art. 9 de la Convention de Barcelone du 9 décembre 1923 ; COLLIARD et MANIN, tome II, p. 89 ; et § 1er des « Règles de Washington » du 8 mai 1871 ; *ibid.*, tome I, II, p. 11 ; v. encore dans un autre domaine des communications, l'art. 5 du *Railway Agreement between Great Britain and Bophal*, 30 août 1880 ; *C.T.S.*, vol. 157, 1880-1881, p. 109.

(79) V. l'acte additionnel de Bayonne du 26 mai 1866 signé entre l'Espagne et la France : DE CLERCQ, *Recueil des traités de la France*, tome IX, pp. 541 et s., cité dans Julio A. BARBERIS, « Bilan de recherches de la section de langue française du Centre d'étude et de recherche de l'Académie », *in* Centre d'étude et de recherche de droit international et de relations internationales de La Haye 1990, *Droits et obligations des pays riverains des fleuves internationaux*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1991, p. 38.

(80) *C.T.S.*, vol. 29, 1714-1716, p. 140.

quels, *sur des présomptions raisonnables*, seraient soupçonnés d'être engagés dans le trafic d'esclaves, en contravention aux dispositions du présent traité [...] » (81).

Les notions de « présomptions » ou de « fondements raisonnables », ou encore de « motif raisonnable de croire » à une infraction en la matière, se retrouvent fréquemment dans les accords permettant un droit de visite pour assurer la répression du trafic d'esclaves (82).

L'adjectif apparaît encore dans les accords conclus entre les États occidentaux et les tribus situées sur les territoires faisant l'objet de l'expansion coloniale. Ainsi, en vertu de l'article IV du « traité entre le Royaume-Uni with the Alafin of Oyo and Head of Yorubaland » du 23 juillet 1888,

« No tolls, duties, fees, imposts, or charges shall be charged or levied upon the persons or property of any British subject, or other person under Her Majesty's protection, other than and beyond that or *those which are customary and reasonable*, or may from time to time be agreed upon to be so levied or charged by the Governor of Lagos and myself » (83).

De même, le terme se retrouve dans plusieurs accords conclus par les États-Unis avec les peuples autochtones comme les Creeks ou les Kansas (84).

Un dernier exemple d'une utilisation ancienne est l'article V du Concordat entre le St. Siège et la Cour de Turin du 7 février 1770 qui, visant à réprimer le meurtre commis par des personnes de moins de 20 ans, déclare que

« [...] par meurtre atroce sera entendu le parricide, le fratricide, le meurtre de sa propre femme, l'assassinat en trahison, le guet-apens, qu'il y ait embûche ou non, ou qu'il soit commis *pour cause tout-à-fait déraisonnable*, et brutalement, comme aussi l'homicide, qui quoique dérivé d'une querelle, aura cependant été

(81) Nous soulignons ; De MARTENS, *Nouveau Recueil des Traités* (ci-après *N.R.T.*), vol. 15-16, 1822-1826, p. 623.

(82) V. l'art. III, § 5 de la convention précitée, ainsi que les exemples relevés dans les Actes internationaux et documents relatifs à la législation des pays d'orient, en matière de la Traite des Esclaves en Afrique présentés à la Conférence de Bruxelles du 18 novembre 1889 au 2 juillet 1890, Publication officielle du Ministère des Affaires étrangères de Belgique, Bruxelles, 1889, reproduit dans *R.G.T.*, vol. 66, 2e série 16, pp. 40-41.

(83) Nous soulignons ; *C.T.S.*, vol. 170, 1887-1888, p. 397 ; v. des dispositions similaires comme l'art. IV du Traité entre le Royaume-Uni *with the King, Chiefs, Elders, and People of Igbessa*, du 15 mai 1888 ; *ibid.*, p. 383, l'art. IV du Traité entre le Royaume-Uni *with the King, Chiefs, Elders, and People of Ife*, du 22 mai 1888 ; *ibid.*, p. 388 ; l'art. IV du Traité entre le Royaume-Uni *with the King, Chiefs, Authorities, and People of Itebu*, du 28 mai 1888 ; *ibid.*, p. 389, l'art. IV du Traité entre le Royaume-Uni *with the King, Chiefs, Elders, and People of Ketu*, du 29 mai 1888 ; *ibid.*, p. 390, l'art. IV du Traité entre le Royaume-Uni *with the King, Chiefs, Authorities, and People of Ibu*, du 31 mai 1888 ; *ibid.*, p. 393.

(84) Art. VI du « Traité entre les États-Unis d'Amérique septentrionale et les Creeks » du 24 novembre 1826 ; *N.R.T.*, vol. 15-16, 1822-1826, p. 1181 et art. IV du « Traité entre les États-Unis et les Kansas » du 16 août 1825 ; *ibid.*, p. 1159.

commis six heures après, ou quand la querelle aura été cherchée et mendiée *pour cause tout-à-fait déraisonnable*, et brutalement, ainsi qu'il est dit ci-dessus » (85).

101. Aucune époque ni aucun domaine particulier ne semblent donc devoir être exclus du champ d'application du « raisonnable ». Il est difficile de tirer des conclusions plus précises quant à des domaines ou une terminologie privilégiés, si ce n'est une fréquente utilisation de l'expression de « délai raisonnable ». Une appréciation plus approfondie supposerait une étude statistique basée sur un échantillonnage plus large et plus représentatif que celui que nous avons couvert. Cela n'entrerait en tout état de cause pas dans notre optique, qui est de démontrer que l'utilisation de la notion n'est limitée ni à un domaine, ni à une expression, ni à une époque particulières. Cette circonstance peut expliquer le recours fréquent du juge à la notion. Mais, en semblable hypothèse, son rôle est largement passif puisqu'il se contente de citer un discours dont il n'est pas l'auteur. Nous envisagerons dans la suite de ce chapitre les hypothèses où il est le seul auteur de l'énoncé dans lequel on retrouve le « raisonnable ».

SECTION 2. — LE « RAISONNABLE » DANS LE DISCOURS JURIDICTIONNEL « HORIZONTAL » PROPRE

102. Il arrive fréquemment que le juge utilise le « raisonnable » pour énoncer la règle applicable alors que les États parties n'avaient pas eux-mêmes repris le terme en cause lorsqu'a été rédigée la convention, à moins que la source applicable soit tout simplement non écrite. Pour reprendre l'exemple du « délai raisonnable », nous verrons que la formule est parfois utilisée en dehors des cas où on la retrouve dans des dispositions conventionnelles (comme dans l'article 5, § 3 ou 6, § 1er de la C.E.D.H.). C'est ce qui a fait écrire à Jean Salmon que cette expression représentait sans doute « le concept le plus populaire » dans la pratique (1). Le rôle du juge est alors véritablement actif, et il ne s'agit plus en aucune manière d'un

(85) Nous soulignons ; *R.T.*, tome I, p. 693. Le texte original comprend des « f » à la place des « s ».

(1) « Le concept de raisonnable en droit international public », *in Mélanges Paul Reuter*, Paris, Pédone, 1982, p. 462, et les exemples cités.

discours rapporté : c'est lui, et lui seul, qui est l'auteur de l'introduction du « raisonnable » dans le discours.

Encore peut-on nuancer les conclusions en fonction de deux catégories d'exemples que nous reprendrons successivement dans les lignes qui suivent. Le « raisonnable » peut apparaître dans l'énoncé d'une règle sans que son introduction par le juge ne semble, à première vue, révéler aucune modification ou signification particulières (A). Mais, au-delà de cette possibilité, l'utilisation du « raisonnable » s'inscrit parfois dans un rôle plus actif du juge qui affirme une limite à la compétence discrétionnaire des États (B).

A. — *Le « raisonnable », terme énoncé dans des règles particulières de droit international*

103. Le juge choisit parfois d'énoncer une règle en utilisant le « raisonnable » sans que son choix ne paraisse particulièrement remarquable ou discutable.

Il se peut ainsi que la règle conventionnelle applicable nécessite une interprétation, qui aboutit à une formulation pour les besoins de la cause dans laquelle le « raisonnable » est intégré (1). Par exemple, nous verrons que la discrimination au sens de la C.E.D.H. s'entend comme une distinction « manquant de base objective et raisonnable » (2).

Dans d'autres cas, la règle provient d'une source non écrite, de sorte que le juge n'est lié par aucun énoncé spécifique (2). Ainsi, l'obligation coutumière de diligence suppose le déploiement d'une « prévoyance raisonnable » (3). La présence du terme dans le discours découle là aussi d'une interprétation, dont le résultat est encore une formulation pour les besoins de l'espèce.

Nous examinerons ces deux hypothèses en nous abstenant, à ce stade, d'expliquer la fonction de l'utilisation de la notion ou de préciser sa signification. Il ne s'agit, rappelons-le, que d'évaluer l'étendue de son champ d'application.

(2) V. ci-dessous, § 104 et les références citées.
(3) V. ci-dessous, § 108.

1. *Le « raisonnable » comme élément d'une formulation de la règle conventionnelle pour les besoins de la cause*

104. Les cas où le « raisonnable » est un élément du résultat de l'interprétation d'une règle conventionnelle sont nombreux.

La Cour européenne des droits de l'homme a souvent utilisé le « raisonnable » pour préciser des droits énoncés dans la convention qui ne contenaient aucune reproduction explicite de ce terme. Est ainsi considérée comme discriminatoire une mesure arbitraire, c'est-à-dire qui « manque de justification objective et raisonnable » (4), ou encore,

> « [...] une distinction est discriminatoire si [...] il n'y a pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé » (5).

La Cour a également utilisé la notion lorsqu'elle a été amenée à préciser les conditions qui permettent aux États de prendre certaines mesures restrictives à des droits reconnus par la convention, comme le droit à la vie privée (art. 8, § 2), à la liberté de pensée de conscience ou de religion (art. 9, § 2) d'expression (art. 10, § 2), de réunion ou d'association (art. 11, § 2), ou de circulation et d'établissement sur un territoire (art. 2, § 3 du IV^e^ Protocole). Le « raisonnable » intervient ici à un double titre :

— en premier lieu, il faut que la mesure restrictive soit « prévue par la loi », la Cour précisant à ce sujet qu'

> « on ne peut qualifier de 'loi' qu'une norme énoncée avec assez de précision pour permettre à chacun, en s'entourant de conseils éclairés, de *prévoir à un degré raisonnable* dans les circonstances de la cause, les conséquences de nature à dériver d'un acte déterminé [...] » (6).

(4) V. C.E.D.H., Affaire du *Syndicat national de la police belge*, 27 octobre 1975, *Série A, N° 19*, § 46 ; Affaire du *Syndicat suédois des conducteurs de locomotives*, *Série A, n° 20*, § 47 ; Affaire *Marckx*, *Série A, n° 31*, § 33 ; Affaire *De Jong, Baljet et van den Brink*, *Série A, n° 77*, § 62 ; Affaire *James et autres*, *Série A, n° 98*, §§ 63 et 75 ; Affaire *Kamasinski*, *Série A, n° 168*, § 108 ; Affaire *Darby*, *Série A, n° 187*, § 31 et avis de la Commission, § 65 ; Affaire *Fredin*, 18 février 1991, *Série A, n° 192*, § 60 ; Affaire *Moustaquim*, *Série A, n° 193*, § 49 ; Affaire *Observer et Guardian c. Royaume-Uni*, 26 novembre 1991, *Série A, n° 216*, § 71 ; Affaire *Hoffmann c. Autriche*, 23 juin 1993, *Série A, n° 255-C*, § 31 ; Affaire *Schuler Zgraggen c. Suisse*, *Série A, n° 263*, § 67.

(5) C.E.D.H., Affaire *Inze*, *Série A, n° 126*, 28 octobre 1987, § 41. V. aussi Paul GUGGENHEIM, « Quelques remarques au sujet de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme », *in Mélanges René Cassin*, Paris, Pédone, 1969, pp. 99-100.

(6) Nous soulignons ; C.E.D.H., Affaire *Muller et autres*, *Série A, n° 133*, § 29.

Ce critère de la prévision « à un degré raisonnable » est constamment rappelé par les organes de la Convention (7) ;

— une deuxième condition est que la mesure soit « nécessaire, dans une société démocratique », à la poursuite de certains buts énumérés dans les dispositions pertinentes. Tout en précisant que l'« adjectif 'nécessaire' n'a pas dans ce contexte la souplesse de mots tels qu'"utile', 'raisonnable' ou 'opportun' » (8), la Cour considère qu'il lui appartient de

> « rechercher si l'État défendeur a usé de ce pouvoir [de restriction] de bonne foi, avec soin et de façon raisonnable » (9),

ou de sanctionner l'absence d'un « rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé » (10), ou encore de vérifier si les autorités ont « par des motifs raisonnables, estimé nécessaires les restrictions en cause » (11).

La notion se retrouve dans l'interprétation d'autres dispositions. Selon les organes de la Convention :

— l'article 5, § 4, qui institue un droit de recours pour toute personne maintenue en détention préventive suppose que ce droit

(7) V. p. ex. C.E.D.H., Affaire *Silver et autres, Série A, n° 61*, § 88 ; Affaire *James et autres, Série A, n° 98*, avis de la Commission, §§ 141 et s. ; Affaire *Malone, Série A, n° 82*, § 66 ; Affaire du *Sunday Times, Série A, n° 30*, § 49 ; Affaire *Olsson, Série A, n° 130*, § 61 ; Affaire *Markt Intern Verlag Gmbh et Klaus Beermann, Série A, n° 165*, avis de la Commission, § 218 ; Affaire *Ezelin c. France, Série A, n° 202*, § 45 et avis de la Commission, § 40 ; Affaire *Observer et Guardian c. Royaume-Uni, Série A, n° 216*, § 53 ; Affaire *Open Door et Dublin Well Woman c. Irlande, Série A, n° 246*, § 60.

(8) C.E.D.H., Affaire *Dudgeon, Série A, n° 045*, § 51 ; Affaire *Handyside, Série A, n° 24*, § 48 ; Affaire *Berthold, Série A, n° 90*, § 55 ; Affaire *Glasenapp, Série A, n° 104*, avis de la Commission, § 90 ; Affaire *Olsson, Série A, n° 130*, avis de la Commission, § 145 ; v. nos commentaires sur les différences entre ces notions, *infra*, Chapitre VI, section 2, §§ 459 et s.

(9) C.E.D.H., Affaire *Observer et Guardian c. Royaume-Uni, Série A, n° 219*, § 59 ; v. aussi Affaire *Handyside, Série A, n° 24*, § 47, et Affaire *Sunday Times, Série A, n° 30*, § 59, op. diss. collective, § 7 et op. concordante Zakia et Evrigenis ; Affaire *Berthold, Série A, n° 90*, op. diss. des juges Thor, Vilhjalmsson et Bindschedler-Robert, et Rapport de la Commission, §§ 68 et 80 ; Affaire *Chorlerr c. Autriche, Série A, n° 266-B*, avis de la Commission, § 40.

(10) C.E.D.H., Affaire *Hadjianastassiou c. Grèce, Série A, n° 252*, § 47 ; Affaire *Chorlerr c. Autriche, Série A, n° 266-B*, § 33.

(11) C.E.D.H., Affaire *Markt inter Verlag Gmbh et Klaus Beerman, Série A, n° 165*, § 37 et avis de la Commission, § 244 ; Affaire *Coman c. Royaume-Uni, Série A, n° 258-D*, avis de la Commission, § 39 ; v. encore d'autres expressions dans Affaire *O et H c. Royaume-Uni, Série A, n° 120*, § 120 ; Affaire *Müller et autres, Série A, n° 133*, § 36 ; C.E.D H., Affaire *Olsson, Série A, n° 130*, op. en partie diss. de la minorité à l'avis de la Commission, p. 69 ; Affaire *Berrehab, Série A, n° 138*, op. diss. Danelius et Sir Basil Hall, § 93 ; Affaire *Olsson c. Suède (n° 2), Série A, n° 250*, § 90. Dans une affaire concernant une restriction qui frappait un détenu, la Cour considère que la mesure « doit s'apprécier en fonction des exigences normales et raisonnables de la détention » ; C.E.D.H., Affaire *Golder, Série A, n° 18*, § 45.

puisse être exercé à « intervalles raisonnables », des questions nouvelles pouvant justifier un réexamen du dossier (12) ;

— l'article 6, § 2, consacrant le principe de la présomption d'innocence, permet aux États de donner effet à des présomptions de fait ou de droit, mais « dans des limites raisonnables, prenant en compte la gravité de l'enjeu et préservant les droits de la défense » (13) ;

— le droit à la vie privée contenu dans l'article 8 implique des obligations positives à charge des États « de prendre des mesures raisonnables et adéquates » (14) ;

— le droit à un recours effectif consacré à l'article 12 suppose des « mesures raisonnables et appropriées » (15) ;

— une peine peut constituer en elle-même un traitement inhumain et dégradant au sens de l'article 3 si elle est « manifestement déraisonnable vu les circonstances » (16) ;

— au sujet du pouvoir d'expropriation, l'article 1 du I^er^ Protocole exige aussi un « rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et l'objectif visé » (17), ce qui implique notamment une somme « raisonnablement en rapport avec la valeur du bien » (18) ;

— l'article 2 de ce protocole permettrait à l'État de poser des conditions d'accès au système d'enseignement, pourvu que ces conditions restent raisonnables (19) ;

(12) C.E.D.H., Affaire *Bezicheri, Série A, n° 164*, 25 octobre 1989, § 20, et avis de la Commission, § 37.

(13) C.E.D.H., Affaire *Salabiaku, Série A, n° 241-A*, § 28.

(14) C.E.D.H., Affaire *Powell et Reyner, Série A, n° 172*, § 41. Une obligation positive « to take reasonable steps » a par ailleurs été énoncée par la Cour interaméricaine des droits de l'homme à propos du droit à la vie ; v. Affaire *Velasquez Rodriguez, I.L.M.*, 1989, vol. 28, p. 155, § 174 de l'arrêt ; v. aussi § 188.

(15) C.E.D.H., Affaire Plattform « Arzte für das Laben », *Série A, n° 139*, §§ 34 et 39.

(16) Commission, décision du 9 février 1973, req. n° 5471/72 ; cité dans Jacques VELU et Rusen ERGEC, *La convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1990, n° 252 ; v. aussi une autre expression mettant le « raisonnable » en rapport avec l'article 3 dans C.E.D.H., Affaire *Tyrer, Série A, n° 26*, op. indiv. Fitzmaurice, p. 25 note 3 ; Affaire *Y c. Royaume-Uni, Série A, n° 247-A*, § 40, avis de la Commission, § 43 ; Affaire *Costello, Série A, n° 247-C*, avis de la Commission, § 40.

(17) C.E.D.H., Affaire Hakansson, *Série A, n° 171*, § 51 ; v. aussi Affaire *James et autres, Série A, n° 98*, § 50, et avis de la Commission, §§ 115, 122 et 135 ; Affaire *Lithgow et autres, Série A, n° 102*, §§ 120 et s. et avis de la Commission, § 73 ; Affaire *Mallacher, Série A, n° 169*, § 48 ; Affaire *Hakansson et Sturesson, Série A, n° 171-A*, § 51 et avis de la Commission, § 111 ; Affaire *Fredin, Série A, n° 192*, § 51 et avis de la Commission, § 61.

(18) C.E.D.H., Affaire *Lithgow et autres, Série A, n° 102*, § 121.

(19) C.E.D.H., Affaire *Campbell et Cosans, Série A, n° 48*, §§ 39-41.

— le montant accordé au titre de l'article 50 de la Convention qui prescrit une « satisfaction équitable » est occasionnellement qualifié de « raisonnable » (20).

Une fois encore, le juge choisit de formuler une règle qui ne contenait pas explicitement le terme en cause. Relevons que les travaux du Comité des droits de l'homme de l'O.N.U. donnent aussi lieu à l'utilisation de la notion dans le cadre de l'interprétation de plusieurs articles du Pacte sur les droits civils et politiques (21).

105. Un autre exemple peut être trouvé dans les résultats de l'interprétation du statut ou du règlement de juridictions internationales, qui aboutissent souvent à l'énonciation du « raisonnable » dans des règles procédurales.

La Cour permanente de Justice internationale énonçait ainsi que

> « [...] la faculté laissée aux parties de modifier leurs conclusions jusqu'à la fin de la procédure orale doit être comprise d'une manière raisonnable et sans porter atteinte à l'article 40 du Statut et à l'article 32, al. 2 du Règlement qui disposent que la requête doit indiquer l'objet du différend » (22).

La Cour a aussi considéré d'une manière générale qu'elle pouvait, « dans des limites raisonnables, faire abstraction des imperfections de forme des pièces qui lui sont soumises » (23). Par ailleurs, la jurisprudence internationale a considéré qu'un « délai raisonnable » entre les faits et son dépôt conditionnait la recevabilité d'une requête (24), ou que le même délai était laissé à un État pour exécuter un arrêt (25). La Cour internationale de Justice a encore affirmé que l'établissement de sa compétence sur base d'une clause compro-

(20) V. C.E.D.H., Affaire *Airey (article 50), Série A, n° 41*, § 14.

(21) Ainsi, à propos des articles 7 et 10 du Pacte, « on a fait observer qu'il fallait certes prendre certaines mesures pour maintenir l'ordre public, mais que ces mesures là devaient être raisonnables et adaptées aux circonstances », *Rapport du Comité des droits de l'homme*, A.G., Doc. off. : 36e sess., Sup. N° 40 (A/36/40), New York, 1981, p. 54. V. encore, au sujet de l'article 6 du Pacte, *ibid.*, p. 65.

(22) C.P.J.I., Affaire de la *Société commerciale de Belgique, Série AB, n° 78*, p. 173 ; v. les commentaires dans C.I.J., Affaire des *Pêcheries (Islande c. Royaume-Uni), Recueil 1974*, op. indiv. Waldock, pp. 231-233, §§ 10-11, et op. diss. Barwick, p. 452.

(23) C.P.J.I., Affaire de l'*Interprétation des arrêts n° 7 et 8 (Usine de Chorzow), Série A, n° 11*, p. 16 ; v. le commentaire dans C.I.J., Affaire de l'*Interprétation de l'accord entre l'O.M.S. et l'Egypte, Recueil 1980*, op. indiv. Sette-Camara, p. 179.

(24) C.I.J., Affaire relative à *Certains phosphates à Nauru, Recueil 1992*, pp. 254-255, §§ 31 et 32.

(25) C.P.J.I., Affaire des *Zones franches de Haute Savoie et du pays de Gex, Série AB, n° 46*, pp. 170-171. Pour d'autres exemples, relatifs au délai raisonnable pendant lequel jouerait l'art. 36, § 5 du Statut, v. C.I.J., Affaire de l'*Incident aérien, Recueil 1959*, op. diss. Lauterpacht *et alii*, pp. 173 et 188 ; v. encore un autre exemple p. 192, ainsi que dans C.I.J., Affaire du *Conseil de l'O.A.C.I., Recueil 1972*, op. indiv. de Castro, p. 135.

missoire supposait la démonstration de l'existence « d'un rapport raisonnable entre ce traité et les demandes présentées à la Cour » (26).

En matière de mesures conservatoires, les juges ont précisé que la compétence *prima facie* qui en conditionnait l'octroi supposait une compétence « raisonnablement probable » (27), de même que la démonstration de l'existence d'un droit *prima facie* implique que le demandeur le prouve « d'une manière telle qu'il soit permis d'envisager raisonnablement qu'[il] l'emportera dans la procédure judiciaire » (28). Enfin, l'octroi d'un « montant » ou d'une « partie raisonnable » des frais ou dépens a été consacré par la C.I.J. (29), la C.E.D.H. (30) et la jurisprudence arbitrale (31).

Certaines exceptions préliminaires sont aussi formulées à l'aide de la notion. Ainsi, quant à la nécessité de négociations préalables destinées à définir préalablement le différend, elle rend irrecevable

> « [...] une démarche aussi sérieuse que l'assignation d'un autre État devant la Cour, sans avoir auparavant, dans une mesure raisonnable, tâché d'établir clairement qu'il s'agit d'une différence de vues qui ne peut être dissipée autrement » (32).

(26) C.I.J., Affaire des *Activités militaires...*, *Recueil 1984*, pp. 427-428, § 81. Pour un autre exemple, voy. C.I.J., Affaire des *Essais nucléaires*, *Recueil 1974*, op. diss. commune, pp. 364, § 107 et 516, § 42.

(27) C.I.J., Affaire de l'*Anglo-Iranian Co.*, mesures conservatoires, *Recueil 1951*, op. diss. Winiarski et Padawi Pacha, p. 96 ; Affaire de l'*Interhandel*, mesures conservatoires, *Recueil 1957*, op. indiv. Lauterpacht, p. 118.

(28) C.I.J., Affaire du *Passage par le Grand-Belt*, mesures conservatoires, *Recueil 1991*, p. 17, § 21 ; v. aussi l'op. indiv. du juge Broms, *id.*, p. 37.

(29) C.I.J., Affaire du *T.A.N.U.*, *Recueil 1973*, pp. 199-201, § 68.

(30) Comme le dit le Cour dans l'Affaire *De Cubber*, en évoquant les dépens, « D'après la jurisprudence constante de la Cour, [...] il faut [...] que se trouvent établis leur réalité, leur nécessité et le caractère raisonnable de leur taux » ; *Série A, n° 124*, § 25 ; v. aussi Affaire *König, Série A, n° 36*, § 24 ; Affaire *Sunday Times (Article 50), Série A, n° 38*, §§ 41 et s. ; Affaire *Campbell et Cosans (Article 50), Série A, n° 60*, §§ 14 et 22 ; Affaire *Eckle, Série A, n° 65*, §§ 26 et 51 ; Affaire *Zimmerman et Steiner, Série A, n° 66*, § 36 ; Affaire *Albert et Le Compte (Article 50), Série A, n° 68*, § 12 ; Affaire *Sporrong et Lönnroth, Série A, n° 88*, § 39 ; Affaire *Bönisch (Article 50), Série A, n° 103*, § 15 ; Affaire *Weber, Série A, n° 177*, § 55 ; Affaire *Oberschlick c. Autriche, Série A, n° 204*, § 70 ; Affaire *Vermeire c. Belgique (Article 50), Série A, n° 270-A*, § 19.

(31) V. p. ex. Aff. *LAFICO c. Etat du Burundi*, sentence du 4 mars 1991 *in R.B.D.I.*, 1990-2, p. 561, § 79.

(32) C.P.J.I., Affaire relative à l'*Usine de Chorzow, Série A, n° 13*, pp. 10-11 ; le *dictum* est repris dans l'Affaire de la *Demande en révision et en interprétation de l'arrêt du 24 février 1982 en l'affaire du Plateau continental, Recueil 1985*, p. 218, § 46, et par le tribunal arbitral dans l'affaire de la *Délimitation du plateau continental entre le Royaume-Uni et la France*, *R.S.A.*, vol. XVIII, p. 359, § 12.

La jurisprudence relie généralement le raisonnable à toute obligation de négocier (33). Par ailleurs, la condition de l'épuisement préalable des voies de recours internes suppose des « chances raisonnables de succès » d'une décision, qui soit rendue dans un « délai raisonnable » (34).

Dans toutes ces hypothèses, les États eux-mêmes n'avaient pas choisi de reproduire explicitement le « raisonnable » dans le traité, mais le juge a été amené à le faire pour les besoins de la cause. Le mécanisme se rencontre aussi lorsque la règle applicable est d'origine non écrite.

2. *Le « raisonnable » comme élément d'une formulation de la règle de source non écrite pour les besoins de la cause*

106. La formulation de règles coutumières par le juge contient souvent le terme « raisonnable ».

Un domaine où la notion occupe une place importante est celui du *droit international de la mer* qui, avant de donner lieu à l'entrée en vigueur de dispositions conventionnelles, s'est basé en grande partie sur des normes d'origine coutumière. Ainsi, en matière de délimitation de plateaux continentaux, la Cour internationale de Justice considère à propos de la méthode d'équidistance qu'elle n'est

(33) V. not. C.I.J., Affaire des *Pêcheries, Recueil 1974*, p. 33, § 78, et p. 202 § 69 ; Affaire de la *Namibie, Recueil 1971*, op. indiv. Dillard, p. 159 ; v. aussi Affaire du *Lac Lanoux, R.S.A.*, vol. XII, p. 317 ; Affaire *Tacna-Arica (Chile/Peru), R.S.A.*, vol. II, p. 929 ; Affaire concernant des *Réclamations consécutives à des décisions du Tribunal arbitral mixte gréco-allemand établi en vertu de l'article 304 figurant à la Partie X du Traité de Versailles (Grèce/R.F.A.), R.S.A.*, vol.XIX, p. 64.

(34) Voy. p. ex. *Case concerning the interpretation of article 24 of the Treaty of Finance and Compensation of 27 November 1961 (Austria, FR Germany), R.S.A.*, vol. XIX, p. 16 ; v. encore C.P.J.I., Affaire *Panevezys-Saldutiskis, Série AB, n° 76*, op. indiv. Erich ; C.I.J., Affaire de la *Barcelona Traction, Recueil 1970*, conclusions orales du gouvernement belge, p. 26 et op. indiv. Tanaka, p. 145 ; Affaire des *Emprunts norvégiens, Recueil 1957*, op. indiv. Lauterpacht, p. 39 et op. diss. Read, p. 98 ; Affaire *ELSI, Recueil 1989*, op. diss. Schwebel, p. 94. V. encore un commentaire du Comité au sujet de l'article 5, paragraphe 2, b) du Protocole facultatif du Pacte sur les droits civils et politiques, concernant l'obligation d'épuiser les recours internes, selon lequel l'Etat devait prouver « qu'il y avait raisonnablement lieu de s'attendre à ce que ces recours soient efficaces » (le Comité cite l'affaire N° 4/1977, *Torres Ramirez c. Uruguay*) ; *Rapport du Comité des droits de l'homme*, A.G., doc. off., 45e sess., suppl. n° 40, A/45/40, 1990, p. 150.

« [...] applicable qu'à la condition qu'il n'y ait pas dans le cas d'espèce de circonstances spéciales qui rendraient ledit critère inéquitable, en faisant apparaître le caractère déraisonnable d'une telle division [...] » (35).

Par ailleurs, la jurisprudence précise que la délimitation selon les « principes équitables » (36) suppose :

— une délimitation raisonnable (37) ;

— qui inclut une « évaluation raisonnable des effets des accidents naturels » (38) ;

— dont la mise en œuvre aboutit à un « résultat raisonnable » (39) ;

— qui doit notamment s'apprécier sur base d'un « rapport raisonnable de proportionnalité » entre les zones attribuées et les longueurs des côtes (40) ;

— critère de proportionnalité qui ne doit lui-même intervenir que « dans une mesure raisonnable, compte dûment tenu des autres circonstances de l'espèce » (41) .

Par ailleurs, la Cour a admis que le critère limitait la compétence des États de tracer des lignes de base à partir de leurs côtes en relevant dans l'affaire des *Pêcheries norvégiennes* que

(35) C.I.J., Affaire du *Golfe du Maine, Recueil 1984*, p. 301 § 115 ; v. aussi Affaire du *Plateau continental (Libye-Malte), Recueil 1985*, p. 44 § 57 ; Affaire du *Plateau continental de la Mer du Nord, Recueil 1969*, op. indiv. Padilla Nervo, p. 90 ; op. diss. Sorensen, p. 255 ; Affaire du *Plateau continental (Tunisie-Libye), Recueil 1982*, op. diss. Oda, pp. 258-259, § 162 ; op. diss. Gros, § 12 ; Affaire du *Plateau continental (Libye-Malte), Recueil 1985*, op. diss. Oda, p. 144 § 38, et Affaire de la *délimitation du plateau continental entre le Royaume-Uni et la France, R.S.A.*, vol. XVIII, § 100.

(36) Plus exactement, les principes sont ceux qui doivent aboutir à une « solution équitable » ; v. C.I.J., Affaire du *Plateau continental (Tunisie/Libye), Recueil 1982*, p. 49, § 50 et NGUYEN Quoc Dinh, Patrick DAILLIER et Alain PELLET, *Droit international public*, Paris, L.G.D.J., 5e éd., 1994, p. 1092.

(37) C.I.J., Affaire du *Plateau continental de la Mer du Nord, Recueil 1969*, op. indiv. Padilla Nervo, p. 90.

(38) Affaire de la *délimitation du plateau continental entre le Royaume-Uni et la France, R.S.A.*, vol. XVIII, p. 188, § 98.

(39) C.I.J., Affaire du *Plateau continental de la mer du nord, Recueil 1969*, p. 49, § 90 ; v. aussi Affaire du *Golfe du Maine, Recueil 1984*, op. diss. Gros, p. 373.

(40) C.I.J., Affaire du *Plateau continental de la Mer du Nord*, p. 52, § 98, p. 54 et point D3 du dispositif ; Affaire du *Plateau continental (Tunisie-Libye), Recueil 1982*, p. 93 ; op. diss. Oda, p. 273, § 188 Affaire du *Plateau continental (Libye-Malte), Recueil 1985*, pp. 43-44, § 55, 49, § 66, 53, § 74 ; op. indiv. Sette-Camara, pp. 72 et 73, op. conjointe, pp. 86, § 28, 88, § 31 et 89, § 32, op. indiv. Valticos, p. 110 § 18, op. diss. Schwebel, p. 184 ; v. aussi Affaire du *Golfe du Maine, Recueil 1984*, p. 323, § 185.

(41) Affaire de la *Délimitation de la frontière maritime entre la Guinée et la Guinée Bissau, R.S.A.*, vol. XIX, p. 193, § 100, qui renvoie à C.I.J., Affaire du *Plateau continental de la Mer du Nord, Recueil 1969*, p. 54, § 101 et Affaire du *Plateau continental (Tunisie-Libye), Recueil 1982*, p. 93, § 133.

« le Gouvernement norvégien reconnaît que les lignes de base doivent être tracées de façon à respecter la direction générale de la côte et qu'elles doivent l'être de façon raisonnable » (42).

Le critère a encore été évoqué à propos de divers principes touchant au droit international de la mer (43).

107. Le domaine des *droits de la personne*, envisagé cette fois sous un angle coutumier, donne aussi lieu à de semblables utilisations de la notion.

De manière générale, le critère du « délai raisonnable » énoncé dans certaines conventions a été décrit comme une règle coutumière. Ainsi, la Cour internationale de Justice énonce que

« [...] certains éléments du droit d'être impartialement entendu sont cependant bien connus [...] : on peut citer, par exemple, le droit d'avoir accès à un tribunal indépendant et impartial établi par la loi, le *droit d'obtenir une décision de justice dans un délai raisonnable*, le *droit d'avoir, dans des conditions raisonnables, la faculté de présenter sa cause au tribunal*, et de commenter les thèses de l'adversaire ; le droit à l'égalité avec celui-ci [...] » (44).

Par ailleurs, à une accusation de discrimination formulée à l'encontre du Chili dans son administration de la région de Tacna-Arica, les arbitres répondent que

« [...] that is not shown that any regulations made were not within the reasonable discretion of the Chilean Governement in the circumstances obtaining in Tacna and Arica » (45).

108. On peut encore mentionner le domaine du *traitement des étrangers*. Une commission arbitrale relève de manière générale que

(42) C.I.J., *Recueil 1951*, pp. 140-141 ; v. les commentaires dans op. indiv. Alvarez, p. 150 ; op. indiv. Hsu Mo, p. 154 ; op. diss. Read, p. 194 ; v. aussi les commentaires de Stevan JOVANOVIC, « Le principe de l'exercice raisonnable des compétences », *in Restriction des compétences discrétionnaires des Etats*, Paris, Pédone, 1988, pp. 156 et s.

(43) C.I.J., Affaire du *Plateau continental de la Mer du Nord*, *Recueil 1969*, op. indiv. Bustamante y Rivero, p. 63, § 6 ; Affaire des *Pêcheries islandaises*, *Recueil 1973*, op. diss. Padilla Nervo, pp. 39 et 84 ; op. indiv. Dillard, p. 59 ; Affaire du *Golfe du Maine*, *Recueil 1984*, op. diss. Gros, p. 371, § 17, et Affaire des *Activités militaires...*, *Recueil 1986*, op. diss. Schwebel, p. 379, § 236.

(44) Nous soulignons ; C.I.J., Affaire du *T.A.N.U.*, *Recueil 1973*, p. 209, § 92. Dans l'affaire *Frierdich and Co.*, la Commission franco-venezuelienne d'arbitrage relève que « [...] detention involves only the question of its reasonableness in point of time consumed [...] » ; *R.S.A.*, vol. X, p. 54.

(45) Affaire *Tacna-Arica (Chile/Peru)*, *R.S.A.*, vol. II, p. 940. V. par ailleurs au sujet du lien entre le « raisonnable » et la discrimination C.P.J.I., Affaire du *Traitement des nationaux polonais à Dantzig, Série AB, n° 44*, op. diss. Guerrero, Rostworowski, Fromageot et Urrutia, p. 40 et C.I.J., Affaire du *Sud-Ouest africain*, *Recueil 1966*, op. diss. Tanaka, pp. 306 et s. Selon Jean SALMON, « la notion de discrimination déraisonnable est quasiment un pléonasme » ; « Le concept de raisonnable en droit international public », *in Mélanges Reuter*, Paris, Pédone, 1982, p. 455.

« [...] the treatment of an alien, in order to constitute an international delinquency, should amount to an outrage, to bad faith, to wilful neglect of duty so far short of international standards that *every reasonable and impartial man would readily recognize its insufficiency* » (46).

Dès lors, on ne peut procéder à l'arrestation d'un étranger que sur base de « soupçons raisonnables » (47) ou d'une « probable cause », c'est-à-dire propre à convaincre « a reasonable mind » (48). De même,

« S'il est vrai [...] qu'un État peut procéder à une expulsion pour motif d'atteinte à l'ordre public ou à la sécurité publique, et qu'il jouit d'une large marge d'appréciation pour apprécier *in concreto* les conditions dans lesquelles cette atteinte a été réalisée, il ne suffit pas qu'il allègue de tels motifs pour empêcher tout contrôle. Il doit en établir la réalité, donner les éléments de preuve qui ont constitué la *'reasonable cause'* » (49).

Le principe de « diligence due » implique pour l'État l'adoption de « reasonable measures » (50), le maintien d'un « reasonable care » (51), le déploiement d'une « reasonable diligence » (52), qui offre aux États dont les ressortissants sont en cause « un degré de sécurité auquel ils peuvent raisonnablement s'attendre » (53), bref, une « obligation [...] d'accorder un 'traitement raisonnable aux résidents' » (54). Dans l'affaire *Wipperman*, le tribunal s'abstient de juger illicite le comportement du Venezuela parce que

« l'attaque [dommageable] était un de ces soulèvements occasionnels et inattendus, qu'une prévoyance normale et raisonnable ne saurait empêcher » (55).

Le critère s'applique également au stade de la répression des actes dommageables, dans le cadre de l'interdiction du déni de justice (56), qui est enfreinte si un jugement n'est pas rendu dans un délai raisonnable. Par ailleurs, la démonstration d'une faute de la

(46) Nous soulignons ; Affaire *L.F.H. Neer and Pauline Neer*, *R.S.A.*, vol. IV, pp. 61-62, § 4.

(47) Affaire *Chevreau*, *R.S.A.*, vol. II, p. 1123.

(48) Affaire *Salem*, *R.S.A.*, vol. II, p. 1213 ; l'arbitre cite une définition de l'Affaire *Trumbull v. Chile*, MOORE, *International Arbitrations*, pp. 3255, 3260.

(49) Affaire *LAFICO c. Etat du Burundi*, *in R.B.D.I.*, 1990-2, p. 543, § 48.

(50) Affaire *Leonor Buckingham*, *R.S.A.*, vol. V, p. 288, § 3.

(51) Affaire *Nick Cibich*, *R.S.A.*, vol. IV, p. 58.

(52) Affaire *Sophie B. Sturtevant*, *R.S.A.*, vol. IV, p. 667.

(53) Affaire des *Biens britanniques au Maroc espagnol*, *R.S.A.*, vol. II, p. 644 ; pour d'autres expressions, v. encore Affaire *The Home Insurance Co.*, *R.S.A.*, vol. IV, p. 52, § 17, et C.I.J., Affaire des *Acitvités militaires...*, *Recueil 1986*, p. 85, § 117.

(54) C.I.J., Affaire *Nottheboom*, *Recueil 1955*, op. diss. Read, pp. 46 et 47.

(55) MOORE, *Arbitrations*, vol. III, p. 3041.

(56) V. not. Affaire *Francis*, *R.S.A.*, vol. V, p. 100 ; Affaire *Clyde Dyches*, *R.S.A.*, vol. IV, p. 460 ; C.I.J., Affaire *Barcelona Traction*, *Recueil 1970*, conclusions du contre-mémoire espagnol, p. 15.

victime comme circonstance à prendre en compte dans le cadre de cette obligation de vigilance passe par l'établissement d'un comportement qui s'écarte de celui d'un « reasonably prudent man similarly situated [...] » (57).

109. La notion se retrouve aussi en *droit international économique*, dans la formulation jurisprudentielle de certains principes coutumiers.

Ainsi, une saisie n'est acceptable que si elle est basée sur un « reasonable ground » (58), une réquisition suppose une indemnisation dans un « délai raisonnable » (59), et une interférence déraisonnable dans l'exercice du droit de propriété, même si elle ne s'accompagne pas d'une véritable dépossession, équivaut à un *taking*, c'est-à-dire à une expropriation ou une nationalisation déguisée (60). La C.I.J. a elle-même défini la réquisition arbitraire par référence au « déraisonnable » (61).

Sur un tout autre plan, la Cour a, dans plusieurs affaires, évalué le dommage subi par un État en invoquant la « juste mesure de la réparation, le chiffre raisonnable de celle-ci » (62), en se référant dans une d'entre elles à des rapports d'experts qui reprenaient eux-mêmes la notion (63). La jurisprudence a consacré le critère à plusieurs reprises (64), en ajoutant les expressions de « paiement » ou

(57) Affaire *Harris, Irby & Vose (U.S.) v. Germany, R.S.A.*, vol. VIII, p. 20. Voy. encore d'autres exemples dans ce domaine dans Jean J.A. SALMON, « Le concept de raisonnable en droit international public », *loc. cit.*

(58) Affaire *Charteurs and crew of the Kate, R.S.A.*, vol. VI, p. 81.

(59) Affaire de la *Responsabilité de l'Allemagne à raison des actes commis postérieurement au 31 juillet 1914 et avant que le Portugal ne participât à la guerre, R.S.A.*, vol. II, p. 1039 ; v. aussi Affaire *SS « EDNA »*, *R.S.A.*, vol. III, p. 1604.

(60) Voy. not. not. l'affaire *Harza engineering Co., Iran-U.S. C.T.R.*, vol. I, p. 499 et l'affaire *Dames and Moore, Iran-U.S. C.T.R.*, vol. IV, p. 212 ; v. aussi Affaire *Bischoff, R.S.A.*, vol. X, p. 420.

(61) V. C.I.J., Affaire *ELSI, Recueil 1989*, p. 74 § 124 ; v. aussi pp. 76-77 §§ 128-129. Les Etats-Unis ont expressément, et sans être contredits par la Cour sur ce point, considéré que « [...] according to international law a 'taking' is generally recognized as including not merely outright expropriation of property, but also unreasonable interference with its use, enjoyment or disposal », p. 68, § 114 de l'arrêt.

(62) C.I.J., Affaire du *Tribunal administratif de l'O.I.T., Recueil 1956*, p. 100 ; Affaire du *Plateau continental de la Mer du Nord, Recueil 1969*, pp. 48-49, § 48 ; la Cour cite l'Affaire du *Détroit de Corfou*, réparation, *Recueil 1949*, p. 249.

(63) Voy. le texte des rapports dans C.I.J., *Recueil 1949*, pp. 258 et s.

(64) C.I.J., Affaire du *Tribunal administratif de l'O.I.T., Recueil 1956*, p. 100 ; Affaire du *Plateau continental de la Mer du Nord, Recueil 1969*, pp. 48-49, § 48 ; Affaire du *T.A.N.U., Recueil 1973*, Déclaration Forster et Nagendra Singh, p. 220 ; op. indiv. Dillard, p. 240 ; op. diss. Gros, p. 271 § 51 ; op. indiv. de Castro, p. 290 § 39.

d'« indemnité raisonnable » (65), ou encore de « reasonable compensation » (66). La notion a encore été évoquée dans le cadre du calcul d'une somme, que ce soit le *lucrum cessans* (67) ou la « reasonable market value » (68), ou le taux d'intérêt « raisonnable » (69).

110. On peut enfin citer la règle de l'acquiescement, la Cour s'étant, dans l'affaire du *Temple de Préah Vihéar*, prononcée de la façon suivante :

> « [...] il est clair que les circonstances étaient de nature à appeler dans un délai raisonnable une réaction de la part des autorités siamoises, au cas où celles-ci auraient voulu contester la carte ou auraient eu de graves questions à soulever à son égard. Or, elles n'ont réagi ni à l'époque ni pendant de nombreuses années et l'on doit, de ce fait, conclure à leur acquiescement. *Qui tacet consentire videtur si loqui debuisset ac potuisset* » (70).

Le critère du « délai raisonnable » laissé à un État pour protester a été admis même par les juges qui ont contesté en l'espèce l'acceptation de la Thaïlande (71).

Ces exemples ne sont évidemment pas limitatifs (72). Le professeur Salmon en cite encore dans les matières suivantes :

— la réquisition ou la détention de navires ;

— la saisie de contrebande de guerre ;

— les accusations contre des fonctionnaires internationaux (73).

(65) C.I.J., Affaire des *Réparations*, *Recueil 1949*, p. 181, et op. diss. Hackworth, p. 197 ; v. aussi Affaire *Davy*, *R.S.A.*, vol. IX, p. 469.

(66) Affaire *The Basis Gold and Silver Mining Co (Ltd)*, *R.S.A.*, vol. V, p. 260.

(67) C.P.J.I., Affaire *Oscar Cinn*, *Série AB, n° 63*, op. indiv. Cecil Hurst, pp. 129-130 : ; v. aussi C.E.D.H., Affaire *Vidal c. Belgique*, *Série A, n° 235-E*, § 9.

(68) Affaire *Herbert Payne*, *R.S.A.*, vol. VI, p. 230.

(69) Voy. les formules reprises dans l'affaire *Alan Graig*, *Iran-Us C.T.R.*, vol. III, p. 289, l'affaire *American International Group*, *Iran-Us C.T.R.*, vol. IV, p. 110, l'affaire *Ina Corp.*, *Iran-Us C.T.R.*, vol. VIII, p. 384, l'affaire *Foremost Tehran Inc.*, *Iran-Us C.T.R.*, vol. X, p. 256 et l'affaire *Schott*, *Iran-Us C.T.R.*, vol. XXIV, p. 226 ; v. encore une autre expression dans C.E.D.H., Affaire *Sporrong et Lönnroth*, *Série A, n° 88*, § 29.

(70) C.I.J., *Recueil 1962*, p. 23.

(71) C.I.J., *Recueil 1962*, op. diss. Percy Spender, pp. 127-128, 129 et 138. Il est vrai que l'on ne le retrouve pas systématiquement dans toute définition de l'acquiescement ; v. not. l'op. indiv. Alfaro, *ibid.*, pp. 39-47, et C.I.J., Afffaire du *Plateau continental de la Mer du Nord*, *Recueil 1969*, p. 26, § 30.

(72) V. encore C.P.J.I., Affaire du *Vapeur Wimbledon*, *Série A, n° 1*, p. 31 ; Affaire *Mavromatis*, *Série A, n° 5*, p. 37 ; Affaire du *Régime douanier austro-allemand*, *Série AB, n° 41*, p. 46 ; op. indiv. Anzilotti, pp. 70 et 71 ; op. diss. Adatci, Kellog, Rolin-Jaequemyns, Sir Cecil Hurst, Schücking, de Joncheer, van Eysinga et Wang, pp. 82 et 83 ; C.I.J., Affaire de l'*Interprétation des traités de paix*, *Recueil 1950*, op. diss. Winiarski, p. 94 ; Affaire du *T.A.N.U.*, *Recueil 1954*, op. diss. Hackworth, pp. 89-90 ; Affaire du *Sud-ouest africain*, *Recueil 1966*, op. diss. Jessup, pp. 435 et 436, et Affaire du *T.A.N.U.*, *Recueil 1973*, op. indiv. Dillard, p. 232.

(73) « Le concept de raisonnable en droit international public », *loc. cit.*, pp. 466-467.

111. En définitive, on constate une fréquente utilisation par le juge de la notion dans le cadre de la définition d'obligations ou de droits spécifiques. Pour chacun des exemples mentionnés, le juge a énoncé le « raisonnable » parce que :

— soit il s'agissait d'une règle écrite, que le juge a choisi de formuler en y introduisant la notion ;

— soit il s'agissait d'une règle non écrite, ce qui laissait au juge une marge importante d'appréciation pour la formulation.

Dans tous les cas, et sous réserve d'une analyse approfondie des fonctions de l'utilisation de la notion et des méthodes correspondantes de détermination de son contenu, le rôle du juge n'apparaît cependant pas comme particulièrement actif. Il ne s'agit à première vue que de procéder à une formulation pour les besoins de la cause. Dans d'autres hypothèses cependant, même une première lecture dénote un rôle juridictionnel plus actif, puisque le « raisonnable » est utilisé dans le cadre de l'affirmation d'une limite à la compétence discrétionnaire des États.

B. — *Le « raisonnable », élément de l'affirmation par le juge d'une limite à la compétence discrétionnaire des États*

112. On peut lire dans l'affaire concernant le *Filetage à l'intérieur du golfe du Saint-Laurent* que

> « *à l'instar de l'exercice de toute compétence quelconque*, l'exercice d'une compétence réglementaire est *toujours* lié par la règle du raisonnable, invoquée par la Cour internationale de Justice dans l'affaire de la *Barcelona Traction* » (74).

Le tribunal se réfère à ce *dictum* de la Cour sur lequel nous avons déjà eu l'occasion de nous pencher :

> « le droit international exige, *dans le domaine de la protection diplomatique comme dans d'autres*, une application raisonnable » (75).

En pareille hypothèse, le « raisonnable » occupe une place centrale dans le discours juridictionnel, puisqu'il est la « règle », pour reprendre la terminologie du tribunal, sur base de laquelle est affirmée une limite générale à l'exercice des compétences. Nous reviendrons sur cette caractéristique en analysant les fonctions de l'utili-

(74) *R.S.A.*, vol. XIX, pp. 259 et s. §§ 54 et s. ; v. par ailleurs p. 242, § 28.

(75) Nous soulignons ; C.I.J., *Recueil 1970*, p. 48, § 92, et les commentaires *supra*, Chapitre I, section 4, § 82. V. encore Stevan JOVANOVIC, « L'exercice raisonnable... », *loc. cit.*, p. 163.

sation de la notion (76). Il suffira à ce stade de relever l'étendue de son champ d'application dans ce type de discours juridictionnel. Nous verrons ainsi que le « raisonnable » est souvent utilisé lorsque le juge limite la compétence discrétionnaire des États dans des cas particuliers (1), et qu'il est aussi, dans cette perspective, associé à d'autres critères généralement considérés comme des limites à la compétence discrétionnaire des États, comme la bonne foi et l'abus de droit (2).

1. *L'énonciation jurisprudentielle du « raisonnable » dans le cadre de l'affirmation d'une limite du pouvoir discrétionnaire dans des cas particuliers*

113. Certains des exemples que nous avons mentionnés dénotaient d'une certaine manière l'affirmation d'une limite à la compétence discrétionnaire des États. Le traitement des étrangers, le tracé de lignes de base, le pouvoir de réquisition des États sont autant de matières où le pouvoir discrétionnaire des États est limité, et où cette limite se reflète dans le discours juridictionnel (77). Dans certains cas, le phénomène est cependant beaucoup plus ostensible (78). Ainsi :

— dans l'affaire des *Pêcheries de l'Atlantique nord*, le tribunal était chargé de répondre à la question de savoir si « le droit de régler raisonnablement les libertés conférées par le traité de 1818 appartenait à la Grande-Bretagne » (79). Tout en relevant que ce traité « ne contient pas de disposition explicite à l'égard du droit de réglementer, raisonnablement ou non » (80), il répond par l'affirmative, en considérant que le « raisonnable » limite cependant le pouvoir discrétionnaire de la Grande-Bretagne de réglementer les droits de pêche dont bénéficiaient notamment des ressortissants des États-Unis (81) ;

(76) Voy. not. *infra*, Chapitre III, section 1.

(77) Voy. les références reproduites ci-dessus, et les commentaires de certaines des décisions par Stevan JOVANOVIC, « Le principe de l'exercice raisonnable des compétences », *loc. cit.*, pp. 156 et s., et en particulier l'affaire *Bishop*, dans laquelle l'arbitre limite les pouvoirs de police sur base du « raisonnable » ; p. 166.

(78) V. encore l'Affaire *Cunningham and Thomson Co. and others*, *R.S.A.*, vol. VI, p. 172. On trouvera d'autres exemples de limites au pouvoir discrétionnaire dans Jean J.A. SALMON, « Le concept de raisonnable en droit international public », *loc. cit.*, pp. 459 et s.

(79) Texte français dans *R.G.D.I.P.*, 1912, p. 452.

(80) *Ibid.*

(81) *Id.*, pp. 452 et s.

— dans l'affaire des *Droits des ressortissants des États-Unis au Maroc*, la Cour admet que

> « [...] le pouvoir d'évaluer appartient aux autorités douanières, *mais elles doivent en user raisonnablement et de bonne foi* » (82).

Il s'agit manifestement de l'énonciation d'une limite à un pouvoir des autorités concernées ;

— dans l'affaire de la *Convention sur la tutelle*, le juge Lauterpacht se demande, au sujet de la loi suédoise établie sur base de l'ordre public,

> « [...] la loi sur l'éducation protectrice a-t-elle été *appliquée par les autorités suédoises d'une manière raisonnable* et qui n'est pas manifestement contraire à l'objet et aux principes de la convention [...]. La Cour est compétente pour dire non seulement si la loi sur l'éducation protectrice relève de l'ordre public, mais encore si cette loi a été *appliquée d'une manière raisonnable* et non contraire aux véritables objectifs de la convention » (83).

Il y a bien affirmation d'une limite au pouvoir discrétionnaire par le biais du « raisonnable », dans une matière aussi liée à la souveraineté de l'État que l'ordre public ;

— cette démarche sera suivie par la Cour dans d'autres matières similaires, comme le contrôle d'une clause de « sécurité nationale » (84) ainsi que par les juges, par exemple pour moduler l'exercice de pouvoirs discrétionnaires des organes de l'O.N.U. (85) ;

— la même conclusion ressort de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui reprend la notion, notamment pour limiter l'usage de pouvoirs restrictifs ou l'exécution d'obligations positives induites par certains droits (86) : le « raisonnable » semble apparaître comme limite au pouvoir d'appréciation des États dans un grand nombre de dispositions de la convention.

---

(82) Nous soulignons ; C.I.J., *Recueil 1952*, p. 212, et les commentaires de Stevan JOVANOVIC, « L'exercice raisonnable... », *loc. cit.*, p. 159.

(83) Nous soulignons ; C.I.J., *Recueil 1958*, pp. 91 et 99.

(84) C.I.J., Affaire des *Activités militaires...*, *Recueil 1986*, p. 117 §§ 224-225 et 280-282 ; v. par ailleurs Affaire des *Activités militaires...*, mesures conservatoires, *Recueil 1984*, p. 185, § 37 ; Affaire du *T.A.N.U.*, *Recueil 1973*, p. 194, §§ 57 et 59 ; Affaire du *Droit d'asile*, *Recueil 1950*, op. diss. Read, p. 329 ; Affaire du *Droit de passage*, *Recueil 1960*, op. indiv. Wellington Koo, p. 64, op. diss. Fernandes, p. 131 ; Affaire du *Sud-ouest africain*, *Recueil 1966*, op. diss. Tanaka, p. 306 ; Affaire *ELSI*, *Recueil 1989*, op. diss. Schwebel, p. 106.

(85) C.I.J., Affaire des *Conditions d'admission*, *Recueil 1950*, op. diss. Azevedo, p. 30 § 16 ; Affaire du *Sud-ouest africain*, *Recueil 1955*, op. indiv. Klaestad, p. 86. V. un tout autre exemple dans l'Affaire de la *Délimitation du Plateau continental entre le Royaume-Uni et la République française*, *R.S.A.*, vol. XVIII, p. 152, § 19.

(86) V. une démarche similaire dans l'Affaire *Tacna-Arica (Chili/Peru)*, *R.S.A.*, vol. II, pp. 944 et 946.

114. Ces exemples montrent que la limite au pouvoir discrétionnaire touche également des droits conférant aux États un pouvoir qui semblait à première vue absolu.

La jurisprudence relative à la « réserve automatique » est significative sur ce point. On sait que ce type de réserve, contenue dans certaines déclarations d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour internationale de Justice, permet à son auteur de prétendre qu'une affaire ne relève pas de la compétence de la Cour parce que, selon lui, elle relève essentiellement de sa compétence nationale et de faire ainsi obstacle à sa juridiction. Lorsque la Cour a été amenée à juger de cas particuliers de semblable réserve, elle s'est refusée à consacrer la prétention de l'État sans vérifier s'il n'avait pas usé de son droit de façon raisonnable. Ainsi, dans l'affaire des *Emprunts norvégiens*, la Cour vérifie si la Norvège avait pu, au vu de sa pratique antérieure, valablement déclarer que l'affaire relevait de sa compétence nationale, pour conclure par l'affirmative (87). Le juge Read admet à ce propos que cette réserve

> « [...] signifie que l'État défendeur, en invoquant la réserve, doit établir sa sincérité, c'est-à-dire que les circonstances de l'espèce permettaient raisonnablement de conclure que le différend était d'ordre essentiellement national » (88).

En dépit des appréhensions de certains juges (89), c'est bien de cette manière que la Cour a continué à procéder, puisqu'elle vérifie toujours si l'État qui invoque une réserve lui conférant une compétence discrétionnaire n'a pas exercé cette compétence de manière abusive (90).

Un autre exemple significatif concerne le droit de dénoncer un instrument juridique. Dans l'affaire de l'*Interprétation de l'accord entre l'O.M.S. et l'Egypte*, la Cour donne un avis sur la licéité du retrait du siège de l'O.M.S. situé en Égypte. Tout en affirmant la possibilité d'un retrait, elle ajoute que

(87) C.I.J, *Recueil 1957*, pp. 24-25.

(88) *Ibidem*, p. 94.

(89) V. p. ex. *ibid.*, op. indiv. Lauterpacht, pp. 53 et s., et l'opinion indiv. du même juge dans l'affaire *Interhandel*, exceptions préliminaires, *Recueil 1959*, p. 111 ; v. aussi *ibid.*, op. indiv. Percy Spender, pp. 56 et 57, 58-59, et l'opinion indiv. du même juge dans l'affaire de la *Convention de 1902 sur la tutelle*, *Recueil 1958*, p. 130.

(90) V. les commentaires de Stevan JOVANOVIC, « L'exercice raisonnable... », *loc. cit.*, pp. 159 et s.

« [...] les obligations réciproques imposent à la partie qui souhaite le transfert de donner à l'autre un *préavis raisonnable* pour mettre fin à la situation actuelle du Bureau régional à Alexandrie, [...] » (91).

et, plus loin que,

« En l'espèce, l'O.M.S. se trouve confrontée au souhait de 19 membres de l'organisation régionale de la Méditerranée orientale qui demandent le transfert du Bureau de cette organisation dans un autre pays. Si l'Assemblée mondiale de la santé approuve cette recommandation, l'Organisation devra suivre une ligne de conduite raisonnable [...] » (92).

En d'autres termes, l'Organisation a le droit de modifier l'emplacement de son siège, mais elle ne peut l'exercer que de manière raisonnable, ce qui suppose notamment l'octroi d'un préavis raisonnable à l'Etat concerné. Ces clauses limitatives ne trouvent aucune trace explicite dans l'Accord de siège, ce qui n'a pas empêché plusieurs juges d'adopter un raisonnement similaire dans leurs opinions jointes à l'avis (93). Cela dénote bien l'affirmation d'une limite au pouvoir discrétionnaire à l'aide de la notion.

La Cour a d'ailleurs eu l'occasion de consacrer cette limite en matière contentieuse dans l'affaire des *Activités militaires...*, au stade des exceptions préliminaires. En l'espèce, les États-Unis avaient dénoncé leur déclaration d'acceptation de la juridiction de la Cour, en invoquant le pouvoir de dénonciation de la déclaration nicaraguayenne par réciprocité, le 6 avril, soit trois jours avant le dépôt de la requête par le Nicaragua. La Cour refuse de donner un effet immédiat à cette dénonciation sur base du raisonnement suivant :

« [...] puisque les États-Unis entendaient, le 6 avril 1984, modifier leur déclaration de 1946 avec un effet suffisamment immédiat pour faire obstacle à la requête du 9 avril 1984, il faudrait, pour invoquer la réciprocité, que la déclaration nicaraguayenne soit dénonçable sans préavis. Or le droit de mettre fin immédiatement à des déclarations de durée indéfinie est loin d'être établi. L'exigence de bonne foi paraît imposer de leur appliquer par analogie le traitement prévu par le droit des traités, qui prescrit *un délai raisonnable pour le retrait ou la dénonciation de traités ne renfermant aucune clause de durée*. Puisque le Nicaragua n'a manifesté en fait aucune intention de retirer sa propre déclaration, la question de savoir quel délai raisonnable devrait être respecté n'a pas à être

(91) Nous soulignons ; C.I.J., *Recueil 1980*, p. 96, § 49 ; op. indiv. Lachs, p. 112 ; op. indiv. El-Erian, pp. 175-176 ; op. indiv. Sette-Camara, p. 187.

(92) *Ibid.*, p. 111.

(93) C.I.J., *Recueil 1980*, op. indiv. Lachs, p. 112 ; op. indiv. El-Erian, pp. 175-176 ; op. indiv. Sette-Camara, pp. 187 et 189.

approfondie : il suffira d'observer que le laps de temps de 6 au 9 avril ne constitue pas un 'délai raisonnable' » (94).

Il semble donc bien que la notion soit utilisée pour limiter un pouvoir discrétionnaire, même lorsque les États disposent d'un droit incontesté et qui leur laisse une grande marge de manœuvre (95).

115. Finalement, comme le souligne Stevan Jovanovic en concluant son examen de la notion,

> « l'affirmation que le pouvoir discrétionnaire doit être exercé raisonnablement n'est pas uniquement une hypothèse théorique. L'obligation de l'exercice raisonnable a été reconnue dans un grand nombre de cas et dans les matières les plus variées » (96).

Il s'agit d'un aspect particulièrement remarquable du champ d'application de la notion. La particularité découle aussi de l'association du « raisonnable » avec d'autres notions limitant le pouvoir discrétionnaire des États de manière générale, comme la bonne foi ou l'abus de droit.

2. *Le lien opéré entre le « raisonnable » et des notions limitant le pouvoir discrétionnaire de manière générale*

116. Une règle de droit international peut soit prescrire une obligation, soit reconnaître un droit. Que ce soit dans l'un (§ 117) ou dans l'autre (§ 118) cas, le « raisonnable » est associé à des notions qui limitent le pouvoir discrétionnaire des États, et ce de manière générale (§ 119).

117. La limite du « raisonnable » dans l'exécution d'une obligation a été liée à la notion de bonne foi.

La jurisprudence que nous venons d'évoquer fait souvent le lien, que ce soit dans l'affaire de l'*Interprétation de l'accord entre l'O.M.S. et l'Egypte* (97), ou dans celles relatives à la « réserve automatique » (98). Pour ajouter un exemple significatif, la Cour considère

(94) Nous soulignons ; C.I.J., *Recueil 1984*, pp. 419-420, § 63 ; v. les critiques des juges Jennings ; op. diss., pp. 550 et ss., Oda, op. diss., p. 510, et Schwebel, op. diss., p. 624, § 104.

(95) Pour un autre exemple, où la Cour n'utilise pas expressément le « raisonnable » mais où elle considère qu'une réserve laissant à un État un pouvoir de qualification doit donner lieu à un contrôle de son usage ; v. C.I.J., Affaire des *Actions armées...*, *Recueil 1988*, p. 95, § 65.

(96) « L'exercice raisonnable... », *loc. cit.*, p. 167.

(97) C.I.J., *Recueil 1980*, §§ 43, 47 et 49 ; v. aussi op. indiv. Sette-Camara, p. 189.

(98) V. C.I.J., Affaire de la *Convention sur la tutelle*, *Recueil 1958*, op. indiv. Percy Spender, p. 130.

dans l'affaire de l'*Interprétation de l'article 4 de la Charte* que cette disposition

> « [...] n'interdit la prise en considération d'aucun élément de fait qui, *raisonnablement et de bonne foi*, peut être ramené aux conditions de cet article » (99).

Les juges confirment ce lien dans de multiples affaires (100).

La doctrine qui s'est penchée sur la notion de bonne foi plaide également en ce sens. Ainsi, pour Elisabeth Zoller,

> « Lorsqu'il est appelé à déterminer les critères de référence par rapport auxquels les États doivent exercer les droits qu'ils tiennent d'un engagement conventionnel, le juge ou l'arbitre accolent souvent deux expressions : 'raisonnablement' et 'bonne foi'. L'État doit, en général, exécuter les obligations ou les droits qui découlent d'un traité qu'il a conclu, de manière raisonnable et de bonne foi » (101).

L'auteur poursuit en citant plusieurs affaires, dont celle précitée des *Pêcheries de l'Atlantique nord*, dans laquelle le tribunal arbitral associe les deux notions (102).

Ainsi, lié à l'obligation de bonne foi, avec toutes les nuances de contenu que nous analyserons ultérieurement (103), le « raisonnable » intervient comme limite au pouvoir discrétionnaire des États.

118. La doctrine (104) comme la jurisprudence (105) évoquent aussi le « raisonnable » lorsqu'il est question d'un abus de droit.

---

(99) C.I.J., *Recueil 1947*-1948, p. 63 ; en ce sens, op. indiv. Azevedo, *id.*, p. 81, § 8.

(100) V. not. C.E.D.H., Affaire *Olsson, Série A, n° 130*, §§ 68 et s. ; C.I.J., Affaire de l'*Audition des pétitionnaires, Recueil 1956*, Déclaration Winiarski, p. 33 ; Affaire du *Droit de passage, Recueil 1960*, op. diss. Percy Spender, pp. 107 et 108 ; Affaire du *T.A.N.U., Recueil 1973*, op. indiv. Dillard, pp. 232-233 ; Affaire des *Activités militaires..., Recueil 1986*, op. diss. Schwebel, p. 294, § 69.

(101) *La bonne foi en droit international public*, Paris, Pédone, 1978, p. 87, n° 78 ; v. les nuances apportées n° 103.

(102) Voy. *R.G.D.I.P.*, 1912, p. 460. Dans ses conclusions, Elisabeth Zoller va jusqu'à avancer que, en tant que critère d'interprétation des situations juridiques, la bonne foi « [...] n'a aucune spécificité propre parce qu'elle se confond avec celui du raisonnable » (*Ibid.*, p. 335, n° 344). Il est vrai que la bonne foi est parfois citée pour moduler l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire sans que le rapport soit fait explicitement avec le « raisonnable » ; v. p. ex. C.I.J., Affaire de l'*Article 4 de la Charte, Recueil 1947*-1948, op. diss. Alvarez, p. 71 ; op. diss. coll., pp. 91-92 §§ 18 et 20 ; op. diss. Zoricic, pp. 103 et 104, et op. diss. Krylov, p. 115 ; Affaire des *Activités militaires...*, *Recueil 1984*, op. indiv. Mosler, pp. 467-468.

(103) Chapitre VI, section 2, §§ 449 et s.

(104) Voy. p. ex. Stevan JOVANOVIC, « Le principe de l'exercice raisonnable des compétences », *loc. cit.*, pp. 152-153 ; certains auteurs considèrent même que le principe de « prohibition des actes arbitraires et déraisonnables » rend inutile la théorie de l'abus de droit ; v. ILLUYOMMADE, « The Scope and Content of a Complaint of Abuse of Right in International Law », *Harvard International Law Journal*, 1975/I, p. 84, cité dans Stevan JOVANOVIC, *ibid.*, p. 152.

(105) Voy. les exemples reproduits ci-dessous.

Celui-ci est souvent conçu comme l'interdiction d'user déraisonnablement de son droit. C'est de cette manière que l'on peut analyser l'ensemble des exemples que nous venons de détailler, dans lesquels un État, usant d'une compétence lui laissant une large marge d'appréciation, est limité par l'obligation de l'utiliser dans les limites du raisonnable.

Le lien n'est que rarement établi de manière explicite. Dans l'affaire des *Intérêts allemands en Haute-Silésie*, la C.P.J.I. considère que l'Allemagne n'a pas abusé de son droit en résiliant un contrat avec une société parce que cette résiliation paraît

> « [...] avoir répondu à un but légitime de l'administration, savoir, l'abandon par le Reich d'une exploitation gravement déficitaire, au moyen d'une vente dans des conditions qui lui donnaient *une garantie raisonnable* de se voir éventuellement rembourser le capital investi » (106).

Dans l'affaire des *Pêcheries norvégiennes*, le rapport raisonnable avec la direction générale de la côte a été admis sous réserve d'un « abus manifeste » (107). On peut encore citer les propos du juge de Castro dans une tout autre affaire, pour qui

> « L'interprétation de l'article 2, paragraphe 2 de la Convention sur la haute-mer impose que, dans chaque cas, on tienne raisonnablement compte des intérêts des États quant à l'usage des libertés de la haute-mer, il faut considérer la nature et l'importance des intérêts en jeu, les principes de l'usage non nuisible, [...] de l'abus de droit et de la bonne foi dans l'usage des libertés » (108).

Enfin, certains auteurs envisagent le « déraisonnable » dans le cadre de la notion de détournement de pouvoir (109).

Même si l'expression de l'« abus de droit » n'est qu'exceptionnellement prononcée dans la pratique juridictionnelle (110), sans doute en raison de la réticence qu'elle suscite chez de nombreux internationalistes, son association avec le principe de l'obligation d'user raisonnablement de ses droits ne semble pas faire de doute à l'analyse de la jurisprudence internationale.

---

(106) Nous soulignons, C.P.J.I., *Série A, n° 7*, p. 38 ; v. aussi p. 49.

(107) Voy. la citation ci-dessus, et la référence correspondante.

(108) C.I.J., Affaire des *Essais nucléaires*, *Recueil 1974*, op. diss., p. 390. Le lien entre la mauvaise foi, le déraisonnable et l'abus de droit est encore opéré par le juge Lauterpacht ; C.I.J., Affaire *Interhandel*, exceptions préliminaires, *Recueil 1959*, op indiv., p. 111.

(109) V. not. J.E.S. FAWCETT, « *Détournement de pouvoir* by International Organizations », *B.Y.B.I.L.*, 1957, p. 312, et G.D.S. TAYLOR, « The Content of the Rule Against Abuse of Rights in International Law », *B.Y.B.I.L.*, 1972-1973, p. 344, Stevan JOVANOVIC, « Le principe de l'exercice raisonnable des compétences », *loc. cit.*, p. 153.

(110) V. encore C.I.J., Affaire de l'*Interprétation de l'article 4 de la Charte*, *Recueil 1947*-1948, op. indiv. Azevedo, p. 80, § 6.

119. Finalement, le champ d'application du « raisonnable » est étendu dans l'énonciation de la règle par le juge. Le terme est souvent utilisé comme élément du résultat d'une interprétation particulière d'une règle conventionnelle ou coutumière. L'énoncé s'effectue pour les besoins de la cause mais sera, en tant que majeure du syllogisme, le cas échéant repris au titre de jurisprudence précisant le sens de la règle primaire. Dans cette perspective, l'intervention du juge est plus ou moins importante selon que le « raisonnable » est utilisé dans le cadre d'une simple précision d'une norme spécifique, ou comme élément d'un discours limitant la compétence discrétionnaire des États.

Conclusion

120. Dans son étude consacrée au « concept de raisonnable en droit international public », le professeur Salmon relevait que « l'utilisation 'législative' du concept de 'raisonnable' est fréquente » (1). Un premier aperçu de la pratique conventionnelle et juridictionnelle confirme cette remarque. Pour synthétiser les résultats de notre recherche, le « raisonnable » est énoncé :

— dans de nombreuses règles par les États, qui peuvent être citées telles quelles par le juge ;

— dans certaines règles par le juge, par le biais d'une énonciation pour les besoins de la cause ;

— dans le cadre de l'affirmation par le juge de l'existence d'un principe de l'exercice raisonnable des compétences.

121. On constate que l'étendue du champ d'application est le fait du juge mais aussi, à l'origine et étant donné la variété des exemples conventionnels, des États. Ceux-ci ne semblent d'ailleurs nullement remettre en cause le discours juridictionnel. Non seulement ils n'ont pas, à notre connaissance, contesté particulièrement la jurisprudence précitée, mais on peut considérer qu'ils ont à l'occasion confirmé que le « raisonnable » pouvait se retrouver dans n'importe quelle règle de droit international.

Un exemple, peut-être isolé mais significatif, nous est donné par les travaux préparatoires du Premier Protocole additionnel aux

(1) *Mélanges Reuter*, Paris, Pédone, 1982, p. 450.

Conventions de Genève de 1949. Selon son article 13, la protection des unités sanitaires civiles cesse si elles sont utilisées « pour commettre, en dehors de leur destination humanitaire, des actes nuisibles à l'ennemi ». Le § 2 de cette disposition précise que

> « Ne seront pas considérés comme des actes nuisibles à l'ennemi [...]
>
> b) le fait que l'unité est gardée par un piquet, des sentinelles ou une escorte [...] ».

Lors des discussions sur le projet du C.I.C.R. — qui contenait une expression similaire (2) — la délégation cubaine proposa l'amendement suivant : « au paragraphe 2, *remplacer* 'des sentinelles' par 'un nombre raisonnable de sentinelles' » (3), et ce « afin de garantir qu'il ne se trouve pas dans les unités sanitaires des sentinelles en nombre illimité » (4). Cette proposition ne fut finalement pas reprise, la seule réponse expressément fournie étant qu'elle n'était pas « nécessaire » en pratique (5).

Le peu d'intérêt qu'a suscité semblable amendement s'explique très bien si l'on considère que les États admettent que le « raisonnable » peut le cas échéant être considéré comme un élément de n'importe quelle règle, particulièrement pour limiter le pouvoir discrétionnaire des parties dans l'interprétation des dispositions conventionnelles. La jurisprudence que nous avons évoquée apparaît donc en concordance avec la volonté des États.

122. L'étendue du champ d'application a été envisagée jusqu'ici sans approfondir les fonctions de l'utilisation de la notion. Les subdivisions opérées ont visé à rendre compte de la diversité des hypothèses dans lesquelles le « raisonnable » apparaissait, et de la variété des types de discours concernés. Il importe à présent de tenter d'expliquer ces nombreuses utilisations de la notion, en se demandant non plus *où* on peut la trouver, mais *pourquoi* elle a été introduite. L'examen du champ d'application du « raisonnable » n'apparaît, dans le cadre de cette étude, que comme un préalable à l'analyse des fonctions de son utilisation dans le discours juridictionnel international.

(2) Vol. I du Recueil des travaux préparatoires, p. 6, art. 13c).
(3) Vol. III, p. 69, 11 mars 1974, CDDH/II/25.
(4) Vol. XI, p. 126, § 62, CDDH/II/SR.14, 6 février 1975 ; v. aussi p. 127, § 71.
(5) Voy. les propos du délégué canadien, *ibidem*, p. 126, § 65.

TITRE II

LES FONCTIONS DE L'UTILISATION DU « RAISONNABLE »

123. Jusqu'ici, nous avons montré la place importante qu'occupait le « raisonnable » dans les matières les plus variées et dans les opérations juridiques les plus diverses. Nous avons ainsi répondu à la question « où trouve-t-on le 'raisonnable' » ?

Dans les lignes qui suivent, nous nous demanderons « pourquoi » utilise-t-on le « raisonnable », et la question est d'autant plus intéressante que nous avons constaté que l'utilisation de la notion était fréquente dans le cadre du règlement juridictionnel international.

124. Quelles sont donc les fonctions du « raisonnable » ? Les auteurs qui se sont penchés sur la notion ont déjà abordé cette problématique. Le professeur Salmon énumère ainsi cinq fonctions :

> « — moyen d'apprécier l'adéquation des moyens aux fins ;
> — moyen d'apprécier l'adéquation d'un comportement aux circonstances ;
> — moyen de tracer une limite entre discrétionnaire et arbitraire ;
> — moyen d'enrayer l'absurde ou le ridicule ;
> — moyen d'établir un équilibre entre des intérêts divergents » (1).

Un autre auteur affirme plus généralement que

> « la logique du raisonnable est régie par des raisons de congruence ou de convenance :
>
> *a*) entre la réalité sociale et les valeurs convenables pour sa régulation,
>
> *b*) entre les valeurs et les buts,
>
> *c*) entre les buts et la réalité sociale concrète ; quels sont les buts dont la réalisation est possible ?
>
> *d*) entre les buts et les moyens, en ce qui concerne la convenance des moyens aux buts,
>
> *e*) entre les buts et les moyens, du point de vue de la correction éthique des moyens,

(1) Voy. « Le concept de raisonnable en droit international public », *in Mélanges Paul Reuter*, Paris, Pédone, 1982, pp. 452 et ss., et les exemples cités. Ces fonctions sont reprises et commentées par Stevan JOVANOVIC, « Le principe de l'exercice raisonnable des compétences », *Restriction des compétences discrétionnaires des Etats en droit international*, Paris, Pédone, 1988, pp. 154 et s.

f) entre les buts et les moyens, à l'égard de l'efficacité des moyens » (2).

On constatera que la matière peut donner lieu à des réflexions dans les directions les plus variées. Pour notre part, nous ne reprendrons pas une à une dans les lignes qui suivent les fonctions énumérées par la doctrine. D'abord, certaines d'entre elles nous semblent davantage liées au contenu même du « raisonnable », que nous analyserons ultérieurement. Ensuite, et comme le reconnaissent les auteurs eux-mêmes, plusieurs de ces fonctions se recoupent (3).

125. Nous préférerons adopter une démarche plus globale, qui consistera à regrouper les fonctions le plus possible, de manière à dégager leurs points communs et à mieux cerner leurs différences.

Ainsi, nous distinguerons principalement des fonctions « techniques » et des fonctions « idéologiques » de la notion.

Par « techniques », nous entendons des fonctions qui ne favorisent pas directement l'un ou l'autre des acteurs du système, mais profitent au système dans son ensemble ; il s'agit d'un rôle plutôt technique du « raisonnable », en ce qu'il permettra au droit international de remplir ses propres fonctions, comme la possibilité pour les États d'édicter des règles ou pour le juge de rendre une décision.

Par « idéologiques », nous entendrons des fonctions liées davantage aux acteurs du droit international, et non au droit international dans son ensemble. Il s'agira surtout d'intégrer le rôle du « raisonnable » dans le cadre des rapports de forces qui influencent le droit, en montrant comment les États ou le juge utilisent la notion à leur propre avantage.

Nous reprendrons selon ce schéma différents exemples que nous avons mentionnés afin d'illustrer, dans un premier temps les fonctions techniques, dans un second les fonctions idéologiques du « raisonnable ». Il va cependant de soi, et il convient de le garder à l'esprit tout au long des deux chapitres qui suivent, qu'un même exemple peut souvent s'analyser comme recouvrant les deux types de fonctions, les séparations opérées répondant à un souci didactique qui ne respectera peut-être pas toujours les nuances qu'il conviendrait d'apporter à chaque cas particulier. Plus générale-

(2) L. Recasens-Siches, « La logique matérielle du raisonnement juridique », *in* H. Hubien (sous la direction de), *Le raisonnement juridique*, Bruxelles, Bruylant, 1971, p. 135.

(3) V. Jean Salmon, « Le concept de raisonnable en droit international public », *loc. cit.*, p. 452 ; Stevan Jovanovic, commentant l'article de Jean Salmon ; *Restriction des compétences discrétionnaires des Etats en droit international*, *op. cit.*, p. 154.

ment, le principe même de la séparation entre fonctions techniques et idéologiques apparaîtra à bien des égards artificiel, tant l'utilisation du « raisonnable » ne peut se comprendre qu'en associant ces deux types de fonctions. Nous serons toutefois obligés, pour les besoins de l'analyse, de nous abstenir d'appréciations à connotation idéologique dans l'exposé d'une fonction technique, avec toute la frustration que cela peut entraîner, pour l'auteur comme pour le lecteur, lorsque les interactions sont particulièrement manifestes...

Enfin, certaines des fonctions que nous exposerons ne sont pas propres au « raisonnable » mais caractérisent également d'autres notions à contenu variable comme, par exemple, l'« équitable » : il suffit de penser à la fonction d'adaptation de la règle de droit international. En revanche, d'autres fonctions, comme celles liées à la notion de système, sont plus spécifiques au « raisonnable ». Nous tirerons les conséquences de ces nuances après avoir analysé les fonctions une à une.

CHAPITRE III

LES FONCTIONS TECHNIQUES DE L'UTILISATION DU « RAISONNABLE »

126. Au sens large, la technique juridique est un

> « phénomène complexe consistant en méthodes, procédures, moyens, compétences, etc. qui rendent possible le fonctionnement du droit » (1).

Trois fonctions techniques seront exposées et détaillées dans le cadre du présent chapitre.

L'utilisation du « raisonnable » remplit d'abord une fonction d'adaptation : grâce à sa souplesse, la notion permet à une règle de droit international de s'adapter à toutes les situations particulières qu'elle a vocation à régir (section 1).

Le « raisonnable » renvoie ensuite au fondement de chacune des différentes étapes du syllogisme judiciaire, et donc à la possibilité de remplir la fonction juridictionnelle elle-même. La notion se réfère en effet à la raison, concept qui, comme on le verra, est utilisé par le juge comme élément permettant à la fois d'établir le fait, d'interpréter le droit, et de développer son discours (section 2).

L'utilisation du « raisonnable » remplit enfin une fonction de systématisation. La notion est utilisée pour présenter le droit international comme un système juridique, avec toutes ses qualités essentielles, de complétude, de cohérence et d'unité notamment (section 3).

127. Avant de les détailler, nous tenons à insister sur une différence essentielle qui caractérise ces fonctions. La première est directement liée au « raisonnable », tandis que la seconde, et plus encore la troisième, sont en réalité des fonctions induites par le renvoi à la raison.

Ce n'est donc qu'indirectement, et de manière moins ostensible, que nous pouvons les rattacher au « raisonnable ». Le premier sens de l'adjectif étant bien, comme nous le relevions d'emblée en intro-

(1) A.-J. ARNAUD (sous la direction de), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, L.G.D.J., Bruxelles, Story-Scientia, 1988, pp. 412 et s.

duction de cette étude (2), de renvoyer au substantif de raison, il importe de prendre en compte ces fonctions. Nous marquerons toutefois la différence de statut entre les trois fonctions en qualifiant les deux dernières de fonctions « latentes » (3).

Dans cette perspective, le rôle de la raison nécessitera de notre part de fréquents recours à la doctrine qui s'est penchée sur cette notion, ce qui nous permettra d'approfondir la réflexion. Cela ne signifie évidemment pas que nous adhérons à l'ensemble des doctrines exposées, mais seulement que nous les estimons utiles à une bonne compréhension des trois fonctions exposées.

128. Deux remarques méritent encore d'être formulées.

D'abord, il faut rappeler que, si ces fonctions sont fondamentalement distinctes, la séparation intellectuelle à laquelle nous nous livrerons est à bien des égards artificielle. Pour un même exemple d'utilisation du « raisonnable », on peut déceler la plupart du temps les trois fonctions qui se cumulent. Les exemples que nous reprendrons seront donc choisis parce que, selon nous, ils se rattachent plus particulièrement à l'une ou l'autre, ce qui n'empêche évidemment pas que l'on puisse les envisager sous des angles différents. Notre distinction conceptuelle ne correspond donc pas — il convient d'insister sur ce point — à une séparation nette et rigide.

Ensuite, toujours au sujet des exemples d'utilisation de la notion que nous reproduirons, il faut relever certaines différences d'approche selon les trois fonctions envisagées. Ainsi, la fonction d'adaptation est illustrée par davantage d'exemples, au demeurant plus explicites, que les deux autres. Cela s'explique très facilement. Le juge, ou les Etats, affirment à l'occasion de manière expresse qu'ils utilisent le « raisonnable » pour assouplir une règle de droit international. En revanche, une fonction comme le renvoi au fondement du discours ne fait pas l'objet de déclarations expresses par ses utilisateurs. Il conviendra donc d'expliquer cette fonction en prenant davantage appui sur une réflexion théorique. Même si des éléments

(2) Voy. *supra*, § 17.

(3) Ce qualificatif renvoie à la distinction opérée par la doctrine fonctionnaliste entre fonction « manifeste » et fonction « latente ». Le caractère latent signifie soit que la fonction n'est pas déclarée, soit qu'elle n'est pas remplie de manière consciente par l'acteur social qui la met en œuvre ; v. Mauricio GARCIA VILLEGAS, « Efficacité symbolique et pouvoir social du droit », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, n° 34, 1995, pp. 158-159. La distinction est assez généralement acceptée par les auteurs fonctionnalistes ; v. p. ex. le commentaire de Talcott Parsons opéré par Jean CARBONNIER, *Sociologie du droit*, Paris, P.U.F., 1re éd. Quadrige, 1994, pp. 133-134.

de jurisprudence seront repris pour appuyer les résultats de cette réflexion, il va de soi qu'ils seront moins explicites que ceux qui illustrent la fonction d'adaptation : un juge ne déclarera pas dans le cadre de son jugement recourir à la raison pour fonder une décision, ou du moins pas expressément.

Cela ne signifie nullement que la fonction de renvoi au fondement des activités juridictionnelles, ou que la fonction de systématisation qui n'est pas non plus expressément proclamée comme telle par les juridictions, soient moins importantes que la première citée. Bien au contraire, nous pensons qu'on ne peut comprendre le rôle du « raisonnable » en droit international sans appréhender chacune de ces trois fonctions dont nous mettrons les liens en évidence par la suite. En tout état de cause, nous avons préféré commencer par celle qui présente un caractère plus concret, pour appréhender ensuite les fonctions moins directement visibles.

SECTION 1RE. — UNE FONCTION D'ADAPTATION DE LA RÈGLE À DES SITUATIONS PARTICULIÈRES

129. Contrairement à un acte juridique comme une décision du Conseil de sécurité (article 25 de la Charte) ou un arrêt de la Cour internationale de Justice (article 59 du Statut), une règle de droit international vise non pas un cas mais une catégorie de cas particuliers afin d'y appliquer un certain régime juridique. Une règle de droit est, par définition, conçue en termes généraux : « sa généralité, son impérativité, l'obligent à globaliser dans l'abstrait » (1). La règle est généralement énoncée par référence à la formule « si p, alors q », dans laquelle p désigne l'ensemble des situations visées, et q les

(1) Ph. I. ANDRÉ-VINCENT, « L'abstrait et le concret dans l'interprétation », *A.P.D.*, Tome XVII, L'interprétation dans le droit, 1972, p. 138 ; v. aussi Max WEBER, *Sociologie du droit*, Paris, P.U.F., 1re éd., 1986, p. 45 ; Jean DABIN, *Théorie générale du droit*, Nvelle éd., Paris, Dalloz, 1969, pp. 92-98 ; Paul ORIANE, *Introduction au système juridique*, Bruxelles, Bruylant, 1982, p. 36 ; Léon RAUCENT, *Pour une théorie critique du droit*, Gembloux, Duculot, 1975, pp. 35-36 ; Marijan PAVCNIK, « One or More Possible Solutions ? (Contributions to Legal Reasoning) » *in* G. HAARSCHER (sous la direction de), *Chaïm Perelman et la pensée contemporaine*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 238.

conséquences juridiques prévues (2). Le droit international n'échappe pas à ce modèle même si, étant donné l'absence d'un législateur centralisé, peu de règles présentent un caractère universel (3). Pour définir les contours de la classe « p », le juriste ne pourra évidemment procéder à une énumération exhaustive, mais sera amené à user d'un vocabulaire qui présente une souplesse telle que la règle puisse s'adapter à toutes les situations qu'il entend couvrir (4). C'est ainsi que l'on peut comprendre l'utilisation du « raisonnable ».

130. Cette souplesse est une caractéristique essentielle de la notion. Lors de l'examen de son champ d'application, nous avons constaté que la notion était souvent utilisée lorsque le juge était amené à affirmer l'existence d'une limite au pouvoir discrétionnaire des États (5). Tout en décrivant le mécanisme, nous nous sommes abstenus de préciser pourquoi le « raisonnable » était utilisé dans ce type particulier de discours. Nous poursuivrons l'analyse dans les lignes qui suivent. Nous verrons que la notion permet d'adapter une règle juridique à des circonstances particulières en réalisant un équilibre dans l'exercice des compétences discrétionnaires des divers interprètes de la règle, que ces interprètes soient les États eux-mêmes ou le juge amené le cas échéant à se prononcer.

(2) Neil Mc Cormick, « Le raisonnement juridique », *A.P.D.*, tome XXXIII, La philosophie du droit aujourd'hui, 1988, p. 101 ; v. aussi Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, Neuchâtel, Ed. de la Baconnière, 1988, p. 54, qui met l'accent sur le caractère prescriptif de la formule, qu'on pourrait traduire par si A est, alors B s'ensuivra. Cette formule doit cependant être nuancée dans certaines circonstances, que nous ne détaillerons pas ici ; v. Paul Foriers, « Règles de droit. Essai d'une problématique », *in* Ch. Perelman (sous la direction de), *La règle de droit*, Travaux du C.N.R.L., Bruxelles, Bruylant, 1971, pp. 8 et s.

(3) Jean Salmon, « La règle de droit en droit international public », *in La règle de droit*, *op. cit.*, pp. 202 et s. Même dans le cadre de traités bilatéraux, les États entendent prévoir un nombre indéterminé de situations pour leur appliquer certaines conséquences juridiques. Le professeur Salmon relève toutefois que certains traités ne portent que sur une situation, comme un échange de prisonniers après un conflit armé ; *ibid.*, p. 203. Encore faudra-t-il définir les prisonniers tombant dans le champ d'application de l'accord, ce qui supposera une énonciation en termes généraux, à moins de procéder par énumération. En toute hypothèse, on ne qualifiera que les énonciations générales de « règles » au sens de la présente étude. Jean Salmon reprend d'ailleurs la formule, rebaptisée « si F, alors C », dans son article, « Le fait dans l'application du droit international », *R.C.A.D.I.*, t. 175, 1982-II, p. 272. V. encore Istvan Szaszy, « La règle juridique, le droit subjectif et le sujet de droit en droit international », *in Mélanges Andrassy*, La Haye, Martinus Nihoff, 1969, p. 309, et Emile Giraud, « Le droit positif. Ses rapports avec la philosophie et la politique », *in Mélanges Basdevant*, Paris, Pédone, 1960, p. 4 de l'étude ; Prosper Weil, « Vers une normativité relative en droit international ? », *R.G.D.I.P.*, 1982, pp. 44 et s. ; Serge Sur, « Quelques observations sur les normes juridiques internationales », *R.G.D.I.P.*, 1985, pp. 904-905.

(4) J.L. Sourioux et Pierre Lerat, *Le langage du droit*, Paris, P.U.F., 1975, pp. 61-62.

(5) V. *supra*, Chapitre II, section 2, §§ 112 et s.

Ce mécanisme peut être décrit à travers l'exemple classique de la règle de jugement dans un « délai raisonnable ». La qualification du délai de « raisonnable » permet une adaptation de la règle à un double point de vue :

— d'un côté, l'introduction du qualificatif maintient une marge d'appréciation pour les États, en leur permettant d'adapter la notion aux circonstances de l'espèce, ce qui n'aurait pas été le cas si l'on avait établi une durée fixe ;
— de l'autre, le qualificatif limite la marge d'appréciation des États en les empêchant d'interpréter de manière trop extensive le délai.

Nous analyserons cette fonction d'adaptation en reprenant le « raisonnable » comme moyen à la fois de maintenir une certaine marge d'appréciation pour les interprètes de la règle (A) tout en limitant cette marge d'appréciation (B).

A. — *L'utilisation du « raisonnable » comme moyen de maintenir une marge d'appréciation pour les interprètes de la règle*

131. Nous venons de citer un exemple où ce sont les États qui, lors de l'élaboration d'une norme conventionnelle, ont introduit le raisonnable afin de maintenir de larges possibilités d'interprétation de cette norme. Lorsque le juge reprend le terme dans son propre discours, il ne fait que consacrer cette fonction. Mais il arrive aussi que le juge introduise le « raisonnable » de sa propre initiative, en interprétant la règle conventionnelle ou en énonçant une règle non-écrite. Nous allons voir que, en tout état de cause, qu'elle soit envisagée dans le chef des États (1) ou du juge lui-même (2), la marge d'appréciation laissée par la notion à ses interprètes remplit bien une fonction d'adaptation, reconnue du reste par la doctrine (3).

1. *La formulation par les États du maintien d'une marge d'appréciation*

132. Si on reprend l'exemple d'un délai de jugement, on se serait trouvé dans une situation contraire à la volonté des énonciateurs de la règle si celle-ci avait prévu un délai fixe d'un an, ce qui rendrait illicite son dépassement même dans le cas d'une affaire présentant une complexité extraordinaire. On comprend dans ce cadre que le

« raisonnable », par la souplesse qu'il recouvre, soit préféré à des formules trop rigides.

133. L'analyse des travaux préparatoires de certaines conventions permet de mieux percevoir cette préoccupation.

L'article 3 du Premier Protocole de la Convention européenne des droits de l'homme oblige les États parties à organiser des élections à « intervalles raisonnables ». Cette formulation a fait l'objet de nombreuses discussions, que nous aurons l'occasion de détailler à l'examen d'une fonction plus idéologique du « raisonnable », à savoir l'obtention d'un accord conciliant des revendications contradictoires (6). A ce stade, il suffira de mentionner que la formule a été défendue parce que sa souplesse permettait de couvrir des pratiques nationales diverses, et donc de s'adapter à des situations particulières qui pourraient être exclues en cas de définition trop rigide (7). Le commentaire du Comité d'experts est révélateur sur ce point :

> « Par 'intervalles raisonnables', il y a lieu d'entendre des intervalles ni trop courts, ni trop longs » (8).

Si les termes prêtent à sourire en ce qu'ils ne permettent pas exactement de définir la longueur des intervalles, ils révèlent par contre assez bien la fonction de l'introduction de l'expression, qui est bien une fonction d'adaptation que n'aurait pas remplie l'énumération de critères trop rigides.

134. *A contrario*, il arrive que les États rejettent une proposition contenant le terme « raisonnable » parce qu'on la considère comme trop souple, et laissant une trop grande marge d'appréciation (9).

L'article 57, § 2, du premier Protocole de 1977 aux Conventions de Genève, qui régit la conduite des hostilités, prévoit que

> « [...] ceux qui préparent ou décident une attaque doivent :
> *i*) faire *tout ce qui est pratiquement possible* pour vérifier que les objectifs à attaquer ne sont ni des personnes civiles, ni des biens de caractère civil, et ne bénéfi-

(6) V. *infra*, chapitre IV, §§ 272 et s.

(7) *Recueil des travaux préparatoires de la Convention européenne des droits de l'homme*, Conseil de l'Europe, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 8 volumes, 1975 à 1985 (selon les volumes) ; v. not. vol. IV, pp. 23-25. Nous ne reprendons ci-après que le numéro des volumes.

(8) Vol. III, p. 265.

(9) Dans le cas que nous venons d'évoquer, les adversaires de la formule « intervalles raisonnables » émettaient des critiques sur son manque de clarté ou son ambiguïté. V. not. les propos du représentant du Royaume-Uni, vol. IV, p. 141. Voy. aussi, dans un autre domaine, les critiques de M^me^ BINDSCHEDLER à l'encontre de l'expression de « diligence raisonnable » parce qu'il s'agirait d'un « standard insuffisant » en matière de pollution des fleuves et des lacs internationaux ; *A.I.D.I.*, vol. 58-II, 1979, p. 121.

cient pas d'une protection spéciale, mais qu'ils sont des objectifs militaires au sens du paragraphe 2 de l'article 52, et que les dispositions du présent protocole n'en interdisent pas l'attaque ;

ii) prendre *toutes les précautions pratiquement possibles* quant au choix des moyens et méthodes d'attaque en vue d'éviter et, en tout cas, de réduire au minimum les pertes en vies humaines dans la population civile, les blessures aux personnes civiles et les dommages aux biens de caractère civil qui pourraient être causés incidemment [...] » (10).

L'expression soulignée résulte d'un long débat entamé sur base de deux propositions du C.I.C.R., selon lesquelles

« ceux qui préparent ou décident une attaque
— s'assureront (proposition I)
— prendront *toutes les dispositions raisonnables* pour s'assurer (proposition II)
que l'objectif ou les objectifs visés sont effectivement des objectifs militaires [...] » (11).

Le C.I.C.R. expliqua sa deuxième proposition de la façon suivante :

« il convient de rappeler que, lors des sessions de la Conférence d'experts gouvernementaux sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés, on a fait valoir que ces mesures de précaution restaient vagues. Or, *c'est à dessein que le CICR a proposé pour cet article un libellé souple*, estimant qu'il appartiendrait aux futures Parties de la préciser, en fonction de l'organisation de leurs forces armées et des catégories de troupes engagées » (12).

L'introduction du terme « raisonnable » servait clairement une fonction d'adaptation et de souplesse. C'est d'ailleurs sur cette base qu'elle a été soutenue par plusieurs États, qui y virent une « norme objective » (13), « réaliste » et s'opposant à une obligation « absolue » (14). C'est aussi sur cette base que la proposition II a par ailleurs fait l'objet de plusieurs critiques, puisque plusieurs États lui ont préféré la proposition I qui instaure une « obligation nette » (15), ce qui présente « de plus grands avantages pour la population civile » (16). Finalement, la formule « toutes les mesures pratique-

(10) Nous soulignons.

(11) Nous soulignons ; vol. I, p. 17, art. 50 du projet.

(12) Nous soulignons ; vol. XIV, p. 200, § 6.

(13) Voy. le « compte rendu analytique de la 21e séance, 17 février 1975, vol. XIV, p. 203, § 19 (représentant de l'Australie).

(14) *Ibid.*, pp. 204, § 30, et 205, § 34 (représentant du Royaume-Uni) et, en ce sens, pp. 205-206, § 41 (représentant des Pays-Bas), p. 208, § 61 (représentant de la Belgique).

(15) *Id.*, p. 201, § 9 (représentant du Vietnam).

(16) V. les propos du représentant finlandais, qui reconnaît aussitôt que, « contrairement à l'expression 'prendront toutes les mesures raisonnables pour s'assurer' (variante II), l'expression 's'assureront' peut entraîner des difficultés pratiques dans certains cas » ; *id.*, p. 207, § 51 ; v. encore p. 213, § 99 (représentant de l'U.R.S.S.).

ment possibles » sera adoptée par le comité de rédaction qui considéra la notion de « raisonnable » comme « trop subjective » (17), mais souhaita laisser une certaine marge de manœuvre aux États attaquants (18).

Indépendamment du cas particulier de la disposition analysée (19), les discussions montrent très clairement que le « raisonnable » vise à énoncer une règle en évitant de lui conférer un caractère trop précis ou rigide. Cette préoccupation est aussi celle du juge, comme nous le constaterons dans les lignes qui suivent.

2. *La formulation par le juge du maintien d'une marge d'appréciation*

135. En premier lieu, on peut considérer que le juge énonce certains principes qui guident sa propre activité, principes au sein desquels le « raisonnable » lui permet, par sa souplesse, de développer son raisonnement en gardant une marge d'appréciation importante. Ainsi, la règle de preuve selon laquelle toute prétention non démontrée doit être rejetée n'est pas prise au pied de la lettre ; le juge se contentera d'éléments qui établissent les faits « au-delà de tout doute raisonnable ». De même, le critère de la recherche de l'intention réelle des parties est assoupli par le principe de la détermination d'une « intention raisonnable ». Enfin, l'obligation de motiver, énoncée très généralement, signifie concrètement qu'il faudra élaborer un discours exposant les raisons de sa décision qui constituera une solution raisonnable, résistant à la contre-argumentation. Dans tous ces exemples (20), les étapes du syllogisme judiciaire s'adaptent

(17) Le commentaire de la disposition en cause précise que « Certains termes ont soulevé des problèmes, et il a fallu notamment choisir entre 'possible dans la pratique' et 'raisonnable' aux alinés 2, a) i et 2, a) ii). Le rapporteur croit comprendre que 'possible dans la pratique', terme choisi par le groupe de travail, s'entend de ce qui est réalisable ou faisable dans la pratique. De nombreux représentants ont estimé que le mot 'raisonnable' était trop subjectif » ; vol. XV, p. 369 ; voy. encore p. 294, § 98.

(18) L'expression a d'ailleurs fait l'objet de critiques en séance plénière parce qu'elle était encore « trop subjective » ; voy. les propos du représentant de l'Iran, vol. VI, p. 213, § 52.

(19) On relèvera que l'expression « précautions raisonnables » a été maintenue dans l'art. 57, § 4, qui concerne les attaques sur mer ou dans les aira. Les discussions n'ont pourtant pas porté sur ce cas particulier, qui n'avait pas été envisagé séparément par le C.I.C.R. La différence avec les attaques terrestres ne trouve donc aucune explication dans les travaux préparatoires, et elle s'explique mal eu égard au but de la disposition dans son ensemble. Sans doute convient-il donc d'interpréter l'art. 57, § 4, en conformité avec l'art. 57, § 2, et ne pas conférer une plus grande souplesse au premier par rapport au second. La question reste toutefois ouverte...

(20) Le détail de ces principes est exposé dans le Chapitre I.

à toutes les situations grâce à la consécration du « raisonnable » comme critère de référence.

136. Mais on peut également expliquer cette fonction en envisageant l'adaptation non plus des principes applicables par le juge, mais des règles liant les États. On sait en effet que le juge interprète ces règles, en développant tantôt un discours « vertical », consistant à appliquer la règle au cas d'espèce, tantôt un discours « horizontal », équivalant à une énonciation générale de la règle applicable. Dans les deux hypothèses, le « raisonnable » permettra une adaptation de la règle primaire en cause.

137. Dans le cas du ***discours juridictionnel « vertical »***, le mécanisme peut être décrit de la manière suivante : l'interprétation littérale paraît donner une solution concrète au litige, mais cette solution est manifestement contraire aux intentions des parties, de sorte qu'il est nécessaire d'assouplir cette interprétation, par le biais du « raisonnable ».

C'est pour remplir cette fonction que le « raisonnable » se retrouve, comme nous l'avons détaillé plus haut, dans l'article 32 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités pour justifier la poursuite du processus interprétatif si le résultat auquel on est parvenu est « déraisonnable ou absurde ». C'est sans doute le juge Alvarez qui a exprimé cette position avec le plus de ferveur :

> « Actuellement, on s'attache strictement au sens littéral du texte [...] on fait des déductions d'une logique poussée jusqu'à l'extrême ; on emploie dans ce but toute une technique juridique ; de la sorte, on arrive souvent à des *solutions déraisonnables* ou inacceptables par l'opinion publique [...] il faut bannir la logique à outrance, la dialectique, la technique exclusivement juridique, et ne jamais perdre de vue la réalité, les exigences de la vie des peuples, l'intérêt général, la justice sociale » (21).

La citation montre que le « raisonnable » peut avoir pour fonction d'adapter le texte à la réalité sociale.

D'autres juges ont utilisé la notion dans cette perspective dans l'affaire de la *Sentence arbitrale*, dans laquelle le tribunal était chargé de répondre à deux questions posées par le Sénégal et la Guinée-Bissau. La première consistait à déterminer si la frontière était

(21) Nous soulignons ; C.I.J., Avis sur le *Sud-Ouest africain*, *Recueil 1950*, op. diss., p. 178. On peut y ajouter l'affaire du *Plateau continental de la Mer Egée*, dans laquelle la Cour, interprétant le terme « notamment », refuse de consacrer son sens grammatical en invoquant le résultat « déraisonnable » auquel il menait (C.I.J., *Recueil 1978*, §§ 51 et s.).

délimitée par des conventions. La seconde revenait, « en cas de réponse négative à la première question », à déterminer le tracé. Le tribunal répond positivement à la première question, sauf pour la partie de la frontière maritime séparant les deux zones économiques exclusives qui n'a pu être délimitée par des traités conclus antérieurement à l'introduction de cette notion en droit de la mer ; mais il refuse de répondre à la seconde, considérant que la condition énoncée (une réponse négative à la première) n'était pas remplie. La Cour internationale de Justice est saisie ultérieurement par la Guinée-Bissau, et consacre la position du tribunal. Cependant, plusieurs juges contestent le refus de préciser la délimitation maritime. Dénonçant l'interprétation purement grammaticale du tribunal, ils rappellent le principe d'une interprétation « qui est en harmonie avec la manière naturelle et raisonnable de lire le texte », eu égard à l'intention des parties, qui était en l'occurrence manifestement de régler leurs différends de délimitation pour *tous* les territoires concernés (22). Selon ces juges, le tribunal aurait donc dû répondre à la deuxième question dans la mesure où elle n'était pas résolue par la réponse apportée à la première, et déterminer le tracé séparant les deux zones économiques exclusives.

D'autres exemples de cette démarche ont déjà été décrits plus haut. Il suffira de rappeler l'affaire du *Temple de Préah Vihéar (compétence)*, dans laquelle la Cour refuse d'interpréter de manière trop rigide le texte du renouvellement par la Thaïlande d'une déclaration d'acceptation invalide, ce qui aurait mené à l'incompétence de la Cour, parce que cette solution consacrait un « résultat déraisonnable », manifestement contraire aux intentions de la Thaïlande (23).

Dans chacun de ces cas, le « raisonnable » permet bien d'écarter une interprétation trop rigide de la règle applicable.

138. Lorsqu'ils sont amenés à préciser des règles à l'épreuve de la pratique, les juges utilisent également le « raisonnable » dans le cadre d'un ***discours juridictionnel « horizontal »***.

Un excellent exemple est sans doute l'interprétation qui a été donnée de l'article 14 de la Convention européenne des droits de

(22) C.I.J., Affaire de la *Sentence arbitrale*, *Recueil 1991*, Déclaration du juge Tarassov, p. 78 ; op. diss. Weeramantry, p. 132.

(23) C.I.J., *Recueil 1961*, p. 32 ; pour plus de détail voy. *supra*, Chapitre I, section 1, § 45.

l'homme, dont le texte prévoit que « la jouissance des droits et libertés [...] sera assurée *sans distinction aucune* fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur... » (24). Comme nous l'avons déjà relevé, selon les organes de la Convention,

> « [...] une distinction est discriminatoire si [...] il n'y a pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé » (25).

En dépit des termes exprès de l'article 14, toute distinction n'est donc pas interdite. La Cour s'est expliquée sur cette question :

> « [...] malgré le libellé très général de la version française ('sans distinction aucune'), l'article 14 n'interdit pas toute distinction de traitement [mais seulement une distinction qui] manque de justification objective et raisonnable » (26).

Le juge a bien énoncé une nouvelle formulation dans laquelle il a évité des termes trop rigides, pour leur préférer le « raisonnable ». La fonction d'assouplissement est évidente. Si l'article 14 avait dû être appliqué au pied de la lettre, toute différenciation, même légitime — comme une mesure de préférence protégeant certains groupes — aurait été en infraction avec la Convention, conséquence assurément non voulue par les rédacteurs du texte initial (27).

De même, la condition qu'une restriction apportée par les autorités à certains droits comme le droit à la vie privée soit « prévue par la loi » au sens de la Convention européenne des droits de l'homme n'a pas été interprétée de manière trop rigide. La Cour n'exige pas que la loi prévoie expressément toutes les situations de restrictions, mais se contente d'un « degré raisonnable de prévisibilité » (28).

Enfin, lorsque le juge tempère un droit reconnu en termes exprès à un État, en considérant que ce droit doit être exercé de façon rai-

(24) Nous soulignons.

(25) C.E.D.H., Affaire *Inze*, 28 octobre 1987, § 41. V. encore Affaire *Rasmussen*, 28 novembre 1984, *Série A, n° 87*, § 38 ; Affaire *Abdulaziz, Cabales et Balkandali*, 28 mai 1985, *Série A, n° 94*, § 72.

(26) C.E.D.H., Affaire du *Syndicat national de la police belge*, 27 octobre 1975, *Série A, n° 19*, § 46, et Affaire *linguistique*, 23 juillet 1968, *Série A, n° 6*, § 12. Voy. aussi Affaire *Marckx*, 13 juin 1979, *Série A, n° 31*, § 33 ; Affaire *James et autres*, 21 février 1986, *Série A, n° 98*, § 75 ; Affaire *Fredin*, 18 février 1991, *Série A, n° 192*, § 60 ; Affaire *Observer et Guardian c. Royaume-Uni*, 26 novembre 1991, *Série A, n° 216*, § 71 ; Affaire *Hoffmann c. Autriche*, 23 juin 1993, *Série A, n° 255-C*, § 31.

(27) Voy. not. Jacques VELU et Rusen ERGEC, *La convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1990, n° 145 et Marc BOSSUYT, *L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1976, pp. 22-25.

(28) V. not. C.E.D.H., Affaire *Observer et Guardian c. Royaume-Uni, Série A, n° 216*, arrêt du 26 novembre 1991, § 53, et les nombreuses autres références mentionnées *supra*, chapitre II, section 2, § 104.

sonnable (29), il assouplit la règle en modulant une expression qui pourrait être interprétée au pied de la lettre avec trop de rigidité, en l'occurrence en conférant un pouvoir discrétionnaire absolu.

139. Finalement, le fait que le juge formule ou reformule la règle en y introduisant le raisonnable démontre bien l'importance de la notion comme permettant une adaptation de la règle à tous les cas d'application. Lorsque les États ont omis de le faire, le juge est amené à user de la notion afin de pouvoir appliquer correctement la règle au litige qui lui est soumis.

Remarquons incidemment que le phénomène s'observe aussi lorsque le « raisonnable » est lui-même un élément de l'énoncé de la règle. En effet, comme nous l'avons relevé, la notion confère de la souplesse à la règle, mais renferme à cette fin un degré d'abstraction qui permet des interprétations divergentes dans un cas particulier. Dans cette hypothèse, le principe de l'interprétation raisonnable précisera le sens d'un énoncé dans lequel on retrouve le « raisonnable ». La notion intervient à un double titre, sur les plans horizontal puis vertical. C'est ce qu'ont exprimé plusieurs juges de la Cour en rappelant que

> « le critère du raisonnable doit lui-même s'appliquer d'une manière raisonnable » (30).

C'est aussi en ce sens que procède le juge lorsqu'il consacre une « interprétation raisonnable » d'une expression comme le « degré raisonnable de prévisibilité » (31).

3. *La doctrine et le « raisonnable » comme maintien d'une marge d'appréciation*

140. La doctrine a relevé que le souci de maintenir une certaine marge d'appréciation découle de l'inaptitude d'une règle de prévoir, au moment de son énonciation, tous les cas potentiels d'application. Comme le relève Henri Lévy-Bruhl,

> « [...] il est bien évident que le législateur est dans l'impossibilité de prévoir toutes les hypothèses infiniment nombreuses et complexes que fait naître la vie sociale. [De même], le texte de loi est rigide, ou, du moins, n'a qu'une élasticité

(29) Voy. les exemples précis exposé *supra*, chapitre II, section 2, §§ 112 et s.

(30) C.I.J., Affaire de l'*Incident aérien*, *Recueil 1959*, op. diss. des juges Lauterpacht, Wellington Koo et Percy Spender, p. 189.

(31) C.E.D.H., Affaire *Castells c. Espagne*, arrêt du 26 mars 1992, *Série A, n° 236*, § 37.

réduite. Il est donc par définition même, incapable de satisfaire aux besoins nouveaux d'une société en perpétuel mouvement » (32).

Cette impossibilité est envisagée sur un double plan (33). Sur un plan statique, en se plaçant au moment de l'énonciation, on ne peut prendre en compte tous les cas particuliers alors potentiellement concernés (34). Sur un plan dynamique, l'élaborateur d'une règle ne peut prévoir toutes les évolutions, technologiques notamment, et tous les nouveaux cas d'application qui en résulteront (35). Henri Lévy-Bruhl y voit même une « contradiction fatale entre les textes, par définition rigides, et la fluidité de la vie sociale » (36).

141. Mais, si l'énonciateur de la règle ne peut tout prévoir, il peut prévoir qu'il ne peut tout prévoir (37). Et le langage juridique peut offrir au juriste des termes propres à faire évoluer la règle si telle est l'intention du « législateur » (38). C'est pourquoi le droit regorge de concepts « volontairement imprécis, comme autant de

(32) *Sociologie du droit*, Paris, P.U.F., 7e éd., 1990, p. 69 ; v. aussi, p. ex., Charles de VISSCHER, *De l'équité dans le règlement arbitral ou judiciaire des litiges en droit international public*, Paris, Pédone, 1972, p. 5.

(33) V. p. ex. Luigi LOMBARDI VALLAURI, « La double participation du juriste à la formation des règles de droit », *in La règle de droit*, *op. cit.*, pp. 95 et s.

(34) Voy. les propos de Portalis dans le discours préliminaire au code civil : « Les besoins de la société sont si variés, la communication des hommes est si active, leurs intérêts sont si multipliés, et leurs rapports si étendus qu'il est impossible au législateur de tout prévoir » ; cité dans René SAVATIER, « Les creux du droit positif au rythme des métamorphoses d'une civilisation », *in* Ch. PERELMAN (sous la direction de), *Le problème des lacunes en droit*, Travaux du C.N.R.L., Bruxelles, Bruylant, 1968, p. 521 ; v. aussi Ph. I. ANDRÉ-VINCENT, « L'abstrait et le concret dans l'interprétation », *loc. cit.*, p. 136.

(35) V. l'autre citation de Portalis faite par René SAVATIER, « Les creux... », *loc. cit.*, p. 522, et Ch. PERELMAN, « Les notions à contenu variable. Essai de synthèse », *in Les notions à contenu variable*, *op. cit.*, p. 134 ; Léon HUDSON, « Analyse critique de la méthode de l'exégèse », *A.P.D.*, 1972, p. 125 ; Emile GIRAUD, « Le droit positif. Ses rapports avec la philosophie et la politique », *loc. cit.*, p. 17 de l'étude. Plus spécifiquement en droit international, voy. Ioan VOÏCU, *De l'interprétation authentique des traités internationaux*, Paris, Pédone, 1968, p. 13 et Jean SALMON, « Le fait dans l'application du droit international », *loc. cit.*, p. 353.

(36) *Sociologie du droit*, *op. cit.*, pp. 76-77 ; v. aussi p. 111 ; v. par ailleurs Jean CARBONNIER, *Sociologie juridique*, Paris, P.U.F., 1re éd. Quadrige, 1994, pp. 350-351 ; Aulis AARNIO, *Le rationnel comme raisonnable. La justification en droit*, Bruxelles, Story-Sciencia, Paris, L.G.D.J., 1992, p. 9 ; Michel VAN DE KERCHOVE et François OST, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, P.U.F., 1988, pp. 171 et s.

(37) Voy. le discours préliminaire au code civil prononcé par Portalis : « tout prévoir est un but qu'il est impossible d'atteindre [aussi] nous nous sommes préservés de la dangereuse ambition de vouloir tout régler et tout prévoir. Quoi que l'on fasse, les lois positives ne sauraient jamais remplacer entièrement l'usage de la raison naturelle dans les affaires de la vie » ; cité dans S. BELAID, *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, Paris, L.G.D.J., 1974, pp. 23-24.

(38) Luc SILANCE mentionne les propos de René Cassin, pour qui « le langage juridique doit posséder des qualités de plasticité et de souplesse lui permettant de s'adapter aux situations nouvelles » ; « Langage juridique et langue usuelle », *in* L. INGBER (sous la direction de), *Le langage du droit*, Travaux du C.N.R.L, Bruxelles, Nemesis, 1991, p. 162 ; v. aussi Paul MARTENS, « Réflexions sur l'écriture juridique », *in Mélanges François Rigaux*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 347.

structures flexibles, plastiques, faites pour accueillir le nouveau » (39). Chaïm Perelman a mis cette fonction en exergue :

> « tenant compte de la variété infinie des circonstances, du fait qu'il n'est pas capable de tout prévoir et de tout régler avec précision, admettant que des règles rigides s'appliquent malaisément à des situations changeantes, le législateur peut délibérément introduire dans le texte de la loi des notions à contenu variable, flou, indéterminé telles que l'*équité*, le *raisonnable*, l'*ordre public*, la *faute grave*, en laissant au juge le soin de les préciser dans chaque cas d'espèce » (40).

La conclusion vaut également en droit international, comme le précise Jean Salmon :

> « Le choix de termes de ce genre postule le souci des États de ne pas se lier par un comportement spécifique mais bien de laisser à la norme une grande souplesse d'application en fonction des circonstances de l'espèce » (41).

Et, à propos de délais, de durées, de limites, de dimensions, de prix, d'indemnisation, de quantité, d'intervalle, « [s]i on leur accole le qualificatif 'raisonnable' on leur donne une souplesse d'application que ne leur aurait pas conférée un chiffre » (42).

142. L'indétermination du « raisonnable », loin de constituer un défaut, représente donc sa qualité première (43), celle qui explique

(39) Pierre CATALA, « L'informatique et la rationalité du droit », *A.P.D.*, tome XXIII, Formes de rationalité en droit, 1978, p. 315. Voy. aussi Georges KALINOWSKI, qui met en évidence l'originalité de la science juridique qui se refuse à multiplier les définitions formelles, mais préfère maintenir des concepts susceptibles d'interprétations divergentes ; « De la spécifité de la logique juridique », *A.P.D.*, tome XI, La logique du droit, 1966, p. 13. Dans cette optique, le droit préfère le langage courant à des langages formalisés ou mathématiques ; v. *infra*, section 2 et J. PARAIN-VIAL, « La nature du concept juridique et la logique », *A.P.D.*, 1966, p. 56. D'autres auteurs parlent de « notions indéterminées » ou de « notions-cadres » ; v. p.ex. Jacques VAN COMPERNOLLE, « Vers une nouvelle définition de la fonction de juger : du syllogisme à la pondération des intérêts », *in Mélanges François Rigaux*, *op. cit.*, pp. 499-500, § 8 ; Michel VAN DE KERCHOVE et François OST, *Le système juridique entre ordre et désordre*,*op. cit.*, p. 238-239.

(40) « Les notions à contenu variable. Essai de synthèse », *in Le raisonnable et le déraisonnable en droit*, *op. cit.*, p. 134.

(41) « Les notions à contenu variable en droit international public », *in* Ch. PERELMAN et Raymond VANDER ELST (sous la direction de), *Les notions à contenu variable en droit*, Travaux du C.N.R.L., Bruxelles, Bruylant, 1984, p. 264 ; v. aussi, du même auteur, « Changements et droit international public », *in Mélanges François Rigaux*, *op. cit.* pp. 429-430.

(42) « Le concept de raisonnable en droit international public », *loc. cit.*, pp. 449-450. Voy. en ce sens les propos de M. BAGGE dans le cadre des discussions de l'Institut de droit international sur l'« utilisation des eaux internationales » ; *A.I.D.I.*, vol. 49-II, 1961, pp. 128-129 ; ainsi que les discussions au sein de l'Institut de droit international sur « la pollution des fleuves et des lacs et le droit international » ; *A.I.D.I.*, vol. 58-I, 1979, pp. 342 et s. et *A.I.D.I.*, vol. 58-II, 1979, p. 132 (v. les propos de Michel VIRALLY louant la souplesse d'un formule incluant le « raisonnable »).

(43) Voy. dans cette optique Georges ABI-SAAB, « Eloge du 'droit assourdi'. Quelques réflexions sur le rôle de la *soft law* en droit international contemporain », *in Mélanges François Rigaux*, *ibid.*, p. 67. V. p. ailleurs l'affirmation du caractère positif de la polysémie dans le dis-

et motive son introduction fréquente dans l'énonciation de la règle. A la différence des termes juridiques qui prêtent à des interprétations variables en dépit de la volonté de leurs auteurs, le « raisonnable » est bien une notion conçue *intentionnellement* à contenu variable. Herbert L.A. Hart évoque à ce sujet la « texture ouverte » du droit, et se réfère à une technique

> « [...] utilisée lorsque le domaine qu'on doit contrôler est tel qu'il est impossible d'identifier une catégorie d'actions spécifiques qu'on devrait uniformément accomplir ou dont on devrait uniformément s'abstenir, et d'en faire la matière d'une simple règle, encore que le champ des circonstances, tout en étant très diversifié, couvre des caractères familiers de l'expérience courante. *Le droit peut alors se référer à l'application courante de ce qui est 'raisonnable'* » (44).

Cette souplesse qui fait la richesse du « raisonnable » sera précisée lorsque nous serons amenés à nous pencher sur le contenu de la notion (45). Ce que nous souhaitons souligner à ce stade, c'est le mouvement de va-et-vient qui la caractérise, entre l'abstrait et le concret, entre la règle et la situation qu'elle régit, entre le général et le particulier. Chaïm Perelman a souligné cette caractéristique :

> « En assouplissant une notion, on lui permet d'échapper aux critiques, mais en même temps on la rend plus floue et plus confuse. Par contre, en la précisant, on la clarifie, mais on la raidit, et on la rend inapplicable dans bon nombre de cas » (46).

Dans cette perspective, on peut considérer que ce genre de notion est non seulement nécessaire mais même indispensable à une énonciation de règles juridiques (47). Si le droit n'utilisait que des termes rigides, il se trouverait constamment en porte-à-faux avec les réalités sociales qu'il tend à réguler. S'il utilisait des formules trop générales, il resterait impuissant à résoudre certains cas particuliers à défaut de critère de référence.

143. La fonction adaptative de la notion dans l'application du droit a été aussi soulignée par une référence plus spécifique au rôle du juge.

Comme le relève Michel Villey,

---

cours dans C. KERLOT-GRACCHIANI, *L'énonciation. De la subjectivité dans le langage*, Paris, Colin, 1988, pp. 15-16.

(44) Nous soulignons ; *Le concept de droit*, *op. cit.*, p. 164.

(45) Voy. en particulier les Chapitres V et VI.

(46) « L'usage et l'abus de notions confuses », *in Le raisonnable et le déraisonnable en droit*, *op. cit.*, p. 160.

(47) Voy. N. MAC CORMICK, « On Reasonableness », *in Les notions à contenu variable*, *op. cit.*, pp. 133-134.

« c'est une vérité reçue depuis l'antiquité classique que jamais une règle générale ne peut embrasser tous les cas, présents et plus encore à venir, auquel le juge sera confronté » (48).

Certains sociologues du droit considèrent d'ailleurs que c'est le corps social, et non le législateur, qui est la véritable source du droit. Dans ce contexte, le juge est amené à adapter le texte à des situations particulières, notamment en cas d'évolution non prévue par la loi (49), sa liberté d'interprétation ne pouvant toutefois s'exercer que « sans par trop faire violence au sens normal des mots » (50). C'est dans ce cadre que le « raisonnable » a souvent été décrit comme un outil permettant au juge d'accomplir adéquatement sa fonction. Comme le relève François Ost à l'issue d'une analyse de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme,

« [...] l'infusion, dans le raisonnement juridique, d'un certain nombre d'éléments indéterminés (concepts à contenu variable, critères élastiques, méthode de balance des intérêts en conflit, principe de proportionnalité...) est de nature à assurer une mise en œuvre efficace et adaptative de la régulation juridique [...] » (51).

Chaïm Perelman a dénoncé une conception trop passive du rôle du juge, parfois assimilé à un simple exécutant de règles propres à donner elles-mêmes la solution à tous les litiges (52). Le juge joue un rôle essentiel, puisqu'il doit adapter les règles aux nécessités de la vie sociale, et c'est pourquoi il recourt à des notions comme le « raisonnable » qui présentent la souplesse nécessaire (53).

Cette théorie s'inscrit en opposition au positivisme formaliste symbolisé par Kelsen, en lui reprochant de ne pas prendre suffisamment en compte les relations entre les règles théoriquement formu-

(48) Préface, *A.P.D.*, tome XVII, « L'interprétation dans le droit », 1972, p. 4 ; v. encore Constantin DESPOTOPOULOS, « Le raisonnement juridique d'après Aristote », *A.P.D.*, 1972, p. 91 ; Ph. I. ANDRÉ-VINCENT, « L'abstrait et le concret dans l'interprétation », *loc. cit.*, p. 136.

(49) V. Henri LÉVY-BRUHL, *Sociologie du droit*, *op. cit.*, not. pp. 70 et 72.

(50) *Ibid.*, p. 113.

(51) « Les directives d'interprétation adoptées par la Cour européenne des droits de l'homme : l'esprit plutôt que la lettre », *in* François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, *Entre la lettre et l'esprit. Les directives d'interprétation en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1989, pp. 322-323 ; v. aussi Jacques VAN COMPERNOLLE, « Vers une nouvelle définition de la fonction de juger : du syllogisme à la pondération des intérêts », *loc. cit.*, p. 500.

(52) Voy. not. « La motivation des décisions de justice. Essai de synthèse », *in Le raisonnable et le déraisonnable en droit*, *op. cit.*, pp. 118 et s. ; « Jugement, règles et logique juridique », *ibid.*, pp. 143 et s.

(53) V. not. « L'usage et l'abus de notions confuses », *loc. cit.*, p. 161.

lées et le milieu social dans lequel elles s'appliquent (54), particulièrement dans le cas d'une société décentralisée comme la société internationale (55). Dans cette optique, la solution d'un problème juridique ne peut être trouvée par la mise en œuvre de mécanismes de déduction opérés à partir de grands principes abstraitement formulés, mais nécessite la prise en compte de critères comme le « raisonnable » qui permettent d'adapter la règle en fonction de la situation concrète (56).

144. La fonction d'adaptation induite par l'utilisation de cette notion ne peut se comprendre que si l'on relève qu'elle permet non seulement de maintenir une certaine marge d'appréciation pour ses interprètes, mais aussi de limiter sa compétence discrétionnaire en empêchant les interprétations abusives de la règle dans laquelle se retrouve le « raisonnable ». Nous avons déjà mentionné en ce sens l'exemple du « délai raisonnable » de la C.E.D.H., mais il importe à présent de détailler le mécanisme.

B. — *L'utilisation du « raisonnable » comme moyen de limiter la marge d'appréciation des interprètes de la règle*

145. Nous distinguerons encore les hypothèses où ce sont les États qui remplissent cette fonction (1), de celles où le juge la consacre directement (2), en réservant une place particulière à la doctrine (3).

1. *La formulation par les États d'une limite à la marge d'appréciation*

146. L'utilisation du « raisonnable » comme moyen pour le « législateur » de limiter la marge d'appréciation des interprètes d'une règle découle d'abord d'un examen de la pratique. Une simple lec-

(54) « La loi et le droit », *in Le raisonnable et le déraisonnable en droit, op. cit.*, p. 29. Il faut cependant relever que Kelsen ne nie pas le rôle créateur du juge dans l'application du droit ; v. p. ex. *Théorie pure du droit, op. cit.*, pp. 151 et s. et Michel TROPER, « Hans Kelsen et la jurisprudence », *A.P.D.*, tome XXX, La jurisprudence, 1985, pp. 84 et s.

(55) V. Charles DE VISSCHER, *Théories et réalités en droit international public*, Paris, Pédone, 3e éd., 1960, p. 89 et p. 174 et Michel VIRALLY, « A propos d'une sociologie des relations internationales », *R.G.D.I.P.*, 1983, pp. 237 et s.

(56) « Ontologie juridique et sources du droit », *in Le raisonnable et le déraisonnable en droit, op. cit.*, p. 43 ; « Le raisonnable et le déraisonnable en droit », *ibid.*, p. 19 ; v. aussi Jean-Louis VULLIERME, « L'autorité politique de la jurisprudence », *A.P.D.*, 1985, p. 100 et, du même auteur, « Descriptions systémiques du droit », *A.P.D.*, 1988, p. 158.

ture de dispositions conventionnelles révèle l'existence de cette fonction.

Ainsi, l'obligation de laisser aux personnes bénéficiant de privilèges et immunités diplomatiques un « délai raisonnable » pour quitter l'État accréditaire lorsque ces privilèges et immunités prennent fin (57) empêche une interprétation trop large du droit de déclarer ces personnes *persona non grata*. De même, l'article 65 de la troisième Convention de Genève de 1949 relative au traitement des prisonniers de guerre dispose :

> « [...] Les prisonniers de guerre recevront en tout temps des *facilités raisonnables* pour consulter leur compte et en recevoir une copie [...] » (58).

Si l'on avait simplement prévu l'octroi de « facilités », la formule aurait laissé sans réponse la question de savoir si toutes les facilités auraient du être données aux prisonniers pour consulter leur compte, et ce dans tous les cas de figure. L'adjonction de l'adjectif « raisonnables » limite quelque peu les possibilités d'interprétation, en indiquant que les modalités des facilités dépendront des circonstances de l'espèce.

Dans cette perspective, la fonction se retrouve dans les cas où l'on autorise des « mesures raisonnables » ou que l'on tempère un droit par un exercice dans des « limites raisonnables ». Dans tous ces exemples, on définit la règle en excluant certaines catégories de situations : il ne s'agit pas de n'importe quelle mesure, ou de n'importe quelle limite, mais seulement de celles qui sont « raisonnables ».

147. Cette fonction d'adaptation consistant à limiter la marge d'appréciation des États se retrouve également à l'analyse de travaux préparatoires à la rédaction de dispositions contenant le terme « raisonnable ».

Si on reprend le cas de la Convention européenne des droits de l'homme, il faut se rappeler que les articles 5 et 6 énoncent le terme à trois reprises. Le droit à être jugé dans un « délai raisonnable » se retrouve dans l'article 5, § 3, qui concerne le cas des personnes détenues préventivement, ainsi que dans l'article 6, § 1er, qui énonce le droit de manière plus générale. Par ailleurs, en vertu de l'article 5,

(57) Il s'agit de l'article 39, al. 2 de la Convention de Vienne de 1961, exemple fourni par le professeur SALMON, « Le concept de 'raisonnable'... », *loc. cit.*, pp. 460-461.

(58) Nous soulignons.

§ 1er, c), une personne pourra être arrêtée notamment s'il existe des « motifs raisonnables de croire à la nécessité de l'empêcher de commettre une infraction ou de s'enfuir après l'accomplissement de celle-ci ».

Or, ces formulations ont été introduites dans le libellé de la convention en vue empêcher des interprétations trop extensives.

Le premier projet, conçu par le Mouvement européen, prévoyait seulement en ce qui concerne la matière couverte par l'ensemble des articles 5 et 6 actuels que

> « Art. I. Tout État partie à cette Convention garantira à toute personne sur son territoire les droits ci-dessous : [...]
>
> *b*) L'immunité contre toute arrestation, détention et exil arbitraires [...] » (59).

Pour répondre aux critiques dénonçant le manque de précision de l'ensemble des articles proposés (60), l'Assemblée consultative ajouta au libellé de l'art. I, *b*) l'expression « conformément aux articles 9, 10 et 11 de la déclaration des Nations Unies » (art. 2, § 3, du projet de convention) (61).

La formule subsista (62) jusqu'à une proposition d'amendement britannique selon laquelle :

> « Le Gouvernement du Royaume-Uni considère que le texte du paragraphe 3 n'est pas satisfaisant. *Le mot 'arbitraire' est vague* et sa valeur n'est pas définie ; [...] Le Gouvernement du Royaume-Uni propose, en conséquence, l'insertion dans le projet de Convention de l'article amendé ci-après.
>
> 'Nul ne peut être privé de sa liberté, sauf dans les voies légales, dans les cas suivants : [...]
>
> *c*) S'il a été arrêté en vue d'être conduit devant l'autorité judiciaire compétente lorsqu'il y a des raisons plausibles de soupçonner qu'il a commis un délit, et qu'il y a des *motifs raisonnables de croire à la nécessité de l'empêcher de commettre une infraction ou de s'enfuir après l'accomplissement de celle-ci* [...]' » (63).

Cette volonté de préciser une définition trop vague fut réaffirmée à maintes reprises par l'auteur de l'amendement précité (64), qui devint l'article 7, § 1er (65). En ce sens, le nouveau § 3 de cet article

(59) Vol. I, p. 297.
(60) V. les propos de M. Nally (Royaume-Uni) ; Vol. I, p. 147.
(61) Il s'agit de la Déclaration universelle des droits de l'homme ; Vol. I, pp. 169, 207 et 229. Le but était bien de définir plus précisément les droits énoncés ; v. p. 195, § 7.
(62) Vol. II, p. 277, art. 2, § 3.
(63) Nous soulignons ; Vol. III, pp. 188-189.
(64) Voy. not. vol. II, pp. 255 et s.
(65) *Ibid.*, p. 283.

précise encore qu'une personne détenue « aura le droit d'être jugée dans un délai raisonnable ou libérée pendant la procédure » (66), le même critère du « délai raisonnable » étant ajouté peu après pour limiter de manière générale le délai d'un jugement, que la personne en cause soit ou non détenue (67). Les termes ne font plus ensuite l'objet de commentaires substantiels (68) et sont proposés sans changements notables (69), puis adoptés (70) et reproduits dans le texte définitif.

L'introduction d'expressions contenant le terme « raisonnable » s'inscrit bien dans le cadre d'une volonté d'éviter les dérives auxquelles pourraient mener l'interprétation d'une expression aussi vague que l'« arrestation ou la détention arbitraires ». Même s'ils concernent le processus de manière générale sans être exclusivement consacrés à l'adjectif, les travaux préparatoires montrent que le « raisonnable » permet de limiter les possibilités d'interprétation tout en maintenant un énoncé adapté à tous les cas potentiels d'application.

148. Une analyse des travaux préparatoires des Protocoles de Genève de 1977 régissant le droit des conflits armés conduit aux mêmes conclusions. On peut en effet relever plusieurs articles où, alors que dans un premier temps on a proposé une formule très générale, les États ont, dans le souci de limiter les interprétations possibles de la disposition, introduit une expression dans laquelle on retrouve le « raisonnable ».

Ainsi, l'article 27, § 2, du premier Protocole prévoit que, lorsque des aéronefs sanitaires pénètrent dans des zones dominées par une partie adverse, si aucun accord particulier n'a été conclu,

> « [...] Dès que la partie adverse aura reconnu un tel aéronef sanitaire, elle devra faire *tous les efforts raisonnables* pour donner l'ordre d'atterrir ou d'amerrir [...] avant de recourir à une attaque » (71).

(66) *Id.*, p. 285. Ces deux dispositions sont proposées comme une des deux variantes de projet de Convention (Articles 6, §§ 1er et 3, *id.*, pp. 315 et 317), dont les promoteurs refusent d'opérer par simple renvoi à la Déclaration universelle des droits de l'homme dans un souci de précision (vol. IV, pp. 9-11).

(67) Vol. IV, p. 61 (Art. 7, § 1er). Voy. encore la reproduction de cette variante aux pp. 183 et s.

(68) Voy. not. les commentaires dans vol. IV, pp. 259 et s

(69) *Ibid.*, pp. 275 et s.

(70) V. not. vol. V, pp. 77 et s. (adoption par le sous-comité). A ce stade, les dispositions sont devenues respectivement les art. 5, § 1er, c), 5, § 3, et 6, § 1er. V. encore les pp. 121 et s. (adoption par le Comité des Ministres).

(71) Nous soulignons.

Cette formulation est le fruit d'une évolution dans laquelle on peut observer un souci de précision dans l'énonciation de la règle. Le Comité international de la Croix-Rouge (C.I.C.R.) n'avait pas prévu l'hypothèse de l'absence d'accord (72), ce qui laissait une large marge de manœuvre à la partie adverse. Un amendement parrainé par sept États proposa que, dans ces cas,

> « [...] Dans toute la mesure du possible, la Partie adverse respectera ledit aéronef militaire » (73).

En Commission, les discussions portèrent sur l'expression « dans toute la mesure du possible ». Dans le souci de renforcer la protection, certains proposèrent de la supprimer (74), d'autres de la maintenir (75). Dans tous les cas, les États considéraient l'expression comme trop vague, comme en témoignent les remarques suivantes émises par le représentant du Bengladesh :

> « Il y a des doutes au sujet de l'expression 'dans toute la mesure du possible', car il importe de tenir compte des réalités d'une situation qui se produit en temps de guerre » (76).

Ayant à tenir compte des observations pertinentes, le Comité de rédaction fut amené à modifier le libellé de la disposition, et c'est dans cette perspective qu'il remplaça l'expression critiquée par une autre plus précise, contenant notamment l'obligation de déployer tous les « efforts raisonnables » pour faire atterrir ou amerrir l'aéronef.

Ces termes ont bien été introduits dans le souci de maintenir la rigueur de l'obligation tout en lui conférant une souplesse lui permettant de régir tous les cas possibles d'application conformément à l'esprit de l'article en cause. La notion apparaît particulièrement appropriée à cet égard. Lors des débats en séance plénière, le délégué du Cameroun objecta que « l'expression 'efforts raisonnables' n'est pas très claire [et demanda] si le Comité de rédaction avait des raisons particulières de garder cet adjectif » (77), et on lui répondit que « l'expression 'efforts raisonnables' correspond à une notion

(72) Vol. I, p. 10 (article 28 du projet).

(73) Vol. III, pp. 140 et 141. La proposition est le fait de la Belgique, du Canada, des Etats-Unis, de la France, de la Norvège, des Pays-Bas et du Royaume-Uni.

(74) Représentants de la République fédérale d'Allemagne et du Bengladesh ; vol. XI, p. 555, § 9 et 558, § 29.

(75) Représentants de l'U.R.S.S., des Etats-Unis et du Canada ; vol. XI, pp. 555, § 10, 559, §§ 35 et 37.

(76) *Ibid.*

(77) Vol. VI, p. 95, § 12.

juridique qui ne pose aucune difficulté en français » (78) et surtout que

> « cette expression est une notion concrète et pertinente sur le plan juridique et que, de toute façon, il est indispensable de qualifier le mot 'efforts' » (79).

Les débats démontrent bien que le « raisonnable » sert à limiter les abus éventuels dans l'interprétation. On précise qu'il faut en tout cas faire tous les « efforts raisonnables pour faire atterrir », ce qui a pour conséquence qu'on ne pourra justifier une passivité totale en invoquant la généralité de l'expression « dans toute le mesure du possible ». D'autres dispositions ont donné lieu des débats que l'on peut interpréter dans la même perspective (80).

2. *La formulation par le juge d'une limite à la marge d'appréciation*

149. Le juge utilise aussi des expressions dans lesquelles on retrouve le « raisonnable » de manière à limiter les excès dans l'interprétation. La jurisprudence est relativement abondante en la matière, et il nous suffira de citer quelques exemples. Nous ne reviendrons plus sur la présence de la notion dans les différents principes qui guident le juge lui-même (établissement du fait « au-delà de tout doute raisonnable », etc.) ; la notion permet à la fois de maintenir mais aussi de poser une limite à la marge d'appréciation du juge lui-même, comme nous l'avons démontré dans un chapitre précédent (81). Il reste les cas où le juge se prononce sur les règles qui lient les États, que ce soit dans le cadre d'un discours juridictionnel « vertical » ou « horizontal ».

---

(78) Observation de M. Paolini (France) ; *ibid.*, § 13.

(79) Observation du Président de séance, *id.*, § 14. Les travaux mentionnent encore que « Après un échange de vues auquel prennent part M. Bothe (République fédérale d'Allemagne) et M. Al-Fallouji (Irak), M. Sadi (Jordanie) dit que le mot 'raisonnable' est utilisé dans le même sens dans toutes les langues. Si ce mot a été retenu, c'est pour des raisons précises » ; *ibid.*, § 16. C'est sur base de cette explication que l'article fut adopté par consensus , *id.*

(80) V. not. l'article 31, al. 2, du premier Protocole, qui suit, *mutatis mutandis*, la même évolution que l'art. 27, al. 2 (« efforts raisonnables »). V. encore l'art. 29, al. 3, c) qui prévoit, dans le cas d'un proposition d'accord portant sur des aéronefs sanitaires, qu'une « proposition raisonnable de modification de la demande » peut être émise. Cette formule ne figurait pas dans le projet du C.I.C.R. (vol. I, p. 10, art. 30 du projet), et a été proposée (voy. les propositions dans le vol. III, pp. 145 et 147) dans le souci de « précis[er] quelques points omis par le C.I.C.R. [...] » (M. Makin (Royaume-Uni), vol. XI, p. 541, § 11. Voy. enfin l'art. 11, al. 2, du deuxième Protocole qui prévoit que, si la protection des unités et moyens de transport sanitaire cesse en raison de la commission d'actes hostiles, elle ne cessera que moyennant un « délai raisonnable ». Ici encore, l'expression a été ajoutée au texte (v. proposition dans le vol. IV, p. 58), muet sur ce point du C.I.C.R. (vol. I, p. 38, art. 17 du projet), dans un souci de précision (voy. les explications du représentant des Etats-Unis, vol. XI, p. 298, § 41).

(81) Voy. *supra*, Chapitre I^er^.

150. Dans la plupart des cas, le juge doit appliquer une règle dont la formulation laisse de larges possibilités d'interprétation. Il utilisera alors le « raisonnable » pour écarter des interprétations qui lui paraissent abusives dans le cadre de son ***discours « vertical »***, qui consiste à appliquer une règle abstraite à un cas concret.

Un exemple peut être trouvé dans l'affaire *Cession of Vessels and Tugs for Navigation on the Danube* (82). En vertu de l'article 300 du Traité de paix de Saint-Germain-en-Laye du 10 septembre 1919, l'Autriche devait céder aux Alliés une partie de navires « remaining registered in the ports » du Danube. Aucune condition relative à la détermination de l'origine des navires n'était expressément formulée, même si l'article ne prévoyait d'obligation qu'à l'égard de l'Autriche. Or, les navires qui faisaient l'objet du litige présentaient des particularités délicates. D'un côté, ces navires appartenaient à une société de droit allemand et étaient enregistrés dans un port allemand. De l'autre, la totalité du capital de cette société était autrichienne, de sorte que cette société était exclusivement sous le pouvoir de l'Autriche. Le texte du traité, par sa généralité, ne permettait pas de trancher entre la nationalité des navires ou le lien effectif avec l'Autriche. C'est donc par voie d'interprétation que l'arbitre décida que

> « Article 300 of the Treaty of St. Germain indicates that the obligations assumed by Austria are with reference to vessels registered in the ports of Danube. The *reasonable construction is* that it applies to all vessels, owned by the Austrian Governement itself and completely in its control, which are registered in Danube ports » (83).

Le lien effectif a donc été considéré comme découlant du libellé de l'article 300 sur base d'une interprétation « raisonnable ». La notion a permis de limiter les possibilités d'interprétation (84).

On peut aussi rappeler l'affaire de l'*Anglo-Iranian Oil Company* dans laquelle, devant une formulation ambiguë, la Cour écarte une interprétation britannique restrictive de la déclaration d'acceptation du gouvernement iranien sur base de la façon « naturelle et raisonnable » de lire son texte (85).

(82) Décision du 2 août 1921, *R.S.A.*, vol. I, pp. 97 et s.

(83) *Ibidem*, p. 113 ; nous soulignons.

(84) Pour un autre exemple, voy. C.I.J., Affaire du *Plateau continental de la Mer Egée*, *Recueil 1978*, p. 29, § 71 (interprétation de l'expression « statut territorial » par une utilisation du « raisonnable »). V. encore C.I.J., Affaire du *Sud-Ouest africain*, *Recueil 1955*, op. indiv. Lauterpacht, p. 96.

(85) C.I.J., *Recueil 1952*, p. 104. Voy. les éclaircissements *supra*, Chapitre II, section 1.

151. D'autres exemples dans lesquels la notion sert à limiter les compétences discrétionnaires se rencontrent dans le ***discours juridictionnel « horizontal »***, c'est-à-dire lorsque le juge énonce des règles de manière générale.

Dans l'affaire du *Régime douanier austro-allemand*, il s'agissait d'interpréter l'engagement de l'Autriche de s'abstenir de « tout acte de nature à compromettre son indépendance, directement ou indirectement ». Cette formule très générale laissait libre cour à des possibilités très larges d'interprétation. Ainsi, on aurait pu soutenir que l'Autriche ne pouvait conclure aucun engagement en matière économique parce que, à terme, un engagement de ce type finit par compromettre l'indépendance. La Cour est amenée à préciser les termes du traité estimant que celui-ci n'interdisait un acte que dans la mesure où l'on pouvait « raisonnablement prévoir » (86) que son exécution compromettrait l'indépendance. Le critère a été admis par l'ensemble des juges dans leurs opinions individuelles (87) ou dissidentes (88). Il représente indéniablement une limite aux interprétations abusives du texte.

Il suffira encore de rappeler quelques cas déjà mentionnés dans lesquels le juge a utilisé le « raisonnable » dans le cadre de l'énoncé de certaines normes (89).

Si on reprend l'exemple de l'acquiescement, la règle laisse *a priori* sans réponse la question de savoir quelle est la limite à partir de laquelle on pourra considérer que l'État aura, par son silence, implicitement reconnu une situation. La jurisprudence a précisé que l'État disposait d'un « délai raisonnable » pendant lequel il lui incombait de préciser qu'il n'entendait pas être lié (90).

De même, des règles comme l'épuisement des recours internes ou l'interdiction du déni de justice ne précisent pas directement à partir de quand on doit considérer des lenteurs judiciaires comme excessives, et c'est encore le critère du « délai raisonnable » qui a été

(86) C.P.J.I., *Série AB, n° 41*, p. 46.

(87) V. l'opinion du juge Anzilotti, *ibid.*, pp. 66, 70 et 71.

(88) Op. diss. de MM. Adatci, Kellog, Rolin-Jaequemyns, Sir Cecil Hurst,..., C.P.J.I., *Série AB, n° 41*, pp. 82 et 83.

(89) Pour les références complètes appuyant les exemples cités ci-dessous, on se reportera *supra*, chapitre II.

(90) C.I.J., Affaire du *Temple de Préah Vihéar*, *Recueil 1962*, p. 23.

utilisé (91). La Cour permanente de Justice internationale a aussi considéré que l'obligation générale d'exécuter ses arrêts, qui en soi ne contient aucune précision *ratione temporis*, laissait aux États un « délai raisonnable » (92).

Enfin, nous savons que la règle de la « diligence due » oblige l'État a prendre des mesures positives de protection des droits des autres États, mais sans en préciser la teneur. La jurisprudence a considéré qu'il importait que les mesures prises soient des mesures raisonnables eu égard aux circonstances (93). Dans la même perspective, l'obligation de négocier suppose la mise en œuvre d'« efforts raisonnables » (94), l'évaluation d'une réparation équivaut à la détermination d'un « chiffre raisonnable » (95),...

Ces exemples ne sont évidemment pas exhaustifs. Dans toutes ces hypothèses, le juge est confronté à une règle qui laisse aux interprètes une marge d'appréciation importante. C'est pour résoudre ce problème, tout en préservant à la règle la souplesse nécessaire, que le juge introduit la notion de « raisonnable » dans son énonciation jurisprudentielle.

152. Le « raisonnable » permet à son utilisateur de limiter la marge d'appréciation des interprètes de la règle dans laquelle il est énoncé, qu'il s'agisse d'une règle primaire ou d'un principe d'interprétation ou d'établissement des faits. Cette fonction ne s'induit pas seulement d'un examen de la pratique, mais a aussi été proclamée de manière très claire par la doctrine.

(91) V. not. Affaire *Clyde Dyches*, General Claims Commission (U.S.A.-Mexico), *R.S.A.*, vol. IV, p. 460. V. par ailleurs l'opinion individuelle du juge Lauterpacht qui évoque la « possibilité raisonnable » d'obtenir un jugement ; C.I.J., Affaire des *Emprunts norvégiens*, *Recueil 1957*, p. 39.

(92) V. C.P.J.I., Affaire des *Zones franches de Haute Savoie et du pays de Gex*, *Série AB, n° 46*, pp. 170-171.

(93) V. p.ex. Affaire *Leonor Buckingham*, *R.S.A.*, vol. V, p. 288, § 3 ; Affaire des *Biens britanniques au Maroc espagnol*, *R.S.A.*, vol. II, p. 644 ; Affaire *L.H.F. Neer and Pauline Neer*, General Claims Commission (U.S.A.-Mexico), *R.S.A.*, vol. IV, pp. 61-62, § 4 ; Affaire *Sophie B. Sturtevant*, General Claims Commission (U.S.A.-Mexico), *R.S.A.*, vol. IV, p. 667 ; Affaire *Nick Cibich*, *R.S.A.*, vol. IV, p. 58.

(94) Affaire concernant des *Réclamations consécutives à des décisions du Tribunal arbitral mixte gréco-allemand établi en vertu de l'article 304 figurant à la Partie X du Traité de Versailles (Grèce/R.F.A.)*, *R.S.A.*, vol. XIX, p. 64 ; Affaire *Tacna-Arica (Chile/Peru)*, *R.S.A.*, vol. II, p. 929.

(95) V. not. C.I.J., Affaire du *Détroit de Corfou (réparation)*, *Recueil 1949*, p. 249.

3. *La doctrine et le « raisonnable » comme limite à la marge d'appréciation*

153. Aristote relevait déjà que

> « [...] la loi est toujours quelque chose de général et [il] y a des cas d'espèce pour lesquels il n'est pas possible de poser un énoncé général qui s'y applique avec rectitude » (96).

Dans cette perpective, Hans Kelsen considère qu'une norme se présente toujours « comme une sorte de cadre à remplir » (97). Comme nous l'avons déjà relevé en exposant les développements doctrinaux faisant le lien entre le « raisonnable » et la marge d'appréciation des interprètes, le « législateur » est dès lors amené à choisir des formules souples, mais qui ne laissent pas une marge d'appréciation illimitée. C'est dans ce contexte qu'il faut comprendre l'utilisation du « raisonnable ».

Le phénomène n'est guère controversé. Chaïm Perelman admet ainsi que, même s'il reste à contenu variable, l'adjectif caractérise une limite au pouvoir discrétionnaire des sujets de droit (98). Stevan Jovanovic envisage la notion comme une des limites au pouvoir discrétionnaire des États, au même titre que la bonne foi ou l'abus de droit (99).

Le « raisonnable » fournit un critère qui permet d'écarter des interprétations abusives. Les notions de mesures, de limites ou de délais raisonnables permettent de considérer qu'il y a bien une limite d'interprétation aux destinataires de la norme. Même si le « raisonnable » est parfois lui-même critiqué pour sa généralité, sa

(96) *Ethique à Nicomaque*, V, 14, 1137*b*, 14, trad. J. Tricot, Paris, Librairie philosophique J. Vrin, 1990, p. 267. D'autres philosophes du droit se sont prononcés en ce sens ; voy. p.ex. Jean-Jacques ROUSSEAU, *Du contrat social*, Paris, Christian Bourgeois ed., coll. 10/18, 1973, Chap. VI, « De la loi », p. 98. V. des commentaires dans Georges S. MARIDAKIS, « Droit, droit mondial, droit comparé », *in Problèmes contemporains de droit comparé*, Tome II, Tokyo, Institut japonais de droit comparé, 1962, p. 196 ; v. par ailleurs, Emile GIRAUD, « Le droit international public et la politique », *R.C.A.D.I.*, 1963-III, t. 110, p. 45, et Léon RAUCENT, *Pour une théorie critique du droit*, *op. cit.*, p. 258.

(97) *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 149.

(98) « La justice réexaminée », *in Le raisonnable et le déraisonnable en droit*, *op. cit.*, p. 169 ; v. aussi Paul FORIERS, « Le raisonnement pratique. Le raisonnable et ses limites », *in La nouvelle rhétorique. Essais en hommage à Chaïm Perelman*, *Revue internationale de philosophie*, n° 127-128, 1979, p. 322.

(99) Voy. *Restriction des compétences discrétionnaires des Etats en droit international*, Paris, Pédone, 1988, pp. 147 et s.

présence apporte davantage de précision à une règle, qui, en son absence, ne contiendrait ***aucun*** critère d'évaluation.

*
* *

154. Pour conclure, nous croyons pouvoir mettre en rapport la fonction d'adaptation que nous venons de décrire avec les fonctions énumérées par le professeur Salmon dans son étude consacrée au « raisonnable » en droit international public. Rappelons que, selon cet auteur, la notion constituerait un moyen :

— d'apprécier l'adéquation des moyens aux fins ;
— d'apprécier l'adéquation d'un comportement aux circonstances ;
— de tracer une limite entre discrétionnaire et arbitraire ;
— d'éviter l'absurde ou le ridicule ;
— d'établir un équilibre entre des intérêts divergents (100).

Si on reprend ces éléments un à un, on constate qu'ils ont pour point commun de cadrer parfaitement avec une fonction d'adaptation, même si nous avons privilégié la troisième dans le cadre de la présente section.

155. En tant que moyen d'apprécier l'adéquation des moyens aux fins, le « raisonnable » intervient dans le contrôle des finalités proclamées par la règle. Le professeur Salmon donne notamment l'exemple de l'article XXIV, § 12, du G.A.T.T. selon lequel

> « Chaque partie contractante peut prendre toutes mesures raisonnables en son pouvoir pour que, sur son territoire, les gouvernements ou administrations régionaux ou locaux observent les dispositions du présent accord » (101).

Cette disposition cadre parfaitement avec ce que nous avons vu plus haut. Les États énoncent la règle de manière à lui conférer une souplesse telle qu'elle puisse s'adapter à toutes les situations nationales visées, par préférence à une énumération rigide des mesures à adopter. La notion permettra ainsi une évolution éventuelle de la règle qui sera apte à régir les nouvelles situations qui pourront se présenter.

---

(100) « Le concept de raisonnable en droit international public », *loc. cit.*, pp. 452 et s. et les exemples cités. Ces fonctions sont reprises et commentées par Stevan JOVANOVIC, « Le principe de l'exercice raisonnable des compétences », *Restriction des compétences discrétionnaires des Etats en droit international*, *op. cit.*, pp. 154 et s.

(101) « Le concept de 'raisonnable'... », *loc. cit.*, p. 453 ; d'autres exemples sont mentionnés aux pp. 454 et s.

La conclusion est encore plus immédiate pour la fonction, très voisine, du « moyen d'apprécier l'adéquation d'un comportement aux circonstances » (102). Les exemples fournis, comme ceux qui se rapportent à la « prévoyance raisonnable » ou au « soin raisonnable » exigés dans le cas de la règle de diligence due, ont d'ailleurs été évoqués plus haut comme des cas où le juge complète l'énonciation de la règle afin de lui conférer la souplesse nécessaire.

Le « raisonnable » en tant que moyen d'éviter l'absurde ou le ridicule (103) est propre au processus d'application de la règle de droit international. Nous l'avons abordé en précisant que le juge refusait de se laisser enfermer dans une formulation trop rigide et préférait l'assouplir en recourant au principe de l'interprétation raisonnable.

Enfin, le « moyen d'établir un équilibre entre des droits et des intérêts divergents » (104), s'il concerne plutôt une fonction idéologique du « raisonnable » en tant que moyen de masquer des contradictions persistantes, dénote aussi une fonction d'adaptation à toutes les situations nationales que nous avons constatées en évoquant le cas des élections à « intervalles raisonnables » prévues dans le premier Protocole de la Convention européenne des droits de l'homme.

156. Nous reviendrons évidemment sur ces fonctions soit dans le cadre de l'aspect idéologique de l'utilisation du « raisonnable » soit dans le cadre de l'analyse de son contenu (105). Dans une large mesure, ces cinq fonctions se recoupent, sauf peut-être la quatrième, spécifique à l'interprétation (106). A ce stade, il suffit de constater qu'elles illustrent toutes à des degrés divers la fonction d'adaptation que l'on retrouve constamment dans la pratique conventionnelle ainsi que dans la jurisprudence internationale. Sans le « raisonnable », le droit international serait comparable à une machine dont les rouages ne seraient pas huilés, et qui se révélerait incapable de fonctionner selon la destination qui est la sienne (107). La notion

(102) *Ibid.*, pp. 456-459.

(103) *Ibid.*, p. 468 et Chaïm PERELMAN, « Le raisonnable et le déraisonnable en droit », *loc. cit.*, p. 16 ; v. aussi p. 19.

(104) Jean SALMON, « Le concept de 'raisonnable'... », *loc. cit.*, pp. 470-471.

(105) V. *infra*, chapitre IV, et II[e] partie.

(106) Le professeur SALMON l'admet implicitement ; article cité, p. 452 ; Stevan JOVANOVIC, commentant l'article, le relève expressément, *Restriction des compétences discrétionnaires des Etats en droit international*, *op. cit.*, p. 154.

(107) C'est peut-être dans cette perspective que l'on a pu évoquer un droit « liquide » dont un des signes serait l'utilisation de l'équité ; v. François OST, « Jupiter, Hercule, Hermès : trois modèles du juge », *in* P. BOURETZ (sous la direction de), *La force du droit. Panorama des débats contemporains*, Paris, Esprit, 1991, p. 262.

apparaît ainsi comme indispensable à la prise en compte du mouvement dans le droit, et peut être considérée comme un concept privilégié permettant le déploiement d'une méthode dialectique favorisant le va-et-vient entre la règle juridique et la situation sociale qu'elle a vocation à régir (108).

SECTION 2. — UNE FONCTION LATENTE DE RENVOI AU FONDEMENT DE L'ACTIVITÉ JURIDICTIONNELLE

157. Le juge a fréquemment recours au « raisonnable » lorsqu'il applique la règle de droit international, que ce soit de manière directe ou indirecte (1). Le constat n'est guère étonnant. En renvoyant à la raison, le « raisonnable » renvoie en effet au fondement de chacune des opérations effectuées par le juge, que ce soit lorsqu'il établit le fait, énonce et interprète le droit, ou développe son discours juridique. Nous tenterons dans les lignes qui suivent d'expliquer cette spécificité, et ce en développant un raisonnement en trois temps :

1°. Une fois saisi d'un litige, le juge est chargé de prendre une décision conforme au droit ;

2°. Or, ni les faits de la cause, ni le texte juridique applicable, ni la logique ne lui donnent une solution qui s'imposerait de manière évidente, en l'absence de choix ;

3°. C'est pour justifier un choix qu'il ne peut éviter que le juge utilise le « raisonnable ». L'utilisation de la notion lui permet donc d'exercer sa fonction juridictionnelle en présentant un discours conforme à la volonté des États qui la lui confèrent.

158. Avant de reprendre ces étapes une à une, il importe de formuler deux préalables d'ordre méthodologique à propos du titre de la présente section, l'un concernant le terme « renvoi », l'autre le terme « fondement ».

Comme nous l'avons indiqué à titre de définition provisoire, le « raisonnable » renvoie à la raison. Et c'est bien ce concept de raison qui sera utilisé comme fondement de l'établissement du fait, de l'in-

(108) V. p. ex. François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, « De la théorie de l'argumentation au paradigme du jeu. Quel entre-deux pour la pensée juridique ? », *in Chaïm Perelman et la pensée contemporaine*, *op. cit.*, pp. 135 et 148.

(1) Voy. *supra*, Chapitres I et II.

terprétation de la règle ou du développement du discours. A la différence de la fonction d'adaptation qui est propre à l'adjectif « raisonnable », la fonction de renvoi au fondement de chacune des étapes du syllogisme judiciaire se rattache plus spécifiquement au substantif « raison ». C'est en ce sens que nous préférerons ici évoquer une fonction « latente » du « raisonnable ».

Ensuite, le « fondement » dont il s'agit ici ne doit pas s'entendre sur un plan ontologique : le terme ne désigne que *ce qui est présenté comme fondement* dans le discours du juge. Dès lors, l'affirmation selon laquelle la raison est utilisée pour fonder une interprétation particulière ne signifie pas que nous pensons que tel soit le cas en fait (c'est-à-dire que la raison fonde « vraiment » l'interprétation), mais seulement que le juge présente sa solution selon ce schéma. Rappelons à cet égard que toute prise en compte des aspects idéologiques de l'utilisation du « raisonnable » est à ce stade écartée de l'analyse.

159. Revenons au raisonnement en trois temps que nous venons d'exposer.

Le premier temps ne pose pas de problème particulier, et ne sera pas approfondi dans le cadre de chaque étape du syllogisme. Le juge est en effet toujours amené à rendre une décision, soit sur le fond, en faveur de l'une ou l'autre partie, soit en se déclarant incompétent ou en qualifiant la requête d'irrecevable. Dans tous les cas, le juge n'échappe pas à un processus d'application du droit.

C'est en vain que l'on opposerait à ce raisonnement la possibilité en droit international de prononcer un *non liquet* (2). En effet, même dans cette hypothèse, le juge est amené à établir des faits, interpréter le droit et développer un discours juridique qui aboutira encore à une décision, même si celle-ci consiste en un refus de trancher le

(2) V. p. ex. Marcel SIBERT, *Traité de droit international public*, Paris, Dalloz, 1951, p. 1074 ; POLITIS, *La justice internationale*, Paris, Hachette, 1924, p. 84 ; Louis DELBEZ, *Les principes généraux du contentieux international*, Paris, L.G.D.J., 1962, p. 91 ; Jean SALMON, « Quelques observations sur les lacunes en droit international », *in* Ch. PERELMAN (sous la direction de), *Le problème des lacunes en droit*, Travaux du C.N.R.L., Bruxelles, Bruylant, 1968, pp. 318-319 ; v. aussi la définition du « non liquet » donnée par Hersh LAUTERPACHT, « Some Observations on the Prohibition of 'Non Liquet' and the Completeness of the Law », *in Symbolae Verzijl*, 1958, p. 199.

litige (3). En tout état de cause, il semble bien que le droit international ne lui permette pas cette échappatoire (4). Lors des discussions qui ont eu lieu au sein de la Commission du droit international sur le sujet, au cours de l'élaboration du projet de procédure arbitrale, les critiques de l'article 12 contenant le principe de l'interdiction du déni de justice étaient uniquement basées sur la crainte de voir le juge, dans le silence du droit, dépasser sa mission en recourant à l'équité *praeter* ou *contra legem* (5). Une fois les opposants rassurés sur ce point (6), l'article a été adopté par la Commission (7). Il n'existe d'ailleurs pratiquement (8) aucun précédent où un juge ait prononcé un *non liquet* (9), même lorsque les circonstances s'y

(3) En ce sens, J. MIEDZIANOGORA, « Juges, lacunes et idéologies », *in Le problème des lacunes en droit, op. cit.*, pp. 514-515. Pour Georg SCHWARZENBERGER, la réponse à cette controverse est formelle : il suffira toujours au juge de rejeter une demande dont les faits ne sont pas établis ou la violation du droit pas démontrée ; *International Law as applied by International Courts and Tribunals*, vol. IV, International Judicial Law, London, Stevens & Son, 1986, pp. 662-663 ; v. enfin Frede CASTBERG, « La méthodologie du droit international public », *R.C.A.D.I.*, 1933-I, tome 43, p. 342.

(4) Voy. en ce sens, Charles de VISSCHER, *Problèmes d'interprétation judiciaire en droit international public*, Paris, Pédone, 1963, p. 22 ; Hans-Jürgen SCHLOCHAUER, « Arbitration », *in Encyclopedia of International Law*, vol. I, Settlement of Disputes, New York-Amsterdam-Oxford, North Holland Publ. Co., 1981, p. 23. V. par ailleurs les réflexions du juge Azevedo dans l'Affaire relative aux *Conditions de l'admission d'un Etat comme Membre des Nations Unies (article 4 de la Charte)*, C.I.J., *Recueil 1947-1948*, op. indiv., p. 75, § 3, et l'affaire du *Détroit de Corfou*, C.I.J., *Recueil 1949*, op. diss., p. 83.

(5) V. not. les propos du représentant de l'Inde ; Observations des gouvernements concernant le projet sur la procédure arbitrale rédigé par la C.D.I. à sa 4e session, en 1952, *Rapport de la C.D.I. sur les travaux de sa 5e session du 1er juin au 15 août 1958*, A.G., Doc. off. : 8e sess., Sup., n° 9 (A/2456), New York, 1953, p. 36 ; au sein de la Commission, voy. not. *A.C.D.I.*, 1958-I, pp. 50, § 72, et 53, § 18 (proposition de Tunkin de supprimer l'article 12), et p. 53, § 25 (protestation de Yokota).

(6) Voy. les propos de Gerald Fitzmaurice et de Georges Scelle, qui considèrent que ce principe ne permet aucunement au juge d'élargir le droit applicable, mais l'oblige seulement à rendre une décision ; *ibid.*, p. 51, § 2, 52, § 9, et 54, § 34. Dans cette perspective, et comme nous l'avons souligné en commençant, la controverse apparaît largement théorique puisque le juge doit toujours, même s'il refuse de trancher, se prononcer en appliquant le droit.

(7) *A.C.D.I.*, 1958-I, p. 54. Le texte final de l'article 12 est le suivant : « The tribunal may not bring in a finding of non liquet on the ground of the silence or obscurity of international law or of the compromis » ; *A.C.D.I.*, 1958-II, p. 8. La disposition est notamment citée par le juge Oda dans l'Affaire des *Activités militaire et paramilitaires au Nicaragua...*, *Recueil 1986*, op. diss., p. 237 ; v. aussi les commentaires et l'analyse de Hersh LAUTERPACHT, « Some Observations on the Prohibition of 'Non Liquet' and the Completeness of the Law », *loc. cit.*, pp. 196 et s.

(8) Hersh LAUTERPACHT en mentionne un dans son étude, « Some Observations on the Prohibition of 'Non Liquet' and the Completeness of the Law », *loc. cit.*, pp. 196 et s.

(9) Voy. l'analyse de J.H.W. VERZIJL, « La base des jugements internationaux au cours de l'histoire », *R.G.D.I.P.*, 1955, pp. 402-403. Le cas de l'affaire *Haya de la Torre*, parfois évoqué (Louis DELBEZ, *Les principes généraux du contentieux international*, *op. cit.*, p. 91), ne constitue pas un véritable précédent dans la mesure où la Cour a seulement déclaré la requête irrecevable pour défaut de différend à caractère juridique. Ici encore, la Cour a, en tout état de cause, bien pris une décision.

prêtaient (10). Le problème est donc largement théorique ; en pratique, le juge saisi rend une décision (11).

Les deuxième et troisième temps de notre raisonnement seront détaillés dans le cadre de chaque étape du syllogisme. Pour chacune d'entre elles, nous verrons que le « raisonnable » n'est pas le signe d'un défaut ou d'une insuffisance de l'opération, comme on le prétend parfois au sujet de notions à contenu variable (12), mais qu'il renvoie à son fondement même. L'adjectif permet au juge de remplir sa fonction juridictionnelle, c'est-à-dire de présenter une solution au litige dont il est saisi comme étant conforme au droit.

A. — *Le « raisonnable » comme renvoi au fondement de l'établissement du fait*

160. Pour comprendre cette fonction, il faut partir du dilemme auquel est confronté le juge qui, d'un côté, est amené à rendre une décision, et pour cela à établir les faits pertinents et, de l'autre, ne dispose pas des moyens de s'assurer avec une certitude absolue que ces faits sont établis. Nous avons d'ailleurs constaté que, dans bon nombre de cas, comme celui de l'affaire du *Détroit de Corfou*, il était matériellement impossible de démontrer avec rigueur les faits à la base du litige (13). C'est sans doute sur base de tels précédents que certains auteurs considèrent que la tâche judiciaire la plus difficile n'est pas de dire le droit, mais d'établir les faits (14), même si cette

(10) Dans les contentieux territoriaux, la Cour internationale de Justice tranche toujours, même lorsqu'aucun titre ne lui donne une solution précise. L'exemple le plus clair est sans doute le précédent de la « mare de Soum » où, tout en admettant ne disposer d'aucun titre permettant de départager les prétentions contradictoires du Burkina Faso et du Mali, la Cour décide de partager la mare en deux parties égales ; voy. C.I.J., Affaire du *Différend frontalier*, *Recueil 1986*, §§ 138 et s. Pour une application en matière d'établissement des faits, voy. C.I.J., Affaire du *Différend frontalier, insulaire, et maritime*, *Recueil 1992*, §§ 140 et 141.

(11) Jean SALMON, « Quelques observations sur les lacunes en droit international », *loc. cit.*, pp. 331-332, et p. 313, note 2, et Friedrich V. KRATOCHWIL, *Rules, Norms and Decisions. On the conditions of practical and legal reasoning in international relations and domestic affairs*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989, p. 207.

(12) V. p.ex. Emile GIRAUD, « Le droit positif. Ses rapports avec la philosophie et la politique », *in Mélanges Basdevant*, Paris, Pédone, 1960, p. 224, et, plus généralement, Krystyna MAREK, « Sur la notion de progrès en droit international », *A.S.D.I.*, 1982, p. 38.

(13) *Supra*, chapitre I, section 2, § 50.

(14) Par exemple Michel VIRALLY, « Le phénomène juridique », *in Le droit international en devenir. Essais écrits au fil des ans*, Paris, P.U.F., 1990, p. 56, note 38, ainsi que les réflexions de Charles de VISSCHER, *De l'équité dans le règlement arbitral ou judiciaire des litiges en droit international public*, Paris, Pédone, 1972, pp. 53 et s. V. p. ailleurs, Henri BATIFFOL, « Observations sur la preuve des faits », *in* Ch. PERELMAN et P. FORIERS (sous la direction de), *La preuve en droit*, Travaux du C.N.R.L., Bruxelles, Bruylant, 1981, pp. 303-304, et Paul FORIERS, « Observations sur la preuve judiciaire », *ibidem*, p. 316.

tâche est généralement peu commentée par la doctrine (15). Cette problématique n'est d'ailleurs pas propre au droit international (16), et vaut pour tout règlement judiciaire (17).

La « certitude raisonnable » (ou « au-delà de tout doute raisonnable » — nous utiliserons indifféremment les deux expressions) constitue une issue à ce dilemme, en ce qu'elle permet au juge de considérer les faits comme établis en dépit de l'absence d'une certitude absolue. En exposant ce mécanisme, nous verrons que cette solution n'est nullement un palliatif, comme on pourrait le croire à première vue, à l'absence d'éléments de preuve, mais est inhérente à tout établissement des faits et, loin de révéler un défaut, en constitue une qualité. En d'autres termes, l'expression « certitude raisonnable » est un pléonasme : toute certitude est raisonnable, aucune n'est absolue.

Nous démontrerons ainsi que le juge, ne pouvant trouver ni dans le fait (1), ni dans les règles traditionnelles de preuve (2) une solution à son dilemme, utilise la raison comme fondement de son opération, fondement auquel le « raisonnable » renvoie (3).

1. *Absence de solution dans le fait*

161. *A priori*, on pourrait penser que l'établissement des faits consiste simplement en un constat des faits tels qu'ils se sont produits, c'est-à-dire en une découverte de la « vérité objective ».

De nombreux obstacles s'interposeront toutefois entre le fait brut et sa prise en compte par le juge, qui rendent impossible une certitude absolue. Pour notre part, nous en identifions principalement trois : la personnalité des acteurs (§ 162), le langage (§ 163), et la perception de la vérité elle-même (§ 164).

(15) Salvatore SENESE, « La motivation des décisions de justice et le jugement du fait », *in Mélanges François Rigaux*, *op. cit.*, p. 456.

(16) Mais elle y est plus ardue en raison de certaines caractéristiques du règlement judiciaire international ; v. not. Richard BILDER, « The Fact/Law Distinction in International Adjudication », *in* Richard B. ILLITCH (sous la direction de), *Fact-Finding before International Tribunals*, New York, Transnational Publishers, 1992, pp. 95-98 et Charles N. BROWER, « The Anatomy of Fact-Finding before International Tribunals : an Analysis and a Proposal concerning the Evaluation of Evidence », *ibid.*, p. 147.

(17) V. Chaïm PERELMAN, « La preuve en droit. Essai de synthèse », *in Le raisonnable et le déraisonnable en droit*, Paris, L.G.D.J., 1984, p. 129.

162. La personnalité même des acteurs qui sont amenés à interpréter les faits représente un premier filtre propre à déformer la réalité.

Tout d'abord, le juge, et en particulier le juge international qui se trouve le plus souvent loin des lieux où se sont déroulés les faits (18), est dépendant de la version des parties qui, pour des raisons qu'il n'est pas besoin de détailler, ont intérêt à présenter une version toute particulière des éléments factuels sur lesquels elles fondent leur argumentation. Si le juge peut toujours (19) agir sur la matière en demandant la production de documents ou en envoyant une mission d'experts — à moins qu'il ne se déplace tout simplement lui-même —, il n'en reste pas moins généralement tributaire de l'information contradictoire donnée par les parties (20).

Plus fondamentalement, indépendamment de la bonne volonté de ceux qui rapportent les faits, les acteurs seront en dernière instance des juristes qui, par leur formation, porteront un regard sur les faits à travers les catégories juridiques pertinentes et sélectionnées dès l'origine, ce qui ne se fera pas sans une certaine déformation du réel (21). Le juge lui-même n'appréhendera le fait que l'esprit imprégné des règles applicables au litige (22), voire de son sentiment intime de justice (23). Une dimension axiologique déterminera tout le processus de l'établissement des faits (24). Renato Treves rappelle à cet égard que la réalité « ne peut être vue que dans une perspective déterminée, et cette perspective à son tour constitue un élé-

(18) Thomas M. FRANCK, « Fact-Finding in the I.C.J. », *in Fact-Finding..., op. cit.*, pp. 21-22.

(19) Ses pouvoirs en la matière seront définis dans le statut de l'institution en cause, ou dans le compromis qui l'institue s'il s'agit d'une juridiction *ad hoc*. Nous avons relevé que, dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, la Cour avait utilisé une mission d'experts, dans des conditions discutées ; *supra*, chapitre I, section 2.

(20) M.A. GIULANI, « La logique juridique comme théorie de la controverse », *A.P.D.*, tome XI, La logique du droit, 1966, p. 112 ; Jacques LENOBLE et François OST, *Droit, mythe et raison. Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique*, Bruxelles, F.U.S.L., 1980, p. 103.

(21) *Ibid.*, p. 104 et Jean SALMON, « Le fait dans l'application du droit international », *R.C.A.D.I.*, t. 175, 1982-II, pp. 297-298 ; Anne LAGNEAU-DEVILLÉ, « Questions sociologiques à propos de l'interprétation en droit », *in* Michel van DE KERCHOVE (sous la direction de), *L'interprétation en droit. Approche multidisciplinaire*, Bruxelles, F.U.S.L., 1978, p. 528.

(22) Jean SALMON, Le fait..., *loc. cit.*, p. 271 et Valentin PETEV, « Structures rationnelles et implications sociologiques de la jurisprudence », *A.P.D.*, tome 30, La jurisprudence, 1985, p. 183.

(23) Chaïm PERELMAN, *Justice et raison*, Bruxelles, P.U.B., 1963, p. 37.

(24) Ce phénomène n'est pas limité au droit mais concerne tout émetteur d'un discours, dont les choix sont en partie limités par un certain nombre de contraintes ; v. à ce sujet C. KERLOT-GRACCHIANI, *L'énonciation. De la subjectivité dans le langage*, Paris, Colin, 1988, p. 17.

ment essentiel de la réalité » ; c'est ce qu'il appelle le « perspectivisme » (25).

163. Même si l'on pouvait faire abstraction des distorsions dues à la personnalité des acteurs du procès, un deuxième filtre est constitué par le langage (26), à travers lequel est rapportée la quasi-totalité des faits.

Selon les théories classiques en la matière (27), la description d'une réalité par un locuteur, qui par hypothèse souhaite la transmettre le plus sûrement possible, peut être résumée en trois points. On a généralement (28) :

— une réalité, c'est l'objet de l'acte de communication (parfois appelé « référent ») (29),
— un concept qui désigne cette réalité (généralement nommé le « signifié »),
— les termes choisis pour communiquer ce concept (généralement nommé le « signifiant ») (30).

(25) *Sociologie du droit*, Paris, P.U.F., 1995, p. 204.

(26) Par « langage », nous entendons très généralement un « système de signes pouvant servir de moyen de communication » (André LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, P.U.F., 3e Ed. Quadrige, 1993, V° langage, sens D). En pratique, il s'agira le plus souvent de la langue anglaise ou française en usage devant la plupart des juridictions internationales. Nous utiliserons donc la notion dans un sens commun, et ne reprendrons pas les distinctions opérées par les linguistes ou les sémiologues entre le « langage », la « langue » ou la « parole » ; v. p. ex. J. DUBOIS *et alii*, *Dictionnaire de linguistique*, Paris, Larousse, 1973, pp. 274 et s. ; O. DUCROT et T. TODOROV, *Dictionnaire encyclopédique des sciences du langage*, Paris, Seuil, 1972, pp. 136 et s.

(27) V. not. Daniel LAURIER, *Introduction à la philosophie du langage*, Liège, Ed. Mardaga, 1993, not. pp. 17 et s.

(28) La présentation qui suit est évidemment un modèle abstrait, et fait totalement abstraction du contexte d'énonciation, avec toutes les imperfections que cela suppose (v. le commentaire d'une linguistique exclusivement théorique dans William LABOV, *Sociolinguistique*, Paris, Ed. Minuit, 1976, not. pp. 259 et s., et pp. 350-351 et Pierre BOURDIEU, *Ce que parler veut dire. L'économie des échanges linguistiques*, Paris, Fayard, 1982, not. pp. 103-104). Le schéma reproduit n'est par ailleurs qu'une version parmi d'autres ; v. p. ex. les schémas établis par C. KERLOT-GRACCHIANI, *L'énonciation De la subjectivité dans le langage*, *op. cit.*, pp. 11 et 19 ; l'auteur évoque dans cette perspective des opérations d'« encodage » et de « décodage » ; *id.*, p. 17.

(29) Certains signifiants n'ont cependant qu'un signifié, sans que celui-ci ne recouvre une réalité extra-conceptuelle ; v. Gilbert HOTTOIS, « Le langage et l'autre » *in* Th. BRUYNS *et alii* (sous la direction de), *La rencontre des autres*, Bruxelles, Ed. Université, 1981, pp. 84-96. Cela vaut en particulier dans le langage juridique (Jean SALMON, « Le fait... », *loc. cit.*, p. 287), et plus précisément encore pour le terme « raisonnable »... Voy. encore Michel MEYER, *Logique, langage et argumentation*, Paris, Hachette, 1982, pp. 27-28.

(30) Si on prend comme exemple une pomme, l'objet particulier désigné est le référent, le concept de pomme (la définition qui reprend les propriétés de la pomme) est le signifié, le terme « pomme » est le signifiant. Pour les définitions respectives du signifié et signifiant, il est d'usage de se reporter à Ferdinand de SAUSSURE, *Cours de linguistique générale*, Paris, Payot, 1972, pp. 97-100 (pp. 128-135 de l'édition originale).

Personne ne conteste que des perturbations peuvent survenir par suite d'une mauvaise conceptualisation de la réalité, ou/et en raison d'une mauvaise expression linguistique du concept (31).

Mais il y a plus. Le locuteur s'adresse à un destinataire qui opérera à son tour une « traduction » du signifiant (les termes captés) en signifié (la transformation de ces termes en un concept propre). Dans le cas du jugement, le juge devra encore exprimer ce signifié par un nouveau signifiant ; il utilisera donc d'autres termes que ceux qui lui ont été transmis, par le témoin direct ou indirect (32) du fait.

Les possibilités de distorsion sont multiples, et réduisent d'autant la probabilité pour le juge de parvenir à une correspondance absolue entre les faits établis dans le jugement et la réalité qu'ils désignent.

Certaines théories contemporaines du langage sont loin de contredire cette conclusion. Elles tendent par exemple à remettre en cause :

— l'autonomie de la réalité par rapport aux concepts ; une chose n'existe que représentée dans la conscience de la personne humaine ;
— et même l'autonomie des concepts par rapport au langage ; un concept n'existe que sous forme d'une expression langagière, qui n'a pas de sens « en soi » mais seulement dans le cadre de son application (33).

(31) Voy. not. Gilbert HOTTOIS, *loc. cit.* Il semble pourtant que des auteurs comme Jakobson aient considéré que le message passait « de main en main, sans être altéré par l'opération » (cité dans C. KERLOT-GRACCHIANI, *L'énonciation. De la subjectivité dans le langage*, *op. cit.*, p. 16).

(32) Dans ce cas, les risques de distortions sont multipliés. On a encore relevé d'autres types de perturbations possibles (C. KERLOT-GRACCHIANI, *L'énonciation. De la subjectivité dans le langage*, *op. cit.*, pp. 21 et s.). A ce sujet, il faut relever le caractère hautement idéal du schéma reproduit, qui suppose notamment qu'il n'existe qu'un émetteur et un récepteur, qui ne communiquent qu'à tour de rôle,... (*ibid.*).

(33) Voy. déjà les développements de Ferdinand de SAUSSURE, *Cours de linguistique générale*, *op. cit.*, pp. 155-169, et not. p. 155 (« sans le secours des signes, nous serions incapables de distinguer deux idées d'une façon claire et constante »). Dans cette perspective, on pourrait prétendre qu'il n'existe pas véritablement de « sens » (définition-type, au contenu invariant), mais seulement des « significations » (contenu dépendant de l'occurrence, du contexte d'énonciation) ; v. la distinction expliquée par François RECANATI, *Les énoncés performatifs. Contribution à la pragmatique*, Paris, Ed. Minuit, 1981, pp. 15-17, et par Michel MEYER (« la *signification* naît de la corrélation entre *un* sens et *une* référence »), *Logique, langage et argumentation*, *op. cit.*, p. 17. Nous utiliserons quant à nous les deux expressions sans leur attribuer de sens technique découlant de la sémantique ou de la pragmatique.

Il n'y aurait donc pas de réalité hors langage (34). Celui-ci ne serait donc plus un écran masquant la « réalité », mais formerait lui-même cette réalité (35).

Si ces théories réduisent les « perturbations » — qui sont même supprimées à défaut de « réalité objective » à déformer —, ce n'est que pour mieux relativiser tout énoncé en fonction de son auteur. En supprimant la notion de « réalité » — ou à tout le moins la possibilité de l'appréhender hors représentation discursive, et donc sans déformation —, on supprime la référence commune, même lointaine, entre le témoin et le juge. Il ne resterait plus que des interprétations particulières qui, pour certains, seraient également valides à défaut d'étalon (36). Dans cette perspective radicale, l'idée même de certitude disparaît (37).

Nous reviendrons plus en détail sur certaines de ces théories dans le cadre de l'influence qu'elles peuvent avoir sur l'interprétation (38). Il ne nous semble du reste pas nécessaire de nous prononcer personnellement sur leur pertinence : il nous suffit de constater que, quelle que soit la conception que l'on adopte, le langage appa-

(34) Selon la formule de Derrida, « il n'y a pas de hors-texte » ; cité dans Umberto Eco, *Les limites de l'interprétation*, Paris, Grasset, 1990, 376 ; voy. aussi H. Ph. Visser 't Hooft, « La philosophie du langage ordinaire et le droit », *A.P.D.*, 1972, pp. 267-268 ; Jacques Lenoble et François Ost, *Droit, mythe et raison, op. cit.*, p. 103 ; Valentin Petev, « Jugement juridique et jugement moral », *A.P.D.*, tome XXXIX, Le procès, 1995, p. 216 et, du même auteur, « L'interprétation des faits et l'interprétation du droit », *in* P. Amselek (sous la direction de), *Interprétation et droit*, Bruxelles, Bruylant, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1995, pp. 52 et s. ; Jacques Lenoble, « Droit et communication · Jürgen Habermas », *in* P. Bouretz (sous la direction de), *La force du droit. Panorama des débats contemporains*, Paris, Esprit, 1991, p. 171.

(35) On parle parfois sur cette base de *linguistic turn* ; v. Jacques Lenoble, « Repenser le libéralisme. Au-delà des critiques communautaires et postmodernes », *Mélanges François Rigaux*, *op. cit.*, p. 318 et, du même auteur, « La théorie de la cohérence narrative en droit. Le débat Dworkin-Mc Cormick », *A.P.D.*, tome XXXIII, La philosophie du droit aujourd'hui, 1988, pp. 122-124 ; l'expression provient du premier ouvrage de Richard Rorty ; v. Gilbert Hottois, « Présentation », *in* G. Hottois et M. Weyembergh (sous la direction de), *Richard Rorty. Ambiguïtés et limites du postmodernisme*, Paris, Vrin, 1994, p. 7. V. par ailleurs, Daniel Laurier, *Introduction à la philosophie du langage*, *op. cit.*, pp. 278 et s. et François Recanati, *La transparence et l'énonciation ; pour introduire à la pragmatique*, Paris, Seuil, 1979, pp. 24 et s.

(36) Pour une critique matérialiste de ce type de théorie de la connaissance, v. V.I. Lénine, *Matérialisme et empiriocriticisme. Notes critiques sur une philosophie réactionnaire*, Moscou, Ed. du progrès, 1970, pp. 159 et s. ; v. par ailleurs la critique de Gilbert Hottois, « Jeux de langage et pratiques technoscientifiques. La science postmoderne », *in Richard Rorty. Ambiguïtés et limites du postmodernisme*, pp. 144 et s. ainsi que celle de Jean-Marc Ferry, « Les limites du contextualisme », *ibid.*, pp. 105-106.

(37) V. Valentin Petev, « Hans Kelsen et le Cercle de Vienne. A quel point la théorie du droit est-elle scientifique ? », *in* P. Amselek (sous la direction de), *Théorie du droit et science*, Paris, P.U.F., 1994, p. 241.

(38) *Infra*, § 175.

raît bien comme un obstacle systématique à l'établissement des faits avec une certitude absolue.

164. Faisons abstraction des perturbations apportées par la personnalité des auteurs et par le langage qu'ils utilisent. Même dans cette hypothèse, personne ne pourrait prétendre connaître la vérité avec une certitude absolue.

La perception par les sens a en effet été autant remise en cause que la connaissance par le langage. Le doute cartésien, fondement du rationalisme moderne, prescrit la remise en cause du sensible. Dans sa forme hyperbolique, il évoque l'hypothèse de la folie ou du rêve mais, plus généralement, il prescrit de « ne se fier jamais à ceux qui nous ont une fois trompés » (39), comme l'ont fait les sens.

L'épistémologie contemporaine va plus loin, comme le dévoile cette formule de Bachelard

> « nous ne pouvons avoir *a priori* aucune confiance en l'instruction que le donné immédiat prétend nous fournir. Ce n'est pas un juge, ni même un témoin, c'est un accusé et c'est un accusé qu'on convainc tôt ou tard de mensonge » (40).

L'observation ne peut se détacher du réseau de conceptualisations naïves qui la préstructure (41). Le témoin n'est pas détaché de l'objet de son analyse, mais en fait partie, ce qui ne peut que relativiser sa « découverte » (42). Dans cette perspective, le réel ne produit pas la théorie, c'est la théorie qui produit le réel (43).

165. Finalement, l'épistémologie nous enseigne qu'il n'existe aucune « évidence », mais seulement des vérités relatives, qu'on ne

(39) *Méditations métaphysiques*, Paris, Nathan, 1983, première méditation, pp. 42-43. La citation complète est la suivante : « Tout ce que j'ai reçu jusqu'à présent pour le plus vrai et assuré, je l'ai appris des sens ou par les sens ; or j'ai quelquefois éprouvé que ces sens étaient trompeurs, et il est de la prudence de ne se fier jamais entièrement à ceux qui nous ont une fois trompés ». Descartes donne l'exemple de la vue de choses éloignées, qui peut nous donner des informations trompeuses sur la grandeur ou sur les propriétés de ces choses ; *ibid.*, p. 43.

(40) Cité dans Jacques LENOBLE et François OST, *Droit, mythe et raison*, *op. cit.*, p. 313 ; v. aussi Michel MIAILLE, « Désordre, droit et science », *in Théorie du droit et science*, *op. cit.*, p. 99.

(41) *Ibidem* et Chaïm PERELMAN, « Evidence et preuve », *in Justice et raison*, *op. cit.*, pp. 140 et s. ; Patrick NERHOT, « Le fait du droit », *A.P.D.*, tome XXXI, Le système juridique, 1986, pp. 268-269. En ce sens, pour Frederic NIETZSCHE, « [...] la physique elle aussi n'est qu'une interprétation et une adaptation de l'univers (une adaptation à nous mêmes, si j'ose dire) et non une explication de l'univers » ; *Par delà le bien et le mal*, Paris, 10/18, 1951, p. 36.

(42) V. les propos de Ludwig Wittgenstein, pour qui « même si l'homme le plus digne de foi m'assure qu'il *sait* qu'il en est de telle ou telle façon, cela seul ne peut pas me convaincre qu'il le sait ; mais seulement qu'il croit le savoir... » ; *De la certitude*, Paris, Gallimard, 1976, pp. 56-57, n° 137.

(43) V. les citations de Bachelard reprises dans Jacques LENOBLE et François OST, *Droit, mythe et raison*, *op. cit.*, pp. 313-314 ; v. par ailleurs les réflexions de Pierre BOURDIEU, *Ce que parler veut dire*, *op. cit.*, pp. 157 et s.

peut acquérir par la recherche d'une réalité qui serait inscrite dans la nature à l'état vierge, indépendamment des pratiques sociales (44). La vérité est conventionnelle, comme le souligne Wittgenstein :

> « L'emploi de 'vrai ou faux' a ceci de fallacieux que tout se passe comme si on disait 'cela s'accorde avec les faits ou non' alors que ce qui est en question précisément, c'est cet accord » (45).

L'établissement du fait ne s'opère pas par une simple observation de la « réalité » mais par une prise en compte du contenu de l'accord qui porte sur ses éléments, accord qui est érigé en critère de validité des énoncés dans une perspective popperienne (46). C'est donc l'accord et non le fait qui fonde la certitude. Il importe donc de se tourner vers le droit pour examiner la manière dont il entend fonder le fait.

2. *Absence de solution dans les règles traditionnelles de preuve*

166. Les développements que nous venons d'exposer ne relèvent pas de théories détachées de la réalité juridique. Ces théories sont constamment prises en compte au sein du prétoire.

En premier lieu, le caractère conventionnel de la vérité ressort de nombreuses décisions de juridictions internationales. La Cour internationale de Justice a énoncé très généralement qu'elle

> « [...] dispose d'une certaine latitude pour apprécier librement la valeur des divers moyens de preuve, étant clair par ailleurs que les principes généraux de procédure judiciaire gouvernent nécessairement *ce qui peut être tenu pour* établi » (47).

Elle administre souvent les faits en déplorant le manque d'éléments probatoires, mais en concluant qu'elle les « tient pour établi[s] » (48)

---

(44) V. François RIGAUX, « Le juge, ministre du sens », *in* G. HAARSCHER et L. INGBER (sous la direction de), *Justice et argumentation. Essais à la mémoire de Ch. Perelman*, Bruxelles, Ed. U.L.B., 1986, p. 79, et la citation de Chaïm Perelman ; v. aussi Monique CHEMILLIER-GENDREAU, *Introduction générale au droit*, Paris, Eyrolles, 1990, pp. 36 et s.

(45) *De la certitude*, *op. cit.*, pp. 66-67, n° 199. La conception conventionnelle de vérité a également été développée par Richard RORTY ; v. *Science et solidarité. La vérité sans le pouvoir*, Paris, L'Eclat, 1990, cité dans Jean-Marc FERRY, « Les limites du contextualisme », *loc. cit.*, p. 96. V. aussi Chaïm PERELMAN et Lucie OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation*, 5e éd., Bruxelles, Ed. de l'U.L.B., 1992, pp. 90 et s.

(46) Voy. p. ex. René SÈVE, « L'épistémologie contractualiste de Karl Popper », *in Théorie du droit et science*, *op. cit.*, pp. 49 et s.

(47) Nous soulignons ; C.I.J., Affaire des *Activités militaires et paramilitaires...*, *Recueil 1986*, p. 40, § 60.

(48) *Ibid.*, pp. 48, § 80, 62, § 108, 82-83, §§ 151-152, 86, § 160... Pour la C.P.J.I., on retrouve des expressions comme « considéré comme établi » (Affaire des *Intérêts allemands en Haute-Silésie*,

ou que sa solution est celle qui « *s'accorde le mieux* avec les éléments de preuve dont elle dispose » (49). La Cour a aussi conclu au consentement d'un État à une revendication concurrente parce que son gouvernement « savait, ou on doit présumer qu'il savait » (50). La formule montre bien que la vérité n'est nullement la valeur suprême (51). Cette conception relativiste s'observe aussi dans le respect du principe d'économie (52), en application duquel tous les faits ne doivent pas être vérifiés (53), et en particulier les faits notoires (54), ou non contestés (55), c'est-à-dire ceux sur lesquels porte un accord. La doctrine la plus classique du droit des gens ne dit pas autre chose (56).

Le juge renonce donc à établir la « vérité » sous son acception objective (57), mais se contente d'établir une « vérité judi-

Série A, n° 7, p. 59) ou « les faits, tels qu'ils sont acquis au procès » (Affaire du *Vapeur Wimbledon, Série A, n° 1*, p. 18). Quant aux arbitrages, on peut citer Max Huber dans l'affaire de l'*Ile de Palmas*, pour qui le juge a le devoir de « décider quelles sont les allégations qui peuvent être *tenues pour suffisamment établies* » ; nous soulignons, traduction de la C.P.A., citée dans Charles de VISSCHER, *Problèmes d'interprétation judiciaire en droit international public*, *op. cit.*, p. 32 ; de même, dans l'affaire *Mexico City Bombardment*, le juge John Percival estime au sujet de certains faits que les Commissaires « should *accept* such things *as established* » (nous soulignons, sentence du 15 février 1930, op. diss., *R.S.A.*, vol. V, p. 84).

(49) Nous soulignons ; C.I.J., Affaire du *Différend frontalier, terrestre, insulaire et maritime*, *Recueil 1992*, § 236 ; v. aussi le § 248.

(50) C.I.J., Affaire du *Temple de Préah Vihéar*, *Recueil 1962*, p. 24.

(51) Voy. également les références reproduites *supra*, Chapitre II, section 1 B.

(52) V. nos développements *infra*, Chapitre V, section 2, § 360. Pour une formulation et une application du principe de manière générale, on se reportera aux réflexions de Umberto ECO, *Les limites de l'interprétation*, *op. cit.*, pp. 199-211, sp. p. 210. Au plan juridique, voy. les propos de Beccaria rapportés par Paul FORIERS, « La conception de la preuve dans l'école du droit naturel », *in La pensée juridique de Paul Foriers*, Travaux du C.N.R.L., Bruxelles, Bruylant, 1982, p. 474 ainsi que ceux de Motulsky, rapportés par François TERRÉ, « L'office du juge et la rhétorique. L'apport de Perelman », *in* G. HAARSCHER (sous la direction de), *Chaim Perelman et la pensée contemporaine*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 254.

(53) Tâche qui, selon les termes de la Cour, « pourrait s'avérer pratiquement impossible » ; C.I.J., Affaire du *Détroit de Corfou*, *Recueil 1949*, p. 248 ; Affaire du *Personnel diplomatique et consulaire...*, *Recueil 1980*, p. 11 ; Affaire des *Activités militaires et paramilitaires...*, *Recueil 1986*, p. 25, § 30.

(54) V. not. C.I.J., Affaire du *Personnel diplomatique et consulaire...*, *Recueil 1980*, § 12.

(55) *Ibid.*, § 13 ; C.I.J., Affaire du *Droit de passage*, *Recueil 1960*, p. 40 ; C.P.J.I., Affaire des *Intérêts allemands en Haute-Silésie*, *Série A, n° 7*, p. 59.

(56) Pour Grotius, citant Aristide, « dans les questions de fait, *on tient pour vrai* ce qui est certifié par le plus grand nombre de témoins et les plus dignes de foi » (nous soulignons), *De Jure belli ac pacis*, Paris, Guillaumin et Cie, 1867, t. II, chap. XXIII, par. IV. (p. 550).

(57) Jean SALMON, « Le fait... », *loc. cit.*, p. 294 ; D.W. SANDIFER, *Evidence before International Tribunals*, *op. cit.*, p. 1 ; Jerzy WROBLEWSKI, « Le postulat de la décision justifiée et l'argument d'autorité en droit », *in* G. HAARSCHER, L. INGBER et R. VANDER ELST (sous la direction de), *Arguments d'autorité et arguments de raison en droit*, Travaux du C.N.R.L., Bruxelles, Nemesis, 1988, p. 346 ; Jacques LENOBLE et François OST, *Droit, mythe et raison*, *op. cit.*, pp. 103-104 ; Henri BATTIFOL, « Observations sur la preuve des faits », *loc. cit.*, p. 305.

ciaire » (58), aux fins du procès (59). Ainsi s'expliquent des procédés judiciaires comme la fiction ou la présomption (60). C'est la conformité aux règles procédurales d'administration de la preuve qui constituera le critère décisif, et non la conformité à la réalité. Max Weber avance que

> « les faits qui ne sont ni allégués ni proposés ou qui ne sont pas révélés par des moyens de preuve rationnels ou irrationnels n'existent pas aux yeux du juge. Il recherche uniquement cette vérité relative qui peut être atteinte dans le cadre délimité par les actes de procédure des parties » (61).

Dès lors, comme l'écrit Paul Foriers,

> « Si la preuve d'un fait, pourtant constant, n'est pas rapportée selon ce mode, le fait, bien qu'objectivement existant, n'existera pas en droit » (62).

C'est pourquoi l'autorité relative de la chose jugée vaut également pour les faits constatés, qui pourront toujours être remis en cause dans une autre instance (63). Finalement, l'ensemble des règles de preuve aboutit une « vérité formelle », qui ne correspond pas toujours à une « vérité matérielle » (64).

167. Comment le juge va-t-il mettre en pratique cette conception formelle de la vérité ?

---

(58) L'expression est reprise par Paul FORIERS, « La conception de la preuve dans l'école du droit naturel », *loc. cit.*, p. 490.

(59) Dès son premier arrêt, la C.P.J.I. décrit ainsi les faits par une formule caractéristique de la relativité de la vérité et de son caractère conventionnel : « les faits, tels qu'ils sont acquis au procès, et sur lesquels il ne semble pas qu'il y ait aucun désaccord entre les parties, peuvent être ainsi résumés... » ; Affaire du *Vapeur Wimbledon*, *Série A, n° 1*, p. 18. V. par ailleurs Chaïm PERELMAN, « La spécificité de la preuve juridique », *in Ethique et droit*, Bruxelles, Ed. de l'Université, 1990, p. 701 et François TERRÉ, « L'office du juge et la rhétorique. L'apport de Perelman », *in Chaïm Perelman et la pensée contemporaine*, *op. cit.*, p. 254.

(60) V. not. Monique CHEMILLIER-GENDREAU, « Origine et rôle de la fiction en droit international public », *A.P.D.*, tome XXXII, Le droit international, 1987, p. 155 ; Paul FORIERS, « Présomptions et fictions », *in* Ch. PERELMAN et P. FORIERS (sous la direction de), *Les présomptions et les fictions en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1974, pp. 9 et 11 ; Jerzy WROBLEWSKI, « Structure et fonctions des présomptions juridiques », *ibid.*, pp. 55 et s. ; Jean SALMON, « La fiction en droit international public », *id.*, pp. 128-129.

(61) *Sociologie du droit*, Paris, P.U.F., 1re éd., 1986, p. 165.

(62) « Introduction au droit de la preuve », *in* Ch. PERELMAN et P. FORIERS (Eds.), *La preuve en droit*, *op. cit.*, p. 9 ; Chaïm PERELMAN et Lucie OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation*, *op. cit.*, p. 136 ; François TERRÉ, « L'office du juge et la rhétorique. L'apport de Perelman », *loc. cit.*, p. 256.

(63) Paul FORIERS, « Considérations sur la preuve judiciaire », *ibid.*, pp. 316 et s.

(64) Selon l'expression de Jerzy WROBLEWSKI, « Structure et fonctions des présomptions juridiques », *loc. cit.*, p. 68 ; « La preuve juridique : axiologie, logique et argumentation », *in La preuve en droit*, *op. cit.*, p. 341 et, du même auteur, V° « Preuve en droit », *in* A.J. ARNAUD (sous la direction de), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, L.G.D.J., Bruxelles, Story-Scientia, 1988, p. 317, § 6.

Une solution serait de se retrancher derrière le seul principe de la charge de la preuve, et de rejeter toute demande qui n'a pas établi avec certitude la vérité matérielle (65). Mais cette voie est rarement choisie, tant son application rigoureuse entraînerait le rejet systématique de toute demande (66).

Le juge préférera donc une méthode plus libre d'établissement des faits, dont il importe, pour pouvoir comprendre la place du « raisonnable » en son sein, de souligner qu'il s'agit d'une ***construction*** intellectuelle. Comme le souligne Jean Salmon, « la soi-disant constatation des faits est en fait une reconstruction, une interprétation, une version des événements qui rend plausible l'application d'une règle juridique plutôt qu'une autre » (67). Selon un auteur alors juge à la Cour internationale de Justice, « prouver, c'est déterminer dans l'esprit du juge la *représentation* des faits » (68). Les définitions de la preuve reprennent généralement ce critère (69), que l'on retrouve incidemment dans la jurisprudence internationale (70). Le fait juridique n'est pas un fait brut (71) mais, comme tout fait, un fait construit ou re-présenté (72).

(65) V. not. J.C. WITENBERG, « Onus probandi devant les juridictions internationales », *R.G.D.I.P.*, 1951, p. 322.

(66) Henri BATTIFOL, « Observations sur la preuve des faits », *loc. cit.*, p. 305, ainsi que François TERRÉ, « L'office du juge et la rhétorique. L'apport de Perelman », *loc. cit.*, p. 254. On se souviendra de précédents comme l'affaire du *Détroit de Corfou*, où la Cour a refusé d'appliquer ce principe, qui paraît pourtant, à première vue, particulièrement pertinent en matière de responsabilité internationale.

(67) « Le fait dans l'application du droit international », *loc. cit.*, p. 303 et les exemples cités ; Michel VIRALLY, *La pensée juridique*, Paris, L.G.D.J., 1960, pp. 18-19 ; Eric DAVID, « Le performatif dans l'énonciation et le fondement du droit international », *in Mélanges Charles Chaumont*, Paris, Pédone, 1984, pp. 249-250.

(68) Nous soulignons ; Manfred LACHS, « La preuve et la Cour internationale de Justice », *in La preuve en droit, op. cit.*, p. 110, citant J.C. WITENBERG, « Onus probandi devant les juridictions arbitrales », *loc. cit.*, p. 321 ; du même auteur, « La théorie des preuves devant les juridictions internationales », *R.C.A.D.I.*, 1936-II, p. 5 ; J.F. LALIVE, « Quelques remarques sur la preuve devant la Cour permanente et la Cour internationale de Justice », *A.S.D.I.*, 1950, p. 77 (l'auteur parle de « représentation de faits inconnus »).

(69) Voy. not. André LALANDE, pour qui la preuve est une « opération amenant l'intelligence [...] à *reconnaître* la vérité d'une proposition considérée d'abord comme douteuse » ; *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, *op. cit.* ; GOUBEAUX, « Le droit à la preuve » (« prouver, c'est faire reconnaître quelque chose comme vrai, réel, certain »), *in La preuve en droit*, *op. cit.*, p. 277.

(70) Voy. *supra*, Chapitre I, section 2.

(71) Ph.I. ANDRÉ-VINCENT, « L'abstrait et le concret dans l'interprétation », *loc. cit.*, p. 141 ; Rosalyn KOREN, « Perelman et l'objectivité discursive : le cas de l'écriture de presse en France », *in Chaïm Perelman et la pensée contemporaine*, *op. cit.*, p. 472.

(72) V. Martti KOSKENNIEMI, *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument*, Helsinki, Lakimiesliiton Kustannus, 1989, p. 340 ; Chaïm PERELMAN et Lucie OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation*, *op. cit.*, p. 557 ; Miguel REALE, « La conjecture dans la pensée de Chaïm Perelman », *in Chaïm Perelman et la pensée contemporaine*, *op. cit.*, pp. 405-406 ; Letizia GIANFORMAGGIO, « La tolérance libérale dans la pensée de Chaïm Perelman », *ibid.*, pp. 430 et s. ; GRZEGORCZYK, Christophe, « La rationalité de la décision juridique », *A.P.D.*,

3. *Utilisation du « raisonnable » comme renvoi au fondement de l'opération*

168. Le juge doit établir les faits. Mais le fait ne lui donne aucune solution, puisqu'il n'existe pas de réalité objective appréhendable sans représentation. Quant aux règles juridiques de preuve, elles ne lui prescrivent qu'une construction qui reste libre, moyennant le respect de règles procédurales. Nous voilà replacé devant le dilemme que nous évoquions en commençant, dilemme encore exacerbé par l'analyse. A force de démythifier les évidences, on en est réduit à un relativisme qui incite à refuser de privilégier une version des faits par rapport à une autre. Mais, si le juge reprend à son compte nombre d'enseignements de l'épistémologie ou de la sémiotique contemporaines, il se refuse aussi à tout nihilisme : il doit, première branche du dilemme, trancher, prendre une décision qui sera présentée comme étant la seule valable d'un point de vue juridique (73).

169. Le « raisonnable » est le critère qui permettra au juge de concilier les valeurs de la vérité et de la sécurité juridique dans son discours. C'est lui qui départagera les constructions concurrentes, retiendra l'une, rejettera l'autre. Nous avons détaillé ce mécanisme dans les juridictions internationales lors de l'examen de l'établissement des faits, et nous avons constaté le recours à la notion : le juge formule une version des faits discrétionnairement, mais il la justifie sur base d'une « explication raisonnable » des éléments factuels qu'il retient, explication qui résiste à la contre-argumentation et aboutit ainsi à un « résultat raisonnable » (74). Nous comprenons maintenant pourquoi l'utilisation est fréquente : le « raisonnable » apparaît comme une solution au dilemme détaillé ci-dessus.

---

tome XXIII, formes de rationalité en droit, 1978, p. 254 ; Patrick NERHOT, « Le fait du droit », *loc. cit.*, p. 268 ; Jacques LENOBLE, et François OST, *Droit, mythe et raison*, *op. cit.*, p. 103 ; Léon RAUCENT, *Pour une théorie critique du droit*, Gembloux, Duculot, 1975, p. 73 (et les références citées). Pour la définition du terme « re-présentation », v. Michel MIAILLE, V° « Représentation », *in Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, *op. cit.*, p. 351, § 1er.

(73) V. p. ex. Georges SCELLE, qui rappelle que « la preuve de l'existence d'un fait doit être objective et ne saurait dépendre de l'opinion plus ou moins fondée des juges » ; Rapport sur la procédure arbitrale, Doc. A/CN4/18, *A.C.D.I.*, 1950-II, § 66.

(74) *Supra*, Chapitre I, section 2.

170. Cette utilité a été reconnue par les théoriciens du droit. Chaïm Perelman, de même que Paul Foriers (75), considèrent ainsi le « raisonnable » comme le critère qui permet d'établir le fait juridique à défaut d'évidence (76). Certains se sont d'ailleurs basés sur la jurisprudence internationale pour arriver à cette conclusion (77).

Pourquoi le « raisonnable » est-il utilisé par préférence à d'autres notions ? On pourrait d'abord répondre qu'il l'est par défaut, tant il paraît le meilleur critère permettant de concilier vérité et sécurité juridique dans le respect de l'égalité des parties. On ne voit pas ce qui peut le remplacer dans le doublet « explication raisonnable-résultat raisonnable ».

171. Mais il y a plus. Sans s'appesantir à ce stade sur le contenu de la notion, le « raisonnable » opère renvoi à la raison. Et, en matière de vérité, certains philosophes ont estimé que la raison était reconnue comme l'étalon moderne ou même, pour reprendre les termes de Heidegger, « le tribunal de l'être » (78). Nul mieux que le philosophe allemand n'a dévoilé la puissance de ce qu'il appelle le « principe de raison » comme fondement de la connaissance dans la modernité (79). En vertu de ce principe, un objet n'est que s'il repose sur une raison (80). *A contrario,* ce qui n'a pas de raison n'est

(75) « Introduction au droit de la preuve », *loc. cit.*, p. 24 ; « Considérations sur la preuve judiciaire », *loc. cit.*, pp. 318-319. V. encore Juan-Ramon CAPELLA, « La philosophie d'orientation analytique », *A.P.D.*, 1966, p. 257 ; J.P.H. LÉVY., « Les classifications des preuves dans l'histoire du droit », *La preuve en droit, op. cit.*, p. 57 (l'auteur évoque quant à lui la « preuve rationnelle »).

(76) « Evidence et preuve », *loc. cit.*, p. 149 ; v. aussi, « Opinions et vérités », *in Justice et raison, op. cit.*, p. 205 ; « La preuve en droit. Essai de synthèse », *in La raisonnable et le déraisonnable en droit, op. cit.*, p. 129 ; Chaïm Perelman évoque fréquemment le « vraisemblable » ; nous reviendrons sur ce terme dans le cadre de l'analyse d'une méthode permettant de déterminer le contenu du « raisonnable » ; *infra*, Chapitre VI. V. aussi François TERRÉ, « L'office du juge et la rhétorique. L'apport de Perelman », *loc. cit.*, p. 257.

(77) Hasso JAEGER, « La logique de la preuve judiciaire et la philosophie du jugement », *A.P.D.*, 1966, pp. 71, 76-77 et 78, note 1 (l'auteur analyse l'affaire du *Détroit de Corfou* dans cette perspective).

(78) Voy. René SÈVE, « Système et code », *A.P.D.*, 1986, p. 79.

(79) *Le principe de raison*, Paris, Gallimard-tel, 1962, p. 62 (« La puissance du principe consiste en ceci qu'il régit complètement, dirige et soutient toute connaissance qui s'énonce dans des propositions »).

(80) *Ibid.*, p. 252 (« une chose quelconque n'est acceptée comme étant que lorsqu'elle est assurée, pour notre activité représentative, comme objet calculable »). Pour HEGEL, la raison « est la *substance* c'est-à-dire ce par quoi et pour quoi toute réalité trouve son être et sa consistance » ; *La raison dans l'histoire*, Paris, 10/18, 1965, pp. 47-48. On désigne aussi le principe comme celui de la « raison suffisante », consacré par Leibniz mais déjà présent chez des philosophes plus anciens ; v. Roger VERNEAUX, « Note sur le principe de raison suffisante », *in La crise de la raison dans la pensée contemporaine*, Paris, Recherches de philosophie, V, Desclée de Brouwer, 1960, p. 39.

pas (81). La raison « fonde » l'objet ou, pour reprendre une métaphore chère à Heidegger, elle le fait « tenir debout » (82). La raison n'est donc pas seulement ce qui permet à la personne humaine de parvenir à la vérité (83),

> « *Ratio* veut dire aussi rendre compte, justifier au sens de ce qui, par le calcul, atteint une chose, l'établit comme fondée en droit, comme exacte [...] » (84).

Les constatations opérées dans l'activité juridictionnelle internationale peuvent être interprétées comme des applications du principe de raison : un fait n'est établi que s'il est fondé sur une explication raisonnable, qui aboutit à un résultat raisonnable. *A contrario*, nous avons constaté qu'un élément factuel qui ne pouvait être raisonnablement expliqué ne pouvait être pris en compte (85).

172. Finalement, on comprend l'importance du « raisonnable » dans l'établissement des faits. Loin de révéler un dysfonctionnement dans le mécanisme, la notion rend compte de son essence même. Toute certitude étant fondée sur la raison, l'expression « certitude raisonnable » apparaît comme un pléonasme. En même temps, le « raisonnable » est utile au juge lorsqu'il est amené à départager les représentations concurrentes des parties conformément à sa mission juridictionnelle. Sa fonction est en ce sens « technique », et se manifeste également dans l'interprétation de la règle, autre opération du syllogisme judiciaire qui, comme nous allons le voir à présent, se développe selon une logique complémentaire.

B. — *Le « raisonnable » comme renvoi au fondement de l'interprétation du droit*

173. Le juge a établi le fait. Mais il est à nouveau confronté à un dilemme lorsqu'il est amené à interpréter le droit. D'un côté, il doit prendre une décision ; il ne peut par exemple recourir à l'ancienne

(81) Ou « rien n'est sans raison » ; *le principe de raison*, *op. cit.*, not. pp. 127 et 248.

(82) *Id.*, not. pp. 81 et 88-89.

(83) Chaïm PERELMAN, « Raison éternelle, raison historique », *in Justice et raison*, *op. cit.*, p. 95 ; « Jugements de valeur, justification et argumentation », *ibidem*, pp. 235 et s. ; « Les conceptions concrète et abstraite de la justice », *in Le raisonnable et le déraisonnable en droit*, *op. cit.*, p. 192.

(84) Martin HEIDEGGER, *Le principe de raison*, *op. cit.*, p. 253.

(85) *Supra*, Chapitre I, section 2, § 56 et sp. C.I.J., Affaire du *Différend frontalier, terrestre, insulaire et maritime*, *Recueil 1992*, § 174.

institution du référé législatif (86), inexistante en droit international. De l'autre, la règle ne lui donne pas directement de solution puisque, comme nous l'avons vu, elle est par définition abstraite et générale. C'est dire à la fois l'importance et la difficulté du processus interprétatif (87). L'interprétation pourra occasionner, comme nous l'avons vu, une nouvelle énonciation d'une règle conventionnelle ou coutumière. Cette circonstance ne changera cependant pas notre raisonnement, le « raisonnable » fondant tant l'interprétation que l'énonciation qui en résulte, comme nous le verrons.

Le « raisonnable » permettra en effet d'échapper au dilemme du juge, cette fois par le biais du principe de « l'interprétation raisonnable ». Nous verrons que la notion est à la base même du processus de l'interprétation en droit puisque, le juge ne pouvant trouver une solution ni dans le texte (1), ni dans les règles traditionnelles d'interprétation (2), prend en compte le « raisonnable » en tant que renvoi à la raison qui fonde l'opération (3).

1. *Absence de solution dans le texte*

174. A première vue, le juge peut espérer dégager son interprétation d'une simple lecture du texte qui énonce la règle applicable.

Différents obstacles viendront toutefois s'interposer entre le texte et le juge, de sorte qu'il s'avère en pratique impossible d'obtenir une garantie sur la validité du produit de l'interprétation.

Le premier élément observé à propos de l'établissement des faits subsiste. Le juge est confronté à des interprétations concurrentes présentées par les parties. En tout état de cause, la personnalité des juristes impliqués, le milieu social dans lequel se déroule l'opération, les phénomènes psychologiques de précompréhension constituent autant de « perturbations » qui tendent à orienter le résultat de l'interprétation (88).

(86) Par cette institution, le juge devait en référer au pouvoir législatif lui-même dès qu'un problème d'interprétation surgissait lors de l'application de la loi. Voy. le texte de l'Ordonnance du 23 septembre 1794 promulguée par Ferdinand IV de Bourbon, reproduit dans Salvator SENESE, « La motivation des décisions de justice et le jugement du fait », *loc. cit.*, p. 450.

(87) V. not. Pierre MAHILLON, « Le rôle du juge dans l'interprétation : tension ou extension ? », *in L'interprétation en droit. Approche multidisciplinaire*, *op. cit.*, p. 565.

(88) V. not. Chaïm PERELMAN, « L'interprétation juridique », *in Le raisonnable et le déraisonnable en droit*, *op. cit.*, p. 102 ; Jerzy WROBLESKI, « L'interprétation en droit : théorie et idéologie », *A.P.D.*, tome XVII, L'interprétation dans le droit, 1972, pp. 55-56 ; Jacques LENOBLE, « Repenser le libéralisme... », *loc. cit.*, p. 318 ; François OST, « L'interprétation logique et systématique dans le postulat de rationalité du législateur », *in L'interprétation en droit. Approche multi-*

175. Mais, comme le relève le professeur Salmon, « les problèmes d'interprétation des normes juridiques trouvent tout d'abord leur source dans le fait qu'il s'agit de langage » (89). Et, en effet, le langage juridique n'est pas un langage formalisé ou autonome, mais consiste seulement en un « usage juridique du langage ordinaire » (90), y compris en droit international (91). Il est donc sujet aux mêmes qualités, et aux mêmes insuffisances que ce dernier (92).

Nous avons vu que la théorie la plus classique du langage concevait celui-ci comme la représentation d'une réalité extra-langagière. Selon la conception correspondante en matière d'interprétation,

> « interpréter un texte signifie mettre en lumière la signification voulue par l'auteur ou, en tout cas, sa nature objective, son essence qui, en tant que telle, est indépendante de notre interprétation » (93).

Même dans ce cas, personne ne conteste les risques de distorsion entre la volonté de l'émetteur et son interprétation par le récepteur, et ce quel que soit le degré de précision atteint par le texte. Il restera toujours des questions sans réponse. On a même pu écrire que « rien n'est plus ouvert qu'un texte fermé » (94).

Quant à certaines théories contemporaines que nous avons évoquées, elles aboutissent à un véritable changement de nature du processus interprétatif. On se souviendra que, selon certains auteurs, il n'y a pas de réalité hors langage, ce qui implique que

---

disciplinaire, op. cit., p. 99 ; Valentin PETEV, « L'interprétation des faits et l'interprétation du droit », *loc. cit.*, p. 57.

(89) « Le fait dans l'application du droit international », *loc. cit.*, p. 344 ; v. par ailleurs Michel MIAILLE, « Désordre, droit et science », *in Théorie du droit et science, op. cit.*, p. 89.

(90) H. Ph. VISSER 'T HOOFT, « La philosophie du langage ordinaire et le droit », *loc. cit.*, p. 275 ; J.L. SOURIOUX, Pierre LERAT, *Le langage du droit*, *op. cit.*, pp. 13 et s. ; Gérard CORNU, *Linguistique juridique*, Paris, Montchrestien, 1990, pp. 22 et s. ; v. aussi Paul ORIANNE, *Introduction au système juridique*, Bruxelles, Bruylant, 1982, pp. 113 et s.

(91) V. la règle du « sens ordinaire » codifiée à l'art. 31 de la convention de Vienne, commentée *supra*, Chapitre I, section 1, § 36 ; v. aussi à ce sujet, Paul REUTER, « Quelques réflexions sur le vocabulaire du droit international », *in Mélanges Louis Trotabas*, Paris, L.G.D.J., 1970, pp. 424 et s., ainsi que M.F. FURET, « L'application des concepts du droit privé en droit international public », *R.G.D.I.P.*, 1964, p. 915.

(92) Ils présentent également tous deux un aspect idéologique marqué, que nous ne détaillons pas à ce stade de l'exposé de fonctions techniques, mais que nous développerons plus loin ; v. *infra*, Chapitre IV, partic. section 1.

(93) La définition est formulée par Umberto ECO (*Les limites de l'interprétation*, *op. cit.*, p. 369), sans que l'auteur ne la reprenne à son compte.

(94) Umberto ECO, *Lector in fabula. Le rôle du lecteur*, Paris, Grasset, 1985, p. 71.

« le langage est entièrement intertextuel — les mots renvoient les uns aux autres de manière totalement contingente sans toucher aucune réalité translinguistique » (95).

Dès lors, interpréter un terme, c'est le mettre en relation non avec une « réalité » inexistante ou inaccessible, mais avec d'autres termes : « les mots ne signifient que leur différence à l'égard des autres » (96).

Dans cette perspective, il n'existe pas une mais un nombre indéfini de possibilités d'interprétation d'un terme. Chaque énoncé renferme une large potentialité de combinaisons avec d'autres termes, c'est-à-dire de sens. La nature même du langage est équivoque (97), polysémique (98) ou ambiguë (99). Un texte aurait donc autant de significations que d'interprétations (100) et, en matière juridique,

(95) Selon les propos de Jacques DERRIDA, rapportés dans Louis DUPRÉ, « Postmodernité ou modernité tardive ? », *in Richard Rorty. Ambiguïtés et limites du postmodernisme*, *op. cit.*, pp. 45-46. Pour Aulis AARNIO, « les termes n'ont pas de signification authentique qui permette de décider dans chaque cas à quel objet ils se réfèrent. Les expressions du langage naturel sont *liées au contexte* » ; *Le rationnel comme raisonnable. La justification en droit*, Paris-Bruxelles, L.G.D.J.-Story Scientia, 1992, p. 138 ; v. encore Jacques LENOBLE, « Droit et communication : Jürgen Habermas », *loc. cit.*, p. 170.

(96) H.Ph. VISSER'T HOOFT, « La philosophie du langage ordinaire... », *loc. cit.*, p. 280 ; v. aussi pp. 267-268. V. encore Ferdinand de SAUSSURE, qui affirmait déjà que, « dans la langue, il n'y a que des différences », *Cours de linguistique générale*, *op. cit.*, p. 166 ; v. encore p. 259 (« expliquer un mot, c'est le ramener à d'autres mots ») ainsi que O. DUCROT et T. TODOROV, *Dictionnaire encyclopédique des sciences du langage*, *op. cit.*, p. 136 et Michel MEYER, commentant Wittgenstein, *Logique, langage et argumentation*, *op. cit.*, p. 54.

(97) Jacques LENOBLE,, « La théorie de la cohérence narrative en droit », *loc. cit.*, p. 124 ; Jean SALMON, « Le fait... », *loc. cit.*, p. 277 ; v. aussi p. 346.

(98) Daniel LAURIER, *Introduction à la philosophie du langage*, *op. cit.*, pp. 47 et s. ; v. aussi Michel MEYER, pour qui « le langage comporte un nombre fini de termes susceptibles d'exprimer une infinité de choses, ce qui implique qu'ils aient chacun plus d'une signification possible » ; *Logique, langage et argumentation*, *op. cit.*, p. 16 ; v. par ailleurs Michel VAN DE KERCHOVE, « Le sens clair d'un texte : argument de raison ou d'autorité ? », *in Arguments d'autorité et arguments de raison en droit*, *op. cit.*, p. 305 ; Georges KALINOWSKI, « L'interprétation du droit : ses règles juridiques et logiques », *A.P.D.*, 1985, p. 172 ; Jacques LENOBLE et François OST, *Droit, mythe et raison*, *op. cit.*, p. 105 ; Marijan PAVNIC, « One or More Possible Solutions ? (Contribution to Legal Reasoning) », *in Chaïm Perelman et la pensée contemporaine*, *op. cit.*, p. 237.

(99) François RECANATI souligne que les langues naturelles sont des langages indexicaux, c'est-à-dire des langages qui, contrairement aux langues artificielles, contiennent des expressions indexicales, dont la signification ne peut être comprise que dans le cadre d'une occurence, d'une application particulière, et qui sont donc, « systématiquement ambiguës » (*Les énoncés performatifs. Contribution à la pragmatique*, *op. cit.*, pp. 16 et s.).

(100) Daniel LAURIER, *op. cit.*, pp. 60 et s. Dans cette perspective, une importance particulière doit être accordée à la « pragmatique » qui étudie non pas le rapport du signe avec ce qu'il signifie (ce que fait la « sémantique »), mais le rapport du signe avec son utilisateur ; v. François RECANATI, *Les énoncés performatifs. Contribution à la pragmatique*, *op. cit.*, p. 12 et Michel MEYER, *Logique, langage et argumentation*, *op. cit.*, p. 105. Voy. encore Jacques LENOBLE, « La théorie de la cohérence narrative... », *loc. cit.*, pp. 331-332 et Hasso JAEGER, *La logique de la preuve judiciaire et la philosophie du jugement*, *loc. cit.*, p. 79.

chaque application entraînerait une nouvelle interprétation (101). Il serait donc vain d'espérer remonter à l'interprétation qui corresponde aux intentions de l'auteur (102).

Ces considérations, qui font, semble-t-il, l'objet d'un large consensus, sont approfondies par certaines tendances qui vont jusqu'à considérer que la recherche de l'intention de l'auteur n'est plus la tâche de l'interprétation. Il s'agit de s'émanciper de l'auteur, qualifié par Derrida de « dictateur de sens » (103). Le rôle central est joué par le lecteur (104). Avant l'interprétation, il n'existerait pas de sens mais une proposition de sens, dont dispose l'interprète à sa guise, éventuellement à l'encontre des vœux de l'auteur (105). Se met ainsi en place une pratique interprétative débridée, affublée d'expressions chères aux sémiologues comme la mise en place d'une « chaîne de signifiants », la « dérive herméneutique » ou encore la « sémiosis illimitée » (106). L'interprétation ne consisterait pas à découvrir, ni même à construire, mais bien à déconstruire le sens.

Si cette dernière tendance connaît un certain succès en littérature elle n'a, sous réserve de quelques émules que nous analyserons ultérieurement, que très peu imprégné les milieux juridiques, en particulier les praticiens (107). La règle du « sens ordinaire » renvoie à

(101) Michel VAN DE KERCHOVE, et François OST, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, P.U.F., 1988, p. 21 ; Magdi Sami ZAKI, « Définir l'équité », *A.P.D.*, Vocabulaire fondamental du droit, 1990, p. 92 ; voy. aussi l'exposé de l'Ecole réaliste américaine par Charles LEBEN, « Le principe d'égalité devant la loi et la théorie de l'interprétation judiciaire », *in Chaïm Perelman et la pensée contemporaine*, *op. cit.*, p. 148.

(102) Comme le disait déjà Valéry, « il n'y a pas de vrai sens d'un texte », cité dans Umberto ECO, *Lector in fabula*, *op. cit.*, p. 71. De même, pour François RASTIER, « [...] toute instruction est relative à une stratégie, et c'est pourquoi il n'existe pas de clés permettant d'accéder à la signification d'un texte » ; *Sémantique interprétative*, Paris, P.U.F., 1987, p. 262 ; v. enfin François RECANATI, *Les énoncés performatifs. Contribution à la pragmatique*, *op. cit.*, pp. 203 et s. et Michel MEYER, *Logique, langage et argumentation*, *op. cit.*, p. 119.

(103) Jacques LENOBLE, et François OST, *Droit, mythe et raison*, *op. cit.*, p. 84.

(104) Umberto ECO, *Lector in fabula*, *op. cit.*, p. 27 (« le texte est une machine paresseuse qui exige du lecteur un travail coopératif acharné pour remplir les espaces de non-dit ou de déjà-dit restés en blanc »).

(105) Umberto ECO donne l'exemple suivant. Après avoir décrit la volonté de certains auteurs de fermer le plus possible leur texte à l'interprétation, il ajoute : « Cependant, il suffira que Souvestre et Allain, qui écrivaient pour un public populaire, tombent entre les mains du plus friand des consommateurs de kitsch littéraire pour que ce soit la grande fête de la littérature transversale, de l'interprétation entre les lignes, de la dégustation du *poncif*, du goût huysmansien pour les textes qui balbutient. Le texte, de 'fermé' et répressif qu'il était, deviendra très ouvert, une machine à engendrer des aventures perverses » (*Ibidem*, p. 70).

(106) V. à ce sujet, voy. Umberto ECO, *Les limites de l'interprétation*, *op. cit.*, pp. 369 et s. L'auteur montre que cette dérive aboutit au bout de la chaîne à une solution qui ne présente plus aucune caractéristique commune avec le texte initial.

(107) Voy. à ce sujet la comparaison opérée par Dominique MAINGUENEAU, « L'interprétation des textes littéraires et des textes juridiques », *in Interprétation et droit*, *op. cit.*, pp. 61 et s.

une intersubjectivité qui limite le relativisme par le critère de l'acceptabilité sociale : si plusieurs interprétations sont possibles, toutes ne se valent pas (108).

Sans qu'il soit nécessaire de se prononcer en faveur de l'une ou l'autre d'entre elles, les théories contemporaines du langage mettent toutes en évidence le caractère illusoire d'une conception trop classique de l'interprétation comme découverte d'un sens unique originel qui serait le seul correct. C'est d'ailleurs imprégné de ces mises en garde que le juge accomplit sa tâche interprétative.

2. *Absence de solution dans les règles traditionnelles d'interprétation*

176. Le juge ne prétend nullement en effet que le texte qu'il doit interpréter offre un sens unique ou univoque, et ce quel que soit son degré de précision. La jurisprudence internationale admet ainsi qu'

> « un mot... recouvre une pensée vivante et sa couleur comme son contenu peuvent varier selon les circonstances » (109).

La doctrine du « sens clair » (110) ne trouve plus écho ni en doctrine (111), ni en jurisprudence : la détermination d'un « sens clair » est elle-même une interprétation (112). La règle définissant une catégorie de situations visées, il importera toujours de décider si une

(108) Cette limite à la subjectivité est celle posée par nombre d'auteurs ; v. p. ex. C. KERLOT-GRACCHIANI, *L'énonciation. De la subjectivité dans le langage*, *op. cit.*, p. 15 ; Umberto ECO, *Les limites de l'interprétation*, *op. cit.*, not. p. 382.

(109) C.I.J., Affaire du *Golfe du Maine*, *Recueil 1984*, p. 360 ; cité dans Affaire de la *Sentence arbitrale*, *Recueil 1991*, op. diss. Weeramantry, p. 137.

(110) Formulé notamment par Vattel, L. EHRLICH, « L'interprétation des traités », *R.C.A.D.I.*, tome 24, 1928-IV, pp. 12 et s. et les discussions au sein de l'Institut de droit international, *A.I.D.I.*, 1950, vol. 43-I, p. 377.

(111) *Ibidem* ; voy. aussi les discussions au sein de la C.D.I. concernant les principes d'interprétation ; not. *A.C.D.I.*, 1966-I, 2e partie, p. 209, § 56 (propos de R. AGO) ; Martti KOSKENNIEMI, *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument*, *op. cit.*, p. 449. V. encore C.I.J., Affaire de la *Sentence arbitrale*, *Recueil 1991*, op. diss. Weeramantry, pp. 136-137 et Mustapha Kamil YASSEEN, « L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le droit des traités », *R.C.A.D.I.*, pp. 9-10.

(112) Serge SUR, « L'interprétation en droit international public », *in Interprétation et droit*, *op. cit.*, p. 101 et *L'interprétation en droit international public*, Paris, L.G.D.J., 1974, p. 74 ; Michel VAN DE KERCHOVE, « Le sens clair d'un texte : argument de raison ou d'autorité ? », *loc. cit.*, pp. 307 et 313 ; Paul FORIERS, « Réflexions sur l'interprétation de la loi et ses méthodes », *in La pensée juridique de Paul Foriers*, *op. cit.*, p. 254 ; Jerzy WROBLESKI, « Motivation des décisions judiciaires », *in* Ch. PERELMAN et P. FORIERS (sous la direction de), *La motivation des décisions de justice*, Travaux du C.N.R.L., Bruxelles, Bruylant, 1978, p. 115 ; François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, « De la théorie de l'argumentation au paradigme du jeu. Quel entre-deux pour la pensée juridique ? », *in Chaïm Perelman et la pensée contemporaine*, *op. cit.*, p. 148.

situation particulière peut y être placée (113). D'ailleurs, nous avons constaté lors de l'examen du champ d'application du « raisonnable » que le texte n'était pas une valeur absolue dans le processus interprétatif en droit international, puisqu'il est possible de relativiser la lettre d'une règle si son application littérale mène à des résultats manifestement contraires à son esprit (114). L'importance du contexte témoigne encore de la prise en compte des enseignements des théories contemporaines du langage (115).

D'un autre côté, la démarche du juge est relativement classique puisque le but proclamé, loin de consister en l'affirmation d'un rôle privilégié de l'interprète, est bien la « découverte » de l'intention des auteurs du texte (116). Le texte reste une référence, si pas absolue, à tout le moins privilégiée, de l'interprétation.

177. Cette position de principe entraîne cependant des problèmes plus aigus encore que dans le cas d'une interprétation d'un texte littéraire. En effet, le juge se trouve confronté non seulement à la barrière du langage, mais aussi à la circonstance qu'il n'existe pas un mais plusieurs auteurs du texte, et qu'il est dès lors pour le moins illusoire de prétendre déterminer la teneur de leur « intention commune » (117).

Il se peut tout d'abord que les parties n'aient, au moment de l'élaboration du texte, pas prévu le cas particulier qui se présente devant le juge (118), ou même qu'elles aient souhaité éviter de trancher une situation qu'elles avaient bien prise en considération. Cette dernière hypothèse a été expressément évoquée par la Cour lors-

(113) Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, Neuchâtel, Ed. de la Baconnière, 1988, p. 149 ; François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, « Interprétation », *A.P.D.*, 1990, p. 175, et la définition de Pescatore. V. aussi Chaïm PERELMAN, « Jugement, règles et logique juridique », *in Le raisonnable et le déraisonnable en droit, op. cit.*, p. 147 ; François OST, « L'interprétation logique et systématique dans le postulat de rationalité du législateur », *loc. cit.*, p. 110 ; Léon RAUCENT, *Pour une théorie critique du droit*, Gembloux, Duculot, 1975, p. 250 ; Rogelio PEREZ PERDOMO, « L'argument d'autorité dans le raisonnement juridique », *A.P.D.*, 1971, p. 240-241 ; Riccardo GUASTINI, « Interprétation et description de normes », *in Interprétation et droit, op. cit.*, p. 92.

(114) *Supra*, Chapitre I, section 1, §§ 44 et s.

(115) Voy. p.ex. les propos de Roberto AGO, « des termes isolés ne signifient rien ; les termes n'ont de sens que dans une phrase, dans un ensemble de phrases et d'articles, c'est-à-dire dans leur contexte » ; *A.C.D.I.* ; 1966-I, 2e partie, p. 209, § 57 ; la citation est reprise par le juge Weeramantry ; C.I.J., Affaire de la *Sentence arbitrale*, *Recueil 1991*, op diss., p. 136.

(116) Voy. les références données *supra*, chapitre I, section 1, § 40.

(117) Voy. Olivier DE SCHUTTER, « Les Critical Legal Studies au pays du droit international public », *Droit et société*, n° 22, 1992, pp. 597 et s.

(118) Voy. les propos de Shabtaï ROSENNE au sein de la C.D.I., *A.C.D.I.*, 1964-I, p. 303, § 92. V. aussi de manière générale, Jean SALMON, « Le fait... », *loc. cit.*, p. 353 ; ANDRÉ-VINCENT, « L'abstrait et le concret dans l'interprétation », *loc. cit.*, p. 137.

qu'elle a été amenée à interpréter l'article 62 de son Statut au sujet des conditions dans lesquelles un État pouvait intervenir dans la procédure contentieuse. Elle a en effet considéré que, à l'origine,

> « il a été convenu de ne pas essayer de résoudre dans le Règlement les différentes questions qui avaient été soulevées mais de les laisser de côté pour être tranchées à mesure qu'elles se présenteraient dans la pratique, en fonction des circonstances de chaque espèce » (119).

Il n'existe, dans cette perspective, aucune intention des parties à découvrir, ce qui n'a pas empêché la Cour d'interpréter son règlement et d'en déduire une signification qui permette de trancher le litige.

Elisabeth Zoller considère donc que la recherche de l'intention des parties est à la limite « un parfait leurre car si les parties avaient eu une intention, elles l'auraient exprimée » (120).

En tout état de cause, cette expression sera toujours incomplète, tant il est difficile de prendre en compte l'évolution des conditions d'application d'une règle lors de son édiction. La jurisprudence internationale admet donc une certaine autonomie par rapport aux intentions subjectives, particulièrement lorsque les parties sont nombreuses :

> « Dans les traités multilatéraux ou institutionnels conclus entre un nombre élevé d'États et pour une durée indéterminée, le but du traité se détache aisément des finalités poursuivies par chacun des contractants primitifs et acquiert une autonomie objective que l'interprète ne peut méconnaître » (121).

Par ailleurs, il se peut que les parties aient adopté des termes en préservant des interprétations opposées de leur contenu dès l'origine (122). Comme le soulignait Pescatore,

---

(119) C.I.J., Affaire du *Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne)*, requête à fin d'intervention, *Recueil 1981*, p. 13. La Cour réaffirme sa jurisprudence dans l'affaire du *Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte)*, requête à fin d'intervention, *Recueil 1984*, pp. 27-28, § 45.

(120) *La bonne foi en droit international public*, Paris, Pédone, 1977, p. 225, § 243 ; v. en ce sens les propos de Sir Erik BECKETT, *A.I.D.I.*, 1950, pp. 438-439 et de Sir Gerald FITZMAURICE, *A.I.D.I.*, 1952, pp. 370 et s.

(121) Affaire concernant le *Filetage à l'intérieur du golfe du Saint-Laurent entre le Canada et la France*, *R.S.A.*, vol. XIX, p. 234, § 30. Sur ce point, Charles Chaumont évoque la tension qui existe entre la norme, institution vivante, et le texte qui doit en exprimer le contenu, institution figée et immédiatement dépassée ; « Rapport sur l'institution fondamentale de l'accord entre Etats », *in Réalités du droit international contemporain*, Actes du colloque de Reims, 1980, pp. 259-260.

(122) Shabtaï ROSENNE et Sir Gerald FITZMAURICE, références citées, et *A.I.D.I.*, 1950, vol. 43-I, pp. 423 et s. ; Ioan VOICU, *L'interprétation authentique des traités internationaux*, Paris, Pédone, 1968, pp. 20 et s.

« l'une des règles de la négociation, c'est précisément de ne point toujours dévoiler les intentions [...] un texte peut fort bien recouvrir des intentions opposées, contradictoires même. L'art de faire des traités c'est, en partie, l'art de camoufler les intentions irréductibles entre les États contractants » (123).

Dans cette hypothèse également, il n'a jamais existé aucune intention commune susceptible d'être « découverte » (124).

178. C'est pourquoi la vérité, à savoir l'existence effective d'une intention commune conforme à cette interprétation, ne sera pas un critère décisif ; il n'y aura qu'une intention commune présumée aux fins du procès (125). Le critère sera donc la conformité aux principes qui régissent l'interprétation, et le résultat ne pourra être correct que formellement.

Ce résultat sera obtenu par une construction, comme le soulignent Jean Combacau et Serge Sur :

« Il faut renoncer à l'illusion d'un sens objectif ou vrai, pour constater que le sens est toujours construit ou reconstruit par l'interprète donné » (126).

De même, pour le juge Wellington Koo,

« Les parties peuvent n'adopter aucune règle. Elles peuvent se défendre d'avoir eu l'intention de réglementer une question particulière. Mais, si elles n'ont pas pris explicitement la précaution de dire, dès lors qu'elles ont donné à la question la forme d'une règle juridique et se sont trouvées dans une situation telle que cette question relève légitimement de la compétence d'un tribunal, celui-ci a l'obligation et le droit de *supposer* une intention commune effective chez les parties et de trancher le litige » (127).

Autrement dit, « l'interprétation n'est pas un acte de connaissance mais de volonté » (128) et, comme le souligne un sémiologue, « les

(123) Cité dans Elizabeth ZOLLER, *La bonne foi en droit international public*, *op. cit.*, p. 208, § 224.

(124) Ce constat renvoie directement à une fonction idéologique du droit en général et du « raisonnable » en particulier : occulter le maintien de positions contradictoires sous le couvert de formules qui laissent croire à une cohérence de vues qui n'existe souvent qu'en apparence ; on se reportera à ce sujet *infra*, chapitre IV, section 2.

(125) Voy. les références reproduites *supra*, Chapitre I, section 1, §§ 41-42.

(126) *Droit international public*, Paris, Montchrétien, 1993, p. 168 et Serge SUR, « L'interprétation en droit international public », *loc. cit.*, pp. 162-163 ; v. aussi Friedrich V. KRATOCHWIL, *Rules, Norms and Decisions. On the conditions of practical and legal reasoning in international relations...*, *op. cit.*, p. 235, et François OST et Michel van DE KERCHOVE, « Interprétation », *loc. cit.*, p. 167.

(127) Nous soulignons ; C.I.J., Affaire du *Sud-ouest africain*, *Recueil 1966*, op. diss., p. 227 ; le juge Wellington Koo cite Sir Lauterpacht.

(128) André-Jean ARNAUD, *Critique de la raison juridique. 1. Où va la sociologie du droit ?*, Paris, L.G.D.J., 1981, p. 363 ; v. aussi Jean SALMON, « Le fait... », *loc. cit.*, p. 362. On a aussi parlé d'« interprétation opérative » ; Jerzy WROBLEWSKI, « L'interprétation en droit : théorie et idéologie », *loc. cit.*, p. 54 ; Henri BATIFOL, « Questions de l'interprétation juridique », *A.P.D.*, 1972, p. 17. Voy. enfin Paul AMSELEK, « L'interprétation à tort et à travers », *in Interprétation*

instructions interprétatives, si précises soient-elles, que l'on croit trouver dans les textes, ne sont pas données mais construites, et ne doivent leur efficacité qu'à la stratégie de l'analyste » (129). La doctrine (130), y compris les auteurs les plus positivistes (131), admet donc que le juge est obligé de créer lorsqu'il interprète, tout en respectant la volonté des parties... Mais est-il possible de concilier ces deux impératifs ?

3. *Utilisation du « raisonnable » comme renvoi au fondement de l'opération*

179. Lors de la description de l'étendue du champ d'application du « raisonnable », nous avions constaté la fréquence du recours à la notion : l'interprétation proposée est construite sur base d'une « méthode raisonnable » combinant les divers éléments retenus, aboutissant à un « résultat raisonnable » qui résiste à la contre-argumentation (132). Nous sommes à présent en mesure de comprendre cette utilisation : la notion représente un moyen d'échapper au dilemme interprétatif de la nécessité d'un choix conforme à une volonté des parties alors que, d'une part, le langage constitue un obstacle presqu'insurmontable à sa restitution et que, d'autre part, cette volonté commune n'a, dans bien des cas, jamais existé. Le juge Tanaka a clairement exprimé ce mécanisme :

> « L'explication qui fait appel à l'intention raisonnablement présumée des parties paraît constituer un compromis avec le volontarisme. L''intention raisonnablement présumée' ne correspond pas exactement à l'intention psychologique,

et droit, op. cit., pp. 11 et s. et Riccardo GUASTINI, « Interprétation et description de normes », *loc. cit.*, pp. 97-98.

(129) François RASTIER, *Sémantique interprétative*, *op. cit.*, p. 262 ; v. aussi François OST et Michel van de KERCHOVE, « Les colonnes d'Hermès : à propos des directives d'interprétation en droit », *in Interprétation et droit*, *op. cit.*, pp. 135 et s.

(130) Jean SALMON, « Le fait... », *loc. cit.*, p. 358 ; Michel VIRALLY, « Le phénomène juridique », *in Le droit international en devenir*, *op. cit.*, p. 67 ; v. aussi *A.J.I.L.*, Sup., vol. 29, n° 4, Oct. 1935, p. 946 ; Martti KOSKENNIEMI, *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument*, *op. cit.*, p. 448 ; enfin, v. Herbert L.A. HART, *Le concept de droit*, Bruxelles, F.U.S.L., trad. fr., 1976, p. 244 ; Jacques CHEVALLIER, « Les interprètes du droit », *in Interprétation et droit*, *op. cit.*, p. 119.

(131) Ainsi, Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, pp. 153 et s. et les commentaires de Michel TROPER, « Hans Kelsen et la jurisprudence », *A.P.D*, 1985, pp. 85 et s. et « Un système pur du droit : le positivisme de Kelsen », *in La force du droit. Panorama des débats contemporains*, Paris, Esprit, 1991, p. 133 ; Adolfo BARBERA DEL ROSAL, « La liberté spirituelle et son double », *in Chaïm Perelman et la pensée contemporaine*, *op. cit.*, p. 361 ; Charles EISENMANN, « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », *A.P.D.*, 1966, p. 27 ; v. encore Jean PRIEUR, « Jurisprudence et principe de séparation des pouvoirs », *A.P.D.*, 1985, p. 118.

(132) *Supra*, chapitre I, section 1.

qui n'a très probablement pas existé. La Cour doit déterminer cette intention raisonnablement présumée en tenant compte de tous les facteurs juridiques et extrajuridiques [...] » (133).

L'utilisation du « raisonnable » remplit donc une fonction essentielle dans le processus interprétatif. C'est pourquoi la théorie du droit admet que l'interprétation revient à dégager non pas la volonté réelle du « législateur » (assimilé, en droit international, aux États), mais à reconstruire sa volonté raisonnable (134).

180. En effet, le « raisonnable » opère renvoi à la raison, qui paraît comme le fondement du processus interprétatif dans le discours juridique.

Jacques Lenoble et François Ost ont développé cette idée en utilisant le concept de « législateur rationnel » (135). Le juge s'y référera en émettant un certain nombre de postulats qui le guideront dans son interprétation. Il présumera par exemple que :

— le législateur était parfaitement informé lorsqu'il a édicté la règle ;
— il a utilisé les termes du langage courant dans leur acception usuelle, sans arrière-pensées et sans erreur sémantique d'aucune sorte ;
— il a exprimé une pensée non seulement claire mais parfaitement cohérente ;
— il a défini soigneusement tous les cas possibles d'application de la règle, et prévu tous les cas à venir ;
— il a mesuré toutes les conséquences de cette application (136).

(133) C.I.J., Affaire du *Sud-Ouest africain*, *Recueil 1966*, op. diss., pp. 277-278.

(134) Ainsi, pour Rogelio Perez Perdomo, « cette volonté législative qu'on invoque, ne coïncide pas toujours avec la volonté historique, habituellement difficile à établir, mais plutôt avec un sens raisonnable de la loi, rendu possible par l'idée qu'on se fait du législateur comme un être raisonnable » (« L'argumentation d'autorité dans le raisonnement juridique », *loc. cit.*, pp. 227 et s.) ; Frede CASTBERG évoque le « but rationnel » de la règle, le but « qu'on peut rationnellement prêter aux parties » ; « La méthodologie du droit international public », *loc. cit.*, pp. 328 et 329. V. aussi André VAN WELKENHUYZEN, « Autorité et raison dans l'argumentation juridique », *in Arguments d'autorité...*, *op. cit.*, pp. 15-16 ; Jacques LENOBLE et François OST, *Droit, mythe et raison*, *op. cit.*, pp. 81 et s. ; Aulis AARNIO, *Le rationnel comme raisonnable. La justification en droit*, *op. cit.*, pp. 235-236 (« interprétation raisonnable ») ; Michel van DE KERCHOVE, « Le sens clair d'un texte : argument de raison ou d'autorité ? », *loc. cit.*, p. 309 ; v. aussi p. 311. V. encore Luc SILANCE, « La règle de droit dans le temps », *in* Ch. PERELMAN (sous la direction de), *La règle de droit*, Travaux du C.N.R.L., Bruxelles, Bruylant, 1971, pp. 56-57, § 11.

(135) Le concept est déjà discuté par Max Weber (sans que l'expression elle-même soit utilisée) ; *Sociologie du droit*, *op. cit.*, pp. 43 et 226-227.

(136) Jacques LENOBLE et François OST, *Droit, mythe et raison*, *op. cit.*, pp. 89 et 138 et s. ; François OST et Michel van DE KERCHOVE, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, F.U.S.L., 1987, pp. 100 et s. et, des mêmes auteurs, « Les colonnes d'Hermès : à propos des direc-

Bref, le législateur a été guidé par la raison : les phénomènes passionnels ou aléatoires sont présumés inexistants (137). Le juge pourra, sur base de ces suppositions, reconstituer ce qu'aurait été la volonté du législateur s'il avait eu à trancher le cas particulier auquel il est confronté (138).

La modèle est étroitement lié à « l'idée fondamentale que la loi est une volonté raisonnable » (139) ou encore à l'« idée qu'on se fait du législateur comme d'un être raisonnable » (140). En ce sens, François Ost souligne à l'issue d'une analyse de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme que

> « C'est un lieu commun du raisonnement juridique que l'interprète doit, dans toute la mesure du possible, avoir égard aux conséquences du sens qu'il retient, celles-ci devant passer pour raisonnables plutôt que déraisonnables. Cette directive se borne en fait à traduire une des multiples facettes du postulat de rationalité du législateur, voire même, de façon plus générale encore, de l'auteur du texte interprété ou du locuteur avec lequel on dialogue » (141).

La méthode apparaît ainsi comme une version actualisée et surtout praticable de l'exégèse (142). A l'encontre de certaines théories qui confèrent au juge le pouvoir de création des normes, elle maintient le législateur comme source centrale, tout en évitant un formalisme étriqué qui empêche le juge d'adapter le texte aux particularités du cas d'espèce (143).

---

tives d'interprétation en droit », *in Interprétation et droit*, *op. cit.*, p. 152. Ces postulats sont parfois invoqués comme les critères qui conditionneront la loi « de bonne qualité » ; v. Emile GIRAUD, « Le droit positif. Ses rapports avec la philosophie et la politique », *loc. cit.*, pp. 223-224.

(137) François OST, « L'interprétation logique et systématique et le postulat de rationalité du législateur », *loc. cit.*, pp. 159 et s ; Michel van DE KERCHOVE, « Le sens clair d'un texte : argument de raison ou d'autorité ? », *loc. cit.*, p. 311.

(138) La solution est déjà préconisée par Aristote, *Ethique à Nicomaque*, Paris, Librairie philosophique J. Vrin, 1990, V, 14, 1137*b*, 20, p. 267 ; v. à ce sujet Chaïm PERELMAN, « Les trois aspects de la justice », *in Justice et raison*, *op. cit.*; pp. 159 et s.

(139) *Droit, mythe et raison*, *op. cit.*, p. 141.

(140) François OST, « L'interprétation logique et systématique et le postulat de rationalité du législateur », *loc. cit.*, p. 136 (l'auteur reprend une citation de Perez Perdomo reproduite plus haut).

(141) « Les directives d'interprétation adoptées par la convention européenne des droits de l'homme : l'esprit plutôt que la lettre ? », *in* François OST et Michel van de KERCHOVE, *Entre la lettre et l'esprit. Les directives d'interprétation en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1989, p. 304.

(142) Léon HUDSON, « Analyse critique de la méthode de l'exégèse », *A.P.D.*, 1972, pp. 130-131 ; François OST, « L'interprétation logique... », *loc. cit.*, p. 116.

(143) Michel van de KERCHOVE, « Jurisprudence et rationalité juridique », *A.P.D.*, 1985, p. 240 ; François OST et Michel van de KERCHOVE, « De la théorie de l'argumentation au paradigme du jeu. Quel entre-deux pour la pensée juridique ? », *in Chaïm Perelman et la pensée contemporaine*, *op. cit.*, pp. 147 et s.

181. Ce modèle cadre parfaitement avec la jurisprudence internationale telle que nous l'avons longuement détaillée plus haut (144). Pour ne reprendre qu'un exemple, le juge de Castro rappelle qu'

> « Il existe des règles pour compléter les déclarations de volonté des parties, et la jurisprudence des tribunaux prend en considération à cet effet *ce que les parties peuvent avoir voulu rationnellement* » (145).

Le juge, ne pouvant trouver dans le texte la solution à son dilemme, se retourne vers la raison à laquelle le « législateur » — assimilable aux Etats parties à la règle en cause en droit international — est présumé s'être conformé. Dans cette perspective, on postule notamment que les parties étaient parfaitement informées des considérations de fait et de droit à la base de leur engagement. L'extrait que nous venons de citer renvoyait au « rationnel », mais le « raisonnable » est directement cité en de nombreuses occasions. Par exemple, dans l'affaire du *Comité de la sécurité maritime*, la Cour considère que

> « l'article 28*a)* a été rédigé par des experts en matière maritime qu'on peut raisonnablement supposer au courant des conventions antérieures existantes se rapportant à l'armement et traitant de la sécurité en mer et de questions connexes. En de telles conventions, un navire est communément considéré comme appartenant à un Etat s'il y est immatriculé » (146).

Il s'agit bien de déterminer le sens sur base d'un postulat selon lequel les auteurs du texte sont raisonnables. Il arrive ainsi fréquemment dans la jurisprudence internationale que l'interprète rejette ou admette une interprétation en déterminant quelle aurait été la volonté des parties si elles avaient eu en vue le cas particulier de la cause, et ce en invoquant le « raisonnable » (147). On aura à cet

---

(144) Chapitre I, section 1, B. V. aussi Manfred LACHS, « La preuve devant la Cour internationale de Justice », *loc. cit.*, p. 121 (l'auteur reprend le principe selon lequel le juge doit décider ce que le législateur aurait décidé s'il avait été confronté au cas particulier), et Mircea DJUVARA, « Le fondement de l'ordre juridique positif en droit international », *R.C.A.D.I.*, 1938-II, tome 64, p. 583.

(145) C.I.J., Affaire des *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la Résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, *Recueil 1971*, op. indiv., p. 183.

(146) C.I.J., *Recueil 1960*, p. 169. Pour d'autres exemples, voy. C.I.J., Affaire de l'*Accord de siège*, *Recueil 1988*, op. indiv. Oda, p. 37, § 2.

(147) Par exemple, dans l'Affaire du *Plateau continental de la Mer Egée*, la Cour considère qu'« il paraît raisonnable de penser que, si l'on avait voulu apporter une modification quelconque au champ de la réserve de 'statut territorial', à laquelle la Grèce attachait une importance particulière, l'exposé des motifs aurait contenu des indications et des explications à ce sujet » (*Recueil 1978*, p. 28, § 67) ; Voy. aussi C.P.J.I., Affaire des *Zones franches de Haute-Savoie et du pays de Gex, Série AB, n° 46*, p. 138 ; Affaire du *Sud-Ouest africain*, *Recueil 1962*, op. indiv. Jessup, p. 412 ; Affaire de la *Sentence arbitrale*, *Recueil 1991*, op. diss. Weeramantry, p. 134 ; Affaire *Naomi Russel*, *R.S.A.*, vol. IV, p. 820.

égard relevé le voisinage des termes « raisonnable », « rationalité » et « raison », qui marque la connotation axiologiquement neutre de ce type de discours interprétatif (148).

182. Cette théorie semble aussi indiquer que le droit tout entier est fondé sur la raison, ou en tout cas est présenté comme tel dans le discours juridique. Dans cette optique, le processus interprétatif se développe conformément au schéma suivant.

Les Etats parties qui énoncent une norme se fondent sur la raison pour formuler leur volonté dans un texte ; cela explique qu'ils renvoient souvent à la raison en reproduisant le terme « raisonnable » dans l'énoncé. Le juge, amené à interpréter le texte, a deux possibilités. Soit le texte reproduit clairement cette volonté, présumée conforme à la raison, et il n'a qu'à l'appliquer au cas d'espèce. En l'absence de « sens clair », cette possibilité reste toutefois largement théorique. Soit, au contraire, le texte laisse la place à plusieurs interprétations, et il ne permet pas de dégager la volonté du « législateur ». Dans ce cas, le juge se base sur la raison pour reconstruire cette volonté. Il pourra le faire :

— en reformulant la règle de manière à l'adapter au cas particulier en cause, en y insérant un renvoi à la raison *via* le « raisonnable » ;
— en appliquant cette règle au cas d'espèce en invoquant une « interprétation raisonnable ».

Dans les deux hypothèses, le juge respecte à la fois son obligation de prendre une décision et le principe de la conformité à la volonté des parties.

La raison constitue ainsi le trait d'union entre le juge et le législateur, presqu'autant que le texte lui-même (149). C'est en tout cas par son biais que le juge peut rester fidèle au principe du respect de la volonté des parties, même lorsque le texte ne l'exprime pas clairement. Celles-ci ont procédé à une première concrétisation de la raison en énonçant une règle juridique. Il suffira donc de poursuivre leur œuvre en concrétisant davantage la raison afin qu'elle atteigne le cas particulier.

(148) Nous approfondirons cette dimension dans la deuxième partie de cette étude ; v. not. *infra*, Chapitre VIII, section 2.

(149) André VAN WELKENHUYZEN, « Autorité et raison dans l'argumentation juridique », *loc. cit.*, p. 17.

183. Le postulat de la raison comme fondement du droit a d'ailleurs été formulé par les philosophes du droit dès l'Antiquité (150), même si c'est surtout depuis l'avènement de la Modernité que l'association se renforce (151). Montesquieu considère par exemple que

> « la loi, en général, est la raison humaine en tant qu'elle gouverne les peuples de la terre ; et les lois politiques et civiles de chaque nation ne doivent être que des cas particuliers où s'applique la raison humaine » (152).

Jacques Lenoble et François Ost en déduisent une « conception dogmatique de la loi comme expression de la volonté raisonnable » (153). La loi tirerait donc son fondement de la raison par opposition à l'arbitraire du despote (154) ou même du juge (155).

184. On peut aussi considérer que cette théorie est une application particulière de la doctrine du « principe de raison », en vertu de laquelle un fait n'est scientifiquement pris en compte que s'il est fondé sur la raison (156). Interpréter, c'est en effet aussi établir le fait juridique que représente la volonté des parties (157). L'établissement sera d'autant plus difficile que ce fait relève pour une part de la psychologie (158). Une intention ne sera dès lors, comme nous l'avons vu avec le postulat du « législateur rationnel », prise en

---

(150) Voy. p. ex. l'assimilation entre « la loi vraie » et la « droite raison » opérée par CICÉRON, *De Republica*, 3, 22, 33, cité dans Henri LÉVY-BRUHL, *Sociologie du droit*, Paris, P.U.F., 7e éd., 1990, p. 9 ; v. aussi Y.P. THOMAS, « Le droit entre les mots et les choses. Rhétorique et jurisprudence à Rome », *A.P.D.*, 1978, p. 94. François Ost et Michel Van de Kerchove énoncent que « l'association du droit et de la raison remonte très haut dans la tradition occidentale au point qu'on pourrait presque identifier les deux notions » ; « De la 'bipolarité des erreurs' ou de quelques paradigmes de la science du droit », *A.P.D.*, 1988, p. 191 ; Jacques LENOBLE et François OST, *Droit, mythe et raison*, *op. cit.*, pp. 375 et s.

(151) Marcel THOMANN, « Un modèle de rationalité idéologique : le 'rationalisme' des Lumières », *A.P.D.*, 1978, p. 132.

(152) *L'esprit des lois*, I, 3, cité dans Henri LÉVY-BRUHL, *Sociologie du droit*, *op. cit.*, p. 16, n. 1 et Jacques LENOBLE et François OST, *Droit, mythe et raison*, *op. cit.*, p. 264 ; v. encore les citations de Gény et de Portalis, *id.*, pp. 30 et s., ainsi que de Rousseau, p. 264.

(153) *Ibidem* ; v. aussi François OST et Michel van DE KERCHOVE, *Jalons pour une théorie critique du droit*, *op. cit.*, p. 415.

(154) Michel VILLEY, « Préface historique », *A.P.D.*, 1978, p. 2.

(155) Voy. Guy HAARSCHER, « Essai de synthèse », *in Arguments d'autorité et arguments de raison en droit*, *op. cit.*, p. 364 ; Michel VILLEY, « Considérations intempestives sur le droit des gens », *A.P.D.*, tome XXXII, Le droit international, 1987, p. 19 ; Patrick NERHOT, « Le fait du droit », *loc. cit.*, p. 265 ; François TERRÉ, « Les juristes et la philosophie du droit », *A.P.D.*, 1988, p. 9.

(156) Voy. ci-dessus et les références au « principe de raison » tel que décrit par Martin HEIDEGGER.

(157) V. p.ex. certains extraits d'arrêts ou d'opinions individuelles en ce sens ; C.I.J., Affaire des *Emprunts norvégiens*, *Recueil 1957*, p. 58 ; repris dans C.I.J., Affaire des *Activités militaires...*, *Recueil 1986*, p. 305, § 96, op. diss. Schwebel ; Affaire *Georges Pinson*, 19 octobre 1928, *R.S.A.*, vol. V, p. 445 ; C.I.J., Affaire de la *Convention sur la tutelle*, *Recueil 1958*, op. indiv. Wellington Koo ; v. aussi la lettre de Charles Cheney Hyde du 4 juillet 1950, *A.I.D.I.*, 1952, pp. 202-203.

(158) Elisabeth ZOLLER, *La bonne foi...*, *op. cit.*, p. 205, § 221.

compte que si l'on peut la fonder sur la raison. C'est bien en ce sens que le juge refuse de consacrer un texte, dont les termes sont clairs, si leur application littérale mène à un résultat déraisonnable. Dans cette perspective, interpréter, c'est reconstruire un fait juridique sur base de la raison.

185. En définitive, on comprend bien que l'utilisation du « raisonnable » ne doit pas être interprétée comme le signe d'un défaut ou d'une défaillance du texte ou de l'interprète, mais comme l'affirmation d'un renvoi au fondement même du texte. Il offre une échappatoire discursive au dilemme juridictionnel auquel est confronté tout interprète soucieux de respecter la volonté des auteurs du texte. Ce dilemme se manifeste aussi lorsque le juge est amené à élaborer un discours qui justifie l'ensemble de son activité juridictionnelle.

C. — *Le « raisonnable » comme renvoi au fondement du développement du discours*

186. Rappelons que le discours juridictionnel se définit comme l'enchaînement des propositions que le juge formule pour aboutir à la solution du litige (159). Le juge va ainsi établir les faits, interpréter le droit et, plus généralement, justifier sa décision par un certain nombre d'arguments qui seront présentés et ordonnés de manière cohérente.

A première vue, on serait tenté de se tourner vers la logique en tant que science susceptible de déterminer comment enchaîner valablement les éléments d'un discours (160). La science juridique moderne, et en particulier les doctrines positivistes, ont largement eu recours à la logique déductive comme base du discours juridique (161). C'est sur ce mode que s'est dégagé le modèle du « syllogisme judiciaire », qui préside notamment au discours juridictionnel

(159) André LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie, op. cit.*, V° « Discours ».

(160) Lyndel V. PROTT, « The Justification of Decisions in the International Cour of Justice », *in La motivation des décisions de justice, op. cit.*, p. 332.

(161) Michel VILLEY, « Données historiques », *A.P.D.*, tome XI, La logique du droit, 1966, pp. VIII et s. ; Neil MC CORMICK, « Le raisonnement juridique », *A.P.D.*, 1988, pp. 99 et s. ; Chaïm PERELMAN, « Droit, logique et épistémologie », *in Le raisonnable et le déraisonnable en droit, op. cit.*, p. 57 ; Werner GOLDSCHMIDT, « La logique du droit », *A.P.D.*, 1966, p. 213.

du droit international (162). Récemment, les nouvelles perspectives ouvertes par les développements de l'informatique ont inspiré certains théoriciens du droit qui ont entrepris une adaptation de divers modèles mathématiques ou semi-mathématiques à la justification juridique (163) ou à des analyses de jurisprudence (164). Bref, on peut dire que la logique exerce une véritable fascination sur le juriste (165), y compris en droit international (166).

Nous verrons cependant que ni la logique formelle (1) ni les règles traditionnelles de la « logique juridique » (2) ne donnant de solution au juge, celui-ci est amené à utiliser le « raisonnable » en tant que renvoi au fondement de son discours (3). Ici encore, le juge sera confronté à un dilemme (167) puisque, d'un côté, il est obligé de produire un discours et, de l'autre, aucune solution ne lui est donnée ni en logique, ni en droit. Une fois encore, la raison représentera un concept permettant de fonder les choix qui doivent guider son activité. Une fois encore, le mécanisme est envisagé sous un angle technique, sans préjudice de sa dimension idéologique qui sera abordée dans le chapitre suivant.

1. *Absence de solution dans la logique formelle*

187. Par définition, la logique formelle permet de développer un discours qui, à partir de prémisses établies, aboutit par un enchaînement d'inférences à une et une seule solution correcte (168). Son utilisation en droit devrait donc permettre au juge, à partir de la règle

(162) V. Jean SALMON, « Le fait... », *loc. cit.*, pp. 267-271 ; Frede CASTBERG, « La méthodologie du droit international public », *loc. cit.*, pp. 320-321, et les nombreuses références reproduites *supra* dans le chapitre I, section 4. V. encore de manière générale, Chaïm PERELMAN, « Droit, logique et épistémologie », *in Le raisonnable et le déraisonnable en droit, op. cit.*, p. 57.

(163) Voy. p. ex. Aulis AARNIO, *Le rationnel comme raisonnable. La justification en droit, op. cit.*

(164) Voy. not. Guy VAN VELTHOVEN, « Une approche mathématique de la praxéologie judiciaire », *in Arguments d'autorité et arguments de raison en droit, op. cit.*, pp. 325 et s.

(165) Jacques LENOBLE et François OST, *Droit, mythe et raison, op. cit.*, p. 176 ; Michel MIAILLE, *Une introduction critique au droit*, Paris, Maspero, 1976, p. 203 ; Max WEBER considère que la place importante de la logique dans le droit est notamment le fruit du jusnaturalisme ; *Sociologie du droit, op. cit.*, p. 215.

(166) Voy. p.ex. les propos du juge de Castro qui considère que la Cour est liée par « les règles du droit et de la logique », C.I.J., Affaire relative aux *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, Recueil 1971*, op. indiv., p. 181.

(167) Cette idée de dilemme est reprise par Friedrich V. KRATOCHWIL, *Rules, Norms and Decisions. On the conditions of practical and legal reasoning in international relations..., op. cit.*, p. 207.

(168) Chaïm PERELMAN et Lucie OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation, op. cit.*, pp. 17-18.

juridique et des faits pertinents, de trouver une solution au litige et de la justifier en droit.

Mais la logique formelle ne peut être utilisée de cette manière, ses propriétés la rendant impropre à une utilisation dans la science juridique (169).

188. Le premier obstacle est que la logique formelle ne se déploie qu'à partir de prémisses réputées exactes et univoques (170), ce qui supposerait, sur le plan juridique :

— en ce qui concerne les faits, que la sélection des faits pertinents, que leur établissement, puis leur qualification, ne posent aucun problème ;

— en ce qui concerne le droit, que le choix de la règle applicable, puis son interprétation, ainsi que les conséquences pratiques engendrées par la décision, soient effectuées sans contestation possible (171).

Nous avons vu que tel n'était pas le cas, puisque tant le fait que le droit ne constituent nullement des données de départ, mais font l'objet de constructions dans lesquelles interviennent des choix, qui peuvent toujours être contestés (172). En tout état de cause, ces choix aboutissent à des propositions qui ne peuvent jamais être qualifiées avec certitude de vraies ou de fausses, comme le supposerait une mise en œuvre rigoureuse de la logique formelle (173). Les controverses juridiques portent d'ailleurs le plus souvent non seulement sur les inférences effectuées, mais aussi (et parfois surtout) sur l'établissement des prémisses qui sont à leur base (174).

Dans cette perspective, l'application de la logique formelle ne peut donner qu'une solution incertaine : la conclusion ne peut être plus forte que les prémisses (175).

---

(169) Voy. de manière générale Jean-Louis GARDIES, « La rationalité du droit sous le regard de la logique », *in Théorie du droit et science*, *op. cit.*, pp. 75-85.

(170) V. p. ex. Aulis AARNIO, *Le rationnel comme raisonnable...*, *op. cit.*, p. 148.

(171) Pour l'ensemble de ces éléments, voy. Chaim PERELMAN, « Jugements, règles et logique juridique », *in Le raisonnable...*, *op. cit.*, p. 144.

(172) Voy. les développements ci-dessus, points A et B.

(173) Jerzy WROBLEWSKI, « Le postulat de la décision justifiée et l'argument d'autorité en droit », *loc. cit.*, pp. 337-338 ; Guy VAN VELTHOVEN, « Une approche mathématique de la praxéologie judiciaire », *loc. cit.*, p. 319 ; Werner GOLDSCHMIDT, « La logique du droit », *loc. cit.*, p. 217 ; Jacques LENOBLE, et François OST, *Droit, mythe et raison*, *op. cit.*, p. 177.

(174) Z. ZIEMBINSKI, « La logique et la jurisprudence de demain », *A.P.D.*, 1966, p. 222 ; voy. encore Michel van de KERCHOVE, et François OST, *Le système juridique entre ordre et désordre*, *op. cit.*, p. 75.

(175) Georges KALINOWSKI, « De la spécificité de la logique juridique », *A.P.D.*, 1966, p. 21.

189. Au-delà des problèmes de validité des prémisses, la logique formelle suppose, comme son nom l'indique, la formalisation de tous les éléments qui la composent de manière à pouvoir mettre en œuvre un langage mathématique exempt de toute divergence d'interprétation. Cela implique l'élimination de toute synonymie et de toute polysémie : chaque chose est représentée par un seul signe, chaque signe ne représente qu'une seule chose (176). Si ces conditions sont respectées, la logique formelle fournit une justification interne valable indépendamment du contenu des signes (177).

En droit, la formalisation tant des faits que de la règle et des inférences effectuées s'opère par l'intermédiaire du langage (178). Mais le langage juridique ne constitue pas un langage formalisé. Il s'agit seulement d'un langage — ou même d'un vocabulaire — spécialisé, composé de termes issus du langage ordinaire, et ne présentant nullement des qualités d'univocité (179). Certes, le droit développe ses définitions propres, soit en élaborant des concepts proprement juridiques comme, en droit international, la « souveraineté », soit en utilisant des termes du langage courant dans un sens particulier, comme les termes « force » ou « peuple » (180). Mais le vocabulaire juridique ne se déploie pas dans un langage fermé (181) ; il fait toujours appel au langage ordinaire, que ce soit à titre supplétif ou pour fournir les éléments de définition des termes juridiques (182).

---

(176) Pierre CATALA, « L'informatique et la rationalité du droit », *A.P.D.*, 1978, p. 298 ; v. aussi Michel MEYER, *Logique, langage et argumentation*, *op. cit.*, p. 10.

(177) J. PARAIN-VIAL, « La nature du concept juridique et la logique », *A.P.D.*, 1966, p. 49 ; Theodor VIEHWEG, « La 'logique moderne' du droit », *A.P.D.*, 1966, p. 207.

(178) Voy. les développements ci-dessus, points A et B.

(179) Georges MOUNIN, « La linguistique comme science auxiliaire dans les disciplines juridiques », *A.P.D.*, tome XIX, Le langage du droit, 1974, p. 10 ; A. BRIMO, « Structuralisme et rationalisation du droit », *A.P.D.*, 1978, p. 208 ; H.-Ph. VISSER'T HOOFT, « La philosophie du langage ordinaire et le droit », *loc. cit.*, p. 275 ; v. enfin Michel MEYER, *Logique, langage et argumentation*, *op. cit.*, pp. 14-15.

(180) V. de manière générale, Z. ZIEMBINSKI, « La logique et la jurisprudence de demain », *loc. cit.*, p. 223 et Julien FREUND, « La rationalisation du droit selon Max Weber », *A.P.D.*, 1978, pp. 74 et s.

(181) François OST, « Le code et le dictionnaire. Acceptabilité linguistique et validité juridique », *in* L. INGBER (sous la direction de), *Le langage du droit*, Travaux du C.N.R.L., Bruxelles, Nemesis, 1991, p. 163.

(182) V. les références *supra*, Chapitre I, section 1, notamment la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités. Il en résulte par ailleurs des interactions entre les deux langages, voy. Pierre CATALA, « L'informatique et la rationalité du droit », *loc. cit.*, pp. 299-300. V. par ailleurs Luc SILANCE, « Langage juridique et langue usuelle », *in Le langage du droit*, *op. cit.*, pp. 158 et s.

La formalisation est donc insuffisante (183) pour pouvoir donner lieu à l'application d'un langage mathématique. Le plus souvent, un concept juridique peut être décrit par plusieurs expressions (synonymie), et une expression peut recouvrir plusieurs concepts juridiques (polysémie). Et ces circonstances sont perçues comme des qualités, non comme des déficiences. Comme le souligne un auteur,

> « Les mots du langage courant ont l'avantage pour le juriste de n'être pas entièrement précis, de désigner un champ à explorer à l'aide de la réflexion, des confrontations d'opinions, de dialogues. Cette exploration tâtonnante qu'on peut appeler dialectique ou plus simplement réflexion, utilise certes la déduction toutes les fois qu'elle en a besoin, comme les mathématiques, pour se contrôler, pour transmettre ses découvertes, mais elle ne peut, comme les mathématiques le font localiser dans les axiomes ce qu'il faut admettre, pour pouvoir ensuite ne jamais quitter le plan déductif » (184).

Cette citation montre aussi que le droit ne fait nullement abstraction du contenu des signes qu'il utilise.

190. Un autre obstacle de l'application de la logique formelle au droit est la difficulté de cette discipline à régir des phénomènes dynamiques : une fois formalisés, les éléments sont réputés invariables. Or, le droit se développe dans une langue vivante (185). Dès lors, comme l'a souligné Savigny,

> « il est impossible de se faire une idée fixe et invariable du droit d'une nation, car semblable à sa langue, il n'existe que par une transformation continuelle et de changements » (186).

Le droit doit en effet être appréhendé comme un phénomène social, et son application requiert la prise en compte des évolutions qui ont pu avoir une influence notamment sur l'interprétation de la norme (187). Les mécanismes de la logique formelle sont également

---

(183) François RIGAUX parle de « semi-formalisation » ; « Le juge, ministre du sens », *in Justice et argumentation. Essais à la mémoire de Chaïm Perelman*, *op. cit.*, p. 81 ; v. aussi Michel VAN DE KERCHOVE, et François OST, *Le système juridique entre ordre et désordre*, *op. cit.*, p. 76.

(184) J. PARAIN-VIAL, « La nature du concept juridique et la logique », *loc. cit.*, p. 56.

(185) Léon HUDSON, « Les trois dimensions de la motivation judiciaire », *in La motivation des décisions de justice*, *op. cit.*, pp. 74-75 ; François RIGAUX, « Le juge, ministre du sens », *loc. cit.*, p. 80.

(186) Cité dans François OST, « Le code et le dictionnaire. Acceptabilité linguistique et validité juridique », *loc. cit* , p 164 ; v. aussi Renato TREVES, *Sociologie du droit*, *op. cit.*, p. 32. Le parallélisme a été repris par certains théoriciens ; v. p. ex. Ilkka Niiniluoto, exposé par Aulis AARNIO, *Le rationnel comme raisonnable. La justification en droit*, *op. cit.*, pp. 215 et s.

(187) Michel MIAILLE, « La critique du droit », *Droit et Société*, n° 20-21, 1992, p. 78 ; Chaïm PERELMAN, « La loi et le droit », *in Le raisonnable et le déraisonnable en droit*, *op. cit.*, pp. 29 et s. ; Georges KALINOWSKI, « De la spécificité de la logique juridique », *loc. cit.*, p. 13 ; Michel VILLEY, « Préface historique », *A.P.D.*, 1978, p. 7.

inadaptés à cet égard, comme l'ont souligné certains sociologues ou théoriciens du droit (188).

191. La logique formelle n'est donc apte qu'à régir certains phénomènes particuliers, et ne peut être transposée telle quelle dans toute discipline scientifique. On a d'ailleurs fait remarquer que, comme tout modèle ou toute méthode (189), la logique formelle véhiculait elle-même des valeurs, et que son utilisation supposait donc un choix axiologique (190). La logique formelle peut donc être utilisée pour l'élaboration d'un discours, mais elle ne peut constituer une solution qui prétende à une validité absolue de la décision qui le clôture (191). La conclusion n'est pas seulement valable pour le droit, mais peut aussi être étendue aux sciences dites « exactes » qui utilisent en réalité les mêmes instruments, avec les mêmes limites, notamment le relativisme de la perception des vérités et de l'utilisation du langage (192).

Tout cela explique que le juge ne puisse trouver dans l'utilisation de la logique formelle une réponse univoque à son obligation de produire un discours juridique. Il reste à voir si les règles traditionnelles de la « logique juridique » pallient cette insuffisance.

2. *Absence de solution dans les règles traditionnelles de la « logique juridique »*

192. L'expression de « logique juridique » est controversée (193). Certains auteurs considèrent en effet que le droit, dans lequel la logique formelle occupe une place prépondérante, ne dispose pas

(188) Voy. p. ex. Henri LÉVY-BRUHL, *Sociologie du droit*, *op. cit.*, p. 42 ; Chaïm PERELMAN, « Droit, logique et épistémologie », *in Le raisonnable et le déraisonnable en droit*, *op. cit.*, pp. 60 et s.

(189) P. HABA, « Rationalité et méthode dans le droit », *A.P.D.*, 1978, pp. 269-270 ; Hasso JAEGER, « La logique de la preuve judiciaire et la philosophie du jugement », *loc. cit.*, p. 70 ; Michel VIRALLY, « Le phénomène juridique », *loc. cit.*, p. 38.

(190) Nicos POULANTZAS, « La dialectique hégélienne-marxiste et la logique juridique moderne », *A.P.D.*, 1966, pp. 149-157. Voy. aussi les développements sur le caractère idéologique de la rationalité, *infra*, Chapitre IV, §§ 266 et s.

(191) B. PEKLO, « Quelques remarques sur la signification de la logique pour le droit », *A.P.D.*, 1966, p. 230 ; Luc SILANCE, « La motivation des jugements et la cohérence du droit », *in La motivation des décisions de justice*, *op. cit.*, p. 229.

(192) V. à ce sujet la comparaison par laquelle René POIRIER nuance fortement la différence opérée usuellement entre « sciences humaines » et « sciences exactes » ; « Rationalité juridique et rationalité scientifique », *A.P.D.*, 1978, pp. 11-34.

(193) Francisco PUY, « La notion de logique juridique », *A.P.D.*, 1966, pp. 239 et s. Chaïm PERELMAN définit la notion comme « l'ensemble des techniques de raisonnement qui permettent au juge de concilier, dans chaque cas d'espèce, le respect du droit avec l'acceptabilité de la solution trouvée » ; « Ontologie juridique et sources du droit », *in Le raisonnable...*, *op. cit.*, p. 43.

d'une logique spécifique (194). D'autres mettent au contraire l'accent sur la spécificité du discours juridique qui, loin de se limiter à la logique formelle, regorge d'évaluations et de choix qui y échappent (195). Ces divergences sont plus apparentes que réelles (196) : le courant le plus formaliste admet que la logique formelle ne suffit pas à fournir un outil propre à résoudre des litiges d'ordre juridique (197) ; le courant le plus souple concède que le juge utilise certains principes de logique formelle qui peuvent l'aider dans son discours (198).

Ainsi, on s'accorde à reconnaître le caractère non contraignant des mécanismes de logique utilisés par le juge pour prendre sa décision. La Cour internationale de Justice a confirmé la pertinence du principe :

> « En l'absence de mécanisme contraignant, les conclusions juridiques ne peuvent obtenir l'adhésion de l'esprit, *convictio juris*, qu'en faisant simultanément appel au vraisemblable, au plausible, au probable » (199).

Une fois de plus, la certitude absolue n'est pas une valeur suprême devant les juridictions internationales (200).

---

(194) Joseph HORÓVITZ, « Exposé et critique d'une illustration du caractère prétendu non-formel de la logique juridique », *A.P.D.*, 1966, pp. 181-204. Voy. aussi la synthèse consacrée à « Kalinowski et le courant formaliste », *in* Jacques LENOBLE, et François OST, *Droit, mythe et raison*, *op. cit.*, pp. 191-198.

(195) *Ibidem*, pp. 198-210 (« Perelman et le courant non-formaliste ») ; A. BAYART, « Le centre national belge de recherches de logique », *A.P.D.*, 1966, pp. 171 et s. ; Michel VILLEY, « Données historiques », *loc. cit.*, pp. X et s. ; Léon HUDSON, « Les trois dimensions de la motivation », *loc. cit.*, p. 97 ; Jerzy WROBLEWSKI, « La règle de décision dans l'application judiciaire du droit », *in La règle de droit*, *op. cit.*, p. 93 ; G. BRUTIAN, « Logic of Argumentation (The Perelman's View Pros and Cons Arguments) », *in Chaïm Perelman et la pensée contemporaine*, *op. cit.*, pp. 295 et s. ; v. aussi Paul ORIANNE, *Introduction au système juridique*, *op. cit.*, p. 118. Pour une analyse davantage centrée sur le droit international, v. Friedrich V. KRATOCHWIL, *Rules, Norms and Decisions. On the conditions of practical and legal reasoning in international relations...*, *op. cit.*, pp. 40 et s. et p. 193.

(196) Francisco PUY, « La notion de logique juridique », *loc. cit.*, pp. 245 et s.

(197) Georges KALINOWSKI, « De la spécificité de la logique juridique », *A.P.D.*, 1966, pp. 13 et s., sp. p. 18 et, du même auteur, « Philosophie et logique de l'interprétation en droit. Remarques sur l'interprétation juridique, ses buts et ses moyens », *A.P.D.*, 1972, pp. 45 et s. ; Jean-Louis GARDIES, « La rationalité du droit chez Leibniz », *A.P.D.*, 1978, p. 125.

(198) V. not. Michel VILLEY, « Préface historique », *loc. cit.*, p. 9, et, *a contrario*, Chaïm PERELMAN, « Les notions à contenu variable. Essai de synthèse », *in Le raisonnable...*, *op. cit.*, p. 151. V. aussi Theodor VIEHWEG, « La logique moderne du droit », *loc. cit.*, p. 209.

(199) C.I.J., Affaire de la *Sentence arbitrale*, *Recueil 1991*, p. 122, § 9. Voy. en ce sens les critiques du juge Alvarez d'un « emploi de la logique à outrance » ; C.I.J., Affaire de l'*Anglo-Iranian Oil Company*, *Recueil 1952*, op. diss., p. 126 ; Affaire du *Sud-Ouest africain*, *Recueil 1950*, op. diss., p. 178.

(200) Voy. les exemples reproduits *supra*, Chapitre I, section 4 B. V. par ailleurs, Y.P. THOMAS, « Le droit entre les mots et les choses. Rhétorique et jurisprudence à Rome », *A.P.D.*, 1978, p. 100 (« Tous les théoriciens, depuis Aristote, s'accordent sur ce point : le discours juridique ne vise pas en particulier à la vérité, mais à l'efficacité »).

193. Quels sont les modes de raisonnement d'une « logique juridique » qui combinent ainsi des aspects formels et non formels ?

Tout d'abord, le modèle déductif reste prégnant. Le mode d'énonciation des règles juridiques, présenté sous la forme « si p, alors q », en témoigne, ainsi que l'image du syllogisme judiciaire qui, sans régir l'élaboration des prémisses, s'érige en un moule déductif dans lequel elles s'insèrent, une fois établies. De manière générale, le principe logique de non-contradiction représente une valeur dont ne s'écartera pas le discours juridique (201).

Mais les valeurs suprêmes dans le prétoire ne sont pas d'ordre logique. En particulier, c'est l'argument d'autorité qui a le plus de force : le juge doit s'incliner devant l'autorité du législateur, et consacrer sa volonté telle quelle. Il est vrai que cet argument ne fournira jamais une solution univoque au litige puisque, comme nous l'avons vu, il s'opérera un choix entre les arguments d'autorité, ainsi qu'une interprétation de leur contenu.

Par ailleurs, le discours juridique fait fréquemment appel à certains types d'inférences (202) comme :

— l'argumentation par analogie, *a simili*, *a pari* ou *a fortiori* : application d'une règle à une situation non prévue expressément dans son énoncé, mais similaire à la situation prévue ; si p alors q, or m = p, donc si m alors q ;
— l'argumentation *a contrario* : application d'une règle contraire à la règle énoncée pour une situation contraire à la situation prévue ; si p, alors q, or non-p ; donc si non-p alors non-q.

La caractère formel de ces arguments n'est qu'apparent (203). Rien ne permet de dire comment, dans une situation donnée, faire un choix entre un raisonnement *a pari* ou *a contrario* (204). Ainsi, comment décider si m = p, auquel cas il faut appliquer la conséquence q, ou si m = non-p, auquel cas c'est la conséquence non-q qui s'applique. Pour prendre un exemple concret, si on admet que

(201) Voy. à ce sujet nos développements *infra*, Chapitre V, section 2.

(202) Pour un exposé d'ensemble, voy. François OST, « L'interprétation logique et systématique et le postulat du législateur », *loc. cit.*, pp. 120 et s.

(203) Jean SALMON, « Le raisonnement par analogie en droit international public », *in Mélanges Charles Chaumont*, *op. cit.*, pp. 498 et s.

(204) Chaïm PERELMAN, « Propos sur la logique juridique », *loc. cit.*, p. 93 ; Aulis AARNIO, *Le rationnel comme raisonnable*, *op. cit.*, p. 131 ; Luigi LOMBARDI VALLAURI, « La double participation du juriste à la formation des règles de droit », *in La règle de droit*, *op. cit.*, p. 97 ; Léon HUDSON, « Les trois dimensions de la motivation », *loc. cit.*, p. 98 ; A. BAYART, « Le centre national belge de recherches de logique », *loc. cit.*, p. 175.

les essais nucléaires sont interdits dans l'atmosphère, comment décider si l'interdiction couvre *a fortiori* les essais sous-terrains ou si, *a contrario*, ce type d'essais n'est pas interdit ? Formellement, les deux positions sont défendables.

La logique juridique regorge ainsi de brocards, de topiques ou de lieux qui présentent des possibilités d'applications contradictoires (205), entre lesquelles doit s'opérer un choix qui échappe à la logique formelle (206). Ces formules sont bien moins des guides que des instruments ; leur utilisation appuie une solution juridique plutôt qu'elle ne la produit.

194. Finalement, la logique juridique se distingue fondamentalement de la logique formelle en ce qu'elle implique constamment des choix de valeurs qui président à tout le discours et dont dépend l'application des inférences qui prennent l'apparence d'un raisonnement déductif (207).

Mais la logique juridique ne donne pas directement de solution quant au choix correct à effectuer. Le juge se trouve donc, plus que jamais, confronté à un dilemme : il doit développer son discours en respectant la volonté du législateur, mais celui-ci ne lui donne pas toujours d'indication sur les choix fondamentaux qui doivent le guider.

3. *Utilisation du « raisonnable » comme renvoi au fondement de l'opération*

195. C'est seulement après avoir montré que tant la logique formelle que les règles traditionnelles de la logique juridique laissaient le juge devant des choix non résolus, que nous pouvons comprendre l'utilisation du « raisonnable » dans le discours juridictionnel international. Rappelons que la notion se retrouve non seulement dans

(205) Par exemple les principes *prior tempore, potior jure* ou *lex posterior derogat priori*.

(206) Georges KALINOWSKI, « Philosophie et logique de l'interprétation en droit. Remarques sur l'interprétation juridique, ses buts et ses moyens », *A.P.D.*, 1972, p. 48 et, du même auteur, « De la spécificité de la logique juridique », *loc. cit.*, pp. 15 et s. ; Chaïm PERELMAN, « Logique formelle, logique juridique », *in Justice et raison, op. cit.*, pp. 220-221 ; v. encore G. CHEVRIER, « Sur l'art de l'argumentation chez quelques romanistes médiévaux », *A.P.D.*, 1966, pp. 130 et s. ; Michel VILLEY, « Modes classiques d'interprétation en droit », *A.P.D.*, 1972, pp. 79-80. V. enfin Friedrich V. KRATOCHWIL, *Rules, Norms and Decisions. On the conditions of practical and legal reasoning in international relations ..., op. cit.*, pp. 220 et s.

(207) Aulis AARNIO, *Le rationnel comme raisonnable, op. cit.*, pp. 129-130. Cela ne signifie évidemment pas que la logique formelle soit quant à elle neutre axiologiquement ; v. *infra*, chapitre IV, §§ 266 et s.

le cadre de l'élaboration des prémisses (certitude raisonnable, interprétation raisonnable) mais aussi dans le développement des relations illatives (208) développées sur base de ces prémisses (déduction raisonnable, conclusion raisonnable...) (209). Le « raisonnable » est donc utilisé pour fonder des choix laissés à la discrétion du juge.

C'est sans doute pourquoi plusieurs auteurs ont utilisé l'expression de « logique du raisonnable » pour qualifier la logique juridique (210). Ainsi, pour Francisco Puy,

> « La logique du raisonnable s'identifie avec la philosophie juridique, qui réunit en soi l'étude des perspectives logiques-formelles, logiques-matérielles et d'autres qui dépassent le niveau logique, au sens strict et au sens large, du raisonnement juridique et de tout autre élément que l'on veuille distinguer dans l'expérience juridique » (211).

Le « raisonnable » apparaît ainsi comme un concept qui permet de concilier les éléments de logique formelle avec la prise en compte de valeurs qui président aux choix qui jalonnent le discours juridictionnel (212).

196. Chaïm Perelman a développé cette « logique du raisonnable » en considérant qu'elle constituait le seul fondement possible du discours dans le champ scientifique contemporain (213).

Si l'on devait appliquer la méthode cartésienne à la lettre, et rejeter comme non scientifique toute prétention qui ne puisse être

(208) L'adjectif « illatif » se réfère à la faculté d'opérer des inférences ; v. Hasso JAEGER, « La logique de la preuve judiciaire et la philosophie du jugement », *loc. cit.*, p. 76 ; André-Jean ARNAUD, *Critique de la raison juridique. 1. Où va la sociologie du droit ?*, *op. cit.*, p. 27.

(209) Voy. les nombreux exemples reproduits *supra*, Chapitre I, section 4.

(210) V. Chaïm PERELMAN, « La motivation des décisions de justice. Essai de synthèse », *loc. cit.*, pp. 425-426 et Michel VILLEY, « Préface historique », *loc. cit.*, p. 9 ; J. PARAIN-VIAL, « La nature du concept juridique et la logique », *loc. cit.*, p. 55 ; certains évoquent une « logique du préférable » ; Tomas GIL, « La 'Diskursethik' et la théorie de l'argumentation de Chaïm Perelman : deux conceptions différentes de la rationalité pratique », *in Chaïm Perelman et la pensée contemporaine*, *op. cit.*, p. 339.

(211) « La notion de logique juridique », *loc. cit.*, p. 250. En ce sens, voy. not. Aulis AARNIO, *Le rationnel comme raisonnable*, *op. cit.*, p. 236 ; René POIRIER, « Rationalité juridique et rationalité scientifique », *loc. cit.*, pp. 33-34.

(212) Certains auteurs parlent de « raison forte » pour qualifier la dimension déductive, et de « raison faible » pour qualifier la dimension axiologique ; v. Enrico PATTARO, « Les principes généraux de droit entre raison et autorité », *in Arguments d'autorité et arguments de raison en droit*, *op. cit.*, pp. 273 et s.

(213) Pour une utilisation de l'expression par préférence à la « logique formelle », voy. « L'interprétation juridique », *in Le raisonnable et le déraisonnable en droit*, *op. cit.*, p. 111. De nombreuses études reprennent ce principe et l'envisagent sous des angles différents ; certaines d'entre elles seront citées ci-dessous. Un exposé systématique se retrouve dans l'ouvrage précité rédigé en collaboration avec Lucie OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumenation*. D'autres auteurs ont par ailleurs défendu une théorie similaire, voy. not. Ingrid DWARS, « La rationalité du discours pratique selon Robert Alexy », *A.P.D.*, 1987, pp. 291 et s.

démontrée avec une certitude absolue, on devrait rejeter comme non scientifiques toutes les étapes du raisonnement juridictionnel ou même juridique puisque, comme nous l'avons relevé, chacune d'entre elles implique des choix qui échappent à une démonstration rigoureuse (214). Il en résulterait un règne de l'arbitraire et une abdication de la raison qui auraient pour conséquence un relativisme absolu et une négation du fondement du discours juridictionnel. En effet, s'il ne prétend pas relever des sciences exactes, le discours juridique se définit comme l'opposé de la décision arbitraire (215).

Le « raisonnable » permet, dans le cadre d'un discours justificatif, d'échapper à cette impasse.

Le terme tend à affirmer le rôle de la raison pratique (216) comme recouvrant davantage que la rationalité cartésienne et, prenant comme référence la rhétorique aristotélicienne (217), est susceptible de constituer la base d'une théorie de l'argumentation ou de la justification (218).

Dans cette perspective, le « raisonnable » renverrait au fondement de tout discours scientifique (219).

197. La position perelmanienne apparaît en harmonie avec les développements contemporains de l'épistémologie, tendant à relativiser les notions de vérité ou de certitude tout en préservant une valeur scientifique à tout énoncé appuyé par une argumentation rai-

(214) *Traité de l'argumentation*, *op. cit.*, introduction, pp. 1 et s. Voy. aussi Michel VILLEY, « Données historiques », *loc. cit.*, pp. VIII et s. Il suffit de rappeler des précédents comme l'Affaire du *Détroit de Corfou* (en matière d'établissement des faits) ou, *a contrario*, l'Affaire du *Temple de Préah Vihéar (exceptions préliminaires)* ; v. les extraits et commentaires *supra*, Chapitre I.

(215) Chaïm PERELMAN, « Jugements de valeurs, justification et argumentation », *in Justice et raison*, *op. cit.*, pp. 234 et s. ; v. aussi Christophe GRZEGORCZYK, « La rationalité de la décision juridique », *loc. cit.*, p. 240.

(216) Chaïm PERELMAN, « De la justice », *in Justice et raison*, *op. cit.*, p. 56 ; « Les trois aspects de la justice », *ibid.*, p. 171 ; « Rapports théoriques de la pensée et de l'action », *ibidem*, p. 178 ; Jacques LENOBLE et François OST, *Droit, mythe et raison*, *op. cit.*, pp. 206 et s. V. aussi M.A. GIUIANI, « La logique juridique comme théorie de la controverse », *loc. cit.*, p. 112 ; v. aussi Léon RAUCENT, *Pour une théorie critique du droit*, *op. cit.*, pp. 249 et s.

(217) V. not. Chaïm PERELMAN, « Raison éternelle, raison historique », *in Justice et raison*, *op. cit.*, p. 99 ; « La méthode dialectique et le rôle de l'interlocuteur dans le dialogue », *ibid.*, p. 136 ; Guy HAARSCHER, « Après Perelman », *in Justice et argumentation...*, *op. cit.*, p. 223.

(218) Chaïm PERELMAN et Lucie OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation*, *op. cit.*, pp. 675-682 ; Chaïm PERELMAN, « Le rôle de la décision dans la théorie de la connaissance », *in Justice et raison*, *op. cit.*, pp. 121-131 ; « La règle de justice », *ibid.*, p. 233. Voy. les commentaires de Jerzy WROBLEWSKI, « Logique juridique et logique de l'argumentation de Chaïm Perelman », *Justice et argumentation*, *op. cit.*, pp. 181 et s.

(219) Chaïm PERELMAN, « Evidence et preuve », *loc. cit.*, pp. 140 et s. et « Ce qu'une réflexion sur le droit peut apporter au philosophe », *in Justice et raison*, *op. cit.*, p. 249.

sonnable (220). Cet aspect a été approfondi par certains philosophes à travers une autre application possible du puissant « principe de raison » décrit par Heidegger (221). La raison consiste à découvrir les relations qui relient les objets de connaissance entre eux (222), et comprend dans cette perspective l'ensemble des inférences, formelles ou non formelles. En l'appliquant au discours, on peut dire qu'un de ses éléments ne sera pris en compte que s'il est fondé sur une raison (223). Le discours se développe ainsi comme une chaîne illative virtuellement inépuisable dans laquelle chaque affirmation est présentée comme la raison d'une autre affirmation, et doit à son tour être fondée sur une raison (224).

198. Insistant davantage sur le caractère juridictionnel du discours, on a aussi fait remarquer que la raison permet de fonder les affirmations du juge dans la mesure où, par définition, celui-ci ne dispose pas du pouvoir qu'a le législateur d'émettre lui-même des arguments d'autorité (225). En d'autres termes, les seuls arguments d'autorité que constituent les règles édictées par le législateur ne donnant pas de solution au litige particulier auquel il est confronté, le juge est obligé de développer des arguments fondés sur la raison (226). Ce n'est que s'il respecte ce prescrit que sa décision finale

(220) Pour plus de renseignements sur le contenu de cette justification, nous sommes obligé de renvoyer à la deuxième partie de la présente étude, dans laquelle sont étudiés des éléments de définition permettant de mieux cerner ce que recouvre une justification raisonnable, *infra*, Chapitre V.

(221) Voy. ci-dessus, § 171 pour une description sommaire du principe.

(222) Marcel THOMANN, « Un modèle de rationalité idéologique : le 'rationalisme des lumières' », *loc. cit.*, pp. 142 et s.

(223) Selon Heidegger, « la puissance du principe consiste en ceci qu'il régit complètement, dirige et soutient toute connaissance qui s'énonce dans des propositions » (*Le principe de raison*, *op. cit.*, p. 80 ; nous soulignons), ce qui suppose qu'il s'applique à tout discours. V. par ailleurs, Ingrid DWARS, « La rationalité du discours pratique selon Robert Alexy », *loc. cit.*, p. 294.

(224) Marcel THOMANN, « Un modèle de rationalité idéologique : le 'rationalisme' des lumières », *loc. cit.*, pp. 133-134 ; v. aussi P. HABA, « Rationalité et méthode dans le droit », *loc. cit.*, pp. 280-281.

(225) Guy HAARSCHER, « Essai de synthèse », *in Arguments d'autorité et arguments de raison en droit*, *op. cit.*, p. 363 ; Stéphane RIALS, « Supraconstitutionalité et systématicité du droit », *A.P.D.*, 1986, p. 76. Pour une définition de l'argument d'autorité, voy. Chaïm PERELMAN et Lucie OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation*, *op cit.*, pp. 410 et s.

(226) Il n'y a évidemment pas lieu d'instaurer une séparation rigide entre autorité et raison, comme nous l'avons déjà relevé en constatant que la raison était perçue dans le discours comme le fondement même du droit et donc de l'autorité du législateur. Nous reviendrons sur ces questions dans le cadre de l'examen de questions de légitimité du discours juridictionnel. Concernant les interactions entre les notions, voy. Guy HAARSCHER, « Autorité et raison en philosophie », *in Arguments d'autorité...*, *op. cit.*, pp. 249 et s.

disposera d'une autorité juridique (227). La raison fonde en même temps son discours et son autorité en tant que juge.

Ce modèle s'apparente fort au postulat du « législateur rationnel », dont l'application ne se limite nullement à l'interprétation, mais recouvre tout le discours juridictionnel. Ainsi, pour fonder le choix entre une argumentation *a simili* ou *a contrario*, il faudra encore se demander quelle a été la raison qui a inspiré le législateur, et déterminer ce que celui-ci aurait décidé s'il avait été confronté au cas en examen (228).

*
* *

199. Cette apologie d'une logique du raisonnable par préférence à une logique formelle n'est pas seulement le fruit de la réflexion des théoriciens du droit. Elle cadre parfaitement avec l'analyse de la pratique des juridictions internationales que nous avons détaillée dans un autre chapitre, où, pour chacune des étapes du « syllogisme judiciaire », nous avons pu constater une démarche de ce type. Le juge choisit les éléments de son discours de manière non contraignante, mais est tenu de les agencer de manière à fournir une explication apte à emporter la conviction de tout homme raisonnable (229). Nous ne résistons pas au plaisir de citer des propos de la Cour internationale de Justice que n'aurait pas reniés Chaïm Perelman lui-même, et qui mettent bien en évidence la correspondance entre la théorie et la pratique :

> « La logique dialectique, dans le débat judiciaire, est précieuse, car la solution ainsi dégagée pourra être plus raisonnablement acceptée comme la moins mauvaise des possibilités à défaut d'être la meilleure. Il est en effet hautement souhaitable qu'une décision juridictionnelle apparaisse comme raisonnable et juste grâce à une compréhension pédagogique de la démarche du juge. Malheureusement, la logique formelle répond rarement de façon immédiate à ces considérations » (230).

(227) Jerzy WROBLEWSKI, « Le postulat de la décision justifiée et l'argument d'autorité en droit », *ibid.*, pp. 336 et s. En droit international, l'autorité ne s'attache, *stricto sensu*, qu'au dispositif ; v. Jean SALMON, « L'autorité des prononcés de la Cour internationale de La Haye », *ibid.*, pp. 22 et s.

(228) V. Zygmunt ZIEMBINSKI, « La notion de rationalité du législateur », *loc. cit.*, p. 184 ; Christophe GRZEGORCZYK, « La rationalité de la décision juridique », *loc. cit.*, p. 256.

(229) Voy. *supra*, Chapitre I, sections 1 à 4.

(230) C.I.J., Affaire de la *Sentence arbitrale*, *Recueil 1991*, p. 123, § 10.

SECTION 3. — UNE FONCTION LATENTE DE SYSTÉMATISATION DE L'ACTIVITÉ JURIDIQUE

200. Jusqu'ici, nous avons constaté que le « raisonnable » était utilisé afin d'adapter une règle à un cas particulier, ou de fonder une opération juridictionnelle particulière. Dans les lignes qui suivent, nous appréhenderons le problème de manière plus globale. Nous verrons que l'utilisation du « raisonnable » peut être interprétée comme un des signes de la *présentation du droit international comme un système*. Lorsque le juge prend une décision, son discours dénote une volonté de la présenter comme intégrée au système juridique auquel elle participe. C'est dans ce contexte qu'il qualifiera sa position de « raisonnable ». En d'autres termes, pareille qualification ne signifie rien si on ne prend pas en compte le renvoi à un système de références dans lequel elle prend place.

201. Avant d'entamer l'analyse proprement dite, il nous incombe toutefois de formuler deux préalables méthodologiques, qu'il conviendra de garder à l'esprit dans les lignes qui suivent.

1° D'abord, c'est surtout la ***raison*** qui est utilisée en relation avec le système : le « raisonnable » n'est envisagé que dans la mesure où il comprend ce substantif. C'est pourquoi nous évoquons une fonction « latente », comme dans le cas de la fonction du renvoi au fondement de chacune des activités juridictionnelles. Mais la fonction de systématisation est plus abstraite encore, puisque non seulement la raison mais aussi le système sont des concepts créés et commentés par la doctrine, qui ne correspondent pas immédiatement à une activité concrète, comme l'établissement du fait ou l'interprétation. Nous serons donc amené à utiliser des sources plus théoriques sans que cela implique une adhésion aux thèses des auteurs cités : il s'agit seulement de montrer les interprétations possibles du discours juridictionnel afin de mieux comprendre ses implications.

2° A ce sujet, relevons que c'est bien davantage la ***représentation*** de la réalité que la réalité elle-même, à supposer qu'on puisse la qualifier « objectivement », qui fera l'objet de l'analyse. La systématisation doit être appréhendée comme le renvoi à un modèle, à un idéal, voire à une utopie (1), dont les aspects idéologiques seront

(1) En ce sens, voy. Serge SUR, « Système juridique international et utopie », tome XXXII, Le droit international, *A.P.D.*, 1987, p. 36. V. aussi Anne LAGNEAU-DEVILLÉ, « Questions sociologiques à propos de l'interprétation en droit », *in* M. VAN DE KERCHOVE (sous la direction de),

ignorés à ce stade avant d'être commentés dans le chapitre suivant. En d'autres termes, ce n'est pas parce que le juriste prétend qu'il ne fait que mettre en œuvre une logique de système qu'il n'est pas guidé par d'autres motivations mais, ce qui nous semble intéressant à souligner à ce stade, c'est précisément qu'il préfère mettre en exergue des éléments qui renvoient à un système. De même, ce n'est pas parce que le juge renvoie à la raison pour combler une lacune que c'est ce concept qui lui a permis de trancher : c'est cependant bien lui qui est présenté, dans le discours, comme le fondement de l'assertion. C'est pourquoi certaines des formules que nous rencontrerons peuvent paraître vides de sens ou, au contraire, surchargées de sous-entendus, sans que nous cherchions à le démontrer à ce stade.

202. On s'étonnera peut-être que l'on évoque le concept de « système » pour caractériser le droit international. On sait en effet que ce droit ne recouvre aucun véritable pouvoir organisé, législatif, judiciaire ou exécutif, susceptible de l'assimiler à un système juridique traditionnel (2). Ses spécificités ont d'ailleurs entraîné des doutes non seulement sur sa qualité éventuelle de système (3), mais même sur sa qualité de droit (4). D'autres auteurs ont au contraire considéré que, en dépit de certaines spécificités qu'il y a lieu de prendre constamment en compte afin d'éviter des transpositions

L'interprétation en droit. Approche multidisciplinaire, Bruxelles, F.U.S.L., 1978, p. 508. V. enfin Friedrich V. KRATOCHWIL, *Rules, Norms and Decisions. On the conditions of practical and legal reasoning in international relations and domestic affairs*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989, p. 251.

(2) Voy. p.ex. Jean SALMON, *Droit des Gens*, Tome I, 13e édition 1994-1995, Bruxelles, P.U.B., 1994, pp. 5 et s. ; Michel VIRALLY, « Sur la prétendue 'primitivité' du droit international », *in Le droit international en devenir. Essais écrits au fil des ans*, Paris, P.U.F., 1990, pp. 91 et s. et, du même auteur, « Le champ opératoire du règlement judiciaire international », *R.G.D.I.P.*, 1983, pp. 281 et s. V. enfin les réflexions de Marcel MERLE, *Sociologie des relations internationales*, Paris, Dalloz, 4e éd., 1988, pp. 463 et s. et de Serge SUR, *Relations internationales*, Paris, Montchrétien, 1995, pp. 2 et s. et pp. 224 et s.

(3) Herbert L.A. HART, *Le concept de droit*, Bruxelles, F.U.S.L., 1976, pp. 254 et 279 ; Roberto J. VERNENGO, « Le droit est-il un système ? », *A.P.D.*, 1991, p. 259 ; Charles DE VISSCHER, *Théories et réalités en droit international public*, 3e éd., Paris, Pédone, 1960, pp. 89 et 130 et, du même auteur, « Méthode et système en droit international », *R.C.A.D.I.*, 1973-I, t. 138, pp. 76-77 ; voy. aussi, implicitement, N.E. GHOZALI, « Les fondements du droit international public. Approche critique du formalisme classique », *in Mélanges Charles Chaumont*, Paris, Pedone, 1984, pp. 299-300.

(4) Voy. la synthèse opérée par Grigory TUNKIN, « International Law in the International System », *R.C.A.D.I.*, 1975-IV, t. 147, pp. 56 et s., Antonio TRUYOL Y SERRA, « Théorie du droit international public », *R.C.A.D.I.*, 1981-IV, t. 173, pp. 104 et s. ainsi que les réflexions de Thomas M. FRANCK, *The Power of Legitimacy among Nations*, New York, Oxford, Oxford University Press, 1990, pp. 27 et s. V. encore les considérations de Henri LEVY-BRUHL, *Sociologie du droit*, Paris, P.U.F., 7e éd., 1990, p. 28. Certains philosophes considèrent que c'est « l'état de nature » qui continue de régner entre les Etats ; v. not. Jürgen HABERMAS, *Raison et légitimité. Problèmes de légitimation dans le capitalisme avancé*, Paris, Payot, 1973, p. 122.

abusives de mécanismes propres aux droits nationaux, le droit international formait bien un véritable système juridique (5).

Notre propos n'est cependant pas de nous positionner dans cette controverse, qui va d'ailleurs bien au-delà du droit international et qui touche toute assimilation du droit à un système (6). Nous ne tenterons nullement de démontrer que le droit international *est* un système, mais nous verrons qu'il est *présenté* comme un système, et que le « raisonnable » est un des signes de cette présentation.

Enfin, nous avons préféré l'expression de fonction de « systématisation », en reprenant le terme de Max Weber (7), à celle de fonction « systémique » dans un souci de neutralité, le systémisme consti-

(5) Jean COMBACAU, « Le droit international : bric-à-brac ou système ? », *A.P.D.*, tome XXXI, Le système juridique, 1986, pp. 85-105 ; Grigory I. TUNKIN, « Droit international et modèle généralement reconnu du système international », *in Mélanges Charles Chaumont, op. cit.*, pp. 541 et 554 ; et, du même auteur, « International Law in the International System », *loc. cit.*, pp. 78-79 ; Roberto AGO, « Science juridique et droit international », *R.C.A.D.I.*, 1956-II, tome 90, pp. 857-858 ; Serge SUR, « Quelques observations sur les normes juridiques internationales », *R.G.D.I.P.*, 1985, pp. 904 et s. ; Piero ZICCARDI, « Les caractères de l'ordre juridique international », *R.C.A.D.I.*, 1958-III, tome 95, pp. 334 et s. ; Antonio TRUYOL Y SERRA, « Genèse et structure de la société internationale », *R.C.A.D.I.*, 1959-I, tome 96, pp. 563 et s., sp. pp. 572-573 ; v. aussi les propositions et postulats de l'*American Bar Association*, qui reprennent les concepts de communauté et de système ; *The International Law of the Future*, Chicago, American Bar Association Journal, 1944, not. pp. 4 et s. Pour Rosalyn HIGGINS, « International law is not rules. It is a normative system » ; *Problems & Process. International Law and How We Use It*, Oxford, Clarendon Press, 1994, p. 1 ; v. encore Thomas M. FRANCK, *The Power of Legitimacy among Nations, op. cit.*, not. pp. 196 et s. ; Sadok BELAID, « Rapport de synthèse », *in* R. BEN ACHOUR et S. LAGHMANI (sous la direction de), *Les nouveaux aspects du droit international*, Paris, Pédone, 1994, p. 289 ; Michel VIRALLY, « A propos d'une sociologie des relations internationales », *R.G.D.I.P.*, 1983, p. 239 ; Mircea DJUVARA, « Le fondement de l'ordre juridique positif en droit international », *R.C.A.D.I.*, 1938-II, tome 64, pp. 604 et s., Friedrich V. KRATOCHWIL, *Rules, Norms and Decisions. On the conditions of practical and legal reasoning in international relations and domestic affairs, op. cit.*, pp. 252-253 et Jean SALMON, implicitement dans « Les antinomies en droit international public », *in* Ch. PERELMAN (sous la direction de), *Les antinomies en droit*, Travaux du C.N.R.L., Bruxelles, Bruylant, 1965, pp. 285 et 318, et « Quelques observations sur les lacunes en droit international », *in* Ch. PERELMAN (sous la direction de), *Le problème des lacunes en droit*, Travaux du C.N.R.L., Bruxelles, Bruylant, 1968, pp. 320 et s., et explicitement dans *Droit des Gens*, Tome I, *op. cit.*, 1994, pp. 4 et s., partie. p. 6, n° 1.6. ; l'auteur émet cependant de sérieuses réserves sur l'aspect idéologique de la croyance en une « société internationale » ; voy. « La fiction en droit international public », *in* Ch. PERELMAN et P. FORIERS (sous la direction de), *Les présomptions et les fictions en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1974, pp. 141-142. Nous aborderons cette question dans le chapitre suivant. Voy. p. ailleurs la citation de Kant dans René SÈVE, « Introduction », *A.P.D.*, 1986, p. 7. Pour le concept plus large de « système international » ou « mondial », voy. Philippe BRAILLARD, *Théorie des systèmes et relations internationales*, Bruxelles, Bruylant, 1977, pp. 112-116, Pierre DE SENARCLENS, *La politique internationale*, Paris, Armand Colin, 1992, pp. 104-105 et Monique CHEMILLIER-GENDREAU, *Humanité et souverainetés. Essai sur la fonction du droit international*, Paris, La découverte, 1995, p. 15.

(6) V. p. ex. Christophe GRZEGORCZYK, « Evaluation critique du paradigme systémique dans la science du droit », *A.P.D.*, 1986, pp. 287 et s., partic. p. 301.

(7) *Sociologie du droit*, Paris, P.U.F., 1re éd., 1986, p. 41.

tuant une doctrine particulière qui va souvent au-delà de la simple présentation de la réalité par l'intermédiaire de système (8).

203. Quelles sont les caractéristiques d'un « système » ? Selon une conception minimaliste, un système est un « ensemble d'objets dont la corrélation produit des qualités intégrales qui ne sont pas propres aux objets qui le composent » (9). Selon des conceptions plus exigeantes, un système doit présenter un nombre élevé de caractéristiques, comme la complétude, la non-contradiction, la cohérence, l'unité, l'absence d'ambiguïté, l'organisation, la structure... (10). La notion de « système » est donc l'objet d'interprétations doctrinales diverses (11). Dans les lignes qui suivent, nous appréhenderons l'utilisation du « raisonnable » en distinguant trois caractéristiques qui ne sont pas contestées comme signes d'une représentation d'un système : il s'agit des critères de complétude, de cohérence et d'unicité (ce dernier critère étant lié, comme nous le verrons, à la notion

(8) Voy. not. sur ce point, Philippe BRAILLARD, *Théorie des systèmes et relations internationales*, *op. cit.*, pp. 58 et s., et 176 et s. et Madeleine GRAWITZ, *Méthodes des sciences sociales*, Paris, Dalloz, 9e éd., 1993, pp. 378 et s. Sur le plan politique, le systémisme propose souvent un modèle de régulation homéostatique de la société ; v. p.ex. Pierre DE SENARCLENS, *La politique internationale*, *op. cit.*, pp. 30 et s. ; Philippe BRAUD, *La science politique*, Paris, P.U.F., 3e éd., 1993, p. 103. Voy. les critiques de plusieurs sociologues du droit portant sur le conservatisme des théories basées sur la notion de système, et plus généralement des théories fonctionnalistes ; Renato TREVES, *Sociologie du droit*, Paris, P.U.F., 1995, pp. 250 et s.

(9) La définition est celle du philosophe soviétique AFANASYEN, et est reprise par Grigory I. TUNKIN, « Droit international et modèle généralement reconnu du système international », *loc. cit.*, p. 542 ; v. une définition similaire dans une autre étude de cet auteur, « International Law in the International System », *loc. cit.*, p. 56 ; pour Jean COMBACAU, une système est un « ensemble dont les éléments ne s'agrègent pas au hasard mais constituent un 'ordre' en ce qu'ils sont reliés les uns aux autres et à l'ensemble lui-même par des liens tels qu'on ne peut envisager l'un de ces éléments isolés de son entourage sans l'analyser faussement » ; « Le droit international : bric-à-brac ou système ? », *loc. cit.*, p. 86 ; v. encore Ludwig VON BERTALANFFY, *Théorie générale des systèmes*, Paris, Bordas, 1973, p. 53 ; Raymond BOUDON et François BOURRICAUD, *Dictionnaire critique de la sociologie*, Paris, P.U.F., 3e éd., 1990, v° « système », p. 603 ; Jean CARBONNIER, *Sociologie du droit*, Paris, P.U.F., 1re éd. Quadrige, 1994, pp. 346-347 ; André LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, P.U.F.-Quadrige, 3e éd., 1993 et René SÈVE, « Introduction », *A.P.D.*, 1986, p. 5. La doctrine qualifie ce type de définition d'« approche holistique » ; Christophe GRZEGORCZYK, « Evaluation critique du paradigme systémique dans la science du droit », *loc. cit.*, p. 284.

(10) Voy. not. Christophe GRZEGORCZYK, *ibid.* ; Michel VAN DE KERCHOVE et François OST, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, P.U.F., 1988, pp. 24-25 et 67 et s. ; Michel VAN DE KERCHOVE, « Jurisprudence et rationalité juridique », *A.P.D.*, tome XXX, La jurisprudence, 1985, p. 208 ; Chaïm PERELMAN, « Droit, logique et épistémologie », *in Le raisonnable et le déraisonnable en droit*, Paris, L.G.D.J., 1984, p. 57 ; Philippe BRAILLARD, *Théorie des systèmes et relations internationales*, *op. cit.*, pp. 51 et s. ; Gérard CORNU, V° « Système » *in Vocabulaire juridique*, Paris, P.U.F., 1987.

(11) André-Jean ARNAUD, « Système », *in* André-Jean ARNAUD (sous la direction de), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, L.G.D.J., Bruxelles, Story-Scientia, 1988, p. 407 ; v. encore Paul ORIANE, *Introduction au système juridique*, Bruxelles, Bruylant, 1982, pp. 24 et s., et Philippe BRAILLARD, *Théorie des systèmes et relations internationales*, *op. cit.*, p. 53.

d'universalité) (12). L'ordre prévalant entre ces critères est théoriquement indifférent, mais nous avons privilégié une lecture qui part du concret pour aller vers l'abstrait. Ainsi, le critère de complétude est plus concret, et est donc illustré par plus d'exemples directs, que celui d'unicité qui relève plus d'une interprétation particulière du discours juridictionnel.

Par ailleurs, un système est la plupart du temps établi sans tenir compte — en tout cas à première vue — des phénomènes de mouvement. Dans un premier temps, les trois caractéristiques retenues seront donc détaillées sous un angle synchronique (A), et ce n'est que dans un second temps que nous envisagerons la fonction de systématisation du « raisonnable » sous en angle diachronique (B).

A. — *L'utilisation du « raisonnable », signe d'une présentation du droit international comme système sous un angle synchronique*

204. Dans un souci méthodologique, et même si la séparation est souvent artificielle, nous n'envisagerons pas les questions liées à l'évolution ou à l'adaptation du système par rapport aux changements internes ou externes qui peuvent les provoquer. Nous considérerons donc par principe la fonction sous un angle statique, en démontrant que les trois caractéristiques que nous venons de citer sont réunies.

1. *« Raisonnable », discours juridique et complétude du droit international*

205. La complétude se définit négativement comme l'absence de lacunes dans le cadre d'un système (13). Juridiquement, le juge doit pouvoir donner une solution conformément au droit international aux cas que ce droit a vocation à régir (14).

(12) Nous ne nous prononçons pas ici sur la question de savoir si ces caractéristiques suffisent à l'établissement d'un système ; ce qui nous importe, c'est qu'elles sont retenues pour présenter la réalité sous forme de système et que le « raisonnable » est utilisé dans ce cadre.

(13) Michel VAN DE KERCHOVE et François OST, *Le système juridique entre ordre et désordre*, *op. cit.*, p. 87 ; v. aussi Max WEBER, *Sociologie du droit*, *op. cit.*, p. 43.

(14) Cette dernière condition est essentielle ; l'absence de règles de droit international public peut s'expliquer par le fait que la matière visée n'est pas régie par le système juridique (comme par exemple le droit familial) ; il n'est alors pas question de lacune. Au sujet de cette condition, voy. Grigory I. TUNKIN, « Droit international et modèle généralement reconnu du système international », *loc. cit.*, pp. 546-547.

La définition de la « lacune » a donné lieu à des interprétations diverses (15). Selon le juge Morelli, « une lacune consiste proprement dans l'inexistence de toute règle juridique régissant un rapport donné » (16). Dans ce cadre, il faut opérer une distinction entre une lacune qui consiste en l'absence d'une règle spéciale pour régler le litige, et une lacune qui consiste en l'absence d'une règle générale (17). Selon plusieurs auteurs, seul ce dernier cas peut véritablement être assimilé à une lacune, puisque, dans le premier, il suffit d'appliquer la règle générale pertinente. Dans ce cadre, une partie de la doctrine nie l'existence de lacunes en droit international, en considérant qu'il existe toujours une règle générale dont peut être déduite une solution (18), comme le précepte « tout ce qui n'est pas interdit est permis » (19) ou, sur le plan procédural, toute demande non fondée juridiquement doit être rejetée (20). D'autres auteurs contestent ce point de vue et, eu égard à certaines questions comme la délimitation territoriale auxquelles se prête mal une règle générale permissive, admettent l'existence de lacunes (21).

(15) Voy. les différents types de lacunes décrits par Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, Neuchâtel, Ed. de la Baconnière, 1988, pp. 155 et s. ; Amedeo G. CONTE, « Décision, complétude, clôture. A propos des lacunes en droit », *in Le problème des lacunes en droit*, *op. cit.*, pp. 68 et s., et Ulrich KLUG, « Observations sur le problème des lacunes en droit », *ibidem*, pp. 85 et s. ; v. encore Georges KALINOWSKI, « L'interprétation en droit : ses règles juridiques et logiques », *A.P.D.*, tome XXX, La jurisprudence, 1985, p. 173.

(16) C.I.J., Affaire du *Plateau continental de la Mer du nord*, *Recueil 1969*, op. diss., p. 200, § 3.

(17) La distinction est notamment opérée par J. MIEDZIANOGORA, « Juges, lacunes et idéologies », *in Le problème des lacunes en droit*, *op. cit.*, pp. 513-514. Jean SALMON la reprend et y ajoute les lacunes « de convenance » artificiellement créées pour écarter l'application d'une règle ; « Le fait dans l'application du droit international », *R.C.A.D.I.*, 1982-II, t. 175, pp. 347-348 ; Paul FORIERS évoque quant à lui des « lacunes subies » et des « lacunes créées » ; « Les lacunes en droit » *in Le problème des lacunes en droit*, *op. cit.*, p. 9.

(18) C'est ce que Paul FORIERS appelle la « théorie de la norme générale exclusive » ; *ibid.*, p. 15. V. not. Hans KELSEN, cité dans Michel TROPER, « Hans Kelsen et la jurisprudence », *A.P.D.*, 1985, pp. 87-88.

(19) V. Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 50 ; François RIGAUX, « Le juge, ministre du sens », *in* G. HAARSCHER et L. INGBER (sous la direction de), *Justice et argumentation. Essais à la mémoire de Chaïm Perelman*, Bruxelles, Ed. U.L.B., 1986, p. 84. Voy. aussi les propos sceptiques de Jean SALMON, « Quelques observations sur les lacunes en droit international public », *loc. cit.*, pp. 315-317 et les références citées. Certains auteurs se réfèrent aux « principes généraux de droit » pour combler les lacunes ; v. Kotaro TANAKA, « Du droit international au droit mondial », *in Mélanges Julliot de la Morandière*, Paris, Dalloz, 1964, p. 564.

(20) Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 156 ; v. aussi Michel TROPER, « Hans Kelsen et la jurisprudence », *A.P.D.*, 1985, p. 87.

(21) Charles DE VISSCHER, *Théories et réalités en droit international public*, *op. cit.*, pp. 176 et 447 ; Hersh LAUTERPACHT, « Some Observations on the Prohibition of 'Non Liquet' and the Completeness of the Law », *in Symbolae Verzijl*, 1958, p. 204 ; Emile GIRAUD, « Le droit international public et la politique », *R.C.A.D.I.*, 1963-III, t. 110, pp. 583-584. Pour une critique de la conception de Kelsen, voy. Paul AMSELEK, « A propos de la théorie kelsénienne de l'absence de lacunes dans le droit », *A.P.D.*, tome XXXIII, La philosophie du droit aujourd'hui, 1988,

Une fois encore, nous éviterons de prendre position sur ce point, qui n'est pas directement pertinent pour notre propos. Il suffira en effet de constater que, lorsqu'on prétend combler une lacune, quel qu'en soit le type, c'est-à-dire lorsque l'on constate *dans un premier temps* l'inexistence d'une solution fournie par les règles applicables, on utilise le « raisonnable » (22). L'expression soulignée est importante : peut-être contestera-t-on tel ou tel exemple en considérant que la règle fournissait bien une solution mais, en tout état de cause, *cette solution n'est pas donnée de manière expresse et nécessite la mise en œuvre d'un processus interprétatif.*

206. Le critère de complétude a été mis en évidence par le juge Wellington Koo, pour qui,

> « c'est une règle fondamentale — la plus fondamentale — non seulement du droit coutumier mais également du droit international conventionnel que le droit forme un tout complet pour les tribunaux qui doivent l'appliquer » (23).

Les exemples jurisprudentiels d'utilisation du « raisonnable » dans cette perspective sont nombreux. On se souviendra tout d'abord de l'ensemble des cas exposés dans le cadre de l'analyse du « raisonnable » comme renvoi au fondement de l'établissement des faits, de l'interprétation, et du discours juridique (24). Dans la plupart d'entre eux, la raison comblait une lacune dans la mesure où elle donnait au juge la possibilité de juger, alors que les règles ne le permettaient pas à première vue. Dans cette perspective, nous avions évoqué l'image du dilemme du juge, à la fois amené à juger selon la volonté des États et privé de directive claire découlant de cette volonté, dilemme qu'il surmontait en utilisant le « raisonnable » ;

---

pp. 288 et s. ; Paul FORIERS, « Les lacunes du droit », *loc. cit.*, p. 21 ; Luigi LOMBARDI VALLAURI, « La double participation du juriste à la formation des règles de droit », *in* Ch. PERELMAN (sous la direction de), *La règle de droit*, Travaux du C.N.R.L., Bruxelles, Bruylant, 1971, p. 96.

(22) Il est cependant exceptionnel que le juge affirme expressément procéder au comblement d'une lacune (même si on peut relever certains précédents, v. p. ex. Affaire *Naulilaa*, sentence du 21 juillet 1928, *R.S.A.*, vol. II, p. 1020 ; l'extrait est reproduit ci-dessous, note 30) en raison de la controverse sur sa compétence pour procéder de la sorte ; la plupart des exemples repris ci-dessous concernent donc des comblements non expressément affirmés.

(23) C.I.J., Affaire du *Sud-Ouest africain*, *Recueil 1966*, op. diss., p. 227 ; le juge cite Sir Lauterpacht ; celui-ci considère que « [...] although that principle, expressive of the completeness of the international legal order, is firmly based on pratically universal arbitral practice, it has not always been received by writers without hesitation or questioning » ; « Some Observations on the Prohibition of 'Non Liquet' and the Completeness of the Law », *loc. cit.*, p. 197 ; v. aussi Martti KOSKENNIEMI, *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument*, Helsinki, Lakimiesliiton Kustannus, 1989, p. 495.

(24) *Supra*, section 2 du présent chapitre.

nous pouvons l'envisager également comme un mécanisme discursif de comblement de lacunes.

207. Mais ajoutons l'un ou l'autre exemple plus précis, en commençant par des hypothèses de lacunes interprétatives, c'est-à-dire résultant seulement de l'absence d'une règle donnant spécifiquement la solution juridictionnelle recherchée.

Dans l'affaire de l'*Interprétation des traités de paix*, le traité en examen ne précisait pas les conséquences de l'absence de nomination d'un arbitre par l'un des États parties. La Cour commence par le constater en relevant que « la lettre du texte n'exclut pas absolument la possibilité d'une désignation d'un tiers membre avant la désignation par les parties de leurs commissaires responsables ». Elle constate donc, dans un premier temps, une lacune interprétative, mais elle précise aussitôt que le sens ordinaire du texte impose d'abord une désignation par les parties, pour le motif suivant :

> « Cet ordre de désignation est d'ailleurs l'ordre normal adopté dans la pratique arbitrale, et l'on ne peut *raisonnablement supposer*, en l'absence d'une indication positive en sens contraire, que les parties aient voulu s'en écarter ici » (25).

Les termes soulignés montrent que la Cour renvoie à la raison pour justifier le comblement d'une lacune interprétative (26).

Une démarche similaire se retrouve dans l'affaire *Tacna-Arica*. La disposition pertinente prévoyait la tenue dans les dix ans d'un plébiscite sur le territoire administré par le Chili, mais ne précisait pas ce qui se passerait en cas d'expiration du délai sans que le plébiscite ait pu être tenu. Le tribunal arbitral considère que :

> « Art. 3 made no provision as to what should happen after the expiration of the ten-year period and pending the holding of a plebiscite [...] It seems *unreasonable to suppose* that the Parties intended that after the expiration of the

(25) Nous soulignons ; C.I.J., *Recueil 1950*, p. 227.

(26) Les juges expliquent souvent certaines décisions de la Cour par ce mécanisme. Ainsi, pour combler la lacune du statut concernant les conditions nécessaires à un Etat pour intervenir dans la procédure, lacune constatée par la Cour, le juge Schwebel considère que « La Cour peut *raisonnablement interpréter* l'intervention dont la portée n'est clairement définie ni par le Statut ni par la pratique de la Cour, comme excluant ce que l'on pourrait appeler l'intervention d'une non-partie ou, peut-être, d'une partie inégale » ; nous soulignons ; C.I.J., Affaire du *Plateau continental (Tunisie/ Jamahiriya arabe libyenne), requête à fin d'intervention, Recueil 1981*, op. indiv., p. 35 ; une autre expression similaire se retrouve p. 36 ; v. aussi, dans le même arrêt, l'op. indiv. du juge Oda, p. 27, § 9. Dans un tout autre cadre, dans l'affaire relative à l'*Interprétation de l'accord entre l'O.M.S. et l'Egypte*, le juge Sette-Camara comble aussi une lacune en renvoyant à la raison, comme en témoigne le passage suivant : « [i]l serait à mon avis raisonnable de considérer que les deux conditions énoncées aux alinéas a) et b) du paragraphe 1 de l'article 56 donnent la faculté de dénoncer l'accord de 1951, même en l'absence de toute clause générale de dénonciation dans cet instrument » ; C.I.J., *Recueil 1980*, op. indiv. p. 186.

10 years Chile should surrender possession to Peru, that then the plebiscite should be held, and that, if it were decided in favor of Chile, the possession should then be restored to Chile » (27).

Devant une silence du texte, le « raisonnable » est utilisé pour fonder une solution (28).

Le phénomène ne se retrouve pas seulement dans l'interprétation des règles pertinentes, mais peut aussi concerner l'établissement des faits. Dans l'affaire de l'*Enclave de Taba*, le compromis limitait la compétence du tribunal au choix entre les deux lignes revendiquées par Israël et l'Égypte, sans possibilité de ligne alternative. Parallèlement, le tribunal devait choisir la « meilleure preuve » pour départager les éléments probatoires concurrents. Fallait-il pour autant rejeter toute preuve favorable à une ligne alternative, même proche de l'une des deux lignes revendiquées ? Le tribunal répondit de la façon suivante :

« [...] it has also been proposed by Egypt, with Israel in opposition, that this power to decide according to the 'relative weight' of evidence may be translated into physical evidence, namely : if there is no proof for locations A and B claimed by the respective parties, but there is proof for location C which is physically nearer to A than to B, the Tribunal may attribute this evidence to A and consider this as 'preponderance of evidence'. *The tribunal does not consider it to be either logical or reasonable to draw such conclusions.* The 'preponderance of evidence' rule means that the tribunal may find for location A in the above exemple if the evidence for A is stronger than the evidence for B. But if there is no evidence for A, it cannot be replaced by evidence for C, even if C is physically nearer to A than B » (29).

Devant une lacune concernant les règles de preuve, le tribunal recourt au « raisonnable » pour dégager une solution (30).

(27) Nous soulignons ; *R.S.A.*, vol. II, p. 935.

(28) Voy. en ce sens les propos du juge Tanaka dans l'affaire du *Sud-ouest africain*, pour qui « il y avait une lacune dans l'accord de Mandat que la Cour devait combler par voie d'interprétation théorique ou logique » ; C.I.J., *Recueil 1966*, op. diss., p. 275. Le même juge considère à propos de la possibilité d'une protection diplomatique à la fois en faveur de la société et de ses actionnaires, que « le droit présentant ici, semble-t-il, une lacune, il faut la combler par le moyen d'une interprétation qui s'inspire de l'esprit de l'institution de la protection diplomatique elle-même » ; C.I.J., Affaire de la *Barcelona Traction*, *Recueil 1970*, op. indiv., p. 131. Dans ces deux cas, la mention d'une lacune est expresse, mais le renvoi à la raison n'est qu'implicite.

(29) Nous soulignons ; sentence du 29 septembre 1988, *I.L.M.*, 1988, p. 1470, § 176.

(30) Pour un autre exemple, voy. C.I.J., Affaire du *Différend frontalier, terrestre, insulaire et maritime*, *Recueil 1992*, § 143 ; la Cour présume l'identité de deux lieux qui ont pourtant une appellation légèrement différente, pour éviter de ne pas pouvoir trancher. Dans d'autres précédents, la lacune est expressément constatée, mais le renvoi à la raison est implicite. Dans l'affaire du *Naulilaa*, le tribunal, confronté à un problème d'établissement des faits, énonce que « pour faire le partage des responsabilités, les arbitres, après avoir apprécié les témoignages suivant les règles usuelles concernant la répartition du fardeau de la preuve, doivent suppléer aux lacunes en se basant sur les présomptions les plus plausibles » ; *R.S.A.*, vol. II, p. 1020.

208. D'autres exemples s'apparentent plutôt à des comblements de lacunes qui ne sont plus simplement interprétatives mais qui semblent plus fondamentales.

Dans l'affaire du *Différend frontalier, terrestre, insulaire et maritime*, une Chambre de la Cour a été confrontée à un problème de délimitation dans l'une des zones contestées, pour laquelle elle a considéré « comme établi que la ligne de l'*uti possidetis juris* [...] s'avère impossible à déterminer » (31). Confrontée à une lacune, la Chambre déclare recourir à l'équité *infra legem*, et consacre sur cette base une ligne proposée lors de négociations entre les parties en 1869, mais qui n'avait finalement pas été conventionnellement énoncée pour des raisons apparemment étrangères au problème de délimitation. Le choix de cette ligne est justifié parce qu'il constitue, toujours selon la Chambre,

> « une solution raisonnable et équitable dans toutes les circonstances » (32).

Cet exemple montre bien que, lorsqu'une lacune fondamentale apparaît, les juridictions internationales justifient leur solution en recourant au « raisonnable », associé en l'occurrence à l'« équitable ».

C'est dans cette perspective que l'on peut également interpréter la jurisprudence relative à la délimitation des plateaux continentaux. Confrontées à une lacune dans les cas où les États en cause n'avaient pas accepté l'équidistance comme critère de délimitation, les juridictions saisies ont recouru à la règle des « principes équitables », au sein de laquelle le « raisonnable » occupe, comme nous l'avons constaté antérieurement, une place non négligeable (33).

Dans l'affaire du *Droit de passage*, on a aussi considéré qu'il s'agissait d'une lacune parce que rien dans le droit international ne régissait explicitement les conditions d'accès à des territoires enclavés. La Cour a consacré l'existence d'un droit de passage en évoquant un droit coutumier, et le juge Wellington Koo a expliqué sur quelle base dans son opinion individuelle jointe à l'arrêt :

> « En dernière analyse, le fait qu'en droit interne les fonds enclavés et en droit international les territoires enclavés ont toujours joui d'un droit de passage sur fonds environnants appartenant à un autre État se fonde en vérité sur la raison en même temps que sur les principes élémentaires de justice. Pour ces fonds ou ces territoires le transit est une nécessité, et il est raisonnable de prendre des dis-

(31) C.I.J., *Recueil 1992*, § 262.
(32) *Ibid.*, § 263.
(33) Voy. à ce sujet *supra*, Chapitre II, section 2 et les références citées.

positions pour y satisfaire. Comme l'a dit le jurisconsulte Cornelius Van Bynkershoek, *'en matière de droit des gens, la raison est souveraine'*. C'est la raison qui impose la reconnaissance d'une règle de droit international coutumier en application du principe de la justice [...] Le *caractère raisonnable du fait d'accorder passage sur le territoire environnant* justifie la constance et l'uniformité de cet usage devenu, avec le temps, un droit coutumier à l'égard des enclaves internationales, quelles que puissent être les restrictions ou les réserves qui y sont apportées selon les cas » (34).

La citation montre bien à la fois que la raison supplée à l'absence de règle expresse, et que le « raisonnable » y renvoie. Ce caractère normatif, à titre supplétif, de la raison, est admis aussi par les juges dissidents. Ainsi, pour le juge Fernandes,

« Il s'agit de vérifier s'il y a une raison profonde, enracinée dans la conscience juridique de tous les peuples, pour admettre comme nécessaire (logiquement et pratiquement nécessaire) la reconnaissance d'un droit de passage » (35).

Ces exemples complètent ce que nous avons expliqué plus haut sur la raison comme fondement discursif des opérations juridictionnelles. Le juge, amené à décider mais ne disposant pas de règle lui donnant expressément une solution, recourt à la raison en tant que fondement de la règle de droit, ce qui lui permet de remplir sa mission tout en restant fidèle au principe du respect de la volonté des parties (36). On peut évidemment commenter ou critiquer chacun des exemples mentionnés, en relevant leur plus ou moins grande valeur persuasive (et ce d'autant que le juge se garde bien de reconnaître expressément qu'il comble une lacune), mais tel n'est pas l'objet de notre analyse à ce stade. En tout état de cause, le « raisonnable » est présenté comme un élément permettant de combler des lacunes, et par conséquent d'assurer la complétude du droit international.

209. La plupart des auteurs admettent que l'obligation pour le juge de rendre une décision l'amène à combler les lacunes qui se présentent, et à utiliser à cette fin des notions à contenu variable comme le « raisonnable », qui permettent de présenter la solution comme un produit du système juridique (37). En matière d'interpré-

(34) Nous soulignons ; C.I.J., *Recueil 1960*, op. indiv., p. 67.

(35) *Ibid.*, p. 136 ; v. encore p. 138.

(36) Pour d'autres exemples, voy. C.I.J., Affaire du *Cameroun septentrional*, *Recueil 1963*, op. diss. Bustamante, p. 168 ; Affaire du *Plateau continental*, *Recueil 1982*, op. diss. Oda, p. 266, § 174.

(37) Robert ALEXY, « Idée et structure d'un système du droit rationnel », *A.P.D.*, 1988, pp. 32-33.

tation, le modèle du « législateur rationnel » insiste sur la fonction systématique de la raison qui n'admet aucune lacune. François Ost relève que le juge

> « se sent investi d'une mission de reproduction, ou de restauration, de la rationalité profonde de ce système comme si l'essence même de la juridicité impliquait une telle clôture systémique » (38).

La présomption moderne de conformité de la loi à la raison entraîne une présomption de complétude du système juridique qui se manifeste dans l'interprétation. Portalis niait déjà l'existence de lacunes grâce à la possibilité d'interpréter la loi selon « l'usage de la raison naturelle » (39). En l'absence de texte, il ne reste comme lien entre le juge et le « législateur » que la raison. C'est ce qu'exprime le juge Tanaka lorsqu'il évoque le rôle des juges :

> « [...] ce qui leur est permis, c'est d'énoncer ce que l'on peut logiquement déduire de la raison d'être d'un système juridique, d'une institution juridique ou d'une norme juridique. Dans ce dernier cas, il est possible de combler les lacunes apparaissant dans l'intention du législateur ou des parties » (40).

D'autres auteurs ont mis l'accent sur le procédé de l'analogie, dont l'une des fonctions consiste précisément à combler des lacunes en renvoyant à la raison. Le professeur Salmon a ainsi décrit le mécanisme comme la recherche de l'« identité de raison juridique » entre la situation en cause et celle régie par la règle que l'on souhaite appliquer (41).

Dans tous ces cas de figure, la raison permet de présenter le droit international comme donnant une solution à tout problème qu'il a vocation à régir.

2. *« Raisonnable », discours juridique et cohérence du droit international*

210. La cohérence est une propriété essentielle d'un système en ce qu'elle permet de présenter de manière ordonnée et structurée

(38) « L'interprétation logique et systématique et le postulat de rationalité du législateur », *in L'interprétation en droit. Approche multidiciplinaire*, *op. cit.*, p. 101. En ce sens, Jacques LENOBLE et François OST, *Droit mythe et raison*, Bruxelles, F.U.S.L , 1980, p. 137 ; François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, F.U.S.L., 1987, p. 101.

(39) Voy. la citation reproduite dans René SAVATIER, « Les creux du droit positif au rythme des métamorphoses d'une civilisation », *in Le problème des lacunes en droit*, *op. cit.*, p. 521.

(40) C.I.J., Affaire du *Sud-Ouest africain*, *Recueil 1966*, op. diss., p. 277.

(41) « Le raisonnement par analogie en droit international public », *in Mélanges Charles Chaumont*, *op. cit.*, pp. 503, 505, 510 et 516 ; voy. en ce sens, Charles DE VISSCHER, *Théories et réalités en droit international public*, *op. cit.*, p. 483 et, du même auteur, *Problèmes d'interprétation judiciaire en droit international public*, Paris, Pédone, 1963, p. 38.

des éléments qui apparaissent, à première vue, comme disparates (42). En tant que système juridique, le droit a donc vocation à organiser, à ordonner la complexité des rapports sociaux (43). Pas plus qu'au sujet des lacunes, il ne s'agira ici de juger du succès de cette fonction en droit international, mais de déterminer le rôle du « raisonnable » en tant qu'élément du discours prétendant la remplir.

211. La Cour internationale de Justice a rappelé d'une manière générale qu'

> « une règle de droit international, coutumier ou conventionnel, ne s'applique pas dans le vide ; elle s'applique par rapport à des faits et dans le cadre d'un ensemble plus large de règles juridiques dont elle n'est qu'une partie » (44).

Les exemples jurisprudentiels d'utilisation du « raisonnable » dans cette perspective sont virtuellement illimités. En réalité, dans la totalité des extraits que nous avons reproduits, le « raisonnable » concourt à présenter la solution, de fait ou de droit, comme reliée de manière cohérente au système juridique envisagé.

212. Le mécanisme se rencontre d'abord pour chacune des opérations du syllogisme judiciaire, au sein desquelles nous avons constaté que l'utilisation du « raisonnable » consistait à relier différents éléments de manière cohérente, pour ce qui concerne tant la méthode choisie que le résultat atteint (45).

En ce qui concerne l'***établissement des faits***, on peut rappeler l'affaire du *Détroit de Corfou*, où la Cour a conclu à la connaissance de la pose de mines par l'Albanie « au-delà de tout doute raisonnable » sur base d'une expérience consistant à envoyer des experts sur les rives du détroit pour vérifier si des navires supposés miner

(42) Voy. p. ex. Chaïm PERELMAN, « A propos de l'idée d'un système de droit », *in Le raisonnable et le déraisonnable en droit*, Paris, L.G.D.J., 1984, p. 70 ; Michel VAN DE KERCHOVE et François OST, *Le système juridique entre ordre et désordre*, *op. cit.*, pp. 83 et s. ; Paul ORIANE, *Introduction au système juridique*, *op. cit.*, pp. 31, et 38 et s. ; Léon RAUCENT, *Pour une théorie critique du droit*, Gembloux, Duculot, 1975, pp. 261 et s. Nous ne reprenons pas ici une conception stricte de la cohérence comme l'absence de contradiction (v. p. ex. Luc SILANCE, « La motivation des jugements et la cohérence du droit », *in* Ch. PERELMAN et P. FORIERS (sous la direction de), *La motivation des décisions de justice*, Travaux du C.N.R.L., Bruxelles, Bruylant, 1978, p. 220), mais préférons l'envisager plus largement.

(43) Voy. not. Michel VIRALLY, « Le phénomène juridique », *in Le droit international en devenir. Essais écrits au fil des ans*, *op. cit.*, pp. 62 et s. et, du même auteur, « Réflexions sur la politique juridique des Etats », *ibid.*, p. 129.

(44) C.I.J., Affaire de l'*Interprétation de l'accord du 25 mars 1951 entre l'O.M.S. et l'Egypte*, Recueil 1980, p. 76.

(45) V. *supra*, Chapitre I.

les eaux pouvaient être aperçus (46). Cette méthode n'a de sens que si on replace l'expérience de manière cohérente dans un ensemble de connaissances et de faits dans le cadre desquels la conclusion de la Cour intervient. En d'autres termes, il n'y a pas de doute « raisonnable » parce qu'on ne peut fournir une explication de remplacement cohérente par rapport aux éléments du système de référence.

Quant à l'***interprétation*** d'un texte, on peut rappeler l'affaire du *Temple de Préah Vihéar*, au stade de la compétence. Le rejet de l'interprétation du Cambodge, tendant à ôter tout effet au renouvellement de la déclaration d'acceptation thaïlandaise de la juridiction de la Cour (parce que cette déclaration n'était plus en vigueur au moment du renouvellement) comme « déraisonnable », s'explique parce que cette interprétation est totalement incohérente par rapport, d'une part, à la volonté de l'État en cause et, d'autre part, aux règles de compétence qui renvoient à cette volonté (47). La Convention de Vienne a codifié la pratique en ce sens. Nous savons en effet que l'article 32 de la Convention de Vienne, qui prescrit le recours à des moyens complémentaires si le résultat obtenu est déraisonnable, peut être considéré comme contenant, *a contrario*, un principe d'interprétation raisonnable. Or, l'article 31, qui formalise cette exigence par l'édiction de plusieurs méthodes, est tout entier guidé par un critère de cohérence. L'importance du contexte aboutit en effet à préconiser le recours à une interprétation systématique (48), encore renforcée par la nécessité de tenir compte, en même temps que du contexte, de « toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties » (art. 31, § 3, c)). Jean Combacau et Serge Sur observent à propos des différents moyens reproduits dans la Convention que

> « L'application du processus interprétatif d'une méthode particulière concerne le droit en tant qu'il est un discours organisé, et conduit à en dégager le sens comme la cohérence » (49).

(46) Pour les détails et les références exactes, v. *supra*, Chapitre I, section 2, § 50.

(47) Pour les détails et les références exactes, v. *supra*, Chapitre I, section 1, § 45.

(48) Voy. les propos de François Ost à l'issue d'une analyse de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sous langle de l'article 31 de la Convention de Vienne ; « Les directives d'interprétation adoptées par la Cour européenne des droits de l'homme : l'esprit plutôt que la lettre ? », *in* F. Ost et M. van de Kerchove, *Entre la lettre et l'esprit. Les directives d'interprétation en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1989, pp. 270-271.

(49) *Droit internatonal public*, Paris, Montchréstien, 1993, p. 174.

Les deux auteurs poursuivent en affirmant que, avec l'article 32, « la signification rationnelle du droit se voit ainsi reconnaître une portée positive » (50).

La ***logique juridique*** développée par le juge dans son discours consiste enfin à relier des éléments de manière cohérente : il suffit de penser à des expressions comme « raisonnablement déduire », « conclure », etc. (51).

213. L'utilisation du « raisonnable » comme signe de la cohérence du système juridique se rencontre encore lorsque le juge énonce des règles, dans le cadre de ce que nous avons appelé un discours juridictionnel « horizontal ».

Lorsque la notion est utilisée comme limite à la compétence discrétionnaire des États, elle représente un critère de répartition des compétences des différents sujets de droit international. Le « raisonnable » peut dès lors être perçu comme un élément tendant à éviter des applications conflictuelles en pratique et antinomiques en théorie. L'octroi de compétences discrétionnaires absolues mènerait en effet dans un certain nombre de cas à des conflits qui ne seraient pas résolus par le droit, et l'utilisation du « raisonnable » tend à éviter de tels conflits. On se rappellera à cet égard l'utilisation de la notion comme limite à l'exercice du droit de pêche, ou à l'utilisation des eaux fluviales (52).

D'autres exemples peuvent être fournis dans cette perspective. Dans la Convention européenne des droits de l'homme, on se souvient que l'article 14 prescrit une application des droits reconnus par la convention « sans distinction aucune ». Mais, par ailleurs, personne ne conteste que certaines différenciations sont autorisées. Cette antinomie trouve une solution dans la jurisprudence sous la formule de l'interdiction de toute distinction « déraisonnable » ou « qui manque de base objective et raisonnable », ce qui laisse la porte ouverte à certaines mesures parfaitement légitimes de protection de certains groupes (53).

Une fois encore, il ne s'agit pas ici de se prononcer sur la « véritable » présence d'une antinomie, mais de constater que, lorsque le

(50) *Ibidem*, p. 175.
(51) Pour les détails et les références exactes, v. *supra*, Chapitre I, section 4, § 72.
(52) Pour des exemples précis, v. *supra*, Chapitre II, section 2, §§ 112 et s.
(53) Pour des références précises, v. *supra*, Chapitre II, section 2, § 104.

juge est confronté à deux exigences apparemment contradictoires, il utilise le « raisonnable » sur base d'une cohérence d'ensemble.

214. Ce lien entre « raisonnable » et cohérence a également été mis en exergue par la doctrine, que ce soit directement ou, le plus souvent, par l'intermédiaire de la raison ou d'une de ses applications. On retrouvera ici le schéma que nous avons brossé en introduction de cette étude (54) : le « raisonnable » renvoie à la raison, qui elle même renvoie soit à la rationalité (aspect logique) soit à certaines valeurs (aspect axiologique), le premier aspect étant privilégié dans le cas d'une référence à la cohérence.

Ces constatations doivent être appréhendées à travers le modèle du « législateur rationnel », que nous avons déjà utilisé pour caractériser les méthodes d'interprétation, en transposant le modèle en droit international (55). Comme le relève François Ost,

> « [...] au-delà de leur diversité technique, ces méthodes réalisent un unique dessein : dégager l'intention du législateur rationnel, déterminer une intention compatible avec l'ensemble des autres normes du système [...]. Parmi toutes ces méthodes, le juge choisira celle (éventuellement combinera celles) qui est le mieux à même, *in casu*, de conforter la cohérence du système et de renforcer l'image du législateur rationnel » (56).

Vittorio Villa précise que

> « le juge ne peut pas inventer une solution raisonnable [...] s'il ne possède pas ou ne présuppose pas une reconstruction théorique du droit positif qui puisse être utilisé comme terme de référence pour prouver la cohérence de la solution proposée » (57).

Une interprétation ne serait donc correcte que si elle apparaissait en harmonie avec le système juridique dans son ensemble (58). Le principe guide non seulement le juge, comme le remarque Max

(54) V. *supra*, § 17.

(55) V. *supra*, section 2 du présent chapitre, § 180.

(56) « L'interprétation logique et systématique et le postulat de rationalité du législateur », *loc. cit.*, p. 103 ; v. aussi François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, *Jalons pour une théorie critique du droit*, *op. cit.*, p. 443 et, des mêmes auteurs, *Le système juridique entre ordre et désordre*, *op. cit.*, pp. 21 et 138 ; Jacques LENOBLE et François OST, *Droit, mythe et raison*, *op. cit.*, p. 89.

(57) « La science juridique entre descriptivisme et constructivisme », *in* P. AMSELEK (sous la direction de), *Théorie du droit et science*, Paris, P.U.F., 1994, p. 285.

(58) François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, « Interprétation », *A.P.D.*, tome 35, Vocabulaire fondamental du droit, 1990, p. 187 ; Jacques LENOBLE, *Droit et communication. La transformation du droit contemporain*, Paris, Ed. du Cerf, coll. « humanités », 1994, p. 67 ; Chaïm PERELMAN, « Le rôle de la décision dans la théorie de la connaissance », *in Justice et raison*, Bruxelles, P.U.B., 1963, p. 123.

Weber (59), mais aussi (et peut-être surtout) la doctrine, qui conçoit le plus souvent son rôle comme consistant à présenter des règles ou des décisions disparates comme formant un système cohérent (60), dans le cadre de ce qu'on appelle la dogmatique juridique (61).

Dans cette perspective, un terme n'a pas de signification en soi mais en acquiert une en tant qu'élément du système. C'est ce qu'exprime très clairement Aulis Aarnio

> « Le but de l'interprétation est de découvrir les relations systémiques entre les normes et de 'placer' chaque norme de façon adéquate en tant que partie de ce tout. Conformément à cette idée, le système juridique est comme un réseau où chaque norme 'trouve sa place' dans une certaine maille de ce réseau » (62).

Nous voilà revenu aux théories contemporaines du langage, selon lesquelles chaque mot ne signifie que sa différence par rapport à d'autres, le langage formant ainsi un ensemble ordonné et structuré par rapport auquel chaque terme acquiert une signification (63). De même, le langage juridique « distribue et redistribue la signification

(59) *Sociologie du droit*, *op. cit.*, p. 216 ; v. aussi Jacques CHEVALLIER, « Les interprètes du droit », *in* P. AMSELEK (sous la direction de), *Interprétation et droit*, Bruxelles, Bruylant, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1995, p. 126.

(60) V. not. Georg SCHWARZENBERGER, « The Province of the Doctrine of International Law », *Current Legal Problems*, 1956, pp. 247 et s. ; François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, *Le système juridique entre ordre et désordre*, *op. cit.*, pp. 117 et s., et 132 et s. ; Luc SILANCE, « La motivation des jugements et la cohérence du droit », *loc. cit.*, pp. 224-228 ; Zygmunt ZIEMBINSKI, « La notion de rationalité du législateur », *A.P.D.*, tome XXIII, Formes de rationalité en droit, 1978, p. 182 ; Michel VILLEY, « Préface historique », *A.P.D.*, 1978, p. 6 ; Jacques LENOBLE et François OST, *Droit, mythe et raison*, *op. cit.*, p. 183 ; Krzystof PLESZKA et Tomasz GIZBERT-STUDNICKI, « Le système du droit dans la dogmatique juridique », *A.P.D.*, 1986, pp. 108 et s.; Jacques CHEVALLIER, « Les interprètes du droit », *loc. cit.*, pp. 125-126. Voy. enfin Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, pp. 51 et s. et les commentaires de Alain RENAUT et Lukas SOSOE, *Philosophie du droit*, Paris, P.U.F., 1991, pp. 354 et s.

(61) Danièle LOCHAK et Michel TROPER, « La neutralité de la dogmatique juridique : mythe ou réalité ? », *in Théorie du droit et science*, *op. cit.*, p. 315.

(62) *Le rationnel comme raisonnable. La justification en droit*, Paris, L.G.D.J., Bruxelles, Story-Sciencia, 1987, p. 159 ; v. aussi « L'interprétation des faits et l'interprétation du droit », *in* P. AMSELEK (sous la direction de), *Interprétation et droit*, *op. cit.*, p. 59.

(63) Comme le soulignent O. DUCROT et T. TODOROV, « [...] le langage se caractérise par son aspect *systématique*. On ne peut parler de langage si l'on ne dispose que d'un signe isolé » (*Dictionnaire encyclopédique des sciences du langage*, Paris, Seuil, 1972, p. 136) ; v. aussi François RASTIER, *Sémantique interprétative*, Paris, P.U.F., 1987, p. 252, ainsi que Jerzy WROBLEWSKI, « L'interprétation en droit : théorie et idéologie », *A.P.D.*, tome XVII, L'interprétation dans le droit, 1972, p. 60 ; H. Ph. VISSER'T HOOFT, « La philosophie du langage ordinaire et le droit », *A.P.D.*, 1972, pp. 276 et s. ; Enrico PATTARO, « Interprétation, systématisation et science juridique », *in Interprétation et droit*, *op. cit.*, p. 103.

de chaque terme au regard de l'économie de l'ensemble du système » (64).

215. Le langage permet ainsi de donner un sens à des occurrences *a priori* disparates et aléatoires. Le droit s'inscrit dans cette démarche structuraliste (65), puisqu'il poursuit la conceptualisation de manière à maîtriser des relations sociales, elles-mêmes formalisées par des actes de langage. Pour Philippe Jestaz,

> « le droit est la forme la plus achevée du discours si l'on désigne par là, au sens linguistique du terme, un ensemble cohérent de propositions ordonnées ayant pour objet de structurer la réalité » (66).

C'est ce que Michel van de Kerchove et François Ost appellent une « fonction de nomination » (67). La complexité sociale est maîtrisée de manière à la réduire à un système cohérent (68), et cela grâce à la raison, qui est supposée permettre de trouver des points communs aux divers éléments et de les relier par des inférences (69). André-Jean Arnaud en conclut que « la force de la raison juridique tient d'abord au fait qu'elle donne consistance à un ordre selon lequel tous les objets juridiques s'enchaînent et procèdent les uns des autres » (70).

Cette fonction renvoie à la raison au plan philosophique, en tant que concept qui permet d'ordonner la multiplicité des appa-

---

(64) François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, *Le système juridique entre ordre et désordre*, *op. cit.*, p. 139. Un même terme aura donc une signification différente selon le système dans lequel on se place, par exemple en droit national ou en droit international ; v. sur ce point Paul REUTER, « Quelques réflexions sur le vocabulaire du droit international », *in Mélanges Trotabas*, Paris, L.G.D.J., 1970, pp. 429 et s. ainsi que Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, pp. 54-55.

(65) A. BRIMO, « Structuralisme et rationalisation du droit », *A.P.D.*, 1978, pp. 193-195. Voy. aussi la théorie de Niklas LUHMANN exposée par André-Jean ARNAUD, *Critique de la raison juridique. 1. Où va la sociologie du droit ?*, Paris, L.G.D.J., 1981, p. 173.

(66) « Le langage et la force contraignante du droit (ou 'des bœufs et des hommes') », *in* L. INGBER (sous la direction de), *Le langage du droit*, Travaux du C.N.R.L., Bruxelles, Nemesis, 1991, p. 70.

(67) *Le droit ou les paradoxes du jeu*, Paris, P.U.F., 1992, pp. 154-155.

(68) Voy. à ce sujet les travaux de Niklas LUHMANN, exposés dans Renato TREVES, *Sociologie du droit*, Paris, P.U.F., 1995, pp. 246 et s.

(69) Voy. aussi Bernard EDELMAN, pour qui « le droit dans son ensemble apparaît comme une grandiose mise en ordre horizontale des différents secteurs d'activité sociale [la théorie doit donc dégager une] *raison commune*, sans quoi le droit lui-même serait déraisonnable » ; « Théorie et pratique juridiques », *A.P.D.*, 1988, pp. 151-152 ; Anne LAGNEAU-DEVILLÉ, « Questions sociologiques à propos de l'interprétation en droit », *loc. cit.*, p. 525. La fonction de nomination assumée à la fois par le langage et la raison a été relevée par Louis DUPRÉ, qui rappelle que le terme *logos* signifie à la fois « raison » et « mot » ; « Postmodernité ou modernité tardive », *in* G. HOTTOIS et M. WYEMBERGH (sous la direction de), *Richard Rorty. Ambiguïtés et limites du postmodernisme*, Paris, Vrin, 1994, p. 43.

(70) *Critique de la raison juridique*, *op. cit.*, p. 32 ; v. aussi p. 23.

rences (71), et qui s'oppose à une vision nihiliste du monde comme un chaos (72). La raison a non seulement une vocation métaphysique, mais plus généralement une fonction d'entendement : une chose n'est comprise que comme conforme à la raison (73), c'est-à-dire que par rapport à d'autres choses avec lesquelles il importe de dégager un lien au sein d'un système cohérent de connaissances (74).

216. Ce renvoi à la raison prend une importance toute particulière en droit international, où les relations sociales et les règles, étant donné la théorie relativiste des sources formelles (une norme ne lie que les Etats qui l'ont acceptée), se révèlent extrêmement disparates (75). La fréquente utilisation du « raisonnable » dans la pratique dénote un souci de présenter une règle ou une décision comme reliée de manière cohérente au droit international présenté comme un système juridique. Les exemples sont nombreux même si, comme nous l'avons constaté, le juge ne développe évidemment pas expressément des considérations théoriques sur les relations entre la raison et le système. On peut cependant interpréter le discours juridictionnel de la sorte. C'est la raison qui conférerait le sens, voire la validité (76), à la norme ou à la décision juridictionnelle. C'est la raison qui permettrait de présenter le droit international non comme simple somme de particularismes, mais comme véritable système juridique (77). Ce processus est étroitement lié au critère d'unicité de ce système.

(71) Voy. Chaïm PERELMAN, « La philosophie du pluralisme et la nouvelle rhétorique », *in Revue internationale de Philosophie. La nouvelle rhétorique. Essais en hommage à Ch. Perleman*, 1979, n° 127-128, p. 5.

(72) Max HORKEIMER et Thodor ADORNO, *La dialectique de la raison*, Paris, Gallimard-tel, 1974, p. 23.

(73) Voy. Martin HEIDEGGER, *Le principe de raison*, Paris, Gallimard-tel, 1962, citations et références reproduites *supra*, section 2, et les commentaires de René SÈVE, « Système et code », *A.P.D.*, 1986, pp. 78 et s.

(74) Marcel THOMANN, « Un modèle de rationalité idéologique : le 'rationalisme' des Lumières », *A.P.D.*, 1978, pp. 133 et s., et p. 142 ; Aulis AARNIO, *Le rationnel comme raisonnable*, *op. cit.*, pp. 86 et s. V. aussi Ottmar BALLWEG, « La rationalité prudentielle », *A.P.D.*, 1978, pp. 258 et s.

(75) Voy. p. ex. A. BRIMO, « Structuralisme et rationalisation du droit », *loc. cit.*, p. 201 ; Jean COMBACAU, « Le droit international : bric-à-brac ou système ? », *loc. cit.*, not. pp. 97-98 ; Mohammed BEDJAOUI, « Du contrôle de légalité des actes du Conseil de sécurité », *in Mélanges François Rigaux*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 109 ; Prosper WEIL, « Vers une normativité relative en droit international ? », *R.G.D.I.P.*, 1982, pp. 44 et s. ; Serge SUR, « Quelques observations sur les normes juridiques internationales », *loc. cit.*, pp. 904-905.

(76) V. Aulis AARNIO, *Le rationnel comme raisonnable*, *op. cit.*, pp. 44 et s.

(77) Serge SUR, « Système juridique international et utopie », *loc. cit.*, p. 36.

3. « *Raisonnable* », *discours juridique et unicité ou universalité du droit international*

217. Selon Niklas Luhmann,

> « Quand on parle de 'système', on présuppose à l'ordinaire et sans le dire son unité. Une ancienne tradition épistémologique définissait formellement un système comme une construction faite à partir d'un principe » (78).

La présentation des éléments comme reliés entre eux de manière cohérente postule en effet l'unité du système formé par ces relations (79). Corollairement, le système reliant tous les éléments entre eux, celui-ci est présumé remplir le critère d'universalité (80). Ces critères sont étroitement imbriqués avec celui de la complétude ou de l'absence de lacunes : toute situation que le système a vocation à régir est couverte.

Une fois encore, nous sommes renvoyé au modèle du « législateur rationnel » qui, selon François Ost et Michel van de Kerchove, « doit s'entendre comme la personnification du système juridique dans son ensemble » (81), et combine donc l'ensemble de ses caractéristiques (82).

Nous allons voir que le « raisonnable » peut renvoyer, dans ce contexte, non seulement à la complétude et à la cohérence, mais aussi à l'unité ou l'universalité du droit international (83).

---

(78) « L'unité du système juridique », *A.P.D.*, 1986, p. 163. Pour René Sève, « A vrai dire, tout objet qui, quoique composé, semble répondre à une caractéristique minimale d'unité peut être considéré comme un système » ; René Sève, « Introduction » (Le système juridique), *A.P.D.*, 1986, p. 5 ; v. aussi Christophe Grzegorczyk, « Evaluation critique du paradigme systémique dans la science du droit », *A.P.D.*, 1983, p. 283.

(79) Voy. not. Paul Oriane, *Introduction au système juridique*, *op. cit.*, pp. 33 et s.

(80) Le lien entre l'unité et l'universalité est à l'occasion opéré par les définitions de ces termes ; v. André Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, *op. cit.*, pp. 1170 et s.

(81) *Jalons pour une théorie critique du droit*, *op. cit.*, p. 100.

(82) Comme le soulignent Jacques Lenoble et François Ost, « [...] la transparence, la cohérence et la complétude dont s'autorise le langage (juridique) n'est pas seulement affaire de logique formelle. Ces exigences — il faut alors parler d''idéaux logiciens' — dérivent d'une fascination de l'unité qui, par commodité de représentation et penchant anthropomorphique, se produit comme personne, maître et garant. Le législateur rationnel, avant d'être l'argument ultime, le point d'aboutissement d'une controverse explicite sur l'interprétation d'une loi, est le foyer unitaire de sens, le pôle magnétique qui oriente implicitement la perception juridique du monde » ; *Droit, mythe et raison. Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique*, Bruxelles, F.U.S.L., 1980, p. 114. Voy. encore p. 245 (« la 'liberté' ménagée à la pensée juridique est enclose dans un champ que magnétise la fascination de l'ordre et de l'unité »).

(83) Une fois de plus, nous nous garderons bien dans les lignes qui suivent d'aller au-delà du constat de la *présentation* du droit international comme unique, en nous prononçant sur la question de savoir si cette unité est réalisée, comme le contestent certains auteurs ; v. p. ex. Herbert L.A. Hart, *Le concept de droit*, *op. cit.*, p. 254 et pp. 275-279.

218. Le juge ne s'exprime évidemment pas explicitement de la sorte. On peut toutefois relever de nombreux exemples où l'utilisation du « raisonnable » dénote un renvoi à l'unité ou l'universalité.

Lorsque le juge considère que sa solution est celle qu'adopterait tout « homme raisonnable » placé dans la même situation, on peut interpréter son discours comme une référence à l'unité du genre humain. Cette référence présente un aspect idéologique essentiel, que nous commenterons dans le chapitre suivant, mais, sur le plan technique, elle fonctionne par un renvoi à un acteur idéal du système.

En matière d'établissement des faits, nous avons déjà relevé que l'on avait assimilé le « doute raisonnable » à l'absence de doute d'un arbitre, « acting as a reasonable man of the world » (84).

L'énonciation de règles de droit international contenant des standards laissant la place à l'interprétation a aussi donné lieu à ce type de discours. Ainsi, une Commission d'arbitrage précise l'interdiction du déni de justice de la manière suivante :

> « the treatment of an alien, in order to constitue an international delinquency, should amount to an outrage, to bad faith, to wilful neglect of duty, or to an insuffiency of governmental action so far short of international standards that *every reasonable and impartial man would readily recognize its insufficiency* » (85).

On a encore avancé l'expression de « reasonably prudent man » en matière de faute de la victime (86), ou de « reasonable mind » dans l'appréciation d'un motif d'arrestation d'un étranger (87).

Dans les matières les plus diverses, des juges de la Cour internationale de Justice ont eux aussi évoqué les notions d'« homme » (88) ou de « personne raisonnable » (89), de « gens raisonnables » (90), ou d'autres formules similaires (91). Pour ne reprendre qu'un exemple,

(84) *Mexico City Bombardment Claims*, Feb. 15, 1930, diss. op. of Sir John Percival, British Commissioner, *R.S.A.*, vol. V, p. 84.

(85) Nous soulignons ; Affaire *L.H.F. Neer and Pauline Neer*, *R.S.A.*, pp. 61-62, § 4.

(86) Affaire *Harris, Irby & Vose (U.S.) v. Germany*, *R.S.A.*, vol. VIII, p. 20.

(87) Affaire *Salem*, *R.S.A.*, vol. II, p. 1213.

(88) C.I.J., Affaire du *Sud-ouest africain*, *Recueil 1966*, op. diss. Tanaka, p. 298.

(89) C.I.J., Affaire du *Sud-ouest africain*, *Recueil 1962*, op. indiv. Van Wijk, p. 69, § 5, et pp. 151-152, § 19.

(90) C.I.J., Affaire des *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, *Recueil 1971*, op. diss. Fitzmaurice, p. 272, § 79.

(91) Ainsi, cette formule du juge Gros : « il n'est pas déraisonnable de penser que le monde contemporain est encore convaincu du bon sens des observations citées au paragraphe précédent » ; C.I.J., Affaire des *Essais nucléaires*, op. indiv., p. 284, § 13.

le juge Jessup relève que « le droit abonde en exemples de 'standards' ou de critères appliqués par les tribunaux pour apprécier le comportement humain [...] et notamment celui de 'l'homme raisonnable' [...] » (92).

Enfin, les juges en ont parfois appelé non plus au genre humain dans son ensemble, mais plutôt à une sorte de « juriste raisonnable », comme en témoigne cet extrait d'une opinion commune :

> « [...] si un demandeur essayait de faire passer pour juridique une prétention dont aucun juriste éclairé ne pourrait admettre qu'elle repose sur la moindre base juridique rationnelle, c'est-à-dire raisonnablement soutenable, il serait alors possible de trancher *in limine litis*, à titre de question préliminaire, une exception contestant la nature juridique du différend » (93).

Bien entendu, l'« homme raisonnable » est un concept construit pour affirmer la cohérence du système juridique. Cet « homme », à l'instar du concept de « bon père de famille » dans certains droits internes, n'existe pas (94), mais représente l'acteur idéal du système, et symbolise on ne peut mieux son unité. Ce souci de symbolisation est d'autant plus ostensible pour le droit international, puisque celui-ci s'adresse en priorité aux Etats (95).

219. Les théoriciens du droit ont repris le modèle de l'« homme raisonnable » qui guide le juge (96).

Plus particulièrement, les exemples exposés cadrent parfaitement avec la théorie de l'« auditoire », développée par Chaïm Perelman, qui dirige l'argumentation, notamment juridique, à l'attention d'un interlocuteur idéal représentant la communauté visée (97). L'auditoire peut être universel ; il se réfère à l'ensemble du genre humain, ou particulier ; il se limite à telle communauté de scientifiques, par

(92) C.I.J., Affaire du *Sud-Ouest africain*, *Recueil 1966*, op. diss. Jessup, pp. 435-436.

(93) C.I.J., Affaire des *Essais nucléaires*, *Recueil 1974*, op. diss. commune, pp. 364, § 107 (Australie-France) et 516, § 42 (Nouvelle Zélande-France).

(94) V. les commentaires formulés *infra*, Chapitre IV.

(95) V. à ce sujet les réflexions de Jean SALMON, « Le concept de raisonnable en droit international public », *in Mélanges Paul Reuter*, Paris, Pédone, 1982, p. 474.

(96) John RAWLS, « La priorité du Juste et la conception du Bien », *A.P.D.*, 1988, p. 48 ; Valentin PETEV, « Structures rationnelles et implications sociologiques de la jurisprudence », *A.P.D.*, 1985, p. 188 ; Christophe GRZEGORCZYK, « La rationalité de la décision juridique », *A.P.D.*, 1978, p. 242 ; Jacques LENOBLE et François OST, *Droit, mythe et raison*, *op. cit.*, p. 129.

(97) Chaïm PERELMAN et Lucie OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation*, 5e éd., Bruxelles, Ed. U.L.B., 1992, pp. 41 et s. Le lien entre auditoire universel et droit international a été évoqué par certains commentateurs ; Jasminka HASANBEGOVIC, « Unreasonable Law — the case of Post-Communist Societies (Perelman's theory as a frame for analysis — critically reviewed and developped) », *in* G. HAARSCHER (sous la direction de), *Chaïm Perelman et la pensée contemporaine*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 462.

exemple des juristes (98). Dans tous les cas, il est construit comme le critère permettant d'accepter une justification comme « raisonnable » dans le système considéré, dont il symbolise ainsi l'unité de pensée (99). Le professeur Haarscher commente la théorie de l'auditoire en relevant qu'« il faut rechercher un 'pont' entre particulier et universel. Cette médiation, c'est le raisonnable [...] » (100).

Dans cette perspective, on a insisté sur le phénomène de communication, qui implique l'acceptation d'un minimum de préceptes communs, dont l'invocation fondera une argumentation universellement acceptable (101) ou une affirmation de fait qui ne peut être remise sérieusement en doute (102). Nous y reviendrons (103).

220. Cette fonction du « raisonnable » comme renvoi à un modèle d'unité est directement liée à la notion même de raison, prise dans son aspect premier, c'est-à-dire philosophique (104) et qui a, à ce titre, fait l'objet d'interprétations que nous pouvons appliquer à notre propos.

(98) Voy. à ce sujet Aulis AARNIO, *Le rationnel comme raisonnable. La justification en droit*, *op. cit.*, pp. 269-276.

(99) Ainsi, Chaïm Perelman précise que « La raison, qui est l'apanage et la gloire de chaque être humain, n'est pas cette faculté éternellement invariable et complètement élaborée dont les produits seraient évidents et universellement admis. La rationalité de nos opinions ne peut être garantie une fois pour toutes. C'est dans l'effort, toujours renouvelé, pour les faire admettre que nous considérons, dans chaque domaine, comme l'universalité des hommes raisonnables, que s'élaborent, se précisent et se rafinent les vérités, qui ne constituent que les plus assurées et les mieux éprouvées de nos opinions » ; « Opinions et vérités », *in Justice et raison*, *op. cit.*, p. 205. Voy. aussi « Le rôle de la décision dans la théorie de la connaissance », *loc. cit.*, p. 131 et « La méthode dialectique et le rôle de l'interlocuteur dans le dialogue », *in Justice et raison*, *op. cit.*, p. 138 ; « Evidence et preuve », *ibid.*, p. 153. V. enfin Luc J. WINTGENS, « Rhetorics, Reasonableness and Ethics. An Essay on Perelman », *in Chaïm Perelman et la pensée contemporaine*, *op. cit.*, pp. 346 et 348 ; Lambros COULOUBARITSIS, « Les fondements métaphysiques de la Nouvelle Rhétorique », *ibid.*, p. 377, et Jerzy WROBLEWSKI, « Logique juridique et théorie de la connaissance », *in Justice et argumentation. Essais à la mémoire de Chaïm Perelman*, *op. cit.*, p. 182.

(100) « Après Perelman », *ibid.*, p. 224. V. aussi, du même auteur, « Le procès chez Perelman », *A.P.D.*, tome XXXIX, Le procès, 1995, pp. 206 et s.

(101) Michel VAN DE KERCHOVE et François OST, *Le système juridique entre ordre et désordre*, *op. cit.*, pp. 184-185 ; Michel CANIVET, « Le principe éthique d'universalité et la discussion », *in Chaïm Perelman et la pensée contemporaine*, *op. cit.*, pp. 381 et s.

(102) Ludwig WITTGENSTEIN reprend le critère de l'« homme doué de raison » pour caractériser une affirmation qui est présumée certaine et n'admettre aucun doute ; *De la certitude*, Paris, Gallimard-tel, 1976, pp. 69 et s., n^{os} 219, 220, 252.

(103) Voy. nos développements *infra*, chapitre V, §§ 342 et s.

(104) Ce lien est opéré à plusieurs reprises par Chaïm Perelman, pour qui « c'est ce recours au rationnel et au raisonnable pour la réalisation de l'idéal de communion universelle qui caractérise l'effort séculaire de tous les philosophes, aspirant à une cité humaine où, progressivement, la violence céderait le pas à la sagesse » ; « La règle de justice », *in Justice et raison*, *op. cit.*, p. 233.

La raison est en effet avant tout ce qui symbolise l'unité du genre humain : *homo est animal rationale* (105). Avec la philosophie des Lumières, l'individu occupe le centre de l'univers, et avec lui la Raison se déploie comme l'idéal d'universalité par excellence (106). La raison régit tout phénomène scientifique, et devient le fondement de toute chose. On revient au principe de raison, que nous avons déjà décrit plus haut. Il faut ajouter à ce stade que ce principe implique l'unité des sciences, puisqu'on peut réduire celles-ci à des activités protéiformes de la raison (107). Ainsi, chaque chose n'est que si on peut l'expliquer par une raison, et cette raison doit à son tour être fondée sur une raison, ce qui impulse un phénomène qui tend à réduire la diversité à l'unité (108). C'est ce qu'exprime Martin Heidegger,

> « l'incitation à rechercher l'unité non contradictoire des propositions et l'impulsion correspondante à mettre en sûreté cette unité proviennent de la puissance de l'appel exigeant qu'une raison suffisante soit fournie pour toute représentation » (109).

On s'élève ainsi du particulier au général, pour atteindre, au sommet de la pyramide, la Raison comme concept symbolisant l'unité des connaissances. Comme le relèvent Max Horkeimer et Theodor Adorno,

> « *A priori*, la Raison ne reconnaît comme existence et occurrence que ce qui peut être réduit à son unité ; son idéal, c'est le système dont tout peut être déduit » (110).

La Raison est donc présumée unique, et nous pouvons expliquer sa symbolisation comme le point le plus élevé dans la pyramide représentant le système juridique (111). Nous pouvons à présent ajouter

(105) Voy. not. André LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, *op. cit.*, V° « raison », sp. p. 878, et Martin HEIDEGGER, *Le principe de raison*, *op. cit.*, pp. 114 et 169.

(106) Chaïm PERELMAN, « La philosophie du pluralisme et la nouvelle rhétorique », *loc. cit.*, p. 15 et, du même auteur, « Raison éternelle, raison historique », *in Justice et raison*, *op. cit.*, p. 103.

(107) René POIRIER, « Rationalité juridique et rationalité scientifique », *A.P.D.*, 1978, p. 13.

(108) Voy. Chaïm PERELMAN, « Le rôle de la décision dans la théorie de la connaissance », *loc. cit.*, p. 127.

(109) *Le principe de raison*, *op. cit.*, p. 258.

(110) *La dialectique de la raison*, *op. cit.*, pp. 24-25.

(111) On pense évidemment à la théorie de la « norme fondamentale » de Hans KELSEN (*Théorie pure du droit*, *op. cit.*, pp. 124-125). Cela n'implique aucune adhésion à cette théorie, particulièrement quant à son absence de perspective externe et à sa prétention à rester « pure ». L'image de la pyramide ne doit être envisagée que comme un modèle qui guide le juriste, et non comme une explication du « système juridique » ; voy. les commentaires de Michel VAN DE KERCHOVE et François OST, *Le système juridique entre ordre et désordre*, *op. cit.*, pp. 55 et s. et, des mêmes auteurs, *Jalons pour une théorie critique du droit*, *op. cit.*, pp. 191 et s.

que, en tant que point commun à toute activité scientifique de l'homme, ce point est également le sommet d'autres systèmes, non juridiques (112). Nous préciserons ultérieurement comment s'agencent ces différents systèmes entre eux. En tout état de cause, la raison représente à la fois leur unité en tant que système, et une unité qui recouvre tous les systèmes scientifiques.

Pourquoi la Raison est-elle le dernier concept, le plus élevé dans le degré d'abstraction ? La Raison ne doit-elle pas, pour prétendre être, se fonder sur une raison, conformément au principe de raison ? Il est évidemment impossible de trouver la raison de la Raison, dans la mesure où la Raison est, par définition, la raison ultime des raisons (113). La Raison est donc *posée* comme le concept unique et universel, et on ne peut critiquer cette présomption que sur base d'arguments d'ordre métaphysique (114).

221. Ce déploiement de la raison moderne comme unité du savoir s'est traduit en droit par l'élaboration de systèmes juridiques qui, corollairement à la création des Etats, ont progressivement transformé la diversité des pratiques juridiques en un ensemble cohérent et unitaire (115). On retrouve la fonction d'entendement et de maîtrise de la diversité des pratiques sociales. Christophe Grzegorczyk le souligne de manière significative :

> « Le système juridique était dans cette tradition une réponse au morcellement du savoir, accompagnant le progrès des sciences, et à l'accumulation des données

(112) René POIRIER, « Rationalité juridique et rationalité scientifique », *loc. cit.*, pp. 15-16 ; Georges KALINOWSKI, « De la spécificité de la logique juridique », *A.P.D.*, 1966, p. 8.

(113) Ainsi, HEGEL, évoquant la raison : « Elle est pour elle-même la matière qu'elle travaille. Elle est sa propre présupposition et sa fin est la fin absolue » ; *La raison dans l'histoire*, Paris, 10/18, 1965, p. 48.

(114) Martin Heidegger dénonce ce cercle vicieux du principe de raison, qui, ne pouvant se fonder sur une raison, n'obéit pas lui-même au prescrit qu'il impose à toute activité humaine ou à tout objet. La seule façon de lui échapper serait de considérer la Raison parallèlement à l'être, c'est-à-dire le fait d'être, et non sa conséquence matérielle, l'étant. Les deux notions fonderaient en effet également l'étant : ce qui est n'est que fondé sur une raison et, en même temps, ce qui est (l'étant) est une manifestation, un dévoilement de l'être. L'être précédant l'étant est assimilable à la raison de l'étant. Mais l'être ne peut, par définition, lui-même être fondé sur une raison, sinon ce serait un étant. L'être est donc une raison qui n'a pas de raison, et peut ainsi être considéré comme la Raison ultime. Voy. à ce sujet : *Le principe de raison*, *op. cit.*, not. pp. 113 et s. et pp. 248 et s.

(115) René SÈVE, « Introduction » (Le système juridique), *loc. cit.*, p. 6 ; Philippe RAYNAUD, « La loi et la jurisprudence, des Lumières à la révolution française », *A.P.D.*, 1985, pp. 61 et s. ; Michel VAN DE KERCHOVE et François OST, *Le système juridique entre ordre et désordre*, *op. cit.*, p. 233. Charles DE VISSCHER relève que « le droit cesse de signifier, comme au moyen âge, un aspect particulier de la justice universelle ; il vient à signifier ce qui émane d'un centre unique du corps politique et ce qui, par son unité prédominante donne force et décision au pouvoir éminent de la communauté » ; *Théories et réalités en droit international public*, *op. cit.*, p. 33.

empiriquement isolées, permettant une globalisation du regard sur la réalité, pour la rendre intelligible dans son unité fondamentale » (116).

Ce mouvement moderne de réduction à l'unité s'est poursuivi sur le plan international (117). A l'affirmation des structures étatiques, unitaires au sein de chaque territoire, qui répondait à des besoins socio-économiques propres à l'émergence de la bourgeoisie, a rapidement succédé une évolution vers un système international tendant à répondre aux rapports sociaux transfrontières qui se sont multipliés avec le développement de nouvelles formes de capitalisme (118). C'est dans ce contexte que l'on a évoqué l'existence d'une communauté ou d'une société internationale, qui dépasserait les particularismes étatiques ou régionaux (119). Juridiquement, le relativisme des règles de droit international tend aussi à s'effacer devant une vocation à l'universalité qui se manifeste non seulement dans les règles générales communes, comme celles qui président à la théorie des sources formelles ou certaines règles de fond (120), mais

(116) « Evaluation critique du paradigme systémique dans la science du droit », *loc. cit.*, pp. 282-283. Voy. par ailleurs André-Jean ARNAUD, *Critique de la raison juridique*, *op. cit.*, p. 395.

(117) V. Piero ZICCARDI, « Les caractères de l'ordre juridique international », *loc. cit.*, pp. 335 et s. ; Antonio TRUYOL Y SERRA, « Genèse et structure de la société internationale », *loc. cit.*, pp. 575 et s. ; Ludwik EHRLICH, « The Development of International Law as a Science », *R.C.A.D.I.*, 1962-I, t. 105, pp. 242 et s. ; René SÈVE, « Introduction » (Le système juridique), *loc. cit.*, p. 7. V. également René-Jean DUPUY, *L'humanité dans l'imaginaire des nations*, Paris, Julliard, 1991, p. 86 (« la législation par la raison, faculté partagée par tous les hommes, devait, par nature, avoir une portée universelle »).

(118) Le système international est déjà présent comme modèle dès les débuts du développement des relations marchandes sur le plan international ; il est essentiellement développé par la doctrine ; v. à ce sujet Michel VAN DE KERCHOVE et François OST, *Le système juridique entre ordre et désordre*, *op. cit* , p. 68. Certains remarquent d'ailleurs que le *jus gentium* représentait, dès l'Antiquité, un droit conçu comme universaliste et unitaire qui devait être découvert par la raison ; Michel VILLEY, « Considérations intempestives sur le droit des gens », *A.P.D.*, tome XXXII, Le droit international, 1987, pp. 13-21, sp. p. 19 ; Stéphane RIALS, « La puissance étatique et le droit dans l'ordre international. Eléments d'une critique de la notion usuelle de 'souveraineté externe' », *A.P.D.*, 1987, pp. 205-206 ; Jean GAUDENET, « Tentatives de systématisation du droit à Rome », *A.P.D.*, 1986, pp. 11-28. Le phénomène restait toutefois sans commune mesure avec le « système international » actuel.

(119) V. p.ex. Kotaro TANAKA, « Du droit international au droit mondial », *loc. cit.*, pp. 557 et s., et Piero ZICCARDI, « Les caractères de l'ordre juridique international », *loc. cit.*, pp. 343 et s., et pp. 371 et s. ; W.E. BUTLER évoque le maintien de « sous-systèmes » à l'intérieur du système global ; « Comparative Approaches to International Law », *R.C.A.D.I.*, 1985-I, t. 190, pp. 41-43 ; v. aussi de manière générale Antonio TRUYOL Y SERRA, « L'expansion de la société internationale aux XIX^{e} et XX^{e} siècles », *R.C.A.D.I.*, 1965-III, t. 116, pp. 89 et s.

(120) V. Ian BROWNLIE, « Problems concerning the Unity of International Law », *in Mélanges Roberto Ago*, tome I, Milan, Giuffrè, 1987, p. 154 et Giuseppe BARILE, « La structure de l'ordre juridique intenational », *R.C.A.D.I.*, 1978-III, t. 171, pp. 48 et s. Charles DE VISSCHER souligne à ce sujet que « la codification n'est jamais une simple 'déclaration' (restatement) de règles soi-disant existantes ; elle vise toujours à substituer à des pratiques divergentes une certaine unité dans l'interprétation et l'application du droit » ; *Théories et réalités en droit international public*, *op. cit.*, p. 184

aussi dans un phénomène d'institutionnalisation par l'intermédiaire des organisations internationales (121). Comme le relève Serge Sur,

> « Il est vrai que la société internationale est utopique, en ce sens qu'elle ne peut être localisée, mais c'est qu'elle est partout et nulle part. Elle se superpose aux autres instances, au moins de façon virtuelle, et pour être invisible, elle n'en est pas moins présente, suivant une certaine logique qui fait d'un archipel un groupe et non une collection d'îles isolées » (122).

Une fois encore, nous ne nous prononçons pas ici sur la réalité ou l'intensité de ce processus (123). Nous soulignons par contre que l'utilisation constante de la raison, tant par les Etats que par les juges internationaux, peut être interprétée comme une affirmation du droit international comme système unitaire transcendant les particularismes qui seul permet de comprendre et de justifier la règle ou la décision envisagées. Charles de Visscher décrit ainsi le procédé systématique d'interprétation :

> « le traité soumis à l'interprétation doit être confronté au système du droit international [...] Mais cette confrontation, par rapport à un ensemble, dans lequel le traité est réputé être intégré, exige que l'on prenne pour point de référence un tout unitaire représenté par le droit international » (124).

Mohammed Bedjaoui explique que cet idéal d'unité ou d'universalité guide le juge de la Cour internationale de Justice lorsqu'il rédige le texte de sa décision, que ce soit de manière consciente ou non :

> « A lire chaque arrêt de la Cour on trouve pourtant un fil conducteur du raisonnement qui ne se rompt que très rarement. C'est que ces quinze juges de différents pays, ayant un 'vécu' différent, des philosophies différentes, possèdent quand même quelque chose de commun, qui est la convergente universalité du droit international moderne et de la manière de penser » (125).

---

(121) Pour Charles DE VISSCHER, « L'union de la raison et de la coutume fut le grand desideratum du droit international depuis la paix de Westphalie jusqu'à nos jours » ; dans ce contexte, l'idéologie reflétée dans la Société des Nations révèle une « confiance en la vertu universelle des critères de la raison appliquée à corriger l'anarchie des rapports internationaux » ; *Théories et réalités en droit international public*, *op. cit.*, p. 33 et p. 48. Voy. aussi les réflexions de Georges ABI-SAAB, « Eloge du 'droit assourdi'. Quelques réflexions sur le rôle de la *soft law* en droit international contemporain », *in Mélanges François Rigaux*, *op. cit.*, p. 61.

(122) « Système juridique international et utopie », *loc. cit.*, p. 36.

(123) Voy. à ce sujet les réflexions sceptiques de N.E. GHOZALI, « Les fondements du droit international public. Approche critique du formalisme classique », *in Mélanges Charles Chaumont*, *op. cit.*, pp. 299 et s.

(124) *Problèmes d'interprétation judiciaire en droit international public*, Paris, Pédone, 1963, p. 55 ; v. encore Emile GIRAUD, « Le droit international public et la politique », *loc. cit.*, pp. 575 et s.

(125) « La 'fabrication' des arrêts de la Cour internationale de Justice », *in Mélanges Michel Virally*, Paris, Pedone, 1991, p. 104.

Nul doute que la fréquente utilisation du « raisonnable » en soit une des manifestations concrètes.

222. En définitive, la fonction de systématisation de l'utilisation du « raisonnable » est particulièrement remarquable sur un plan synchronique. Le droit international, qui recouvre une réalité sociale fragmentée, est présenté comme répondant à des caractéristiques de complétude, de cohérence et d'unité qui, par l'intermédiaire de la raison, l'érigeraient en système (126). La jurisprudence, la doctrine, et l'œuvre de codification préconisée par les Etats y participent à des degrés divers (127). Nous allons vérifier si le phénomène s'observe aussi sous un angle diachronique.

B. — *L'utilisation du « raisonnable », signe d'une présentation du droit international comme système sous un angle diachronique*

223. Jusqu'ici, nous n'avons envisagé la présentation du droit international comme système que sous un angle synchronique, en faisant abstraction des phénomènes d'évolution, d'adaptation et de changements qui affectent chacun de ses éléments. Cette première approche est généralement privilégiée en termes d'analyses systémiques ou plus généralement structuralistes : la mise en exergue de relations ou de structures qui relient des éléments *a priori* épars ne peut s'opérer qu'en gelant artificiellement les évolutions de chacun d'entre eux, à défaut de quoi aucune relation stable ne peut être démontrée (128). On a même écrit que « le droit est le triomphe (aussi durable que possible bien que jamais définitif) de la stabilité sur le mouvement » (129).

(126) Michel VAN DE KERCHOVE et François OST parlent du droit international comme d'un « système semi-complexe à la recherche de son équilibre, en ayant recours tantôt à la juridiction internationale, tantôt à des organisations supra-étatiques pour dépasser le régime simplement coutumier des normes primaires dont les Etats sont à la fois les auteurs et les destinataires » ; *Le système juridique entre ordre et désordre*, *op. cit.*, pp. 217-218 ; v. encore Grigory TUNKIN, « International Law in the International System », *loc. cit.*, pp. 82.

(127) Ian BROWNLIE, « Problems concerning the Unity of International Law », *loc. cit.*, pp. 153 et s.

(128) V. p.ex. A. BEIMO, « Structuralisme et rationalisation du droit », *loc. cit.*

(129) Monique CHEMILLIER-GENDREAU, *Introduction générale au droit*, Paris, Eyrolles, 1990, p. 77 ; v. les réflexions de Jean CARBONNIER, *Sociologie du droit*, *op. cit.*, pp. 350 et s. et de Michel VIRALLY, *La pensée juridique*, Paris, L.G.D.J., 1960, p. 188.

Un système doit néanmoins être apte à maîtriser les changements en maintenant ses propriétés à l'épreuve du temps (130). Nous avons déjà eu l'occasion de prendre en compte une dimension diachronique lorsque nous avons décrit la fonction d'adaptation du « raisonnable ». Mais l'adaptation était limitée à une règle alors que, dans les lignes qui suivent, nous envisagerons l'adaptation du système dans son ensemble. Nous appréhenderons la présentation du droit international comme système sous cet angle, en distinguant selon que l'évolution s'opère par rapport à des éléments intérieurs (1), ou extérieurs au système (2). Dans le premier cas, on se limitera aux éléments strictement juridiques, alors que, dans le second, on mettra ces éléments juridiques en relation avec les faits ou les valeurs.

1. *« Raisonnable », discours juridique et évolution du droit international par rapport à ses éléments internes*

224. Nous avons vu que les critères essentiels du système étaient, sur un plan statique, la complétude, la cohérence et l'unité. Qu'en est-il sur un plan dynamique ? Ces trois caractéristiques sont toujours présentes, à des degrés divers, mais elles se manifestent toujours à travers ce que l'on peut appeler un critère de « convenance », qui peut être décrit comme ce qui réalise une certaine cohérence dans le temps, entre les éléments existants et les évolutions sociales (131). Pour une même situation qui se présente à plusieurs reprises dans le temps, le système est présumé fournir une et une seule solution (132).

Ce critère se retrouve dans la notion même de « norme » ou de « règle », qui implique une caractéristique essentielle de régula-

(130) Voy. à ce sujet François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, « Pluralisme temporel et changement », *in Mélanges François Rigaux*, *op. cit.*, p. 403, et Paul ORIANE, *Introduction au système juridique*, *op. cit.*, pp. 145 et s.

(131) Voy. Jacques LENOBLE, « La théorie de la cohérence narrative en droit. Le débat Dworkin-Mc Cormick », *A.P.D.*, 1988, p. 128. V. à ce sujet la théorie de Dworkin schématisée ci-dessous.

(132) Voy. Paul ORIANE, *Introduction au système juridique*, *op. cit.*, p. 39. Michel MELCHIOR, « Notions 'vagues' ou 'indéterminées' et 'lacunes' dans la Convention européenne des droits de l'homme », *in Mélanges Wiarda*, Cologne, Carl Heymanns Verlag K.G., 1988, § 7.

rité (133) comme l'a reconnu la jurisprudence internationale (134). La symbolisation de la règle par la formule « si p, alors q » le reflète on ne peut mieux (135).

La notion même de jurisprudence présente la même caractéristique. Une décision judiciaire ne relève de cette source de droit que si, combinée avec d'autres, on peut la présenter comme une interprétation constante d'une règle de droit (136). Le critère de convenance se retrouve dans le texte des décisions de juridictions internationales, qui se réfèrent très fréquemment à leur propre jurisprudence (137).

Il en va de même de la doctrine qui tend à présenter des solutions à des problèmes nouveaux de manière cohérente avec les règles ou les décisions existantes (138).

(133) Mario JORI et Nicole ARNAUD-DUC, V° « Normes », *in Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, *op. cit.*, p. 267.

(134) V. not. C.I.J., Affaire du *Plateau continental (Libye-Malte)*, *Recueil 1985*, p. 39, § 45 ; cité en partie dans op. indiv. Valticos, p. 108, § 13 ; op. diss. Oda, p. 125, § 1er et op. diss. Schwebel, p. 187. Comme le souligne le juge Jennings, « le droit progresse par précédents, et c'est ce qui lui confère cohérence et prévisibilité » ; C.I.J., Affaire des *Activités militaires...*, *Recueil 1984*, op. indiv., p. 547.

(135) Pour les références attachées à la formule, voy. *supra*, Section 1, § 129.

(136) V. NGUYEN QUOC DINH, Patrick DAILLIER et Alain PELLET, *Droit international public*, 5e éd., Paris, L.G.D.J., 1994, p. 389, n° 265. Comme le remarquent Michel VAN DE KERCHOVE et François OST, « l'efficacité sociale de la décision tient précisément dans l'aptitude du juge à rationaliser ses motifs, c'est-à-dire, en définitive, à suggérer leur rattachement à un ordre transcendant les intérêts en conflit, un ordre qui s'imposerait quasi naturellement, par la seule vertu de sa logique [...] Ainsi s'opère le passage du 'contentieux' (somme de l'ensemble des décisions d'espèce, relevant de la statistique judiciaire) à la 'jurisprudence' (système rationnel des décisions d''intérêt juridique') » ; *Le système juridique entre ordre et désordre*, *op. cit.*, p. 146. V. aussi Marianne SALUDEN, « La jurisprudence, phénomène sociologique », *A.P.D.*, 1985, pp. 191 et s. ; Antoine WINCKLER, « Précédent : l'avenir du droit », *A.P.D.*, 1985, p. 140 ; Neil MAC CORMICK, « Le raisonnement juridique », *A.P.D.*, 1988, pp. 103 et ss ; v. enfin Max WEBER, *Sociologie du droit*, *op. cit.*, p. 123.

(137) La Cour européenne des droits de l'homme a admis à propos de sa propre jurisprudence qu'elle a coutume « d'en suivre et appliquer les enseignements dans l'intérêt de la sécurité juridique et du développement cohérent de la jurisprudence relative à la Convention » (C.E.D.H., Affaire *Lossey c. Royaume-Uni*, *Série A, n° 184*, § 35). De manière générale, Max GOUNELLE, *La motivation des actes juridictionnels en droit international public*, Paris, Pédone, 1979, pp. 120-122 ; pour la Cour internationale de Justice, v. Charles DE VISSCHER, *Théories et réalités en droit international public*, *op. cit.*, p. 469 ; pour la C.E.D.H., voy. encore les commentaires de François OST, « Les directives adoptées par la Cour européenne des droits de l'homme. L'esprit plutôt que la lettre ? », *in Entre la lettre et l'esprit*, *op. cit.*, pp. 246 et 271.

(138) Voy. à ce sujet Stéphane RIALS, « Supraconstitutionnalité et systématicité du droit », *loc. cit.*, p. 74.

Le critère de convenance intervient ainsi dans toutes les sources de droit et apparaît comme un élément essentiel du système juridique (139).

225. L'utilisation du « raisonnable », tout comme elle renvoyait aux caractéristiques de complétude, de cohérence et d'unité sur le plan synchronique, renvoie au critère de convenance sur le plan diachronique. Quelques exemples permettront immédiatement de s'en rendre compte.

Si on prend la règle du droit à obtenir un jugement dans un « délai raisonnable » contenue à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, on constate qu'elle peut recouvrir des solutions extrêmement variées dans le temps. Les délais considérés comme « raisonnables » par la Cour européenne de Strasbourg, exprimés en années et en jours, varient pour ce même article et, corollairement, un même délai peut tantôt être conforme à la disposition, tantôt être en contradiction avec elle, selon les circonstances de l'espèce (140).

Quelle est la fonction remplie par l'utilisation du « raisonnable » à cet égard ? Comme nous l'avons déjà relevé, la notion permet une adaptation de la règle à des cas d'application divers et à l'évolution de la réalité sociale (141). Mais, au-delà de cette fonction d'adaptation, le « raisonnable » permet de présenter des solutions variées comme répondant à un critère de convenance qui témoigne de l'unité et de la cohérence du système juridique dans le temps. Les délais les plus divers peuvent être déclarés conformes à l'article 6, mais les décisions judiciaires n'en apparaissent pas moins relever d'une même démarche cohérente, puisque le délai est, pour chaque cas, qualifié de « raisonnable » (142).

La fonction n'est pas limitée au cas où le terme a été énoncé dans la règle.

Si on envisage l'article 15 de la Convention européenne qui permet des dérogations en cas de « danger menaçant la vie de la

(139) V. sur ce point Michel VAN DE KERCHOVE et François OST, *Le système juridique entre ordre et désordre*, *op. cit.*, p. 169 ; Chaïm PERELMAN, « Ce qu'une réflexion sur le droit peut apporter au philosophe », *in Justice et raison*, *op. cit.*, p. 250 ; Marianne SALUDEN, « La jurisprudence, phénomène sociologique », pp. 193 et s.

(140) Pour des exemples concrets, v. *infra*, Chapitre VII.

(141) V. *supra*, section 1 du présent chapitre.

(142) V. le commentaire de Stéphane RIALS, « Supraconstitutionnalité et systématicité du droit », *loc. cit.*, p. 76, note 30.

nation », il a recouvert en pratique des situations très différentes. Mais la jurisprudence présente chacun des cas comme des précisions d'une même règle puisqu'elles découlent toutes de la mise en œuvre d'une interprétation ou d'une qualification « raisonnables » (143).

Par ailleurs, une même juridiction peut développer des discours très différents selon les affaires qu'elle traite, combinant des éléments de logique formelle ou de logique non formelle. Néanmoins, ces discours seront présentés comme relativement cohérents puisque, comme nous l'avons relevé, ils consistent toujours en la mise en œuvre d'une « logique du raisonnable » (144).

Dans tous ces cas, l'utilisation du « raisonnable » permet de présenter des solutions différentes dans le temps comme relevant d'un système unique et cohérent. La notion tend ainsi à concilier les aspirations *a priori* difficilement conciliables de tout droit, soucieux à la fois de sécurité juridique et de faculté d'adaptation à l'évolution de la réalité sociale (145).

226. Diverses théories du droit ont quelque peu précisé le critère de convenance en proposant des modèles explicatifs de la décision juridictionnelle, qui sont tous reliés directement ou indirectement à un aspect du concept de raison et donc, de façon médiate, au « raisonnable ».

Le modèle le plus abouti dans la rationalité est sans doute celui de l'« autopoièse », établi par le sociologue Niklas Luhmann (146). Selon cette théorie, inspirée de la biologie (147), l'évolution du système juridique se fait exclusivement par des phénomènes d'autoreproduction ; le système est autonome par rapport à l'environnement

(143) Voy. les exemples et références *supra*, Chapitre I, section 3, § 62.

(144) Voy. *supra*, section 2, §§ 195 et s.

(145) V. sur ce point Monique CHEMILLIER-GENDREAU, *Introduction générale au droit*, *op. cit.*, pp. XVIII-XIX.

(146) Voy. not. « L'unité du système juridique », *loc. cit.* ; v. aussi l'exposé et les critiques de Jean CARBONNIER, *Sociologie du droit*, *op. cit.*, pp. 143-144, et de François OST, « Le droit comme pur système », *in* P. BOURETZ (sous la direction de), *La force du droit. Panorama des débats contemporains*, Paris, Esprit, 1991, pp. 140 et s.

(147) Hubert ROTTLEUTHNER, « Les métaphores biologiques dans la pensée juridique », *A.P.D.*, 1986, pp. 231 et s. ; François OST, « Entre ordre et désordre : le jeu du droit. Discussion du paradigme autopoiétique appliqué au droit », *A.P.D.*, 1986, pp. 135-136.

extérieur, et ne se développe que par rapport à lui-même (148). Dans cette perspective, le juge doit prendre une décision qui combine exclusivement des éléments intérieurs au système, et qui en assure une cohérence parfaite. Ce modèle, qui a été apparenté à une version de la théorie de Kelsen adaptée au changement (149), reprend les critères essentiels du système. Outre la cohérence, il suppose la complétude, puisque le système juridique est avant tout présumé clôturé dans son évolution (150), et par conséquent l'unité (151).

D'autres théoriciens ont établi des modèles moins strictement rationnels mais admettant le rôle organisateur de la raison. François Ost et Michel van de Kerchove ont ainsi assoupli l'autopoièse en définissant un modèle du jeu, qui combine la régularité de la décision avec son indétermination (152). Le juge a un certain pouvoir d'imagination et de création dans le choix de sa décision, mais ce choix doit s'opérer conformément aux règles qui composent le système. Chaque décision est différente, mais la somme des décisions prises dénote une certaine régularité déduite du respect de critères posés par le droit ; de même, chaque partie d'un jeu est différente, mais leur somme dénote une régularité qui consiste en le respect des règles (153). Une fois encore, cette théorie se rattache à une présen-

(148) Il s'agit d'une clôture normative, en ce sens que « le fait qu'un acte particulier devienne juridiquement relevant dans l'environnement du système juridique constitue en soi une décision à l'intérieur du système juridique », ce qui n'empêche pas une certaine ouverture cognitive, qui consiste à intégrer des informations provenant de l'extérieur ; Niklas Luhmann, « L'unité du système juridique », *loc. cit.*, p. 173 et les commentaires reproduits ci-dessous ; voy. aussi Hubert Rottleuthner, « Les métaphores biologiques dans la pensée juridique », *loc. cit.*, pp. 237-238 ; Helmut Willke, « Diriger la société par le droit ? », *A.P.D.*, 1986, p. 196 ; François Ost et Michel van de Kerchove, « De la 'bipolarité des erreurs' ou de quelques paradigmes de la science du droit », *A.P.D.*, 1988, p. 201 ; François Ost, « Le droit comme pur système », *loc. cit.*, pp. 141-142.

(149) François Ewald, « Le droit du droit », *A.P.D.*, 1986, p. 249 ; François Ost, « Entre ordre et désordre : le jeu du droit. Discussion du paradigme autopoiétique appliqué au droit », *loc. cit.*, pp. 141-144 et « Le droit comme pur système », *loc. cit.*, pp. 145 et s.

(150) Michel van de Kerchove et François Ost, *Le système juridique entre ordre et désordre*, *op. cit.*, p. 153.

(151) *ibid.*, p. 151 et Niklas Luhmann, « L'unité du système juridique », *loc. cit.*, p. 167.

(152) *Le système juridique entre ordre et désordre*, *op. cit.*, p. 135 ; *Le droit ou les paradoxes du jeu*, *op. cit.*, not. pp. 125 et s. ; « De la théorie de l'argumentation au paradigme du jeu. Quel entre-deux pour la pensée juridique ? », *in Chaïm Perelman et la pensée contemporaine*, *op. cit.*, pp. 142 et s. et François Ost, « Entre ordre et désordre : le jeu du droit... », *loc. cit.*, p. 151 ; « Jupiter, Hercule, Hermès : trois modèles du juge », *in La force du droit. Panorama des débats contemporains*, *op. cit.*, pp. 263 et s.

(153) *Le droit ou les paradoxes du jeu*, *op. cit.*, pp. 159 et s. ; voy. aussi François Ost et Michel van de Kerchove, « De la théorie de l'argumentation au paradigme du jeu. Quel entre-deux pour la pensée juridique ? », *loc. cit.*, pp 142-143.

tation du droit comme un système qui se maintient comme tel dans le temps. Ainsi,

> « L'interprétation du cas à la lumière de la loi est donc, par excellence, un procédé destiné à assurer le caractère homéostatique de l'ordonnancement juridique, sans cesse appelé à se transformer sans pour autant se renier » (154).

Une autre métaphore célèbre est celle décrite par le juriste américain Ronald Dworkin comme le « roman à la chaîne » (155). Le juge est comparé à un auteur, à la disposition de qui on met un texte dont il doit poursuivre la rédaction. Son inspiration est cependant limitée par la nécessité du respect de la trame du roman commencé par d'autres (156). C'est ce que le théoricien américain appelle la « dimension de compatibilité » (157), et ce qui a donné lieu au thème de la « cohérence narrative » (158). Le critère de l'unité découle directement de ce modèle — conçu sous un angle diachronique — comme en témoigne cet extrait :

> « Le principe d'unité en droit, comme principe de décision, s'adresse aux juges et aux autres autorités chargées d'appliquer les normes de comportement d'une communauté politique. Il leur prescrit de lire et de comprendre celles-ci, dans toute la mesure du possible, comme si elles étaient l'œuvre d'un seul auteur, la

(154) François OST, « Entre ordre et désordre : le jeu du droit... », *loc. cit.*, p. 157. Le modèle du jeu a aussi été incidemment évoqué par Herbert L.A. HART, selon lequel « A tout moment, les juges, même ceux d'une juridiction suprême, appartiennent à un système dont les règles sont suffisamment précises quant à leur partie centrale pour fournir des critères d'une décision judiciaire correcte » ; *Le concept de droit*, Bruxelles, F.U.S.L., 1976, p. 179. L'auteur compare ce mécanisme à un jeu ; *id.*, p. 180. Le modèle du jeu a également été évoqué par GADAMER, mais de manière plus générale pour l'interprétation (v. les commentaires dans Georgia WARNKE, *Gadamer. Herméneutique, tradition et raison*, Bruxelles, De Boeck, Paris, Ed. universitaires, 1991, pp. 70 et s.) ainsi que par Charles LEBEN, « Le principe d'égalité devant la loi et la théorie de l'interprétation judiciaire », *in Chaïm Perelman et la pensée contemporaine, op. cit.*, pp. 232 et s. Il semble prendre son origine chez Ludwig WITTGENSTEIN, v. not. *De la certitude, op. cit.* pp. 84-85, n° 315. Le modèle paraît connaître un succès particulier en théorie du droit contemporaine ; v. Marie-Anne FRISON-ROCHE, « La philosophie du procès, propos introductifs », *A.P.D.*, tome XXXIX, Le procès, 1995, p. 22.

(155) *L'empire du droit*, Paris, P.U.F., 1994, pp. 250 et s.

(156) La théorie se distingue ainsi de celles d'autres auteurs américains qui opèrent souvent la comparaison du droit et de la littérature mais sans combiner l'interprétation et la création comme le fait Ronald Dworkin ; v. Françoise MICHAUT, « *Law's Empire* de Ronald Dworkin », *A.P.D.*, 1988, p. 116.

(157) *L'empire du droit, op. cit.*, pp. 252 et 254 ; Jacques LENOBLE, « Repenser le libéralisme. Au-delà des critiques communautariennes et postmodernes », *in Mélanges François Rigaux, op. cit.*, p. 327 ; François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, *Le système juridique..., op. cit.*, p. 141.

(158) Jacques LENOBLE, « La théorie de la cohérence narrative en droit. Le débat Dworkin-Mc Cormick », *loc. cit.*, pp. 121 et s.

communauté personnifiée exprimant une conception cohérente de la justice et de l'équité » (159).

On pourrait poursuivre l'exposé de théories contemporaines similaires (160). Leur point commun est de permettre la présentation du droit comme un système sur le plan diachronique, et ce en combinant selon des modalités variables la part d'indétermination et la part de cohérence dans les décisions du juge. Ces théories ont été conçues par référence au droit interne, mais elles restent opérationnelles pour interpréter le discours juridictionnel international dans la mesure où on peut les appliquer aux exemples tirés de notre matériau.

227. Ces différents modèles permettent au demeurant de mieux cerner le rôle de la raison qui, en tant que concept utilisé dans le discours, permet au droit de conserver ses caractéristiques de système. C'est en effet par un renvoi à la raison que le juge présentera sa décision comme le résultat d'un mécanisme d'autoreproduction, comme le produit du respect des règles du jeu, ou comme le dernier chapitre d'un roman écrit à la chaîne. C'est ce que relève André-Jean Arnaud,

« la force de la raison juridique tient d'abord au fait qu'elle donne consistance à un ordre selon lequel tous les objets juridiques s'enchaînent et procèdent les uns des autres » (161).

Une fois encore, il faut aussi faire appel au modèle du « législateur rationnel ». En ce qu'il permet au juge de présenter sa décision comme celle qu'aurait adoptée le « législateur » s'il avait eu à trancher le litige, il répond à un souci d'actualisation de la raison qui prend des formes diverses, mais qui est en même temps

(159) « La chaîne du droit », *Droit et société*, 1985, n° 1, p. 51 ; cité dans Jacques LENOBLE, « La théorie de la cohérence narrative en droit. Le débat Dworkin-Mc Cormick », *loc. cit.*, p. 128 ; on évoque aussi une idée d'*integrity*, Jacques LENOBLE, *Droit et communication. La transformation du droit contemporain*, *op. cit.*, p. 67 , v. aussi Adolfo BARBERA DEL ROSAL, « La liberté spirituelle et son double », *in Chaïm Perelman et la pensée contemporaine*, *op. cit.*, pp. 361-362 ainsi que Jean CARBONNIER, *Sociologie juridique*, *op. cit.*, p. 132.

(160) Voy. par exemple la réflexion de Jacques LENOBLE, « Repenser le libéralisme. Au-delà des critiques communautariennes et postmodernes », *loc. cit.*, pp. 329 et s., et Neil MC CORMICK, « Le raisonnement juridique », *A.P.D.*, 1988, pp. 99 et s., sp. p. 105.

(161) *Critique de la raison juridique*, *op. cit.*, p. 32 ; voy. les commentaires de Michel VAN DE KERCHOVE et François OST, *Le système juridique entre ordre et désordre*, *op. cit.*, p. 169. Pour une présentation de la jurisprudence comme faculté de la raison pratique, Christophe GRZEGORCZYK, « Jurisprudence : phénomène judiciaire, science ou méthode », *A.P.D.*, 1985, p. 52.

constante (162). André-Jean Arnaud affirme encore qu'un véritable changement du système suppose un changement de la raison juridique, ce qui implique, *a contrario*, que le maintien d'une raison juridique laisse le système inchangé en dépit des variations de l'un ou l'autre de ses éléments (163).

Cette fonction de la raison est sans doute plus remarquable encore en droit international, dans la mesure où elle vise à pallier un certain manque de continuité dans les mécanismes de règlement juridictionnel des différends, qui restent l'exception plutôt que la règle (164). Le faible degré d'intégration de la « communauté internationale » se manifeste aussi par un manque de régularité des décisions qu'il importe pourtant de présenter comme reliées par une certaine logique (165). L'utilisation du « raisonnable » par les juridictions internationales peut être replacée dans cette perspective même si, une fois encore, le juge ne développera pas expressément ce type de discours.

Bien entendu, la cohérence affirmée est loin d'être toujours effective, et masque souvent un changement, mais rappelons que, à ce stade, seule la *présentation* de la réalité retient notre attention (166).

228. Finalement, la raison, et indirectement le « raisonnable », apparaissent comme un facteur de justification d'une décision conforme au droit et à un système de précédents, combinant des éléments de logique formelle, qui accréditent une idée de cohérence, et d'autres éléments, qui laissent la place à un certain pouvoir créateur incontesté (167). Il s'instaure sur cette base un processus de collaboration (168), le juge ne visant pas seulement à trancher le cas parti-

(162) Le modèle du jeu est, dans ce contexte, perçu comme favorisant la coopération entre le juge et le législateur, qui se réalise notamment par la rédaction de textes contenant des notions suffisamment indéterminées ; François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, « De la théorie de l'argumentation au paradigme du jeu. Quel entre-deux pour la pensée juridique ? », *loc. cit.*, pp. 147-148.

(163) *Critique de la raison juridique*, *op. cit.*, p. 369.

(164) Max GOUNELLE, *La motivation des actes juridictionnels en droit international public*, *op. cit.*, p. 118.

(165) Maurice BOURQUIN, « Stabilité et mouvement dans l'ordre juridique international », *R.C.A.D.I.*, 1938-II, tome 64, pp. 409-410 ; v. aussi de manière générale Frederick M. VAN ASBECK, « Growth and Movement of International Law », *I.C.L.Q.*, 1962, pp. 1054 et s.

(166) Pour les aspects idéologiques, on se reportera *infra*, Chapitre IV, section 2.

(167) Voy. à ce sujet Chaïm PERELMAN, « Droit, logique et épistémologie », *loc. cit.*, p. 59 ; François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, « De la 'bipolarité des erreurs' ou de quelques paradigmes de la science du droit », *loc. cit.*, p. 192 et, par ailleurs, Jean PRIEUR, « Jurisprudence et principe de séparation des pouvoirs », *A.P.D.*, 1985, pp. 117-118.

(168) Pierre-Marie DUPUY, « Le juge et la règle générale », *R.G.D.I.P.*, 1989, p. 587.

culier qui lui est soumis mais à préciser les règles qu'il applique en les présentant de manière cohérente et systématique (169).

Ainsi, la convenance caractérise l'évolution du droit vue sous un angle interne. Il reste à déterminer dans quelle mesure la conclusion peut être transposée si l'on envisage l'adaptation du droit à des éléments extérieurs.

2. *« Raisonnable », discours juridique et évolution du droit international par rapport à des éléments externes*

229. Un système fonde son identité sur un processus de différenciation avec les éléments extérieurs (170). Sa qualité lui vient précisément de la faculté de déterminer si un élément fait ou non partie du système (171).

Dans cette perspective, personne ne conteste que le système entretienne des relations avec l'environnement (172). Même la doctrine de l'autopoièse, qui considère que toute évolution se fait par un mécanisme d'autoreproduction, admet qu'il y a une ouverture cognitive du système vers l'extérieur, qui consiste en la prise en compte d'informations (173). Une autre partie de la doctrine considère que l'ouverture est plus que cognitive, mais est véritablement

(169) Max GOUNELLE, *La motivation des actes juridictionnels en droit international public*, *op. cit.*, pp. 117-118 ; Jean-Denis MOUTON, « Les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme comme actes de discours : contribution à la méthodologie de la fonction juridictionnelle », *in Mélanges Charles Chamont*, *op. cit.*, p. 422.

(170) Michel VAN DE KERCHOVE et François OST, *Le système juridique entre ordre et désordre*, *op cit.*, p. 212 ; Jean-Louis VULLIERME, « Descriptions systémiques du droit », *A.P.D.*, 1988, p. 161. V. aussi les réflexions de Roberto J. VERNENGO, « Le droit est-il un système ? », *loc. cit.*, p. 257.

(171) Niklas LUHMANN, « L'unité du système juridique », *loc. cit.*, pp. 169-170 ; v. aussi Michel VAN DE KERCHOVE, « Jurisprudence et rationalité juridique », *A.P.D.*, 1985, p. 209.

(172) V. p. ex. Paul ORIANNE, *Introduction au système juridique*, *op. cit.*, pp. 154 et s. Michel VIRALLY semble toutefois voir une particularité dans le système international, qui, par sa généralité, n'aurait aucun environnement extérieur ; « A propos d'une sociologie des relations internationales », *R.G.D.I.P.*, p. 239. Il nous semble toutefois que ce point de vue soit trop étroitement limité à une conception exclusivement spatiale des systèmes. Pour ce qui concerne le système juridique international, en tout cas, il existe un environnement qui comprend notamment l'économie internationale, la politique internationale, la diplomatie, les médias,...

(173) Niklas LUHMANN, « L'unité du système juridique », *loc. cit.*, p. 173 et les commentaires de François OST, « Entre ordre et désordre : le jeu du droit. Discussion du paradigme autopoiétique appliqué au droit », *loc. cit.*, p. 173 ; v. aussi les références reproduites ci-dessus et illustrant la doctrine de l'autopoièse.

normative, et que le système ne fonctionne donc pas en circuit fermé (174).

Au-delà de cette querelle, qui nous apparaît surtout théorique, il nous suffira de constater avec Jean Salmon que « les forces de changement sont évidemment en dehors du droit » (175), particulièrement en droit international où les rapports de force sont moins médiatisés que dans des sociétés nationales à forte intégration (176). Le système juridique doit donc gérer les forces extérieures qui visent à l'influencer.

D'un autre côté, le droit est par définition hostile au changement. Comme l'observe encore le professeur Salmon,

> « Il y a, en premier lieu, une difficulté ontologique à tout changement du droit : les normes sont faites pour arrêter le temps [...]. Le droit est donc, *a priori*, un facteur structurel de frein à sa propre évolution » (177).

Il existe donc une tension entre le droit figé dans des textes, et le droit comme reflet d'une réalité sociale en perpétuel mouvement (178).

Nous verrons que le « raisonnable » constitue dans ce cadre une solution appropriée en tant qu'élément du discours juridictionnel. Comme nous l'avons vu dans les lignes qui précèdent, la notion consacre un principe de convenance qui tend à présenter des solutions différentes comme ne relevant pas d'un véritable changement mais de l'adaptation aux circonstances de l'espèce. Dans cette perspective, c'est le « raisonnable » qui sera présenté comme opérant insertion dans le système des éléments extérieurs, que ce soit en

(174) Voy. les références illustrant les doctrines décrites ci-dessus, et not. François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, *Le système juridique entre ordre et désordre*, *op. cit.*, pp. 155 et s. ; François OST, « Le droit comme pur système », *loc. cit.*, pp. 149 et s. ; Chaim PERELMAN, « A propos d'un système de droit », *loc. cit.*, p. 71.

(175) « Changements et droit international public », *in Mélanges François Rigaux*, *op. cit.*, p. 427.

(176) Antonio TRUYOL Y SERRA, « Théorie du droit international public », *loc. cit.*, pp. 78 et s.

(177) « Changements et droit international public », *loc. cit.*, p. 429 et Antonio TRUYOL Y SERRA, « Théorie du droit international public », p. 96. Chaïm PERELMAN évoque un « principe d'inertie » ; « Ce qu'une réflexion sur le droit peut apporter au philosophe », *loc. cit.*, p. 250.

(178) Un autre auteur met en exergue cette tension inhérente à l'utilisation du langage : « le droit est une continuité toujours en mouvement dans laquelle il ne reste rien d'autre de statique et d'identique avec soi-même que le texte, cette totalité concrète des signes linguistiques, considéré comme base de référence » ; Csaba VARGA, « La question de la rationalité formelle du en droit : Essai d'interprétation de l'*Ontologie de l'être social* de Lukacs », *A.P.D.*, 1978, tome XXIII, Formes de rationalité en droit, p. 234 ; v. encore S. BELAID, *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, Paris, L.G.D.J., 1974, p. 316.

aval — sur le plan des faits — ou en amont — sur le plan des valeurs.

i) *le « raisonnable », facteur discursif d'insertion du fait dans le système juridique*

230. Nous avons vu dans la section précédente que le « raisonnable » renvoyait au fondement de l'établissement du fait. Il n'existe pas de faits bruts, mais des faits reconstruits, par référence à la règle applicable, sur base de la raison (179).

Ce mécanisme ne peut être bien compris que si on prend en compte la notion de système, qui seule peut donner un sens à la reconstruction par une intégration des éléments factuels. Le fait est en effet établi par une insertion à l'intérieur d'un système de connaissances. C'est ce qu'exprime fort bien Ludwig Wittgenstein :

> « Toute vérification de ce qu'on admet comme vrai, toute confirmation ou infirmation prennent déjà place à l'intérieur d'un système. Et assurément le système n'est pas un point de départ plus ou moins arbitraire ou douteux pour tous nos arguments ; au contraire il appartient à l'essence de ce que nous appelons un argument. Le système n'est pas tant le point de départ de nos arguments que leur milieu vital » (180).

Et plus loin :

> « Notre savoir forme un large système. Et c'est seulement dans le système que l'élément isolé a la valeur que nous lui conférons » (181).

Si, comme nous l'avons exposé, le fait ne s'appréhende que comme objet d'application du droit (182), il y a lieu de comprendre ce phénomène dans le cadre de l'adaptation d'un système à des éléments extérieurs. Comme le remarque Niklas Luhmann,

> « Le système juridique, lui aussi, se compose uniquement d'actions de communication qui déclenchent des conséquences juridiques, et non pas, par exemple,

(179) Voy. *supra*, Section 2, et les références citées, particulièrement Martin HEIDEGGER, *Le principe de raison*, *op. cit.*, not. pp. 251 et s.

(180) *De la certitude*, *op. cit.*, p. 51, n° 105.

(181) *Ibid.*, p. 101, n° 410 ; voy. encore les n^{os} 102 et 142.

(182) V. *supra*, section 2. V. aussi Patrick NERHOT, « Le fait du droit », *A.P.D.*, 1986, p. 271 ; Laurent LEVENEUR, « Le fait », *A.P.D.*, Vocabulaire fondamental du droit, 1990, p. 145. Comme le relève Paul FORIERS, « le droit par conséquent s'*autoneutralise* en renonçant souvent à appréhender une partie du réel auquel il aurait normalement vocation à s'intéresser, mais d'autre part il s'*autoactive* également en appréhendant une partie de l'inexistant et de l'irréel qu'il intègre dans son univers et qu'il va traiter comme réel » ; « Introduction au droit de la preuve », *in* Ch. PERELMAN et P. FORIERS (sous la direction de), *La preuve en droit*, Travaux du C.N.R.L., Bruxelles, Bruylant, 1981, p. 13 ; v. aussi Paul MARTENS, « Thémis et ses plumes. Réflexions sur l'écriture juridique », *in Mélanges François Rigaux*, *op. cit.*, p. 369.

> d'événements naturels ni de comportements isolés dont personne n'est témoin. Il consiste tout justement à thématiser de tels faits, ceux-là et d'autres, dans une communication qui les traite 'eux', comme relevant du droit et par là se subordonne 'elle-même' au système juridique » (183).

La « certitude raisonnable » ou « l'interprétation raisonnable » permettent de considérer un fait ou une intention comme établi *pour les besoins du système juridique*. Pensons encore à l'affaire du *Détroit de Corfou*, où l'Albanie est considérée comme ayant connaissance de la pose des mines sans que l'on puisse le prouver de manière absolue. L'établissement de ce fait est opéré en application des règles de preuve admises en droit international, et pour les besoins de l'affaire, et non de manière abstraite ou par référence à une « réalité objective » (184).

231. La raison est présentée comme ce qui amène un élément de l'extérieur à l'intérieur du système sur un plan diachronique, comme le souligne Heidegger :

> « [...] la Raison fait entrer dans une grille déjà constituée ce qui survient dans l'expérience, la systématicité révélant 'le déploiement de la domination de la raison' » (185).

La raison réaliserait donc l'unité du système en fournissant le moyen d'intégrer un élément. Certains auteurs ont parlé de « traduction du réel » dans le système juridique par l'intermédiaire de la raison (186). Comme nous l'avons relevé, cette représentation se fera par l'intermédiaire du langage, et plus spécifiquement du langage juridique qui médiatise le référent dans son espace clôturé (187).

232. Mais la raison peut jouer ce rôle au profit d'autres systèmes que le système juridique. Par exemple, une certitude raisonnable en droit n'est pas une certitude raisonnable en physique ; les modes de vérification requis sont différents. La raison est donc au centre d'autres systèmes, qui recoupent ou pas le système juridique. Vu

(183) « L'unité du système juridique », *loc. cit.*, p. 171.

(184) Voy. les références et développements *supra*, section 2 du présent chapitre, §§ 166 et s.

(185) Cité dans René SÈVE, « Sytème et code », *loc. cit.*, p. 78.

(186) Patrick NERHOT, « Le fait du droit », *loc. cit.*, p 265. Le « raisonnable » permet ainsi d'opérer le mouvement de va-et-vient entre le fait et le droit que nous avons décrit plus haut ; v. Jean SALMON, « Le fait dans l'application du droit international », *loc. cit.*, p. 271.

(187) Gérard CAHIN, « Apport du concept de mythification aux méthodes d'analyse du droit international », *in Mélanges Charles Chaumont*, *op. cit.*, p. 93. Le professeur SALMON relève ainsi que « tant que l'organe ne s'est pas prononcé, le fait n'est rien en droit, il appartient au royaume de l'*innommé*. C'est la décision de l'organe de le reconnaître comme cas d'application d'une règle de droit qui va lui donner enfin un nom, des contours, un statut » ; « Le fait dans l'application du droit international », *loc. cit.*, p. 385.

sous cet angle, le « raisonnable » est non seulement à la frontière du fait et du droit, mais aussi à la frontière du droit et des autres sciences.

La seule exigence fondamentale, dans la perspective d'un système, reste cependant la distinction entre élément extérieur et intérieur, c'est-à-dire, pour le système juridique, la distinction entre le fait et le droit.

Il faut souligner à cet égard que la raison est un critère de distinction relatif au système considéré (188). Déterminer ce qui est du fait ou du droit en général ou dans l'abstrait n'a aucun sens. Il faut déterminer si la réponse doit être donnée selon le fait ou selon le droit, c'est-à-dire selon quel système elle doit être apportée, ou encore si la réponse doit être interne ou externe à un système donné (189). Par exemple, l'article 1382 du Code civil français est-il du droit ? La réponse est affirmative selon le droit français, ou même le droit belge, par l'intermédiaire de règles de conflits de lois ; mais la réponse est négative pour le droit international, qui considère le droit interne comme du fait. Ainsi, l'interprétation raisonnable aboutit à des solutions différentes selon le système considéré.

ii) *le « raisonnable », facteur discursif d'insertion de la valeur dans le système juridique*

233. Quant aux relations du système avec les éléments extérieurs que constituent les valeurs, nous avons vu que, en tant que renvoi au fondement du discours, la « logique du raisonnable » impliquait un certain nombre de choix, la logique formelle constituant un outil insuffisant pour la résolution d'un problème juridique. Nous avons également relevé que ces choix consistaient la plupart du temps en un choix de valeurs, que ce soit au stade de l'établissement du fait ou de l'interprétation du droit (190).

Ici aussi, on peut interpréter ces mécanismes comme traduisant l'intégration d'éléments extérieurs dans le système dans lequel ils se produisent. Comme le relèvent Michel van de Kerchove et François

(188) Sur la pluralité des systèmes et les « conflits de raisons juridiques », voy. André-Jean ARNAUD, *Critique de la raison juridique*, *op. cit.*, pp. 24-25.

(189) Laurent LEVENEUR, « Le fait », *loc. cit.*, pp. 145 et s.

(190) Jean SALMON, « Le fait dans l'application du droit international », *loc. cit.*, pp. 276 et s. ; Chaïm PERELMAN et Lucie OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation*, *op. cit.*, pp. 100 et s. ; J. PARAIN-VIDAL, « La nature du concept juridique et la logique », *A.P.D.*, 1966, pp. 49-50.

Ost, « l'œuvre de systématisation emprunte autant aux inférences logiques qu'aux considérations axiologiques et téléologiques » (191). Cela signifie que la prise en compte de valeurs ne s'opère, comme pour tout fait, qu'en fonction des impératifs du système et du maintien de son harmonie (192). Le relativisme de la signification concerne donc aussi les valeurs, qui ne prennent un sens que par rapport à l'ensemble cohérent dans lequel elles s'inscrivent.

De manière similaire au mécanisme décrit à propos des faits, la présence du « raisonnable » dans le discours traduit une intégration de valeurs par l'intermédiaire de la raison (193). De même, ces valeurs prendront une signification différente selon le système dans lequel elles prennent place : une « interprétation raisonnable » en littérature, ou encore en morale, n'est pas une « interprétation raisonnable » en droit, même si des interactions sont possibles (194).

234. Le mécanisme d'intégration est donc de même nature pour les valeurs que pour les faits. On relève cependant une différence : l'intégration d'un simple fait dans le système juridique se fait à l'occasion d'un cas déterminé, lors de l'application d'une règle à une situation concrète. Le fait n'est jamais inscrit dans la règle ; celle-ci ne fait que prévoir des situations qu'elle a vocation à régir mais, étant par définition générale, elle ne peut désigner des faits concrets (195). En revanche, pour ce qui concerne les valeurs, l'intégration s'opère dès l'énonciation de la règle, dans la mesure où une valeur est elle-même une notion abstraite qui peut faire partie d'une définition générale (196).

Comment peut-on schématiser cette intégration ?

Lorsque les États décident de prévoir conventionnellement le droit à être jugé dans un délai raisonnable, ils admettent la prise en compte de valeurs pour l'appréciation de ce délai. Il ne s'agira pas

(191) *Le système juridique entre ordre et désordre*, *op. cit.*, p. 236.

(192) François Ost, « Entre ordre et désordre : le jeu du droit. Discussion du paradigme autopoiétique appliqué au droit », *loc. cit.*, p. 157.

(193) Voy. Chaïm Perelman, « Les conceptions concrète et abstraite de la raison et de la justice », *in Le raisonnable et le déraisonnable en droit*, *op. cit.*, p. 195 et, du même auteur, « Morale et droit », *in Justice et raison*, *op. cit.*, p. 432.

(194) V. à ce sujet Michel van de Kerchove et François Ost, *Le système juridique entre ordre et désordre*, *op. cit.*, p. 180.

(195) Jean Salmon, « Le fait dans l'application du droit international », *loc. cit.*, pp. 278-280.

(196) Selon Chaïm Perelman et Lucie Olbrechts-Tyteca, il existe des valeurs abstraites (comme la justice) et des valeurs concrètes qui s'attachent à une personne, un groupe ou un objet déterminé, (comme la France, l'Eglise,...) ; *Traité de l'argumentation*, *op. cit.*, pp. 103 et s. Même dans cette dernière hypothèse, les valeurs gardent, en tant que concepts, un degré d'abstraction.

de n'importe quelles valeurs mais de celles qui sont déjà intégrées dans le système juridique. En l'occurrence, on peut penser aux valeurs de sécurité juridique, d'une part, et de justice d'autre part. Le juge devra donc fournir une solution conforme à ces valeurs (197), non pas par un mécanisme de logique déductive, mais par une analyse en termes de rapport pratique de moyen à fin (198). Il n'y a donc pas à ce stade de véritable intégration puisqu'on ne fait que renvoyer à des valeurs déjà présentes au sein du système juridique.

Cependant, il va de soi que l'appréciation du délai dans un cas particulier devra s'opérer en choisissant et en pesant les différentes valeurs du système, et que cette opération ne pourra se faire qu'à l'aide d'éléments extérieurs, d'une part purement factuels — les circonstances de l'espèce —, de l'autre axiologiques — les éléments moraux que le juge sera amené à faire prévaloir en l'espèce (199). Si on reprend notre exemple, le fait que l'allongement d'un délai ait des conséquences sur la vie familiale de l'individu jugé plaidera pour un raccourcissement de ce délai, ce qui mène à faire prévaloir la justice sur la sécurité juridique. Ces éléments moraux — en l'occurrence la valeur de la famille — seront donc au centre du choix qui présidera à l'appréciation du « raisonnable », puisque c'est grâce à eux que les valeurs du système seront pesées et appréciées dans un cas particulier (200). La répétition de décisions dans lesquelles le juge reprendra ces éléments fera jurisprudence, de sorte que ces éléments seront à terme intégrés au système juridique, phénomène qui passera, comme pour les faits, par une formalisation dans un langage juridique clôturé.

On constate que le mécanisme d'intégration des valeurs s'apprécie dès l'énonciation et se poursuit lors de l'application de la règle. Le

(197) Voy. not. Aulis AARNIO, *Le rationnel comme raisonnable. La justification en droit*, *op. cit.*, p. 278.

(198) Comme le soulignent Michel VAN DE KERCHOVE et François OST, « L'idée fondamentale réside donc en ce que le droit peut être présenté, au moins pour partie, comme un 'système téléologique', c'est-à-dire comme un ensemble de règles considérées comme autant de moyens destinés à réaliser des fins, que l'on peut exprimer elles-mêmes en termes d'intérêts, de valeurs ou d'enjeux sociaux. L'articulation spécifique que suppose ce type de systématicité réside ainsi non plus dans un rapport logique de type déductif, mais dans un rapport pratique de moyen à fin » ; *Le système juridique entre ordre et désordre*, *op. cit.*, p. 100.

(199) *Ibidem*, p. 236.

(200) V. N. MC CORMICK, « On Reasonableness », *in* Ch. PERELMAN et R. VANDER ELST (sous la direction de), *Les notions à contenu variable en droit*, Travaux du C.N.R.L., Bruxelles, Bruylant, 1984, pp. 134 et s.

« raisonnable » joue un rôle essentiel puisqu'il permet de fonder le choix et la balance des valeurs du système. Le terme peut être assimilé à ce que des philosophes du langage ont appelé un *value-word*, dont l'usage implique un jugement de valeurs (201). Chaïm Perelman a exprimé une vision similaire en montrant que le « raisonnable » implique le choix d'une solution « socialement acceptable » (202), qui équivaut à une prise en compte et une appréciation des valeurs du système juridique considéré (203). On peut aussi relever que le terme « raisonnable » est le seul qui renvoie à la raison en maintenant à la fois des aspects de pure rationalité, notamment de logique formelle, et la prise en compte de valeurs ou de principes moraux (204), qui permettent de tempérer cette logique si les circonstances l'exigent (205). Si on reprend une terminologie wébérienne, on peut considérer que le « raisonnable » permet à un système juridique de se présenter comme formel alors qu'il existe une certaine porosité à des éléments matériels ou, en d'autres termes, la notion est un élément qui montre que le concept de droit formel n'est qu'un type idéal (206).

235. Finalement, la présence du « raisonnable » dans le discours dénote une fonction sur le plan de l'évolution du système dans le temps. Son utilisation traduit une adaptation à la survenance d'éléments intérieurs comme extérieurs, et le « raisonnable » se trouve aux confins de ce système, puisqu'il représente le passage par lequel

(201) H. Ph. VISSER'T HOOFT, « La philosophie du langage ordinaire et le droit », *A.P.D.*, 1972, p. 283.

(202) Voy. not. « A propos de l'idée d'un système de droit », *loc. cit.*, p. 73 ; « Jugement, règles et logique juridique », *in Le raisonnable et le déraisonnable en droit*, *loc. cit.*, p. 149.

(203) « Les conceptions concrète et abstraite de la raison et de la justice », *in Le raisonnable et le déraisonnable en droit*, *op. cit.*, p. 198 ; « La sauvegarde et le fondement des droits de l'homme », *in ibid.*, p. 53 ; « L'usage et l'abus de notions confuses », *ibid.*, p. 161. Voy. les commentaires de Jacques LENOBLE et François OST, *Droit, mythe et raison*, *op. cit.*, pp. 208-209.

(204) Voy. de manière plus générale ; Herbert L.A. HART, *Le concept de droit*, *op. cit.*, pp. 244-245 ; Michel VAN DE KERCHOVE et François OST, *le système juridique entre ordre et désordre*, *op. cit.*, pp. 180 et s. ; voy. aussi J. PARAIN-VIDAL, « La nature du concept juridique et la logique », *loc. cit.*, p. 55.

(205) Chaïm PERELMAN, « La réforme de l'enseignement du droit et la 'nouvelle réthorique' », *ibid.*, p. 79 ; « La justice réexaminée », *ibid.*, pp. 168-169 ; « Les conceptions concrète et abstraite de la raison et de la justice », *loc. cit.*, p. 198. La combinaison est avantageuse dans les deux sens ; Chaïm PERELMAN, « Le raisonnable et le déraisonnable en droit », *in Le raisonnable et le déraisonnable en droit*, *op. cit.*, p. 19.

(206) V. Max WEBER, *Sociologie du droit*, *op. cit.*, pp. 42 et s. ; v. aussi p. 164 et les commentaires de Julien FREUND, « La rationalisation du droit selon Max Weber », *A.P.D.*, 1978, pp. 81 et s.

un fait ou une valeur y sont intégrés (207). La raison, par l'intermédiaire de ses qualités d'unicité et de complétude que nous avons détaillées plus haut, est supposée concilier ainsi les valeurs de vérité et de justice qui fondent l'activité du juge (208).

Bien entendu, cette transformation du non-juridique en juridique est présentée comme une simple mise en œuvre de mécanismes internes ; le juge ne revendique pas l'introduction d'éléments nouveaux. C'est pourquoi l'autopoièse constitue un modèle intéressant non en ce qu'il exprimerait la réalité, mais en ce qu'il explique la représentation de cette réalité par les acteurs du système, en particulier les juges, qui affirment rester à l'intérieur des limites de ce système.

Le renvoi à la raison permet cette représentation par l'intermédiaire du discours, un peu sur le mode de la métaphore exposée par Hans Kelsen selon laquelle

> « le droit ressemble au roi Midas. Tout ce que celui-ci touchait se transformait aussitôt en or ; de façon analogue, tout ce que à quoi le droit à trait devient droit » (209).

Le « raisonnable » pourrait par analogie être assimilé à une pierre philosophale du juriste.

Conclusion

236. En décrivant la fonction de systématisation du « raisonnable » tant sur un plan synchronique (critères de complétude, de cohérence et d'unité) que sur un plan diachronique (maintien d'une certaine cohérence interne, et intégration d'éléments extérieurs de manière à préserver une qualité de système), on aura compris comment s'articulent les différentes fonctions techniques de la notion : une fonction d'adaptation de la règle à chaque cas particulier, et une fonction de renvoi au fondement de chaque opération du discours juridictionnel. De même, la fonction de systématisation permet de comprendre les mécanismes de collaboration entre les diffé-

(207) V. François Ewald, qui considère que « [...] la rationalité [...] serait comme le médium, l'interface entre le droit et le social », « Le droit du droit », *loc. cit.*, p. 251.

(208) Voy. not. Goubeaux, « Le droit à la preuve », *in La preuve en droit, op. cit.*, p. 301. Voy aussi plus généralement John Rawls, *Théorie de la justice*, Paris, Seuil, 1987, p. 29.

(209) Cité par Bernard Edelman, « Théorie et pratique juridique », *A.P.D.*, 1988, p. 145 ; la métaphore est aussi reprise par Jean Carbonnier, *Sociologie juridique*, *op. cit.*, p. 389.

rents acteurs du système, qui, par l'intermédiaire du modèle d'un « législateur rationnel », agissent théoriquement de manière complémentaire et coordonnée. La raison fournit en effet le concept qui, par définition, constitue le point commun unique des différents éléments et acteurs du système. En appeler à la raison, c'est en appeler à cette unité.

Ces considérations sont fondamentales pour expliquer l'utilisation constante du « raisonnable » en droit international, qui couvre à la fois les matières les plus diverses, et l'ensemble des opérations du syllogisme judiciaire. Cette utilisation traduit donc un souci constant de présenter le droit international comme un système unique, cohérent et complet, souci d'autant plus remarquable que, comme nous l'avons relevé, le droit international se dresse sur une « communauté » qui présente un faible degré d'intégration (1).

237. Pour conclure à ce sujet, on peut relever que les résultats de notre recherche qui montrent que le champ d'application du « raisonnable » est extrêmement étendu tendent à infirmer certains aspects des théories relativistes du droit, en tout cas dans la mesure où elles prétendent s'appliquer au droit international.

On peut ranger parmi ces théories ce que la doctrine a appelé le « réalisme américain » (2). Généralement considérée (3) comme une héritière de l'« Ecole historique » (4), cette doctrine tend à bouleverser la théorie du droit classique en ce qu'elle place au centre de l'analyse non plus la règle de droit, qui ne constitue qu'une prévision approximative du droit tel qu'il sera appliqué, mais les déci-

(1) Voy. encore Jean SALMON, « Les antinomies en droit international public », *in* Ch. PERELMAN (sous la direction de), *Les antinomies en droit*, Travaux du C.N.R.L., Bruxelles, Bruylant, 1965, p. 319.

(2) Pour une analyse de cette doctrine, qui regroupe en réalité plusieurs courants (qui ne répondent pas tous scrupuleusement aux caractéristiques que nous exposons ici), on consultera François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, F.U.S.L., 1987, pp. 192 et s. et Françoise MICHAUT, « L'approche scientifique du droit chez les réalistes américains », *in* P. AMSELEK (sous la direction de), *Théorie du droit et science*, Paris, P.U.F., 1994, pp. 265 et s.

(3) Voy. not. André-Jean ARNAUD, *Critique de la raison juridique. 1. Où va la sociologie du droit ?*, Paris, L.G.D.J., 1981, p. 100.

(4) Malgré un relativisme prononcé, l'Ecole historique recouvre une part importante de rationalisme et même de présentation sous forme de système, dans la mesure où elle présente les règles comme issues d'un concept commun, le *Volksgeist* ; ou encore la « raison historique » ; v. André-Jean ARNAUD, *ibid.*, p. 149 ; Alfred DUFOUR, « Rationnel et irrationnel dans l'Ecole du droit historique », *A.P.D*, tome XXIII, Formes de rationalité en droit, 1978, pp. 165 et s. ; Philippe RAYNAUD, « Max Weber et le problème de l'historicisme », *A.P.D.*, tome XXX, La jurisprudence, 1985, pp. 303-304. Voy. encore Alain RENAUT et Lukas SOSOE, *Philosophie du droit*, Paris, P.U.F., 1991, pp. 307 et s.

sions d'espèce, qui, seules constituent le droit tel qu'il existe dans la réalité (5). Suivant cette perspective, le juge est libre de s'émanciper des règles posées par le législateur (6) et, plus généralement, les décisions qu'il rend ne doivent pas être interprétées comme la mise en œuvre d'un système mais ne peuvent qu'être décrites comme une somme de particularités desquelles on pourra, éventuellement, induire une prévisibilité des décisions suivantes (7). Comme on le constate, cette théorie s'oppose à une vue unitaire et insiste sur le relativisme du droit (8).

Dans la même perspective, certains courants que l'on rattache au « postmodernisme » (9) prennent acte des enseignements de l'épistémologie contemporaine (10). S'il n'existe de réalité que re-présentée ou re-connue, il n'existe pas une mais une multiplicité de vérités, particulièrement en matière d'interprétation, des textes juridiques

(5) François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, « De la 'bipolarité des erreurs' ou de quelques paradigmes de la science du droit », *A.P.D.*, 1988, p. 196 ; François OST, « Jupiter, Hercule, Hermès : trois modèles du juge », *in* P. BOURETZ (sous la direction de), *La force du droit. Panorama des débats contemporains*, Paris, Esprit, 1991, pp. 251 et s.

(6) Jean CARBONNIER, *Sociologie juridique*, Paris, P.U.F.-Quadrige, 1re éd., 1994, p. 130 ; Renato TREVES, *Sociologie du droit*, Paris, P.U.F., 1995, p. 123 ; Michel VAN DE KERCHOVE, « Jurisprudence et rationalité juridique », *A.P.D.*, tome XXX, La jurisprudence, 1985, p. 240 ; Charles LEBEN, « Le principe d'égalité devant la loi et la théorie de l'interprétation judiciaire », *in* G. HAARSCHER (sous la direction de), *Chaïm Perelman et la pensée contemporaine*, Bruxelles, 1993, pp. 219 et s.

(7) Renato TREVES, *Sociologie du droit*, *op. cit.*, p. 125.

(8) Jean CARBONNIER, *Sociologie juridique*, *op. cit.*, pp. 145-146 ; Michel VAN DE KERCHOVE et François OST, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, P.U.F., 1988, p. 103 ; v. aussi W. FRIEDMAN, *Théorie générale du droit*, Paris, L.G.D.J., 1965, pp. 245 et s.

(9) Le terme, qui recouvre plusieurs courants de pensée, désigne de manière générale une remise en cause de la modernité, et donc de la raison, notamment en ce qu'elle implique une unité ou une universalité propres au genre humain (v. p. ex. Alain TOURAINE, *Critique de la modernité*, Paris, Fayard, 1992, pp. 216-226). Mais plusieurs philosophes que l'on rattache à ce mouvement ont eux-mêmes pris leurs distances avec le terme ; Richard RORTY préfère évoquer des « philosophes post-nietzchéens » ; v. Louis DUPRÉ, « Postmodernité ou modernité tardive ? », *in* G. HOTTOIS et M. WYEMBERGH (sous la direction de), *Richard Rorty. Ambiguïtés et limites du postmodernisme*, Paris, Vrin 1994, pp. 39 et s. L'auteur rejette d'ailleurs lui-même l'expression dans la mesure où la plupart des critiques « postmodernes » (désontologisation du langage, relativité de la « vérité »,...) ont déjà été intégrées dans la modernité ; v. pp. 46 et s. ; v. aussi la critique de Gilbert HOTTOIS, « Jeux de langages et pratiques technoscientifiques. La science postmoderne », *ibidem*, pp. 143 et s. V. enfin les réflexions de Eve SEGUIN, « A Modest Reason », *Theory, Culture & Society*, Vol. 11, n° 3, 1994, pp. 55 et s.

(10) Sur le plan épistémologique, cette tendance critique la notion de vérité objective pour lui substituer l'accord intersubjectif constitué par des jeux de langages ; v. Richard RORTY, *Science et solidarité. La vérité sans le pouvoir*, Paris, L'Eclat, 1990, p. 50, cité par Jean-Marc FERRY, « Les limites du contextualisme », *in Richard Rorty. Ambiguïtés et limites du postmodernisme*, *op. cit.*, pp. 96 et s. Cette option épistémologique a pour conséquence, sur le plan métaphysique, l'abandon de la recherche d'un fondement ultime, dont nous avons vu qu'il était représenté par la Raison ; v. l'exposé et la critique de Richard RORTY opérée par Marc VAN DEN BOSSCHE, « Il n'y a plus que des étants. Une lecture pragmatiste de Martin Heidegger », *ibid.*, pp. 127 et s.

notamment (11). Le juge a donc la possibilité, dans un contexte de dépérissement de l'État, d'établir non la décision fondée sur la volonté du législateur mais celle fondée sur sa volonté propre (12). Il n'y a pas de droit universel mais des réalités juridiques fragmentées (13).

Le résultat de nos recherches tend à démontrer que ces affirmations, qui ont été formulées à partir d'une analyse du droit interne, ne se reflètent pas dans le discours juridictionnel international. En renvoyant à la raison, le juge renvoie à l'unité et à l'universalité du système juridique international, en même temps qu'à une collaboration avec les auteurs des règles en suivant le modèle du « législateur rationnel ». Ainsi, si le juge a indéniablement un certain pouvoir créateur, ce pouvoir n'est pas neuf ni, surtout, illimité (14) et, au demeurant, il est perçu comme essentiel par le « législateur » lui-même pour permettre au système de s'adapter au faits et aux valeurs sociales qu'il tend à régir (15), ce qui, nous l'avons vu, s'opère notamment par l'intermédiaire du « raisonnable ». Même si ces théories peuvent prendre appui sur certains éléments, comme la diversité des valeurs qui entrent en compte dans une décision, le juge n'assume manifestement aucune autonomie ou en tout cas aucune émancipation vis-à-vis du système dans lequel il opère. Au contraire, en utilisant constamment le « raisonnable », il présente une réalité parfois effectivement fragmentée sous l'image d'un système cohérent et complet.

238. Cette utilisation de la raison dans le droit international donne, à l'inverse, des éléments à l'appui de théories insistant sur les aspects rationnels du discours juridique.

---

(11) Voy. la description et l'analyse de Jacques LENOBLE, « Repenser le libéralisme. Au-delà des critiques communautariennes et postmodernes », *in Mélanges François Rigaux*, Bruxelles, Bruylant, 1993, pp. 315 et s.

(12) Pauline MAISANI et Florence WIENER, « Réflexions autour de la conception post-moderne du droit », *Droit et Société*, n° 27, 1994, p. 446 ; Xavier DIEUX, « Vers un droit 'post-moderne' ? (Quelques impressions sceptiques) », *in Mélanges Jacques Velu*, Bruxelles, Bruylant, 1993, pp. 39-48.

(13) Voy. les commentaires de Michel MIAILLE, « Désordre, droit et science », *in Théorie du droit et science*, *op. cit.*, p. 96. Pour une critique de la présentation du droit comme système, voy. Helmut WILLKE, « Diriger la société par le droit ? », *A.P.D.*, tome XXXI, Le système juridique, 1986, p. 210.

(14) Michel VAN DE KERCHOVE, « Jurisprudence et rationalité juridique », *loc. cit.*, p. 240.

(15) Xavier DIEUX, « Vers un droit 'post-moderne' ?... », *loc. cit.*, n° 5 ; Herbert L.A. HART, *Le concept de droit*, Bruxelles, F.U.S.L., 1976, pp. 178-179 ; Stéphane RIALS, « Supraconstitutionnalité et systématicité du droit », *A.P.D.*, 1986, p. 76.

On pense évidemment en premier lieu à un sociologue du droit comme Niklas Luhmann qui donne au système une place centrale (16). Mais, sans aller aussi loin, d'autres théoriciens entendent préserver la raison au moins comme élément fondamental du discours juridique. Nous avons abondamment cité les travaux de Chaïm Perelman qui a insisté sur les fonctions du « raisonnable » au sein d'un système juridique (17), notamment par le biais du concept de l'« auditoire universel » (18). Nous avons aussi fait référence aux travaux de François Ost qui, avec Jacques Lenoble et Michel van de Kerchove, a démontré le rôle fondamental de la raison dans le droit contemporain, en tant que modèle qui guide l'activité des acteurs du système (19). On peut encore ajouter les travaux de Habermas qui tendent à dépasser le relativisme des valeurs par un maintien de l'universalité qui se réalise par une rationalité procédurale, sur laquelle nous aurons l'occasion de revenir (20).

A des degrés divers, il nous semble que le fruit de nos recherches accrédite une présentation rationaliste du discours juridique par opposition à des théories relativistes. La conclusion est tirée à partir d'une analyse strictement interne du système juridique. Il importe à présent de vérifier si elle vaut également à l'issue d'une analyse développée selon une perspective externe.

(16) Voy. les références *supra*, section 3, et les commentaires de André-Jean ARNAUD, *Critique de la raison juridique*, *op.cit.*, pp. 172 et s.

(17) Voy. les références reproduites *supra*. En particulier, v. Chaïm PERELMAN et Lucie OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, 5e éd., Bruxelles, Ed. U.L.B., 1988, pp. 675 et s., et Henri BATIFOL, « La justification en droit dans la pensée de Chaïm Perelman », *in* G. HAARSCHER et L. INGBER (sous la direction de), *Justice et argumentation. Essais à la mémoire de Chaïm Perelman*, Bruxelles, Ed. U.L.B., 1986, pp. 155-159. Pour Michel VAN DE KERCHOVE et François OST, la pensée de Perelman consacre un « système assoupli, mais système néanmoins » ; *Le système juridique entre ordre et désordre*, *op. cit.*, p. 133.

(18) Jerzy WROBLEWSKI, « Logique juridique et logique de l'argumentation chez Chaïm Perelman », *ibidem*, p. 182 et Guy HAARSCHER, « Après Perelman », *ibid.*, p. 224. Cette référence centrale à la raison a entraîné des comparaisons avec d'autres penseurs modernes ; v. p. ex. William KLUBACK, « Raymond Aron and Chaïm Perelman, men for the same cause », *ibid.*, p. 220.

(19) Voy. les nombreuses références reprises dans ce chapitre, et partic. Michel VAN DE KERCHOVE et François OST, *Le système juridique entre ordre et désordre*, *op. cit.* et Jacques LENOBLE et François OST, *Droit, mythe et raison. Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique*, Bruxelles, F.U.S.L., 1980.

(20) Voy. *infra*, Chapitre V, section 2. Voy. les commentaires de Jacques LENOBLE, « Repenser le libéralisme. Au-delà des critiques communautariennes et postmodernes », *loc. cit.*, pp. 329 et s. et, du même auteur, « La théorie de la cohérence narrative en droit. Le débat Dworkin-Mc Cormick », *A.P.D.*, 1988, p. 136.

CHAPITRE IV

LE FONCTIONS IDÉOLOGIQUES DE L'UTILISATION DU « RAISONNABLE »

239. Notre point de vue nous a amené jusqu'ici à nous abstenir intentionnellement de critiquer les propriétés que le locuteur prétend trouver dans le « raisonnable ». C'est à cette tâche que nous nous attellerons à présent, en nous basant sur l'ensemble des enseignements dégagés dans le chapitre précédent pour les envisager sous un angle qui inclut le rôle et l'influence des rapports de force sur le droit. Nous qualifierons dans cette perspective les fonctions d'« idéologiques ». L'« idéologie » a fait l'objet de multiples définitions (1) et de controverses doctrinales (2), dans lesquelles nous n'entrerons pas. Nous reprendrons pour les besoins de la présente étude la définition d'Althusser, pour qui l'idéologie est

> « [...] un système (possédant sa logique et sa rigueur propres) de représentations (images, mythes, idées ou concepts selon les cas) doué d'une existence et d'un rôle historique au sein d'une société donnée » (3).

L'idéologie est donc présentée de manière neutre et non, comme dans la doctrine marxienne, liée de manière péjorative à une falsification de la réalité (4).

240. Deux fonctions seront analysées dans cette perspective. D'abord, l'utilisation du « raisonnable » remplit une fonction de légitimation du discours (section 1). Cette légitimation ne produit ses effets que parce que la notion occulte les solutions de remplacement,

---

(1) Voy. de manière générale Raymond BOUDON et François BOURRICAUD, *Dictionnaire critique de la sociologie*, Paris, P.U.F., 4e éd., 1994, pp. 295 et s. et A.-J. ARNAUD (sous la direction de), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, L.G.D.J., Bruxelles, Story-Sciencia, 1988, pp. 177 et s.

(2) Voy. à ce sujet Raymond BOUDON, *L'idéologie, ou l'origine des idées reçues*, Paris, Fayard, coll. « points », 1986, pp. 29 et s. et Gérard DUPRAT (sous la direction de), *Analyse de l'idéologie*, tome 2 : thématiques, Centre d'études de la pensée politique, Paris, Galilée, 1984, pp. 13 et s.

(3) *Pour Marx*, Paris, *La découverte-poche*, 1996, p. 238.

(4) Voy. Friedrich ENGELS et Karl MARX, *L'idéologie allemande*, Paris, Nathan, 1989, pp. 38 et s., sp. p. 44 ; pour une définition plus récente de cet ordre, v. Monique CHEMMILIER-GENDREAU, « Rapport sur la fonction idéologique du droit international », *Annales de la Faculté de droit et de sciences économiques de Reims*, Reims, A.R.E.S., 1974, p. 224. Voy. Fernand DUMONT, *Les idéologies*, Paris, P.U.F., 1974, pp. 45 et s.

ce qui constitue l'autre fonction idéologique du « raisonnable » (section 2). On constate donc dès l'origine que les deux fonctions sont étroitement liées. La séparation qui sera opérée est donc surtout intellectuelle ; la légitimation et l'occultation doivent être considérées comme les deux faces d'une même médaille. Comme dans le chapitre précédent, la fonction sera remplie à la fois par le « raisonnable » de manière directe, et par la raison à laquelle l'adjectif renvoie.

Ces fonctions étant idéologiques et tirant leur efficacité d'une occultation, il va de soi que les exemples que nous proposerons à l'appui de notre démonstration ne constitueront pas des affirmations expresses de la fonction envisagée (5). Il s'agira donc d'interpréter des éléments de la pratique mais, contrairement à certains passages consacrés aux fonctions techniques, ces éléments ne seront, par définition, pas péremptoires. On peut toutefois opérer une distinction : la fonction de légitimation apparaît de manière beaucoup plus directe et ostensible que celle d'occultation qui, par définition, ne sera jamais déclarée. On peut donc qualifier cette dernière de fonction « latente », en reprenant la même terminologie que dans le chapitre précédent (6).

Enfin, l'on constatera que les fonctions idéologiques sont souvent déduites de certaines propriétés du « raisonnable » que nous avons analysées dans le cadre des fonctions techniques, comme par exemple la représentation des faits à l'aide de la raison. Nous pourrons donc nous appuyer sur le chapitre précédent, à la lecture duquel il sera fréquemment renvoyé. A ce sujet, il va de soi que l'analyse de fonctions idéologiques ne signifie nullement la négation de fonctions techniques : au contraire, l'efficacité de celles-là suppose la réalisation de celles-ci.

Section 1re. — Une fonction de légitimation

241. Le « raisonnable » est utilisé par tous les acteurs du droit international : les États lorsqu'ils élaborent une convention, les juges lorsqu'ils énoncent une règle coutumière, établissent le fait ou

(5) L'association est exceptionnellement exprimée explicitement ; v. p.ex. « raisonnable » et « légitime » ; C.I.J., Affaire de la *Barcelona Traction*, *Recueil 1964*, p. 21.

(6) V. *supra*, § 127 et note 3.

interprètent le droit, la doctrine qui systématise la matière (1). Ce faisant, ces acteurs tendent à légitimer la position qu'ils adoptent par rapport aux destinataires de leurs discours respectifs.

Par « légitimer », nous entendons très généralement « présenter comme légitime » (2), terme défini dans le dictionnaire Lalande de la façon suivante :

> « Se dit de tout acte, de toute attitude, de tout sentiment, de toute parole dont le sujet est considéré comme étant à cet égard dans son bon droit » (3).

En affirmant que sa position est « raisonnable », l'utilisateur affirme donc que son raisonnement, sa qualification, son interprétation sont conformes à la raison, ne sont pas arbitraires. Il y a bien une fonction de légitimation.

Nous nous garderons bien de déduire de la présentation d'une position comme étant légitime qu'elle remplit effectivement des critères de légitimité, quels qu'ils soient. Ce qui nous paraît essentiel, c'est la *prétention* à la légitimité, tout comme c'est la *prétention* à la systématicité du droit international qui a retenu notre attention dans le chapitre précédent (4).

242. Cette justification prendra des aspects différents selon son destinataire (5). Lorsqu'il motive une décision, le juge vise ainsi en premier lieu à convaincre les États parties au litiges (6) mais, au-delà, il s'adresse à l'ensemble de la communauté des juristes de droit international et, dans certains cas, aux opinions publiques de

---

(1) Voy. l'ensemble des exemples mentionnés plus haut, ainsi que Jean SALMON, « Les notions à contenu variable en droit international public », in Ch. PERELMAN et R. VANDER ELST (sous la direction de), *Les notions à contenu variable en droit*, Travaux du C.N.R.L., Bruxelles, Bruylant, 1984, pp. 263-264.

(2) Et non pas « rendre légitime », selon l'expression du dictionnaire publié par Gérard CORNU (sous la direction de), *Vocabulaire juridique*, Paris, P.U.F., 2e éd. 1990. Les définitions de la légitimité sont nombreuses (v. p. ex., pour des définitions reprises dans l'optique du droit international, Thomas M. FRANCK, *The Power of Legitimacy among Nations*, New York, Oxford, Oxford University Press, 1990, pp. 16 et s.). Nous nous limiterons dans les lignes qui suivent à l'expression prise dans son sens commun.

(3) *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, P.U.F., 3e éd. Quadrige, 1993.

(4) *Supra*, chapitre III, section 3.

(5) Voy. à ce sujet la « théorie de l'auditoire », déjà évoquée dans le chapitre précédent, exposée dans Chaïm PERELMAN et Lucie OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, 5e éd., Bruxelles, Ed. U.L.B., 1992, pp. 23 et s. ; en droit international, v. Jean SALMON, « Le fait dans l'application du droit international », *R.C.A.D.I.*, 1982-II, t. 175, pp. 392-393.

(6) V. Max GOUNELLE, *La motivation des actes juridiques en droit international public*, Paris, Pedone, 1979, pp. 101 et 103. Dans certains cas, il s'agit d'autres destinataires, comme en atteste la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

certains États concernés (7). Dans ce contexte, la notion sera utilisée à un double titre.

Le « raisonnable » visera d'abord à légitimer une position juridique individuelle en la présentant comme parfaitement conforme au système juridique. En matière d'établissement des faits, par exemple, la « certitude raisonnable » est une notion justifiant le choix d'une version particulière qui a été privilégiée par rapport à d'autres.

De manière plus diffuse, mais peut-être plus fondamentale aussi, la notion peut être interprétée comme le signe d'une volonté de légitimer le système juridique dans son ensemble. En affirmant que telle règle ou que telle opération juridictionnelle est « raisonnable », on choisit de se justifier en renvoyant au système de références que représente le droit international, qui se voit ainsi indirectement légitimé comme mode adéquat de règlement des différends. C'est ce que souligne Anne Lagneau-Devillé au sujet du postulat de « rationalité du législateur » qui, comme nous l'avons relevé, est intimement lié à l'utilisation du « raisonnable » :

> « [...] à un second niveau, le recours au postulat de la rationalité du législateur peut également être envisagé comme une justification, à usage à la fois interne et externe, vis-à-vis des magistrats et vis-à-vis des justiciables, de l'institution juridique dans son ensemble (le droit, l'organisation judiciaire, la fonction des magistrats), institution présentée comme une construction 'idéale', c'est-à-dire à la fois parfaite et issue de la contemplation de la seule Raison, dont on masque ainsi la dimension politique 'réaliste' » (8).

Nous analyserons successivement ces deux aspects de la fonction de légitimation dans le règlement juridictionnel international.

A. — *Une fonction de légitimation d'une solution juridique particulière*

243. Dans le chapitre précédent, nous avons constaté que toutes les étapes du discours juridique étaient jalonnées de choix : choix entre diverses versions des faits, entre interprétations juridiques divergentes ou modes possibles de raisonnement. Nous avons égale-

(7) Voy. à ce sujet Lyndel V. PROTT, « The Justification of the Decisions in the International Court of Justice », *in* Ch. PERELMAN et P. FORIERS (sous la direction de), *La motivation des décisions de justice*, Travaux du C.N.R.L., Bruxelles, Bruylant, 1978, pp. 331-332.

(8) Anne LAGNEAU-DEVILLÉ, « Questions sociologiques à propos de l'interprétation en droit », *in* Michel van DE KERCHOVE (sous la direction de), *L'interprétation en droit. Approche multidisciplinaire*, Bruxelles, F.U.S.L., 1978, p. 548.

ment montré que l'utilisation du « raisonnable », en tant que renvoi à la raison, remplissait une fonction de renvoi au fondement de chacune de ces opérations, fonction essentiellement technique en ce qu'elle permettait au juge de remplir sa mission, la raison présentant une solution palliant l'absence de certitude absolue (établissement du fait), d'intention commune à dégager (interprétation de la règle) ou de logique formelle à mettre en œuvre (discours juridictionnel) (9).

A ce stade, il faut mettre l'accent sur le caractère idéologique de l'utilisation du raisonnable, puisque la notion fonde le choix sur le plan scientifique mais en même temps le légitime sous l'angle de l'argumentation. On peut reprendre le dilemme juridictionnel dans cette perspective. D'un côté, le juge est constamment amené à opérer des choix : c'est lui qui donne une signification exacte à une règle par la voie de son interprétation (10). Ces choix impliquent un pouvoir créateur qui n'est contesté par personne, que ce pouvoir soit accepté ou dénoncé (11) ; le respect de la volonté des États n'est qu'un postulat, toujours réaffirmé, souvent illusoire, particulièrement lorsque la volonté commune n'a en réalité jamais existé (12). D'un autre côté, le juge est dépourvu de toute autorité pour créer le droit, puisqu'il doit se limiter à dégager la volonté des États à partir de l'interprétation des normes auxquelles ils ont souscrit. Il y a donc un besoin accru de légitimation d'une décision juridiction-

(9) Pour le détail de la démonstration, on se reportera au chapitre III, section 2.

(10) Voy. les développements reproduits *supra*, chapitre III, section 2.

(11) V. Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, Neuchâtel, Ed. de la Baconnière, 1988, pp. 153-154 ; Jean SALMON, « Le fait dans l'application du droit international », *loc. cit.*, pp. 385 et s., et, du même auteur, « L'autorité des prononcés de la Cour internationale de La Haye », *in* G. HAARSCHER, L. INGBER et R. VANDER ELST (sous la direction de), *Arguments d'autorité et arguments de raison en droit*, Travaux du C.N.R.L., Bruxelles, Nemesis, 1988, p. 47 ; Pierre-Marie DUPUY, « Le juge et la règle générale », *R.G.D.I.P.*, 1989, p. 571 ; Emile GIRAUD, « Le droit international public et la politique », *R.C.A.D.I.*, 1963-III, t. 110, pp. 458-459 et p. 460. V. aussi Jean PRIEUR, « Jurisprudence et principe de séparation des pouvoirs », *A.P..D.*, 1985, p. 118 ; Paul FORIERS, « L'interprétation juridique, ses méthodes et l'activité du juge », *in La pensée juridique de Paul Foriers*, Travaux du C.N.R.L., Bruxelles, Bruylant, 1982, pp. 711 et s. ; François TERRÉ, « L'office du juge et la rhétorique. L'apport de Perelman », *in* G. HAARSCHER (sous la direction de), *Chaïm Perelman et la pensée contemporaine*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 250 ; Valentin PETEV, « Jugement juridique et jugement moral », *A.P.D.*, tome XXXIX, Le procès, 1995, p. 217 ; Pierre MAHILLON, « Le rôle du juge dans l'interprétation : tension ou extension », *in L'interprétation...*, *op. cit.*, p. 574. A propos de la convention européenne des droits de l'homme, v. p. ex. Jacques VELU et Rusen ERGEC, *La convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1990, p. 53, n° 53 et Michel MELCHIOR, « Notions 'vagues' ou 'indéterminées' et 'lacunes' dans la convention européenne des droits de l'homme », *in* F. MATSCHER et H. PEZOLD (sous la direction de), *Mélanges Wiarda*, Cologne, Carl Heymanns Verlag K.G., 1988, p. 202.

(12) Voy. à ce sujet *supra*, chapitre III, section 2.

nelle, besoin qui peut expliquer l'utilisation fréquente du « raisonnable ».

En effet, affirmer qu'on a adopté une « interprétation raisonnable » ou qu'on a établi les faits « au-delà de tout doute raisonnable », c'est justifier le choix subjectif (13) d'une solution et le rejet des solutions de remplacement (1). On peut même considérer que l'utilisation du « raisonnable » est essentiellement motivée par ce souci de légitimation (2).

1. *Le « raisonnable » comme outil de légitimation*

244. Les exemples jurisprudentiels où le « raisonnable » est utilisé de manière à légitimer un choix juridique sont légion.

Dans bien des cas, la justification s'opère de manière positive ; le juge conforte sa solution à l'aide de la notion. Ainsi, dans l'affaire du *Golfe du Maine*, une Chambre de la Cour affirme que

> « la méthode de l'équidistance, si attaquée, *donnait une solution raisonnable* de la séparation demandée par les parties entre leurs zones de plateaux continentaux et de pêche [...] la ligne d'équidistance aboutit d'ordinaire à un *partage raisonnablement égal* entre les deux côtes » (14).

Le « raisonnable » est manifestement utilisé pour légitimer une méthode de délimitation par préférence à d'autres qui auraient pourtant pu être privilégiées, et qui l'ont d'ailleurs été dans d'autres affaires similaires en utilisant également le « raisonnable » (15). En matière d'interprétation, la notion justifie à l'occasion une émancipation spectaculaire par rapport au texte pris dans son sens ordinaire. Dans l'affaire du *Plateau continental de la Mer Egée*, la Cour a refusé d'assimiler le terme « notamment » à « y compris », ce qui correspond pourtant à l'acception usuelle, en invoquant un principe

(13) V. p.ex. Jerzy WROBLEWSKI, « L'interprétation en droit : théorie et idéologie », *A.P.D.*, 1972, pp. 63 et s.

(14) Nous soulignons ; C.I.J., *Recueil 1984*, p. 386, § 42, et p. 387, § 44.

(15) Par exemple, dans l'affaire du *Plateau continental (Libye-Malte)*, la Cour considère que les ressources naturelles contenues dans les plateaux continentaux « pourraient effectivement constituer des circonstances pertinentes qu'il pourrait être raisonnable de prendre en considération... » ; C.I.J., *Recueil 1985*, p. 41, § 50 ; v. en ce sens, C.I.J., Affaire du *Plateau continental de la mer du nord*, *Recueil 1969*, p. 54, § 101. Dans une toute autre matière, dans l'affaire du *T.A.N.U.*, la Cour, chargée de contrôler l'exercice de sa compétence discrétionnaire par le tribunal administratif, « doit se borner à conclure que l'indemnité n'a rien de si déraisonnable qu'elle se situe hors des limites du pouvoir discrétionnaire du tribunal » (C.I.J., *Recueil 1973*, pp. 196-197, §§ 64-65). Ici aussi, une autre solution aurait pu être préconisée, mais elle est écartée en invoquant le « raisonnable ».

d'interprétation lié au « résultat déraisonnable » (16). La fonction de légitimation d'un choix particulier est en pareil cas particulièrement ostensible.

Le « raisonnable » est par ailleurs souvent utilisé de manière négative, c'est-à-dire pour critiquer une solution de remplacement. Un juge remarquait incidemment que chacune des parties avait « soutenu que l'interprétation opposée à la sienne conduisait à des résultats qui étaient, sinon manifestement absurdes, du moins déraisonnables » (17). La notion constitue donc bien une arme utilisée dans l'argumentation.

L'exemple le plus spectaculaire est peut-être constitué par les opinions dissidentes du juge Schwebel lors des différentes phases de l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*. Le juge américain a fréquemment invoqué le « raisonnable » pour remettre en cause les choix de la Cour, alors que celle-ci se fondait elle-même sur la notion. Au stade de la recevabilité, la Cour a refusé de donner effet au retrait par les États-Unis de leur acceptation de sa juridiction parce qu'ils n'avaient pas laissé de « préavis raisonnable », même si la déclaration d'acceptation du Nicaragua — invoquée par réciprocité — ne prévoyait pas de préavis. Le juge Schwebel rejette cette conclusion sur base du raisonnement suivant :

> « Est-il [le Nicaragua] libre de le faire [dénoncer son acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour] à tout moment, ou seulement moyennant un 'préavis raisonnable' ? A la lumière de la pratique afférente aux déclarations d'adhésion à la clause facultative, dont un grand nombre autorisent la dénonciation ou la modification, non pas après un 'préavis raisonnable' ou un délai spécifié, mais immédiatement, la réponse raisonnable à cette question raisonnable est que le Nicaragua a le droit de mettre fin immédiatement à sa déclaration par voie de notification » (18).

Ce passage est particulièrement intéressant pour démontrer la fonction de légitimation induite par l'utilisation de la notion, puisque le juge critique une solution basée sur le « raisonnable » en invoquant à son tour le « raisonnable » (19).

(16) C.I.J., *Recueil 1978*, pp. 22 et s., §§ 51 et s.

(17) C.I.J., Affaire *ELSI*, *Recueil 1989*, op. diss. Schwebel, p. 97.

(18) C.I.J., *Recueil 1984*, op. diss., p. 624, § 104.

(19) D'autres juges ont également procédé de la sorte. Ainsi, le juge Jennings considère que « la pratique des Etats qui ont accepté la juridiction au titre de la clause facultative indique nettement qu'une notification avec effet immédiat est une notification raisonnable » ; *Recueil 1984*,

Le même juge a encore utilisé la notion pour critiquer un certain nombre de conclusions émises lors du jugement au fond. Il a ainsi contesté l'établissement d'un fait, l'interprétation d'une règle ou une étape du raisonnement de la Cour en considérant que la solution n'était pas raisonnable (20). Pour ne reprendre qu'un exemple, le juge Schwebel estime que

> « après de nombreux mois d'expérience malheureuse, les États-Unis pouvaient *raisonnablement conclure*, vers la fin de 1981, qu'il n'y avait aucune chance que l'insurrection au Salvador se calme s'ils ne coupaient pas la route à l'intervention étrangère qui la soutenait et qu'il n'y avait aucune chance que le Nicaragua cesse son intervention à moins d'être contraint [ce qui les autorisait à] prendre des *mesures raisonnables* et nécessaires pour faire cesser rapidement l'agression » (21),

la Cour considérant en revanche que

> « [...] la réaction des États-Unis, dans le cadre de ce que ce pays considère comme l'exercice d'un droit de légitime défense collective, s'est poursuivie longtemps après la période durant laquelle toute agression armée supposée de la part du Nicaragua pouvait *raisonnablement* être envisagée » (22).

Il s'agit bien, comme dans plusieurs autres exemples mentionnés, de légitimer des solutions radicalement contradictoires en utilisant le « raisonnable ». La fonction idéologique de légitimation est manifeste en semblable circonstance (23).

245. La doctrine a mis en évidence semblable fonction en érigeant le « raisonnable » comme critère essentiel dans l'argumentation.

De manière générale, la théorie de l'argumentation a ainsi opposé à la liberté illimitée du locuteur la nécessité de respecter le critère du « raisonnable » (24). Il n'existe pas un seul argument mais une

---

p. 550 ; au sujet d'une autre partie du raisonnement de la Cour, v. encore l'op. diss. du juge SCHWEBEL, pp. 575, § 54, 594 § 51, 595, § 54 et 617, § 23.

(20) Voy. p.ex. C.I.J., *Recueil 1986*, op. diss., pp. 285, § 46, 313, § 112, 314, § 113, 330, § 152, 364, § 203 et 369, § 214.

(21) Nous soulignons ; C.I.J., *Recueil 1986*, op. diss., p. 364, § 203.

(22) Nous soulignons ; C.I.J., *Recueil 1986*, p. 123, § 237.

(23) On pourrait multiplier les exemples. Dans l'affaire du *Temple de Préah Vihéar*, le juge Wellington Koo critique le raisonnement de la Cour qui a conclu à l'acceptation de la frontière par la Thaïlande, notamment sur base de son absence de protestation pendant un « délai raisonnable », en utilisant à plusieurs reprises le « raisonnable » ; voy. C.I.J., *Recueil 1962*, op. diss., pp. 84, 88 et 91.

(24) Voy. Chaïm PERELMAN et Lucie OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation*, *op. cit.*, not. pp. 594-595

multitude d'arguments valables (25), parmi lesquels il importera de choisir pour convaincre tel ou tel auditeur (26). Mais la validité de l'argument suppose qu'il reste dans les limites du raisonnable, à défaut de quoi il est taxé d'arbitraire (27). Il s'agit bien d'un critère de légitimation puisque son respect conditionne la recevabilité d'un argument (28).

Parmi une infinité de lignes de raisonnement possibles, le juge devra donc en choisir une propre à emporter la conviction (29), et c'est dans cette perspective qu'il affirmera que telle ou telle étape, ou encore que la décision dans son ensemble, est bien « raisonnable » (30). A cet égard, la plasticité de la notion peut aussi constituer un avantage dans la mesure où le juge préférera donner l'image d'un argument particulièrement souple qui s'oppose à la rigidité de la thèse des parties (31).

Divers auteurs ont mis en évidence la force de légitimation de la raison combinant des aspects de pure rationalité et d'acceptabilité sociale (32). L'image du « législateur rationnel », qui permet au juge de présenter sa solution comme rattachée logiquement à un ordre supérieur constitué par le système juridique, concourt ainsi à l'effi-

(25) V. not. Jerzy WROBLEWSKI, « La règle de décision dans l'application judiciaire u droit », *in* Ch. PERELMAN (sous la direction de), *La règle de droit*, Travaux du C.N.R.L., Bruxelles, Bruylant, 1971, pp. 92-93 et Enrico PATTARO, « Les principes généraux de droit entre raison et autorité », *in Arguments d'autorité et arguments de raison en droit, op. cit.*, 1988, p. 279.

(26) Chaïm PERELMAN, « La philosophie du pluralisme et la nouvelle rhétorique », *in Revue internationale de philosophie*, 1979, n^os^ 127-128, La nouvelle rhétorique. Essais en hommage à Chaïm Perelman, p. 16.

(27) Chaïm PERELMAN, « La motivation des décisions de justice. Essai de synthèse », *in La motivation des décisions de justice*, *op. cit.*, p. 421.

(28) Voy. not. François OST et Michel van DE KERCHOVE, *Entre la lettre et l'esprit. Les directives d'interprétation en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1989, p. 33. La légitimité s'étend même à davantage qu'aux arguments, puisqu'elle concerne aussi le fondement de toute chose. Comme le signale HEIDEGGER, « quelque chose n'est, *c'est-à-dire n'est légitimé comme étant*, que s'il est énoncé dans une proposition qui satisfasse au principe de raison [...] » ; nous soulignons ; *Le principe de raison*, Paris, Gallimard-tel, 1962, p. 82.

(29) Paul MARTENS, « L'irrésistible ascension du principe de proportionalité », *in Mélanges Jacques Velu*, Bruxelles, Bruylant, 1993, pp. 63-64.

(30) Luc SILANCE, « La règle de droit dans le temps » *in La règle de droit, op. cit.*, pp. 56-57. De manière particulière au droit international, v. Michel VIRALLY, « Le champ opératoire du règlement juridictionnel international », *R.G.D.I.P.*, 1983, p. 309 et Lyndel V. PROTT, « The Justification of Decisions in the I.C.J. », *loc. cit.*, pp. 331 et s.

(31) Voy. Chaïm PERELMAN et Lucie OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation*, *op. cit.*, p. 185.

(32) V. p. ex. Jerzy WROBLEWSKI, « Motivation de la décision judiciaire », *in La motivation des décisions judiciaires*, *op. cit.*, p. 119 et Françoise MICHAUT, « *Law's Empire* de Ronald Dworkin », *A.P.D.*, 1988, pp. 116-117.

cacité sociale de la décision (33). Cela peut aussi expliquer la liberté parfois prise avec le texte lorsque son application littérale mène à un résultat inacceptable aux yeux du juge, qui invoque en pareil cas le rejet d'un « résultat manifestement déraisonnable » (34).

246. La fonction de légitimation de la raison a aussi été envisagée sous un angle plus psychologique. On a ainsi montré que le choix était opéré à l'origine sur base de critères passionnels ou en tout cas irrationnels, et que ce n'est qu'ensuite que la raison était mise en œuvre pour justifier le choix (35). La décision dépend en premier lieu des connaissances du juge, de son éducation, de son milieu social, de sa démarche épistémologique, de ses opinions politiques, de ses prédispositions du moment (36), tous ces paramètres jouant par rapport au cas dont il est saisi. Mais ces motifs, pour autant qu'ils puissent l'être, ne sont évidemment pas mentionnés par le juge dans sa motivation (37). Celui-ci préfère se justifier en présentant, *a posteriori*, des arguments qui sont souvent agencés sur la base de la raison (38). Le « raisonnable » légitimerait dans cette perspective une position irrationnelle.

---

(33) Michel VAN DE KERCHOVE et François OST, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, P.U.F, 1988, p. 146.

(34) Voy. la synthèse opérée par A. BAYART, « Le centre national belge de recherches de logique », *A.P.D.*, 1966, pp. 175 et s. et, par ailleurs, François OST et Michel van de KERCHOVE, « Interprétation », *A.P.D.*, 1990, p. 174.

(35) Voy. de manière générale en droit international, Charles de VISSCHER, *Problèmes d'interprétation judiciaire en droit international public*, Paris, Pedone, 1963, p. 13. L'analyse n'est nullement limitée au droit mais recouvre toute argumentation. On peut rappeler les propos de Pascal, selon lequel, « M. de Roannez disait : 'les raisons me viennent après, mais d'abord la chose m'agrée ou me choque sans en avoir la raison, et cependant cela me choque par cette raison que je ne découvre qu'ensuite'. Mais je crois, non pas que cela le choquait pour ces raisons qu'on trouve après, mais qu'on ne trouve ces raisons que parce que cela choque » ; cité par Max GOUNELLE, *La motivation des actes juridiques en droit international public*, *op. cit.*, p. 106.

(36) Voy. not. Martti KOSKENNIEMI, *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument*, Helsinki, Lakimiesliiton Kustannus, 1989, p. 448 ; Jerzy WROBLEWSKI, « L'interprétation en droit : théorie et idéologie », *A.P.D.*, 1972, pp. 55 et s. et, du même auteur, « Motivation de la décision judiciaire », *in La motivation des décisions de justice*, *op. cit.*, p. 117 ; Léon HUDSON, « Les trois dimensions de la motivation judiciaire », *ibid.*, pp. 73 et s. ; G. KALINOWSKI, « Philosophie et logique de l'interprétation en droit. Remarques sur l'interprétation juridique, ses buts et ses moyens », *A.P.D.*, 1972, p. 42 ; André-Jean ARNAUD, « Le médium et le savant. Signification politique de l'interprétation juridique », *A.P.D.*, 1972, p. 167 ; Anne LAGNEAU-DEVILLÉ, « Questions sociologiques à propos de l'interprétation en droit », *in L'interprétation en droit. Approche multidisciplinaire*, *op. cit.*, pp. 534 et s. ; Marianne SALUDEN, « La jurisprudence, phénomène sociologique », *A.P.D.*, 1985, p. 192.

(37) Jerzy WROBLEWSKI, « Motivation de la décision judiciaire », *loc. cit.*, p. 131.

(38) Philippe JESTAZ, « Le langage et la force contraignante du droit (ou 'des bœufs et des hommes') », *in* L. INGBER (sous la direction de), *Le langage du droit*, Travaux du C.N.R.L., Bruxelles, Nemesis, 1991, p. 74 ; François OST et Michel van de KERCHOVE, « Interprétation », *loc. cit.*, p. 174 ; v. enfin Paul FORIERS, « L'interprétation juridique, ses méthodes et l'activité du juge » *loc. cit.*, p. 718.

Il ne faut cependant pas exagérer cette dimension passionnelle de l'argumentation (39). Il est extrêmement difficile de démontrer qu'un choix est à l'origine dépourvu de toute rationalité. La raison préstructure la pensée par l'éducation de toute personne dès sa naissance, et détermine sans doute au moins en partie la formation de ses opinions et de ses choix, en particulier en matière d'interprétation (40). Il est donc pour le moins abusif de prétendre que la raison ne fait que dissimuler des phénomènes irrationnels de passion, d'intuition ou d'imagination.

Mais il est incontestable que la motivation ne consiste pas en l'exposé des motifs réels du choix mais en un discours rationalisé selon les critères du système juridique dans lequel elle s'inscrit. Le « raisonnable » a à cet égard une fonction essentielle de légitimation d'une décision juridique individuelle.

247. De manière plus générale, on a aussi relevé que le juge tirait sa légitimité de la raison, puisqu'il ne dispose pas, en vertu de la théorie des sources formelles du droit, de l'autorité nécessaire pour créer une règle (41). Le juge ne peut que préciser ou mettre en œuvre la volonté des États dans des cas particuliers et, conformément au modèle du « législateur rationnel », il opère sur la seule base de la raison. Celle-ci fonde l'ensemble de sa motivation (42), et légitime donc toute son activité juridictionnelle (43).

Certains théoriciens poussent le raisonnement jusqu'à privilégier la jurisprudence comme source du droit, le juge étant assimilé à la raison, le législateur à l'autorité (44). Dans cette perspective, seul le juge serait apte à rendre le droit socialement acceptable en le mettant en application à des cas particuliers, le législateur n'étant

(39) V. à ce sujet les réflexions de Charles de VISSCHER, *Problèmes d'interprétation judiciaire en droit international public*, *op. cit.*, pp. 13 et s.

(40) Aulis AARNIO, *Le rationnel comme raisonnable. La justification en droit*, Bruxelles, Story Scientia, Paris, L.G.D.J., 1992, p. 237 ; François OST, « L'interprétation logique et systématique et le postulat de rationalité du législateur », *in L'interprétation en droit. Approche multidisciplinaire*, *op. cit.*, p. 114.

(41) Voy. de manière générale, G. HAARSCHER, L. INGBER et R. VANDER ELST (sous la direction de), *Arguments d'autorité et arguments de raison en droit*, *op. cit.*

(42) V. la définition de la motivation comme exposé des raisons, ou comme un « raisonnement », *supra*, Chapitre I, Section 4, B.

(43) V. Luigi LOMBARDI VALLAURI, « Jurisprudence », *A.P.D.*, 1990, p. 199 ; Stéphane RIALS, « Supraconstitutionnalité et systématicité du droit », *A.P.D.*, 1986, p. 76. V. aussi Antoine WINCKLER, « Précédent : l'avenir du droit », *A.P.D.*, 1985, p. 140 et Valentin PETEV, « Structures rationnelles et implications sociologiques de la jurisprudence », *A.P.D.*, 1985, p. 189.

(44) V. à ce sujet Guy HAARSCHER, « Essai de synthèse », *in Arguments d'autorité et arguments de raison en droit*, *op. cit.*, p. 363.

capable que d'énoncer des règles rigides, dont la mise en œuvre apparaîtrait, sans l'intervention du juge, arbitraire dans bien des cas. Il y aurait donc renversement complet par rapport au point de vue révolutionnaire selon lequel le juge était assimilé à l'autorité, et le législateur à la raison incarnée (45). Cette doctrine postmoderniste replace le juge au centre des sources formelles, puisqu'elle lui confère une légitimité telle qu'il peut à l'occasion s'émanciper de l'autorité du législateur (46).

Semblable théorie, qui s'est développée sur base d'une réflexion portant sur le droit interne, est loin de correspondre à la pratique développée par les juridictions internationales. Le juge ne prétend jamais, comme nous l'avons vu, utiliser la raison à l'encontre de la volonté des États mais, conformément au modèle du « législateur rationnel », il se réfère à la raison qui a inspiré les États lorsqu'ils ont énoncé la règle (47). Le juge préfère au demeurant les arguments d'autorité — le texte clair d'une convention, un rapport d'expert établissant un fait — à des arguments de raison. Ceux-ci ne sont utilisés que de manière subsidiaire. Le droit international présume donc que la volonté des États qui ont élaboré la règle est raisonnable, et ne permet nullement au juge de s'en émanciper. Il y a mécanisme de collaboration entre les États et le juge (48), celui-ci étant soumis à la volonté de ceux-là.

La force de légitimation de la raison se base donc non sur une opposition, mais sur un renvoi à la volonté des États, présumée raisonnable.

248. D'ailleurs, on ne voit pas en quoi le juge devrait être davantage assimilé à la raison que les États (49).

Ces derniers ont en droit international une légitimité faible, en l'absence de valeurs universelles de référence, mais ils en possèdent une, fondée sur l'effectivité de leur pouvoir et l'insuffisance corol-

(45) V. François TERRÉ, « Les juristes et la philosophie du droit », *A.P.D.*, 1988, p. 9 ; Guy HAARSCHER, « Autorité et raison en philosophie », *in Arguments d'autorité et arguments de raison en droit, op. cit.*, pp. 249 et s.

(46) V. Xavier DIEUX, « Vers un droit 'post-moderne' ? (Quelques impressions sceptiques) », *in Mélanges Jacques Velu, op. cit.*, pp. 40 et s. On se reportera utilement à cette étude, ainsi qu'aux autres citées *supra*, § 237, pour les définitions du « postmodernisme ».

(47) V. *supra*, chapitre III, section 2, § 180.

(48) Pierre-Marie DUPUY, « Le juge et la règle générale », *loc. cit*, p. 587. L'auteur semble cependant considérer que celui-ci n'est pas soumis à la volonté de ceux-là.

(49) Sur les risques de l'arbitraire du juge, v. p. ex. François TERRÉ, « L'office du juge et la rhétorique. L'apport de Perelman », *loc. cit.*, p. 258.

laire de contestation par la population, voire sur le devoir de fonder l'autorité des pouvoirs publics sur des élections, quelle que soit la forme de celles-ci (50). Par contre, le juge ne peut se prévaloir d'aucune légitimité particulière autre que celle dérivée des États, dans la mesure où il est toujours désigné par eux, que ce soit par les parties au litige ou les États membres de l'organisation internationale qui donne le cadre à son activité juridictionnelle. Quant à la prétendue impartialité des juges (51), elle dépend évidemment de chaque cas d'espèce, mais il faut rappeler que, d'une part, les juges sont le plus souvent imprégnés des valeurs juridiques occidentales par leur éducation et que, d'autre part, certains modes de désignation — en particulier pour la Cour internationale de Justice — sont favorables aux États occidentaux (52). Il nous semble donc là encore que le juge présente plutôt un déficit de légitimité qu'il ne peut combler qu'en respectant la volonté des États, seuls aptes à créer des règles de droit international et à fonder sa compétence.

Lorsqu'il utilise le « raisonnable », le juge international vise donc à légitimer sa décision sur base d'un critère qui lui confère une autorité (53). On peut même dire que la légitimation d'une assertion est l'objectif privilégié de l'utilisation de la notion dans le discours juridictionnel.

(50) Voy. l'article 21 § 3 de la Déclaration universelle des droits de l'homme et les commentaires de Pierre KLEIN, « Le droit aux élections libres en droit international : mythes et réalités », *in A la recherche du nouvel ordre mondial*, tome I, Le droit international à l'épreuve, Bruxelles, Ed. Complexe, 1993, pp. 93 et s. ; v. par ailleurs Emile GIRAUD, « Le droit international public et la politique », *loc. cit.*, p. 481.

(51) Pour Jacques VAN COMPERNOLLE, « le juge, il est vrai, ne tire pas sa légitimité du suffrage universel. Celle-ci provient de son indépendance et de son impartialité tout autant que des garanties procédurales et formelles assurant le caractère équitable et formel et la motivation du jugement » ; « Vers une nouvelle définition de la fonction de juger : du syllogisme à la pondération des intérêts », *in Mélanges François Rigaux*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 505 § 16. Il nous semble que cette affirmation est quelque peu tautologique. L'indépendance et l'impartialité du juge ne peuvent être posés, mais restent à démontrer. Elles ne peuvent donc fonder la légitimité. Henri LÉVY-BRUHL constate quant à lui que le juge est « souvent conservateur par tempérament » ; *Sociologie du droit*, Paris, P.U.F., 7e éd., 1990, p. 74 ; v. encore Jerzy WROBELWSKI, « Motivation de la décision judiciaire », *in La motivation des décisions de justice*, *op. cit.*, p. 11 ; Jacques LENOBLE et François OST, *Droit, mythe et raison. Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique*, Bruxelles, F.U.S.L., 1980, p. 246.

(52) On sait en effet que, même si cela n'apparaît pas formellement dans le statut de la Cour, les cinq membres permanents du Conseil de sécurité ont systématiquement un juge de leur nationalité qui siège à La Haye. V. à ce sujet Jean SALMON, *Droit des gens*, *op. cit.*, 13e éd., 1994-1995/1, tome 3, pp. 513 et s., spécialement p. 523.

(53) V. Jean SALMON, « L'autorité des prononcés de la Cour internationale de La Haye », *in Arguments d'autorité et arguments de raison en droit*, *op. cit.*, pp. 21-48.

2. *Le « raisonnable » comme outil privilégié de légitimation*

249. Il suffit pour comprendre l'importance de la fonction de légitimation du discours juridique exercée par l'utilisation du « raisonnable » de mentionner quelques exemples dans lesquelles la fonction apparaît particulièrement importante.

Dans toute une série de cas d'application, le terme semble avoir été utilisé *exclusivement* pour légitimer une partie du discours. Il n'apporte en réalité rien de particulier, sinon une affirmation de légitimité. Ainsi, lorsque la Cour avance dans deux affaires très différentes qu'« *il est tout-à-fait raisonnable d'estimer que* le différend a été réglé sur base du *statu quo* avant la guerre » (54), ou qu'« *il est raisonnable de traiter* le prospectus *comme* un des éléments de la transaction avec les porteurs » (55), les expressions soulignées pourraient être purement et simplement supprimées ; leur présence ne s'explique que par un souci de justification de l'assertion qu'elles soutiennent. On peut placer dans cette catégorie des expressions comme « raisonnablement précis (56), clair (57), possible (58), certain (59) », ou « raisonnablement, s'attendre (60), faire (61), ... ».

On constate au demeurant que le « raisonnable » est d'autant plus utilisé que la partie du discours dans laquelle il se place a besoin d'une justification. Moins la solution découle directement de l'autorité d'un texte ou de la logique formelle, plus la notion est utilisée. Ainsi, le terme sert souvent à appuyer une *supposition* sur laquelle se fonde la motivation (62). Il accompagne également des assertions

(54) Nous soulignons ; C.P.J.I., Affaire de la *Commission européenne du Danube, Série B, n° 14*, p. 27.

(55) Nous soulignons ; C.P.J.I., Affaire des *Emprunts brésiliens, Série A, n° 15*, p. 113.

(56) C.I.J., Affaire de la *Demande en révision et en interprétation de l'arrêt du 24 février 1982 en l'affaire du Plateau continental, Recueil 1985*, p. 226, § 61.

(57) C.I.J., Affaire *Interhandel (exceptions préliminaires), Recueil 1956*, op. indiv. Percy Spender, p. 58.

(58) C.I.J., Affaire des *Phosphates à Nauru, Recueil 1992*, op. indiv. Shahabuddeen, p. 272 et une expression similaire dans C.I.J., Affaire du *Sud-Ouest africain, Recueil 1962*, op. diss. Van Wyk, p. 579.

(59) C.I.J., Affaire du *Sud-Ouest africain, Recueil 1962*, op. diss. Percy Spender et Fitzmaurice, p. 494 ; Affaire de la *Sentence arbitrale, Recueil 1991*, op. diss. Weeramantry, p. 169.

(60) C.P.J.I., Affaire des *Colons d'origine allemande, Série B, n° 6*, p. 40.

(61) C.P.J.I., Affaire de la *Commission européenne du Danube, Série B, n° 14*, observ. Nyholm, p. 76.

(62) Affaire *Naomi Russel*, April, 24, 1931, *R.S.A.*, vol. IV, p. 818 ; C.I.J., Affaire du *Plateau continental de la Mer Egée, Recueil 1978*, p. 29, § 71 ; Affaire du *Plateau continental (Libye-Malte), Recueil 1985*, pp. 51-52 § 72, cité dans op. diss. Schwebel, p. 180 ; Affaire des *Ressortissants des États-Unis au Maroc, Recueil 1952*, op. diss Hackworth, Badawi, Levi Carneiro, Benegal Rau, p. 229 ; Affaire de l'*Audition des pétitionnaires, Recueil 1956*, op. indiv. Lauterpacht, p. 41 ; Affaire de la *Convention de 1902 sur la tutelle, Recueil 1958*, op. indiv. Wellington Koo,

de fait qui ne peuvent être prouvées selon des critères rigoureux. Dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, on se souviendra que le « raisonnable » a servi à appuyer un établissement des faits sur de simples présomptions, dans la mesure où l'on n'a pu démontrer la connaissance par l'Albanie du mouillage des mines (63). On peut par ailleurs citer cet extrait de l'affaire du *Différend frontalier, terrestre insulaire et maritime*, particulièrement significatif :

> « Des différentes hauteurs de la région, la plus vraisemblable est, selon la Chambre, celle que l'interprétation d'El Salvador identifie à hauteur de Grampe [...]. Selon la Chambre, *il est raisonnable de penser* qu'il s'agit du repère indiqué sur la carte d'El Salvador » (64).

L'expression soulignée dénote à l'évidence un souci de légitimation d'une assertion qui prête à contestation, et dont on se dispense d'apporter la preuve.

Le « raisonnable » vient aussi à l'appui du juge lorsqu'il dégage une nouvelle règle de droit international. La Cour a par exemple énoncé pour la première fois la règle des lignes de base dans l'affaire des *Pêcheries norvégiennes*, tout en précisant que

> « les lignes de base doivent être tracées de façon à respecter la direction générale des côtes et [...] elles doivent l'être de façon raisonnable » (65).

La notion vise manifestement à tempérer le caractère novateur de la règle. Le droit de la délimitation maritime donne d'ailleurs lieu à de fréquentes utilisations de la notion, qui peuvent s'expliquer par la grande marge d'appréciation laissée par les règles pertinentes en fonction de situations très diverses, ce qui a pour corollaire un

---

p. 115 ; Affaire du *Sud-Ouest africain*, *Recueil 1962*, op. indiv. Jessup, p. 412. La supposition est parfois émise de manière très théorique ; v. p.ex. Affaire de la *Sentence arbitrale*, *Recueil 1991*, op. indiv. Lachs, p. 94. La formule se rencontre aussi fréquemment sous sa forme négative ; v. Affaire *Tacna-Arica*, 4 march 1925, *R.S.A.*, vol. II, p. 935 ; Affaire *Naomi Russel*, April 24, 1931, *R.S.A.*, vol. IV, p. 820 ; C.P.J.I., Affaire de la *Commission européenne du Danube, Série B, n° 14*, p. 49 ; Affaire des *Zones franches de Haute-Savoie et du pays de Gex, Série AB, n° 46*, p. 148 ; Affaire de l'*Interprétation du statut du territoire de Mémel (fond), Série AB, n° 49*, p. 336 ; C.I.J., Affaire de l'*Interprétation des traités de paix (2e phase)*, *Recueil 1950*, p. 227 ; Affaire du *plateau continental (Libye-Tunisie)*, *Recueil 1982*, op. diss. Evensen, p. 308, § 21.

(63) Voy. *supra*, Chapitre I, Section 2, § 50 et notamment les opinions dissidentes critiquant les méthodes de la Cour.

(64) Nous soulignons ; C.I.J., *Recueil 1992*, § 156.

(65) C.I.J., Affaire des *Pêcheries norvégiennes*, *Recueil 1951*, pp. 140-141 ; v. aussi *ibid.*, op. diss. Read, p. 194.

besoin accru de justification du raisonnement (66). Dans un tout autre domaine, nous avons déjà relevé que la Cour européenne des droits de l'homme a interprété le droit à la vie privée reconnu à l'article 8 de la Convention en considérant que, même en l'absence d'énonciation explicite, il impliquait une « obligation positive à charge de l'État de prendre des mesures raisonnables et adéquates » (67), de même que la Cour interaméricaine des droits de l'homme a considéré que

> « the State *has a legal duty to take reasonable steps* to prevent human rights violations and to use the means at its disposal to carry out a serious investigation of violations commited within its jurisdiction, to identify those responsible, to impose the appropriate punishment and to ensure the victim adequate compensation » (68).

Une fois de plus, le terme vient légitimer une partie du discours juridictionnel qui nécessite une justification, puisqu'aucune obligation positive similaire n'est expressément prévue dans les deux conventions concernées. On peut encore ranger dans cette catégorie les cas où le juge qualifie les intérêts qu'il octroie de « raisonnables » (69), dans la mesure où aucune règle précise ne régit la détermination de leur montant.

Finalement, la plupart des exemples démontrent que le « raisonnable » apparaît essentiellement pour légitimer des assertions qui composent le discours juridictionnel (70).

250. L'importance de cette fonction de légitimation a aussi été mise en exergue par la doctrine. En affirmant qu'une solution est « raisonnable », on ne démontre rien, on ne fait qu'en appeler à une légitimité pour appuyer ses dires. La simple énonciation du terme ne fait que renforcer ou, le cas échéant, remplacer, une démonstration qui est opérée ou qui reste à faire.

Ainsi, en matière d'interprétation, nous avons vu que l'utilisation de la notion renvoyait au modèle du « législateur rationnel ». Le juge

---

(66) Outre les références reproduites plus haut au sujet de la règle de l'équidistance, voy. p.ex. C.I.J., Affaire du *Plateau continental de la Mer du Nord, Recueil 1969*, pp. 51-52, § 97 ; op. indiv. Bustamante y Rivero, p. 61, § 5 ; op. diss. Sorensen, p. 249 ; Affaire de la *Compétence en matière de pêcheries (R F.A.-Islande), Recueil 1974*, op. indiv. coll. p. 220 § 12 ; Affaire du *Plateau continental (Libye-Tunisie), Recueil 1982*, op. diss. Evensen, p. 308, § 21.

(67) C.E.D.H., Affaire *Powell et Rayner*, arrêt du 21 février 1990, *Série A, n° 172*, § 41.

(68) Nous soulignons ; Affaire *Velasquez Rodriguez*, *I.L.M.*, 1989, vol. 28, p. 155, § 174 de l'arrêt ; v. aussi § 188.

(69) Voy. les exemples reproduits *supra*, Chapitre II, section 2, § 109.

(70) On se reportera au Chapitre I, Section 4 pour d'autres exemples.

prétend qu'il ne fait que donner la signification à un terme qu'aurait donnée le législateur s'il avait été confronté lui même au cas particulier en cause (71). Mais il ne le démontre pas. C'est sur cette base que Jacques Lenoble et François Ost dégagent la « fonction d'argumentation » de ce modèle en relevant que

> « L'argument de rationalité du législateur est l'argument suprême de la controverse judiciaire [...]. L'invocation du législateur rationnel fonctionne sans nul doute comme argument d'autorité » (72).

Le même modèle remplit une « fonction de raréfaction » : en s'y référant, on rejette comme extérieures au champ argumentatif toute une série de positions contestataires taxées de déraisonnables, sans toujours accompagner le propos d'une motivation (73).

En réalité, le plus ou moins grand pouvoir de légitimation du « raisonnable » dépend de l'autorité à laquelle il renvoie (74). C'est surtout l'autorité du locuteur qui conditionnera l'acceptation d'une simple affirmation que la solution proposée est « raisonnable » (75) : s'il dispose déjà d'une forte légitimité, sa prétention sera plus facilement acceptée.

251. Les mêmes conclusions peuvent être tirées si on envisage la question sous l'angle du renvoi au modèle du système, en particulier à ses propriétés de cohérence et surtout d'unicité ou d'universalité (76). Dans la Modernité, la raison a remplacé la nature comme critère suprême de légitimité (77). Lorsque le juge affirme que sa solution est celle qu'aurait adoptée tout homme raisonnable, il ne

(71) V. *supra*, chapitre III, section 2, §§ 180 et s.

(72) *Droit, mythe et raison. Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique*, *op. cit.*, pp. 152-153. V. aussi Rogelio PEREZ PERDOMO, pour qui, « [...] la loi ne peut pas être considérée comme un simple ordre du pouvoir politique ; elle est aussi revêtue d'une certaine rationalité, que lui confère le législateur, c'est-à-dire, qu'elle doit être considérée comme un ordre doté d'*auctoritas* » ; « L'argument d'autorité dans le raisonnement juridique », *A.P.D.*, 1971, p. 237.

(73) *Ibid.*, pp. 156 et s., sp. p. 160. Jacques Lenoble ajoute que « [l]e propre du langage juridique [...] est qu'il fonctionne par référence à une raréfaction liée à l'idéologie logicienne [...] ; si les qualifications juridiques sont théoriquement multiples, seules certaines seront produites » ; discussion suivant le rapport sur « Action et rétroaction des concepts du droit international (Le droit comme langage unificateur hypothétique) », *in Réalités du droit international contemporain*, tome 2, Reims, C.E.R.I., 1978, p. 118.

(74) Voy. Guy HAARSCHER, « Autorité et raison en philosophie », *loc. cit.*, pp. 252 et s. Sur le rôle fondamental de l'autorité dans la formation de la notion même de raison, v. Chaïm PERELMAN, « Education et rhétorique », *in Justice et raison*, Bruxelles, P.U.B., 1963, pp. 111 et s.

(75) André VAN WELKENHUYZEN, « Autorité et raison dans l'argumentation juridique », *in Arguments d'autorité et arguments de raison en droit*, *op. cit.*, p. 16.

(76) V. *supra*, chapitre III, section 3.

(77) François EWALD, « Le droit du droit », *A.P.D.*, 1986, p. 253.

démontre rien, mais renvoie à la légitimité du genre humain en ce que sa position serait unique et universelle.

Semblable discours revient à prétendre à une véritable objectivité, dans la mesure où celle-ci peut être définie comme ce qui est partagé par le plus grand nombre de personnes, c'est-à-dire comme une intersubjectivité absolue (78). Mais la prétention à l'objectivité est le meilleur signe de la subjectivité de celui qui l'avance. C'est ce que rappelait François Ewald, pour qui,

> « Les valeurs ne sont jamais que particulières, et toute valeur qui voudrait s'énoncer à l'universel se dénonce du même coup dans sa volonté de domination [...] tout énoncé universel se dénonce immédiatement comme particulier » (79).

En ce sens Max Horkeimer et Theodor Adorno dénoncent la raison comme « radicalisation de la terreur mythique », en ce qu'elle tire elle-même sa légitimité de l'élimination du mythe, tout en représentant le mythe suprême de la Modernité (80).

Dans cette perspective, on comprend que le raisonnable, en tant que prétention gratuite à l'objectivité, se retrouve d'autant plus dans les parties du discours qui prêtent à contestation et pour lesquels le besoin de légitimité est le plus grand.

252. En définitive, l'utilisation du « raisonnable » représente avant tout un appel à la légitimité d'un discours particulier. On le retrouve donc fréquemment lors des différentes étapes du raisonnement juridictionnel, de même qu'à l'occasion de l'énonciation de règles.

Mais cette fonction de légitimation, si elle s'attache directement à une prétention individuelle au sein du système juridique, révèle également une justification du système lui-même. Sans que l'utilisateur le déclare expressément, ou sans même qu'il s'en rende compte (ce qui est le propre d'une idéologie), son discours légitime le droit international dans son ensemble lorsqu'il qualifie une règle ou une solution de « raisonnable ».

(78) V. André LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, P.U.F.-Quadrige, 1993, v° objectif, sens C., pp. 697-698 ; v. aussi *infra*, chapitre V.

(79) « Le droit du droit », *loc. cit.*, pp. 254 et 258.

(80) *La dialectique de la raison*, Paris, Gallimard-tel, 1974, pp. 29-33.

B. — *Une fonction de légitimation du droit international dans son ensemble*

253. Dans le chapitre précédent, nous avons vu que le « raisonnable » était utilisé pour présenter le droit international comme un système complet, cohérent et unique, qui se maintient comme tel dans le temps. C'est ce que nous avons appelé une fonction de « systématisation ». Cette fonction est technique en ce qu'elle apparaît indispensable pour expliquer des mécanismes comme l'adaptation de règles à des situations diverses, ou la possibilité pour le juge de donner une signification à des éléments qui, en l'absence de système, n'en auraient aucune (81). Mais elle a aussi un aspect idéologique important, à partir du moment où, comme nous l'avons souligné, la présentation comme système n'entraîne pas une correspondance du modèle avec la réalité (82).

Au contraire, la doctrine a dénoncé la simplification opérée par la volonté de systématisation des juristes. Dans les faits, le droit ne constitue nullement un système cohérent, unique et complet (83). Les propriétés du système relèvent de la mythification (84), tout comme la métaphore de la pyramide (85). Le « législateur rationnel » n'est qu'un axiome ; dans la réalité, les normes sont souvent élaborées de manière aléatoire et sans souci de systématisation (86). La présentation des multiples règles ou décisions judiciaires comme obéissant à une logique globale ne fera l'objet que d'une reconstitution *a posteriori*, pour les besoins de la démonstration. En pratique, le juriste opère « comme si » le droit était un système, tout en

(81) V. *supra*, chapitre III, section 3.

(82) Voy. Anne LAGNEAU-DEVILLÉ, « Questions sociologiques à propos de l'interprétation en droit », *loc. cit.*, p. 508. V. aussi Roberto J. VERNENGO, « Le droit est-il un système ? », *A.P.D.*, 1991, p. 259.

(83) Voy. not. Jean CARBONNIER, *Sociologie juridique*, Paris, P.U.F.-Quadrige, 1re éd., 1994, pp. 356 et s. ; Michel VILLEY, « Préface historique », *A.P.D.*, tome XXIII, Formes de rationalité en droit, 1978, p. 7 ; Christophe GRZEGORCZYK, « Evaluation critique du paradigme systémique dans la science du droit », *A.P.D.*, tome XXXI, Le système juridique, 1986, pp. 287 et s.

(84) Voy. à ce sujet Gérard CAHIN, « Apport du concept de mythification aux méthodes d'analyse du droit international », *in Mélanges Charles Chaumont*, Paris, Pedone, 1984, pp. 94 et s., et pp. 111 et s

(85) Pour reprendre les termes de Michel MIAILLE, « l'image de la pyramide savamment organisée et hiérarchisée appartient plus au monde de la mythologie qu'à celui de la réalité. Ce que l'on appelle ordre juridique est, la plupart du temps, un labyrinthe plus ou moins obscur, un dédale où plusieurs portes offrent des choix multiples, où plusieurs ordres juridiques se croisent, se combattent quelquefois, se conjugent sans véritablement se hiérarchiser » ; « Désordre, droit et science », *in* P. AMSELEK (sous la direction de), *Théorie du droit et science*, Paris, P.U.F., 1994, p. 91.

(86) Voy. Jacques LENOBLE et François OST, *Droit, mythe et raison*, *op. cit.*, pp. 161 et s.

sachant pertinemment que tel n'est pas le cas (87). On a à cet égard relevé que le droit produisait lui-même la réalité en tant qu'objet de son application (88). Cela s'explique techniquement parce que cette attitude est la seule qui permette au droit de remplir son rôle, mais cette déformation de la réalité présente aussi un aspect idéologique, en ce qu'elle vise à légitimer le droit comme ordre efficace et privilégié de régulation sociale.

Ces considérations sont plus pertinentes encore pour le droit international, où la faible intégration des rapports sociaux rend plus apparentes les falsifications du réel que constituent les critères de cohérence, de complétude ou d'unité (89). Les États forment une « communauté » fragmentée, regroupant des régimes politiques divers et dont les vues sont, en dépit des proclamations d'un « nouvel ordre mondial », encore largement divergentes (90). La légitimation est donc plus difficile que pour le droit interne, comme le relève Monique Chemillier-Gendreau,

> « La démarche est plus ardue en droit international qu'en droit interne. Dans ce dernier, l'État est une machine efficace à fabriquer l'objectivité [...] Mais, projetées dans la société internationale, les souverainetés étatiques, si longtemps

(87) Voy. not. François Ost, « Jupiter, Hercule, Hermès : trois modèles du juge », *in* P. Bouretz (sous la direction de), *La force du droit. Panorama des débats contemporains*, Paris, Esprit, 1991, p. 247.

(88) V. *supra*, Chapitre I, section 3. Patrick Nerhot va ainsi jusqu'à affirmer que « Au fond, le système juridique produisant une réalité juridique, il serait plus juste de considérer le système juridique tout entier comme une fiction » ; « Le fait du droit », *A.P.D.*, 1986, p. 275.

(89) V. not. Charles de Visscher, *Théories et réalités en droit international public*, 3e éd., Paris, Pédone, 1960, p. 130 ; Georges Kaeckenbeeck, « L'application du droit aux relations entre Etats », *Revista di Diritto Internazionale*, 1924, Anno XVI, vol. III, Fasc. II, p. 9 ; Philip Jessup, « Non-Universal International Law », *Col. Journal of Int. Law*, 1974, pp. 415 et s. ; Monique Chemillier-Gendreau, « Rapport sur la fonction idéologique du droit international », *Annales de la Faculté de droit et de sciences économiques de Reims*, Reims, A.R.E.S., 1974, p. 228 et, du même auteur, *Humanité et souverainetés. Essai sur la fonction du droit international*, Paris, La découverte, 1995, p. 65. Gérard Cahin évoque à ce sujet le mythe, notion qui « n'aura pas ici le sens dévoyé et affadi d'une fiction, d'une imposture ou d'une affabulation mais celui d'une réalité vivante et incontestable, d'un objet de croyance irréfutable pour ceux qui le créent ou y adhèrent » ; « Aspects du concept de mythification aux méthodes d'analyse du droit international », *in Mélanges Charles Chaumont*, *op. cit.*, p. 92 ; v. enfin Krystyna Marek, « Sur la notion de progrès en droit international », *A.S.D.I.*, 1982, p. 41.

(90) Jean Salmon, *Droit des gens*, 13e éd. 1994-1995, tome I, Bruxelles, P.U.B., 1995, p. 37, n° 1.33 et, du même auteur, « Vers l'adoption d'un principe de légitimité démocratique ? », *in A la recherche du nouvel ordre mondial*, Tome I, Le droit international en question, *op. cit.*, pp. 76 et s. V. aussi Mohamed Bennouna, « L'obligation juridique dans le monde de l'après-guerre froide », *A.F.D.I.*, 1993, pp. 44-45 et Pierre de Senarclens, *La politique internationale*, Paris, Armand Colin, 1992, p. 112 ; v. encore Michel Miaille, *Une introduction critique au droit*, Paris, Maspero, 1976, pp. 155 et s.

sacralisées ou fétichisées sont sources non plus d'objectivité mais d'affrontements de subjectivités » (91).

La période récente a d'ailleurs été l'occasion de critiques du droit international dans son ensemble en tant qu'outil de la politique de domination des États les plus puissants (92), qui ont choisi d'invoquer plus fréquemment ce droit pour justifier leurs actes (93). Le droit international a donc, plus que jamais, besoin de renforcer sa légitimité.

C'est dans cette perspective que l'on peut interpréter l'utilisation du « raisonnable » dans le discours juridictionnel international. A cet effet, il importe de bien comprendre que le droit est, sous l'angle d'une analyse basée sur la justification, un argument d'autorité (1), ce qui peut expliquer le renvoi à la raison comme facteur de légitimation du droit (2). Il importe donc de s'attarder quelque peu sur les spécificités du droit avant d'en venir au rôle du « raisonnable », ces développements préliminaires étant indispensables pour bien percevoir à la fois le besoin et la force de légitimation de la notion.

1. *Le droit comme argument d'autorité*

254. Il y a de multiples façons d'envisager le droit (94). Chaque définition est, comme toute définition d'un concept, une construc-

(91) « Quelle méthode pour l'analyse des développements récents du droit international ? », *in* R. Ben Achur et S. Laghmani (sous la direction de), *Les nouveaux aspects du droit international*, Paris, Pédone, 1994, pp. 17-18 ; v. aussi A. Brimo, « Structuralisme et rationalisation du droit », *A.P.D.*, 1978, p. 201.

(92) V. à ce sujet notre article, écrit en collaboration avec Barbara Delcourt, « La face cachée du nouvel ordre mondial : l'application discriminatoire du droit international », *in A la recherche du nouvel ordre mondial, op. cit.*, pp. 21 et s.

(93) Voy. Jean Salmon, « Droit international, politique et idéologie dans la guerre du Golfe », *in* Centre de droit international de l'U.L.B., *Entre les lignes. La guerre du Golfe et le droit international*, Bruxelles, Créadif, 1991, pp. 9 et s.

(94) Voy. not. les définitions reproduites par Léon Raucent, *Pour une théorie critique du droit*, Gembloux, Duculot, 1975, pp. 21 et s. et par Lucien François, *Le problème de la définition du droit*, Liège, Ed. Collection Scientifique de la Faculté de Droit de Liège, 1978, pp. 74 et s. Nous entrons ici dans une matière extrêmement riche sur le plan doctrinal ; il y a sans doute autant de définitions du droit que de théoriciens du droit. Nous ne chercherons nullement à être exhaustif dans les lignes qui suivent, mais nous nous contenterons des définitions des quelques auteurs qui, d'une part, nous semblent apporter des éclaircissements ou des nuances à notre raisonnement et, d'autre part, ont élaboré leur définition en tenant compte du droit international, à l'instar de théoriciens comme Hans Kelsen ou de Herbert L.A. Hart (v. à ce sujet Friedrich V. Kratochwil, *Rules, Norms and Decisions. On the conditions of practical and legal reasoning in international relations and domestic affairs*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989, p. 181 et s.) ou des auteurs davantage impliqués dans la pratique comme ceux qui se rattachent à l'Ecole de Reims, ou encore Michel Virally.

tion intellectuelle dont la valeur dépendra avant tout de la perspective dans laquelle elle s'insère (95), ou de l'usage qui en est fait (96).

Pour notre part, nous envisageons le droit comme un *argument*, destiné à légitimer une parole ou une action, d'un individu ou d'un groupe. Etymologiquement, il y a une parenté entre « légitime » et « légal » (97), ce qui montre l'association fonctionnelle historique entre le droit et la légitimation. Au sens large, le droit se définit d'ailleurs comme « ce qui doit être, ou ce qui peut être légitimement », c'est-à-dire ce qui est conforme à une règle (98) ou encore « le *Droit*, par opposition au *Fait*, est, dans tout ordre de choses, le légitime par opposition au réel, en tant que celui-ci peut être illégitime » (99). On a aussi défini le droit par opposition à la force (100), là encore comme instrument de justification, ce qui est particulièrement pertinent en droit international où les mécanismes de coercition sont peu centralisés et peu efficaces (101). Dans ce contexte, on constate quotidiennement que le droit international est avant tout un corps d'arguments susceptible de justifier la politique étrangère des États. Un grand internationaliste a pu écrire que

> « sans s'opposer l'une à l'autre, la perspective juridique, qui est celle des légitimations, reste distincte de la perspective politique, qui est celle des réalisations historiques » (102).

---

(95) Selon Michel VIRALLY, toute définition du droit est doctrinale ; « on ne cherche pas à établir ce que le droit est, mais ce qu'il doit être, en conséquence de préjugés philosophiques, méthodologiques et même idéologiques. La notion de droit n'est pas un point de départ, mais le point d'arrivée d'une construction [...] » ; « Le phénomène juridique », *in Le droit international en devenir. Essais écrits au fil des ans*, Paris, P.U.F., 1990, p. 31 ; v. par ailleurs Enrique P. HABA, « Sciences du droit — quelle 'science' ? Le droit en tant que science : une question de méthodes », *A.P.D.*, tome XXXVI, Droit et science, 1991, pp. 166-167.

(96) *Ibid.*, p. 170. V. aussi Hubert ROTTLEUTHNER, « Le concept sociologique de droit », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, n° 29, 1992, p. 74 ; François OST et Michel van DE KERCHOVE, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, F.U.S.L., 1987, p. 157. La définition est dans cette perspective « nominale » plutôt que « réelle » ; v. Madeleine GRAWITZ, *Méthodes des sciences sociales*, Paris, Dalloz, 9e éd., 1993, pp. 18-19.

(97) Francisco JAVIER DE LUCAS, V° Légitimité *in* A.J. ARNAUD (sous la direction de), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, L.G.D.J., Bruxelles, Story-Scientia, 1988, p. 225 ; nous ne pouvons donc suivre Henri LÉVY-BRUHL, lorsqu'il considère que l'étymologie n'est que « peu de secours » pour une définition du droit ; *Sociologie du droit*, *op. cit.*, p. 5.

(98) André LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, *op. cit.*, p. 251.

(99) *Ibid.*, p. 252.

(100) V. not. Paul FORIERS, « Morale et droit », *in La pensée juridique de Paul Foriers*, *op. cit.*, pp. 432-434.

(101) Voy. Michel VIRALLY, « Réflexions sur la politique juridique des Etats », *in Le droit international en devenir*, *op. cit.*, p. 124 et, du même auteur, « Sur la prétendue 'primitivité du droit international' », *ibid.*, pp. 91 et s. ; v. encore Charles CHAUMONT, « Cours général de droit international public », *R.C.A.D.I.*, 1970-I, t. 129, p. 365.

(102) Charles de VISSCHER, *Théories et réalités en droit international public*, *op. cit.*, p. 190 ; v. aussi les réflexions de Monique CHEMILLIER-GENDREAU, *Humanité et souverainetés. Essai sur la fonction du droit international*, *op. cit.*, p. 90.

C'est dans cette optique que nous croyons pouvoir envisager le droit avant tout comme un argument. Il reste à en déterminer la spécificité.

255. On peut, dans le but de se justifier, recourir à des arguments de divers ordres : des arguments politiques (liés à une orientation politique particulière), économiques (basés sur les impératifs d'indicateurs ou de facteurs économiques, monétaires ou financiers), moraux (fondés sur des valeurs éthiques), religieux ou... juridiques. Selon le cas, on peut invoquer une règle ou une norme morale, politique, juridique : ce n'est donc pas l'existence de normes qui peut constituer un critère de différenciation (103).

Ce qui fait la spécificité du droit par rapport aux autres types d'arguments, c'est que le droit est, pour une société donnée, unique en tant qu'ordre supérieur de régulation sociale (104). Il y a peut-être plusieurs politiques défendues au sein de la société, plusieurs morales suivies, mais il n'y a théoriquement qu'un seul droit en vigueur, même s'il donne parfois une image morcelée en raison de la diversité de ses matières ou de ses acteurs, particulièrement en droit international. Le droit comprend donc des valeurs et des normes à caractère politique ou moral mais leur confère un statut supérieur grâce à la juridicisation (105). Pour reprendre une formule citée par Charles Chaumont, « le droit représente une politique qui a réussi » (106).

---

(103) V. Jean CARBONNIER, *Sociologie juridique*, *op. cit.*, pp. 305 et 315. Les définitions de « norme » ou de « règle » ne se limitent d'ailleurs pas au droit ; v. p. ex. André LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, *op. cit.*, pp. 691 et 906-907. V. par ailleurs Istvan SZASZY, « La règle juridique, le droit subjectif et le sujet de droit en droit international », *in Mélanges Juraj Andrassy*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1969, pp. 309-310, et Paul ORIANNE, *Introduction au système juridique*, Bruxelles, Bruylant, 1982, p. 36.

(104) Voy. Michel MIAILLE, *Une introduction critique au droit*, *op. cit.*, pp. 108-109.

(105) Voy. à ce sujet les réflexions de Michel VIRALLY, *La pensée juridique*, Paris, L.G.D.J., 1960, pp. 33 et s. Sur les interactions entre droit et morale ou politique, v. encore Julien FREUND, « Droit et politique. Essai de définition du droit », *A.P.D.*, 1971, pp. 17 et s., sp. pp. 22-24.

(106) « Cours général de droit international public », *loc. cit.*, p. 359. En ce sens Alain PELLET se demande si « le droit, ce n'est pas un mode de traduction d'une idéologie qui a réussi, mais seulement une idéologie qui a réussi », discussion suivant le rapport sur « Le droit international : droit proclamatoire et droit exécutoire (idéologie et/ou superstructure) », *Réalités du droit international contemporain*, tome 2, *op. cit.*, pp. 57-58 ; v. aussi les commentaires de Charles CHAUMONT, *id.*, pp. 67-68 et Pierre-François GONIDEC, « Dialectique du droit international et de la politique internationale », *in Mélanges Charles Chaumont*, *op. cit.*, p. 316. François TERRÉ et René SÈVE relèvent à ce sujet que, au sens moderne, le droit « se fonde sur l'idée de puissance » ; « Droit », *A.P.D.*, Tome XXXV, Vocabulaire fondamental du droit, 1990, p. 45. Cette conception se heurte à une appréhension du droit comme détaché de toute idéologie. Krystina MAREK considère par exemple que « un droit international 'idéologique' semble être la négation même de ce droit qui ne peut être qu'indifférent à l'égard de toutes les idéologies et toutes les doctrines [...] » (« Sur

Dans cette perspective, la légitimité du droit est plus forte puisque le système juridique se caractérise par son unité dans une communauté, et s'oppose à la diversité des politiques (107). Comme le souligne François Ewald,

> « qu'est-ce d'autre, en effet, qu'un énoncé juridique, sinon un énoncé qui, parce que doué d'objectivité, pourra valoir pour tous ? » (108).

256. La légitimité du droit se confond avec celle de la communauté ou de la société dans son ensemble et, à travers elle, avec celle d'un groupe dominant (109). En d'autres termes, l'unicité du droit signifie que seule la politique ou la morale dominantes ont acquis le statut d'ordre supérieur de régulation sociale.

Ce sont les théoriciens marxistes (110) qui ont approfondi la vision instrumentale du droit déjà avancée par Jeremy Bentham (111), et systématisée par Max Weber (112), pour dénoncer de la manière la plus virulente le droit comme idéologie au service de la classe hégémonique et du système qu'elle reproduit (113). André-

---

la notion de progrès en droit international », *loc. cit.*, p. 40). Semblable position nous semble bien idéaliste, à partir du moment où elle détache le droit de ses sources matérielles qui en sont à l'origine, au premier rang desquelles figurent les positions politiques des Etats.

(107) Pour la condition de l'existence d'une communauté donnée comme base sociale au droit, v. aussi Piero ZICARDI, « Les caractères de l'ordre juridique international », *R.C.A.D.I.*, 1958-III, tome 95, pp. 336 et s. Voy. Par ailleurs Jacques DERRIDA, *Force de loi*, Paris, Galilée, 1994, pp. 86-87.

(108) *L'État providence*, Paris, Grasset, 1986, p. 32.

(109) Max WEBER, *Sociologie du droit*, Paris, P.U.F., 1re éd., 1986, p. 44 et pp. 162 et s.

(110) Marx lui-même n'a que peu écrit sur le droit, si on excepte quelques textes dont on trouvera le commentaire dans Renato TREVES, *Sociologie du droit*, Paris, P.U.F., 1995, pp. 74 et s. et dans Philippe DUJARDIN et Jacques MICHEL, « Marx et la question du droit », *in Pour une critique du droit*, Paris, Maspero, Presses universitaires de Grenoble, 1978, pp. 17 et s. ; v. aussi Jean CARBONNIER, *Sociologie juridique*, *op. cit.*, pp. 94-95.

(111) Voy. Renato TREVES, *Sociologie du droit*, *op. cit.*, pp. 34-35.

(112) Max WEBER, *Sociologie du droit*, *op. cit.*, pp. 46 et s. D'autres sociologues ont dénoncé le droit, ou les juristes, comme liés par leurs fonctions au pouvoir politique ; v. p. ex. les réflexions d'Auguste Comte sur la place des hommes de loi dans l'« âge métaphysique » ; Renato TREVES, *Sociologie du droit*, *op. cit.*, pp. 49-50.

(113) V. not. E.B. PASUKANIS, *La théorie générale du droit et le marxisme*, Paris, Etudes et doc. int., 1970, pp. 63 et s., et pp. 144 et s. ; K. STOYANOVITCH, *Marxisme et droit*, Paris, L.G.D.J., 1964,, not. pp. 32 et s. ; du même auteur, v. « De quel usage peut-être en logique la 'dialectique' au sens moderne hégélien et marxiste du mot ? », *A.P.D.*, 1966, p. 167 ; André-Jean ARNAUD, « Politique et Droit chez Mao Tse-toung », *A.P.D.*, 1971, pp. 119 et s. ; v. par ailleurs les commentaires de Henri LÉVY-BRUHL, *Sociologie du droit*, *op. cit.*, pp. 17 et s. ; Paul ORIANE, *Introduction au système juridique*, Bruxelles, Bruylant, 1982, pp. 9-10 ; W. FRIEDMAN, *Théorie générale du droit*, Paris, L G.D.J., 1965, pp. 329 et s. et Alain RENAUT et Lukas SOSOE, *Philosophie du droit*, Paris, P.U.F., 1991, pp. 41 et s. Pour une application en droit international, voy. Monique CHEMILLIER-GENDREAU, « Rapport sur la fonction idéologique du droit international », *loc. cit.*, pp. 223 et s. et *Humanité et souverainetés. Essai sur la fonction du droit international*, *op. cit.*, not. pp. 99 et s. ; Charles CHAUMONT, « La relation du droit international avec la structure économique et sociale », Rapport introductif *in Réalités du droit international contemporain*, tome 2, *op. cit.*, pp. 5 et s. ; v. aussi le rapport de Michel TROPER, *ibid.*, pp. 8 et s.

Jean Arnaud relève que « le droit est un instrument de pouvoir d'un groupe dominant » (114) et que « le juriste est par essence un être intégré, au service de la classe dominante, donc un collaborateur actif de la domination de classe » (115).

De nombreux sociologues et théoriciens admettent le caractère idéologiquement marqué du droit (116). Ludwig Gumplowitz affirmait déjà que « tout droit est la *consécration légale d'une inégalité* » (117). Selon l'expression, plus imagée, de Pierre Legendre,

> « Le système juridique fonctionne pour tamiser, décolorer, recolorer, détruire et reconstruire en vue du grand œuvre : dresser à l'amour du pouvoir » (118).

L'ensemble du courant fonctionnaliste, même s'il s'abstient souvent d'en déduire une critique, constate également que le droit a une fonction essentielle de légitimation et d'intégration sociale (119).

Cette conception a aussi été appliquée au droit international. L'« école réaliste » des relations internationales considère que ce sont les puissances dominantes qui transforment leur force en droit (120). Selon Schwarzenberger, la fonction première du droit est de mainte-

(114) *Critique de la raison juridique. I. Où va la sociologie du droit ?*, Paris, L.G.D.J., 1981, p. 397 ; v. encore p. 403 (« un droit est donc conforme à l'idéologie du détenteur du pouvoir de dire le droit. Dans une société de classes, l'idéologie du droit est celle de la classe dominante »). V. aussi les propos de François RIGAUX pour qui, par définition, le droit est conservateur et la contestation se situe en dehors du droit ; discussion suivant le rapport sur « La relation du droit international avec la structure économique et sociale », *in Réalités du droit international contemporain*, tome 2, *op. cit.*, p. 22 ; v. aussi la position similaire d'Alain PELLET, discussion suivant le rapport sur « Le droit international : droit proclamatoire et droit exécutoire (idéologie et/ou superstructure) », *ibid.*, pp. 57-58. V. encore, par ailleurs, Aulis AARNIO, *Le rationnel comme raisonnable. La justification en droit*, *op. cit.*, p. 287.

(115) « Le médium et le savant. Signification politique de l'interprétation juridique », *A.P.D.*, 1972, p. 165.

(116) Henri BATIFFOL relève que le droit est un instrument parmi d'autres à la disposition de la politique ; « Problèmes de frontières : Droit et politique », *A.P.D.*, 1971, p. 8 ; Danièle LOCHAK et Michel TROPER, « La neutralité de la dogmatique juridique : mythe ou réalité ? », *in Théorie du droit et science*, *op. cit.*, pp. 310 et s. ; v. aussi certaines tendances rattachées au mouvement réaliste américain ; Françoise MICHAUT, « L'approche scientifique du droit chez les réalistes américains », *in Théorie du droit et science*, *op. cit.*, pp. 278-279.

(117) *Précis de sociologie*, Paris, Léon Chailley éd., 1896, p. 200.

(118) *L'amour du censeur. Essai sur l'ordre dogmatique*, Paris, 1974, p. 8 ; cité dans Jacques LENOBLE et François OST, *Droit, mythe et raison*, *op. cit.*, p. 222. V. encore A. BRIMO, « Structuralisme et rationalisation du droit », *A.P.D.*, tome XXIII, Formes de rationalité en droit, 1978, p. 199.

(119) Voy. p. ex. les travaux de Talcott Parsons, de Lawrence Friedman et de Niklas Luhman, exposés et commentés dans Renato TREVES, *Sociologie du droit*, *op. cit.*, resp. pp. 237, 244-245 et 249-250. On peut par ailleurs évoquer le droit comme moyen de « contrôle social » dans l'École du réalisme américain ; v. Jean CARBONNIER, *Sociologie juridique*, *op. cit.*, pp. 129-130 et Denis TOURET, *Introduction à la sociologie et à la philosophie du droit*, Paris, litec, 1995, p. 175.

(120) V. not. Jean-Jacques ROCHE, *Théorie des relations internationales*, Paris, Montchrestien, coll. clefs/politique, 1994, pp. 37 et 101, et les auteurs cités.

nir une hiérarchie établie sur base d'un rapport de forces donné (121). Dans ce contexte, Charles de Visscher montre que la force de la légitimation du droit s'étend à la société dans son ensemble :

> « C'est en institutionnalisant son pouvoir, en lui fixant des limites organiques, que l'État pose la distinction entre la politique et le droit, inconcevable à qui ne l'envisage que comme unité de puissance. Le pouvoir institué cesse aux yeux des hommes d'être coercition pure. Tant qu'ils l'acceptent comme ordonné à leur bien commun, ils l'associent à des idées de morale sociale et de justice, et *s'ils ne tiennent pas toujours la loi pour juste, ils tiennent pour juste d'obéir à la loi* » (122).

On peut déduire des termes soulignés que la supériorité de la légitimation réside dans l'unicité du droit (123) ou de l'universalité de l'application des valeurs qu'il contient dans une communauté donnée (124).

257. Cette unicité qui caractérise le droit a une conséquence immédiate sur le plan de la valeur argumentative des règles juridiques. On peut discuter politiquement ou moralement de tel ou tel comportement, mais, s'il est régi par le droit, celui-ci prescrit une solution qui s'imposera même si on n'adhère pas à la règle considérée. Jacques Lenoble et François Ost se prononcent en ce sens :

> « [...] la loi est présentée comme une autorité contraignante, ce qui signifie que la personne à qui s'adresse l'argument n'a pas la possibilité de contester son

(121) Cité dans Martti KOSKENNIEMI, *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument*, *op. cit.*, p. 162.

(122) Nous soulignons ; *Théories et réalité en droit international public*, *op. cit.*, pp. 119-120 ; v. la formule similaire reproduite et commentée dans James Leslie BRIERLY, « Le fondement du caractère obligatoire du droit international », *R.C.A.D.I.*, 1928-III, tome 23, p. 548 ; v. enfin André-Jean ARNAUD, *Critique de la raison juridique*, *op. cit.*, p. 403 (« La croyance en la vertu du droit passe d'abord par la croyance dans la vertu de la civilisation qui l'engendre, c'est-à-dire du type de société (et de culture) pour laquelle optent les diseurs de droit [. .] L'idéologie permet de présenter cette vision comme la seule acceptable »).

(123) Pour André-Jean ARNAUD, « Une règle juridique en vigueur doit être considérée comme une version — mais seulement comme l'une des versions possibles — d'une manière de régler un secteur de la communication sociale. Il s'agit d'une version privilégiée en un lieu et en un temps donné, pour procéder à la bonne marche d'un type déterminé de jeu social ; privilégiée pour avoir été officialiée, légalisée, imposée, comme on voudra » ; *Critique de la raison juridique*, *op cit.*, p. 389 ; voy. aussi pp. 20, 406. V. par ailleurs, Monique CHEMILLIER-GENDREAU, *Humanité et souverainetés. Essai sur la fonction du droit international*, *op. cit.*, pp. 109-110.

(124) Voy. l'acquisition du statut de droit qu'acquiert une morale si elle devient « rigoureusement universelle », expliqué par Jürgen HABERMAS, *Raison et légitimité. Problèmes de légitimation dans le capitalisme avancé*, Paris, Payot, 1978, p. 123 , v. encore la citation reprise par Charles de VISSCHER, *Théories et réalités en droit international public*, *op. cit.*, p. 33.

prescrit. La loi est donc l'objet d'un traitement — une sorte d'hypostase — qui vise à rendre son *auctoritas* incontestable et non temporaire » (125).

Citons encore Michel Meyer, pour qui

« Le droit faisant autorité — autorité de la loi, autorité du juge —, il n'est pas question de remettre en cause la norme même. Sa positivité n'est discutable que politiquement ; on peut ne pas appliquer telle ou telle loi, on peut l'interpréter pour l'adapter ou la compléter par fiction et présomptions, mais elle n'est pas à refaire ni à rediscuter, alors que c'est le cas dans l'argumentation politique » (126).

La spécificité argumentative de la règle juridique est donc bien son caractère péremptoire. Ce caractère ne vaut évidemment que lorsque la règle existe, et tant qu'elle existe. Les contestations politiques peuvent par exemple aboutir à la suppression de la règle juridique, mais celle-ci devra être obéie pendant tout le temps où elle reste en vigueur.

Les conclusions sont valables aussi en droit international, même si certains de ses sujets, en l'occurrence les États, ne sont liés que s'ils ont donné leur consentement. Le caractère volontariste du droit international ne régit en effet que la création des normes mais, une fois celles-ci valablement formées, elles deviennent obligatoires juridiquement et péremptoires sur le plan de l'argumentation, au même titre qu'une norme de droit interne (127).

258. Mais comment expliquer le succès de ce type particulier d'argument ? Pourquoi constate-t-on le plus souvent une meilleure obéissance au droit qu'à une politique particulière ?

Les explications varient sur semblable question mais, en ce qui concerne le droit international, elles se caractérisent toutes par une faiblesse sur le plan de la légitimation. Ainsi, on a relevé que, si on obéit au droit même dans les cas où l'on conteste la règle, c'est parce que l'on adhère aux valeurs du système juridique dans son ensemble (128). Mais les valeurs à vocation universelle sont extrê-

(125) *Droit, mythe et raison*, *op. cit.*, pp. 154-155. V. aussi Rogelio PEREZ PERDOMO, pour qui, « [l]e caractère contraignant de la loi ne se discute pas [...] » ; « L'argument d'autorité dans le raisonnement juridique », *loc. cit.*, p. 237.

(126) *Questions de rhétorique. Langage, raison et séduction*, Paris, Librairie générale française, coll. « livre de poche », n° 4171, 1993, p. 141.

(127) Voy. à ce sujet les réflexions de Martti KOSKENNIEMI, *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument*, Helsinki, Lakimiesliiton Kustannus, 1989, pp. 2 et s.

(128) André-Jean ARNAUD, *Critique de la raison juridique*, *op. cit.*, p. 403 ; Michel VIRALLY, « Réflexions sur la politique juridique des Etats », *loc. cit.*, p. 129 ; Jurgën HABERMAS, *Raison et légitimité*, *op. cit.*, p. 124.

mement rares en droit international (129). Il n'existe en effet pas de critère de légitimité obligatoire pour tous les États, qui restent libres de mettre en œuvre des politiques radicalement différentes (130). Les modes de création de ce droit n'ont par ailleurs que fort peu de force de légitimation. Seuls les États ont le pouvoir de création normative (131), et ils ne sont théoriquement reconnus comme tels que sur base de critères d'effectivité. Le caractère essentiellement volontariste du système des sources ôte du reste toute prétention à une légitimité démocratique. Le droit international ne peut non plus tirer une légitimité substantielle des résultats qu'il réalise (132), dans la mesure où il est loin d'être toujours respecté dans la pratique internationale (133). Sous cet angle également, sa force de légitimation est moindre qu'un droit national. Les théories les plus convaincantes expliquent l'obéissance sur base d'un accord (134) et, au-delà, sur le rapport de force qui le sous-tend, que ce rapport se manifeste par la mise en œuvre de sanctions ou non (135). On est, ici encore, loin d'une forte légitimité.

Ce déficit de légitimité est plus ostensible encore si l'on envisage le problème sous un angle interne. Les explications que nous venons d'évoquer étaient toutes externes au système juridique mais, si on se demande pourquoi il faut obéir au droit selon le système juridique lui-même, on percevra le caractère purement autoritaire de ce type d'argument.

(129) Monique CHEMILLIER-GENDREAU, *Humanité et souverainetés. Essai sur la fonction du droit international*, *op. cit.*, p. 91 et, du même auteur, « Quelle méthode pour l'analyse des développements récents du droit international ? », *loc. cit.*, pp. 18-19.

(130) V. not. Jean SALMON, « Vers l'adoption d'un principe de légitimité démocratique ? », *loc. cit.* ainsi que les autres références citées *supra*, note 50.

(131) Les organisations internationales n'ont de pouvoir normatif que dans la mesure où les Etats le leur ont conféré ; il s'agit donc plutôt d'un pouvoir normatif indirect des Etats.

(132) On a dit que la force obligatoire découlait de la nécessité pour les Etats de coexister, ce qui implique un minimum de règles ; Michel VIRALLY, « Le phénomène juridique », *loc. cit.*, p. 70.

(133) V. p. ex. Monique CHEMILLIER-GENDREAU, *Introduction générale au droit*, Paris, Eyrolles, 1990, p. 31 et, du même auteur, *Humanité et souverainetés. Essai sur la fonction du droit international*, *op. cit.*, pp. 71 et s.

(134) Voy. Charles CHAUMONT, « Rapport sur l'institution fondamentale de l'accord entre Etats », *Annales de la Faculté de droit et de sciences économiques de Reims*, Reims, A.R.E.S., 1974, pp. 241 et s. ; G. I. TUNKIN, *Droit international public. Problèmes théoriques*, *op. cit.*, p. 155.

(135) Charles CHAUMONT, « A la recherche du fondement du caractère obligatoire du droit international », *in Réalités du droit international*, t. 1, *op. cit.*, pp. 4 et s. ; Michel TROPER, « Fondement du caractère obligatoire et problèmes de causalité en droit international », *loc. cit.*, pp. 43 et s. ; Monique CHEMILLIER-GENDREAU, « Quelle méthode pour l'analyse des développements récents du droit international ? », *loc. cit.*, pp. 16 et s. et *Introduction générale au droit*, *op. cit.*, p. 59.

259. Il faut en effet souligner le caractère purement formel du passage d'une règle morale ou politique au statut de règle juridique (136). Qu'est-ce qui caractérise une norme juridique ? Si on définit le droit comme une politique qui a réussi, il faut ajouter que la réussite sera formelle : une règle devient juridique — et acquiert en même temps la légitimité supérieure caractéristique du droit — si elle a été édictée de manière formellement correcte par les autorités formellement compétentes (137). Comme le relève Max Weber, les normes juridiques sont « une disposition humaine prise dans des formes valant comme légitimes en vertu d'une constitution — octroyée ou régulière — d'un groupement » (138). En d'autres termes, dans son acception moderne, *le droit est une politique formalisée* (139).

Dans cette perspective, la possibilité ou la mise en œuvre de la sanction, souvent considéré comme un critère de juridicité (140), est écartée. Il suffit que, au sein d'une communauté, on admette for-

(136) Chaïm PERELMAN distingue droit et morale ou religion de la manière suivante : « on se trouve dans le domaine du juridique si existent des procédures précisant qui est compétent pour dire le droit et quelle sont les sanctions humaines à prévoir en cas de violation de la règle » ; « Droit, morale et religion », *in Le raisonnable et le déraisonnable en droit*, Paris, L.G.D.J., 1984, p. 45.

(137) Dans une telle perspective, le droit suppose des règles qui établissent la procédure qui conditionne la validité des règles au sein du système juridique ; Herbert L.A. HART développe cet élément en évoquant des règles « secondaires » dont il fait le critère du concept de droit (v. *Le concept de droit*, *op. cit.*, pp. 116 et s.), tout en contestant pour sa part que ce critère soit présent en droit international (*ibid.*, pp. 254 et 279, et *supra*, Chapitre III, section 3), et les commentaires de Friedrich V. KRATOCHWIL, qui parle de la condition de « pédigrée » qui caractérise une norme juridique ; *Rules, Norms and Decisions. On the conditions of practical and legal reasoning in international relations...*, *op. cit.*, p. 187 et s. ; v. aussi les réflexions de Thomas M. FRANCK, *The Power of Legitimacy among Nations*, *op. cit.*, pp. 91 et s. et pp. 200 et s. Ce type de définition est à l'évidence positiviste, et a été critiqué, notamment par l'Ecole historique, comme niant le processus de « formation spontanée » du droit ; v. François TERRÉ et René SÈVE, « Droit », *loc. cit.*, p. 46. La critique ne trouve aucun fondement en droit international, où la coutume est reconnue comme une source formelle de première importance pourvu, comme pour n'importe quelle source, que les personnes posant les actes revendiqués comme coutumiers soient formellement habilitées à le faire selon le droit international. Voy. enfin Monique CHEMILLIER-GENDREAU, *Introduction générale au droit*, *op. cit.*, pp. 10 et s. et Hubert ROTTLEUTHNER, « Le concept sociologique de droit », *loc. cit.*, pp. 78-79.

(138) *Sociologie du droit*, *op. cit.*, p. 44. Plus spécialement, Max Weber évoque les lois comme normes juridiques spécifiques.

(139) On peut mettre la formule en parallèle avec la formule attribuée à la pensée de Foucault, « toute forme est un composé de rapports de force », le droit étant assimilable à une forme et la politique à un rapport de force ; v. l'explication de la formule dans Alain RENAUT et Lukas SOSOE, *Philosophie du droit*, *op. cit.*, pp. 45 et s.

(140) *Ibid.*, pp. 28 et s. Voy. par exemple Henri LÉVY-BRUHL, *Sociologie du droit*, *op. cit.*, p. 23 et Hans KELSEN, pour qui « le droit est un ordre de contrainte prévoyant des sanctions socialement organisées » ; « Théorie du droit international », *R.C.A.D.I.*, 1953-III, vol. 84, p. 14 et *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, pp. 70 et s. ; v. les commentaires de Emile GIRAUD, « Le droit international public et la politique », *loc. cit.*, pp. 660-662.

mellement que certaines règles sont juridiques pour qu'elles le soient (141), même si aucune sanction n'est prévue en cas de violation. Le point de vue se rattache à une conception phénoménologique, voire nominaliste : est du droit ce qui, dans la réalité sociale, est formellement considéré comme du droit (142) en tant que corps de règles possédant une légitimité supérieure.

Une conséquence est que, non seulement la sanction n'est nullement nécessaire (143), mais l'énonciation en termes contraignants ne l'est pas non plus (144). En ce sens, Michel Troper relève que

> « le droit international n'est pas obligatoire puisqu'aucun droit n'est obligatoire, mais il est cependant du droit car il se présente sous la forme juridique et qu'on peut distinguer ce droit international qui se présente sous forme juridique, de toute système de proposition qui se présenterait comme morale internationale [...] » (145).

Une simple déclaration, si elle a été émise par les autorités compétentes sous une forme juridique, est un instrument juridique. Son contenu bénéficiera d'une légitimité supérieure à une règle politique ou morale, même si une rédaction en termes exhortatifs ou recommandatoires a moins de force de légitimation qu'une énonciation en

(141) Pour Michel VIRALLY, « Les traits propres à l'obligation juridique paraissent ainsi découler non de la sanction qui souvent l'accompagne, mais de la méthode spécifique par laquelle est établie sa validité, c'est-à-dire la validité de la norme juridique qui l'exprime » ; « Le phénomène juridique », *loc. cit.*, p. 45 ; de même, pour Michel TROPER, la sanction peut expliquer pourquoi on obéit, mais non pourquoi on doit obéir ; « Fondement du caractère obligatoire et problème de causalité en droit international », *in Réalités...*, *op. cit.*, p. 43. V. encore Friedrich V. KRATOCHWIL, *Rules, Norms and Decisions. On the conditions of practical and legal reasoning in international relations...*, *op. cit.*, p. 187 et s.

(142) Voy. les propos de Jean COMBACAU, pour qui, « [...] peu importe qu'ils aient objectivement raison (constatation que nous ne pouvons faire ou refuser par une opération de *notre* esprit, en tant que témoins sans autorité légale du jeu auquel se livrent les Etats comme sujets de droit), ce qui importe, c'est cette réalité objective, et vraie, même si elle repose sur des représentations que nous jugeons fausses : les Etats traitent les conventions internationales comme si *pacta essent servanda*...] » ; « Le droit international : bric-à-brac ou système ? », *A.P.D.*, 1986, p. 90 ; v. par ailleurs Roberto AGO, « Science juridique et droit international », *R.C A.D.I.*, 1956-II, tome 90, pp. 953-954.

(143) V. en ce sens les intéressantes réflexions de Léon RAUCENT, pour qui, « [...] la règle n'est donc pas juridique parce que sanctionnée, mais sanctionnée parce que considérée par l'idéologie dominante comme devant être obligatoire pour tous [...] » ; *Pour une théorie critique du droit*, *op cit.*, p. 64.

(144) En ce sens, v. Michel MIAILLE, *Une introduction critique au droit*, *op. cit.*, pp. 103 et s. ; voy. *contra*, Henri LÉVY-BRUHL, *Sociologie du droit*, *op. cit.*, pp. 22-23.

(145) « Fondement du caractère obligatoire et problèmes de causalité en droit international », *in Réalités...*, *op. cit.*, p. 51 ; v. par ailleurs, Paul ORIANNE, *Introduction au système juridique*, *op. cit.*, pp. 43-44.

termes contraignants (146). Un avis rendu par la Cour internationale de Justice est par définition non contraignant. Mais personne ne conteste qu'il s'agit bel et bien de droit international, avec pour conséquence une valeur argumentative supérieure à une simple opinion politique. Un autre exemple se rattache à certaines des résolutions de l'Assemblée générale de l'O.N.U., formellement considérées comme non obligatoires, mais utilisées dans le champ argumentatif comme du droit. Ainsi en est-il notamment de la Déclaration universelle des droits de l'homme (147). Les droits qui y sont contenus, non seulement ne sont pas protégés par des sanctions, mais sont à l'origine conçus comme un « idéal commun à atteindre » (148). Cependant, la Déclaration a été adoptée par une instance juridique, selon des formes juridiques, et avec un vocabulaire juridique. Cela explique qu'elle sera invoquée constamment comme un instrument de droit international, avec la légitimité qui s'y attache. Cette légitimité se renforcera encore lorsque certaines des normes qui y sont contenues acquerront une valeur coutumière (149).

Un autre critère de juridicité, selon lequel il y a norme juridique dès qu'est régie la vie en société (*ubi societas, ubi jus*) est aussi incompatible avec notre définition (150). En effet, celle-ci postule une formalisation suffisante du droit, qui doit, comme nous le souli-

(146) V. p. ex. Monique CHEMILLIER-GENDREAU, *Introduction générale au droit*, *op. cit.*, pp. 37-38. Une autre optique est de considérer que la formalisation nécessaire inclut une énonciation en termes contraignants, et que l'absence de cette condition empêche une norme de devenir juridique. Cette position ne modifie pas notre raisonnement. Quoi qu'il en soit, nous préférons quant à nous adopter une conception plus large de la juridicité, dans la mesure où des textes non rédigés en termes contraignants sont utilisés, sur le plan argumentatif, comme des textes juridiques.

(147) On pourrait citer aussi des instruments juridiques comme les Accords d'Helsinki, la Charte de Paris, qui ne sont pas considérés comme des traités mais dont l'utilisation dans le champ argumentatif les apparente à du droit : ils sont en effet invoqués comme des instruments juridiques, ayant une valeur légitimante plus forte que de simples opinions politiques. Pour d'autres résolutions de l'Assemblée générale, on peut encore reprendre certains instruments qui ont fourni la base des revendications pour un « nouvel ordre économique international », ou plus généralement pour un « droit au développement ». V. à ce sujet les réflexions de Monique CHEMILLIER-GENDREAU, *Humanité et souverainetés. Essai sur la fonction du droit international*, *op. cit.*, pp. 66 et s.

(148) V. la proclamation qui précède l'art. 1er de la Déclaration.

(149) V. sur ce point, C.I.J., Affaire du *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*, *Recueil 1980*, p. 42.

(150) Pour une analyse sous cet angle, voy. not. Henri LÉVY-BRUHL, *Sociologie du droit*, *op. cit.*, pp. 24 et s. ; Georges SCELLE, *Précis de droit des gens*, Paris, Sirey, 1932, pp. 1 et s., et, du même auteur, « Quelques réflexions hétérodoxes sur la technique de l'ordre juridique interétatique », *in Mélanges Basdevant*, Paris, Pedone, 1960, p. 473 ; Kotaro TANAKA, « Du droit international au droit mondial », *in Mélanges Julliot de la Morandière*, Paris, Dalloz, 1964, p. 54 ; Gerald FITZMAURICE, *The Future of Public International Law and of the International Legal System in the Circumstances of Today*, Genève, I.D.I., 1973, pp. 109 et s. sp. n° 97 ; Georges S. MARIDAKIS,

gnions plus haut, représenter le système normatif supérieur par opposition à d'autres instances au sein d'une société donnée (151). Ainsi, tant qu'il y a dualité des ordres reconnue par le droit lui-même, par exemple entre un pouvoir temporel et spirituel dont aucun n'a juridiquement la suprématie, il n'y a pas droit au sens de cette définition puisque la légitimité du droit lui vient de son exclusivité en tant qu'ordre supérieur (152). Le droit est ainsi contemporain de la création de l'État moderne (153), qui correspond à l'instauration d'un système supérieur de régulation sociale, comme nous l'avons déjà relevé. De même, l'existence du droit international suppose une formalisation suffisante telle qu'un ensemble de règles soit reconnu comme détenant une légitimité supérieure aux ordres juridiques nationaux ou aux arguments politiques et moraux. Bien entendu, dans toutes ces hypothèses, la supériorité doit être reconnue par le droit lui-même, indépendamment des ordres concurrents. Par exemple, si une politique peut prescrire la désobéissance au droit, celui-ci reste du droit, pourvu que lui-même n'admette pas qu'un autre ordre ait une légitimité égale ou supérieure. Tel est bien le cas du droit international, qui est présenté comme un système unique et complet (154), considérant tout ce qui lui est extérieur comme du fait (155).

Comme on le constate, envisager le droit sous l'angle de la légitimité conduit à une définition de la juridicité dépendant des formes de son élaboration. La conclusion est valable aussi pour le droit

« Droit, droit mondial, droit comparé », *Problèmes contemporains de droit comparé*, Tokyo, 1962, pp. 9 et s. ; Julien FREUND, « Droit et politique. Essai de définition du droit », *loc. cit.*, p. 19 ; Roland MASPETIOL, « Le droit et la politique : deux visions partielles et fragmentaires d'une même réalité sociale », *A.P.D.*, 1971, pp. 38 et s. ; Paul ORIANE, *Introduction au système juridique*, *op. cit.*, p. 22. V. encore à ce sujet les réflexions de Friedrich V. KRATOCHWIL, *Rules, Norms and Decisions. On the conditions of practical and legal reasoning in international relations...*, *op cit.*, pp. 74 et s.

(151) Cela suppose comme préalable à la vérification de la juridicité d'un ordre normatif d'individualiser une société, ce que n'opèrent pas certains sociologues partisans d'une conception pluraliste du droit ; v. p. ex. Henri LÉVY-BRUHL, *Sociologie du droit, op. cit.*, pp. 24 et s.

(152) Max WEBER relève la confusion entre règles juridiques et règles morales en cas de dualité de pouvoirs ; *Sociologie du droit, op. cit.*, p. 164.

(153) En ce sens, voy. Gérard SOULIER, « Rapport sur la critique marxiste appliquée aux théories traditionnelles du droit international », *Annales de la Faculté de droit et de sciences économiques de Reims*, Reims, A.R.E.S., 1974, pp. 197 et s. ; G. I. TUNKIN, *Droit international public. Problèmes théoriques*, Paris, Pedone, 1965, pp. 145 et s. V. aussi les commentaires critiques de Henri LÉVY-BRUHL, *Sociologie du droit, op. cit.*, pp. 19 et s.

(154) V. *supra*, chapitre III, section 3. V. aussi Monique CHEMILLIER-GENDREAU, *Introduction générale au droit, op. cit.*, p. 22.

(155) V. not. C.P.J.I., Affaire des *Intérêts allemands en Haute-Silésie, Série A, n° 7*, p. 19, et Affaire des *Nationaux polonais et des autres personnes d'origine ou de langue polonaise dans le territoire de Dantzig, Série AB, n° 44*, p. 24.

international, même si le système des sources est beaucoup moins formaliste qu'en droit interne.

260. Cet aspect formel implique que, en tant qu'argument, le droit est un argument d'autorité. Par « argument d'autorité », nous entendons un argument qui renvoie à une autorité quelconque (156). Le caractère autoritaire du droit est tel qu'il ne renvoie qu'à son autorité propre en tant qu'ordre supérieur.

En effet, si nous avons déjà constaté que la force juridiquement obligatoire d'une règle particulière ne dépend pas d'une quelconque adhésion de ses destinataires — même si, en droit international, l'adhésion a été nécessaire au stade de sa formation —, nous pouvons à présent ajouter qu'elle dépend seulement du fait de savoir si elle a été adoptée de façon formellement correcte. C'est ce qu'a exprimé Niklas Luhmann

> « Les formes sont valides en raison même de leur validité. Leur formalité tient précisément au fait qu'elles portent en elles-mêmes leur justification [...]. On observe les formes à la manière d'un rite » (157).

Mais pourquoi faut-il consacrer ce critère formel ou, en d'autres termes, pourquoi faut-il obéir au droit ? Si on se limite au droit, on ne peut répondre à cette question que de manière tautologique. C'est en vain que l'on trouvera dans le droit un fondement à son caractère obligatoire autre qu'autoritaire. Comme le relève Gérard Cahin,

> « la norme juridique n'est jamais une norme 'en soi' mais un discours appelé norme, une manifestation mythifiée par laquelle ce dernier se donne pour obligatoire alors que cette propriété lui advient en réalité du dehors selon un processus plus complexe » (158).

---

(156) Pas seulement à celle d'une personne ou d'un groupe (v. la définition de Chaïm PERELMAN et Lucie OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation*, *op. cit.*, reprise par Rogelio PEREZ PERDOMO, « L'argument d'autorité dans le raisonnement juridique », *loc. cit.*, p. 227), mais à celle de concepts, ce qui est le cas en l'occurrence puisque le droit ne renvoie qu'à lui-même.

(157) « L'unité du système juridique », *A.P.D.*, 1986, p. 176. Pour Jürgen HABERMAS, « Le droit appliqué comme médium de régulation se débarrasse de la problématique de la légitimation, et il est relié au corpus juridique, qui nécessite une légitimation de son contenu, uniquement par des procédures formellement correctes », *Théorie de l'agir communicationnel, tome 2, Pour une critique de la raison fonctionnaliste*, Paris, Fayard, 1987, p. 402.

(158) « Apport du concept de mythification aux méthodes d'analyse du droit international », *loc. cit.*, p. 90 ; v. aussi, au sujet de certains « réalistes scandinaves », v. Riccardo GUASTINI, « Alf Ross : une théorie du droit et de la science juridique », *in Théorie du droit et science*, *op. cit.*, p. 253 et Simone GOYARD-FABRE, « De l'idée de norme à la science des normes : Kant et Kelsen », *ibid.*, p. 229.

La norme fondamentale placée au sommet de la pyramide kelsénienne est supposée, et à ce titre injustifiable selon le système considéré (159). Les explications données à la question du fondement du caractère obligatoire du droit ne peuvent être qu'extérieures au droit (160). Par contre, le fondement *juridique* du caractère obligatoire du droit est introuvable, tout simplement parce qu'il est autoritaire. Si on reformule la question du fondement comme signifiant : « pourquoi doit-on obéir au droit, selon le droit ? », on ne peut trouver d'autre réponse que « parce que c'est du droit » (161). Le fait pour une règle d'être obligatoire, qu'on l'accepte ou non, est basé exclusivement sur un argument d'autorité. Politiquement ou moralement, on peut justifier telle ou telle position, même si elle implique désobéissance à la loi, mais, juridiquement on ne le peut, par définition, pas.

261. Ce caractère exclusivement autoritaire du droit en tant qu'argument se reflète dans les particularités du langage juridique.

De manière générale, on a relevé que le langage juridique, ou même que tout langage, était un instrument de pouvoir. Pour Roland Barthes,

> « La langue, comme performance de tout langage, n'est ni réactionnaire, ni progressiste ; elle est tout simplement : fasciste [...]. Dès qu'elle est proférée, fût-ce dans l'intimité la plus profonde du sujet, la langue entre au service d'un pouvoir » (162).

---

(159) V. Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, pp. 124-125 ; à la fin de sa vie, Kelsen considère la « norme fondamentale » comme une fiction, un présupposé épistémologique qui permet de comprendre ce que font les juristes, Michel TROPER, « Un système pur du droit : le positivisme de Kelsen », *in La force du droit. Panorama des débats contemporains*, *op. cit.*, pp. 128-29 ; v. aussi, du même auteur, « Fondement du caractère obligatoire et problèmes de causalité en droit international », *in Réalités du droit international contemporain*, t. 1, Force obligatoire et sujets de droit, Reims, C.E.R.I., p. 49, et Roberto AGO, « Science juridique et droit international », *loc. cit.*, pp. 890 et s. ; v. enfin Michel VIRALLY, *La pensée juridique*, *op. cit.*, p. XV.

(160) V. les propos de Gérard SOULIER, « La critique marxiste... », *loc. cit.*, p. 246. Comme le souligne Jacques DERRIDA, « l'origine de l'autorité, la fondation ou le fondement, la position de la loi ne pouvant par définition s'appuyer finalement que sur elles-mêmes, elles sont elles-mêmes une violence sans fondement » ; *Force de loi*, *op. cit.*, p. 34.

(161) Pour André-Jean ARNAUD, « le droit est obligatoire parce qu'il est droit, simplement parce qu'il est droit », *Critique de la raison juridique*, *op. cit.*, p. 404. Certains tirent de ce constat une absence de caractère obligatoire (comme Michel TROPER, pour qui, « le droit n'est pas obligatoire mais il se donne comme obligatoire » ; « Fondement du caractère obligatoire et problème de causalité en droit international », *loc. cit.*, p. 51). Cette critique est évidemment externe, mais ne remet pas en cause la réalité et la spécificité de l'obligation juridique sur le plan interne. V. encore James Leslie BRIERLY, « Le fondement du caractère obligatoire du droit international », *loc. cit.*, p. 546.

(162) *La leçon*, Paris, Seuil, 1978, p. 14, cité et commenté par Umberto ECO, « La langue, le pouvoir, la force », *in La guerre du faux*, Paris, Grasset, 1985, pp. 333 et s., sp. pp. 338-339.

La formule peut sembler excessive, mais elle laisse apparaître en tout cas que la communication favorisée par le langage n'est pas neutre, et permet l'approfondissement des rapports de domination (163). On connaît la formule de Loysel, selon laquelle, « on lie les bœufs par des cornes et les hommes par des paroles » (164). Comme le langage, le droit organise une réalité en la re-présentant et en la réorganisant sous la forme d'un ordre (165). La conclusion est évidente pour le langage juridique dont la fonction est de codifier la volonté du pouvoir sous une forme à la fois assez ordinaire pour être contraignante pour ses destinataires, et assez hermétique pour être élitiste pour ses utilisateurs (166).

262. Il n'est donc guère étonnant que la technique du discours du droit soit fondamentalement autoritaire. Le discours du droit est en effet l'exemple même du discours performatif, c'est-à-dire celui qui n'est pas constatif, et donc susceptible de vérification en termes de conformité à une vérité, mais fait exister ce qu'il énonce (167).

---

(163) Max HORKEIMER et Theodor ADORNO, *La dialectique de la raison*, Paris, Gallimard-tel, 1974, p. 39 ; Michel FOUCAULT, *L'ordre du discours*, Paris, Gallimard, 1971, p. 12. V. aussi Jean FLORENCE, « Discours psychanalytique et discours juridique : remarques sur l'interprétation », *in L'interprétation en droit...*, *op. cit.*, p. 561 et C. KERLOT-GRACCHIANI, *L'énonciation. De la subjectivité dans le langage*, Paris, Colin, 1988, pp. 8 et p. 15 (« [...] dans l'échange verbal se jouent des rapports de pouvoir, et [...] c'est bien souvent le plus fort qui impose au plus faible son propre idiolecte ») ; Pierre BOURDIEU, *Ce que parler veut dire. L'économie des échanges linguistiques*, Paris, Fayard, 1982, pp. 26-27.

(164) Cité et commenté dans Philippe JESTAZ, « Le langage et la force contraignante du droit (ou 'des bœufs et des hommes') », *in Le langage du droit*, *op. cit.*, pp. 69 et s.

(165) V. à ce sujet Jürgen HABERMAS, *Raison et légitimité*, *op. cit.*, p. 162 et Gérard CAHIN, « Apport du concept de mythification aux méthodes d'analyse du droit international », *loc. cit.*, p. 99 ; v. par ailleurs, Paul ORIANNE, *Introduction au système juridique*, *op. cit.*, pp. 263 et s.

(166) V. les réflexions de Jacques DERRIDA, *Force de loi*, *op. cit.*, p. 41. V. aussi Philippe JESTAZ, « Le langage... », *loc. cit.*, p. 73. Comme le relève Jean SALMON, « parce que le droit est un phénomène de pouvoir et pas simplement une question de science, l'unification de la terminologie ne peut que participer à ce phénomène de pouvoir », « Langage et pouvoir en droit international », *in Le langage du droit*, *op. cit.*, p. 310 ; v. encore Raymond VANDER ELST, « Essai de synthèse », *ibid.*, p. 324 ; François RIGAUX, *Introduction à la science du droit*, Bruxelles, Vie ouvrière, 1974, p. 349 et « le juge, ministre du sens », *in* G. HAARSCHER et L. INGBER (sous la direction de), *Justice et argumentation. Essais à la mémoire de Chaïm Perelman*, Bruxelles, Ed. U.L.B., 1986, p. 81 ; André-Jean ARNAUD, *Critique de la raison juridique*, *op. cit.*, p. 398 ; Paul MARTENS, « Thémis et ses plumes. Réflexions sur l'écriture juridique », *in Mélanges François Rigaux*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 347 ; Dominique FORNACCIARI-TERRÉ, « La jurisprudence chez Hegel », *A.P.D.*, 1985, p. 81.

(167) Daniel LAURIER, *Introduction à la philosophie du langage*, Liège, Ed. Mardaga, 1993, pp. 93 et s. La théorie des actes de langage a été développée dans le célèbre ouvrage de J.L. AUSTIN, *Quand dire, c'est faire*, Paris, Seuil, coll. « points. Essais », 1970, 203 p. (v. sp. pp. 40 et s.). En un sens, on peut affirmer que tout énoncé est performatif, dans la mesure où il exprime non seulement l'objet de l'énonciation, mais aussi le fait d'énoncer (François RECANATI, *La transparence et l'énonciation ; pour introduire à la pragmatique*, Paris, Seuil, 1979, p. 151 et Michel MEYER, *Logique, langage et argumentation*, Paris, Hachette, 1982, p. 111). Mais il reste que les énoncés que l'on qualifie de performatifs — ou que Austin a requalifié lui-même de « performatifs

Les faits d'« obliger », d'« exiger » de « reconnaître », de « prier » ou encore de « recommander » ne sont rien d'autre que des actes de langage (168). Ils ne se vérifient pas, ne sont pas susceptibles d'être qualifiés de vrais ou de faux (169), ils s'observent (ou ne s'observent pas) (170). Leur énonciation ne vise pas à refléter un acte, mais constitue elle-même un acte ; ils prescrivent plutôt qu'ils ne décrivent (171). Greimas a écrit que le discours juridique était « une parole performative absolue » (172).

Certains auteurs ont appliqué cette théorie au droit international, avec les mêmes conclusions (173). Éric David souligne ainsi que le droit relève « du devoir-être et non de l'être. C'est en ce sens qu'il se manifeste avec éclat comme un performatif pur » (174) ; de même, les règles

---

explicites » — sont dépourvus d'objet, et donc de vérification en termes de constatation vraie ou fausse ; v. François RECANATI, *Les énoncés performatifs. Contribution à la pragmatique*, Paris, Ed. Minuit, 1981, pp. 29 et s. et pp. 81 et s. Selon cet auteur, la spécificité du performatif subsiste parce que, dans ce cas, l'énonciation se présente comme « constitutive de la réalité à laquelle l'énoncé fait référence », ce qui n'est pas le cas d'un énoncé constatif (*id.*, p. 85).

(168) Pour Pierre BOURDIEU, « le discours juridique est une parole créatrice, qui fait exister ce qu'elle énonce » ; *Ce que parler veut dire. L'économie des échanges linguitiques*, *op. cit.*, p. 21 ; voy. aussi Paul MARTENS, « Thémis et ses plumes. Réflexions sur l'écriture juridique », *loc. cit.*, pp. 348-349 ; J.L. SOURIOUX et P. LERAT, *Le langage du droit*, Paris, P.U.F., 1975, p. 50 ; Raymond VANDER ELST, « Essai de synthèse », *in Le langage du droit*, *op. cit.*, p. 323 ; A. BRIMO, « Structuralisme et rationalisation du droit », *op. cit.*, p. 208 ; Paul ORIANNE, *Introduction au système juridique*, *op. cit.*, p. 40, et pp. 114 et s. (l'auteur parle de langage « perlocutionnaire ») ; Léon RAUCENT, *Pour une théorie critique du droit*, *op. cit.*, pp. 76-77 ; l'auteur distingue le langage du droit, « perlocutionnaire », du langage des juristes (utilisé par la doctrine, par exemple), qui peut être constatif. AUSTIN lui-même donne plusieurs exemples qui relèvent du discours juridique ; v. *Quand dire, c'est faire*, *op. cit.*, p. 82.

(169) Au contraire des propositions qui décrivent la norme ; V. Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 52.

(170) Si l'obligation est contractée par une personne incompétente à cet effet (ou si une quelconque autre condition nécessaire à la réalisation de l'acte vient à manquer), l'énoncé performatif n'est pas faux — comme le serait un énoncé constatif — mais dépourvu d'objet ; Daniel LAURIER, *Introduction à la philosophie du langage*, *op. cit.*, p. 95 (AUSTIN considère que l'expression n'est pas fausse mais « malheureuse » ; *Quand dire, c'est faire*, *op. cit.*, p. 48). Marc DOMINICY ajoute que « c'est le statut du texte qui détermine l'acte de langage ou le performatif exprimé par le tout grammatical, plutôt que l'inverse » (« La linguistique et le langage du droit », *in Le langage du droit*, *op. cit.*, p. 16) ; cette affirmation est en conformité avec notre définition du droit, basée sur un lien formel entre la règle énoncée et l'ordre reconnu comme possédant une légitimité supérieure, même en l'absence d'injonction.

(171) François RECANATI, *Les énoncés performatifs. Contribution à la pragmatique*, *op. cit.*, p. 81.

(172) *Sémiotique et sciences sociales*, Paris, Seuil, 1976, pp. 90-91 ; v. aussi Mauricio GARCIA VILLEGAS, « Efficacité symbolique et pouvoir social du droit », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, n° 34, 1995, pp. 163-164.

(173) V. de manière générale Friedrich V. KRATOCHWIL, *Rules, Norms and Decisions. On the conditions of practical and legal reasoning in international relations...*, *op. cit.*, pp. 7 et s.

(174) « Le performatif dans l'énonciation et le fondement du droit international », *in Mélanges Chaumont*, *op. cit.*, p. 248. L'expression de « performatif pur » est peut-être quelque peu exagérée dans la mesure où, selon Austin, un performatif « pur » suppose la réunion de certaines conditions

« [...] réalisent par leur seule édiction un devoir-être qui n'existait pas *comme tel* avant leur adoption [...] la norme apparaît comme une *action de transformation ou de conservation du réel* ; elle est donc performative » (175).

Cette technique performative démontre on ne peut mieux le caractère purement autoritaire du droit en tant qu'argument. Le langage performatif utilisé par le droit doit en effet se comprendre comme volonté d'affirmer une autorité :

« [...] en donnant un ordre [...], le locuteur s'assigne un certain rôle et assigne à l'auditeur un rôle complémentaire : [il] exprime sa volonté que l'auditeur suive une conduite donnée, et se pose comme ayant l'autorité qu'il faut pour que l'auditeur soit obligé de suivre la conduite en question simplement parce que c'est la volonté du locuteur » (176).

L'appel à l'autorité se confond en réalité avec un appel à la légitimité de l'institution qui l'encadre. L'énonciation d'une « obligation » ou d'une « exigence » ne devient une obligation internationale que dans le cadre du droit international : « l'institution détermine à la fois ce qu'il faut faire, qui peut le faire et dans quelles circonstances » (177). La force illocutoire (178) ne provient évidemment pas des mots eux-mêmes, mais bien, comme le relève Bourdieu, de l'ins-

---

qui ne se trouvent pas toujours réunies dans le droit ; on pense par exemple à l'exigence de l'utilisation de l'indicatif présent à la première personne ; v. les exemples donnés dans *Quand dire, c'est faire, op. cit.*, p. 41 ainsi que les commentaires pp. 81 et s. ; v. aussi les réflexions de Jean-Louis GARDIES, « La rationalité du droit sous le regard de la logique », *in Théorie du droit et science, op. cit.*, pp. 83-84.

(175) Éric DAVID, « Le performatif dans l'énonciation et le fondement du droit international », *loc. cit.*, souligné par l'auteur. Dans une étude consacrée à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, Jean-Denis Mouton considère que, en théorie, seul le dispositif relève du performatif, mais que, en réalité, les considérants précisent les règles de manière performative puisqu'ils seront invoqués ultérieurement comme des énoncés normatifs ; « Les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme comme actes de discours : contribution à la méthodologie de la fonction juridictionnelle », *in Mélanges Chaumont, op. cit.*, pp. 410 et s. Voy. aussi Les réflexions de Jean COMBACAU, « Le droit international : bric-à-brac ou système ? », *loc. cit.*, p. 91.

(176) François RECANATI, *Les énoncés performatifs. Contribution à la pragmatique, op. cit.*, p. 19. Comme le souligne Pierre BOURDIEU, « l'efficacité du discours performatif qui prétend faire advenir ce qu'il énonce dans l'acte même de l'énoncer est proportionnelle à l'autorité de celui qui l'énonce » (*Ce que parler veut dire, op. cit.*, pp. 140-141) ; v. encore Mauricio GARCIA VILLEGAS, « Efficacité symbolique et pouvoir social du droit », *loc. cit.*, p. 164 et pp. 175-176.

(177) François RECANATI, *Les énoncés performatifs. Contribution à la pragmatique, op. cit.*, p. 92 ; Pierre Bourdieu qualifie ces conditions de « conditions liturgiques » (*Ce que parler veut dire, op. cit.*, p. 111). V. aussi la condition de la procédure évoquée par AUSTIN, *Quand dire c'est faire, op. cit.*, p. 49 ainsi que pp. 58 et s.

(178) La force « illocutoire » est celle induite par l'énoncé (l'acte locutoire) en fonction de la volonté du locuteur, comme l'est un avertissement, une menace, une prière ; elle se distingue de l'effet « perlocutoire » que peut avoir cet énoncé sur son destinataire, qui pourrait être, dans notre exemple, le fait que la personne se sentait effectivement avertie, menacée, priée (conformément à la volonté du locuteur) ou tout autre fait indépendant de cette volonté ; v. à ce sujet Daniel LAURIER, *Introduction à la philosophie du langage, op. cit.*, pp. 98 et s.

titution à laquelle ils renvoient (179). Dans ce contexte, le langage performatif ne fonctionne qu'à la manière d'un rituel : « quelles que soient les raisons qui ont originellement présidé à l'introduction, dans le rituel, d'une parole performative, celle-ci, une fois introduite, est un élément du rituel, non moins arbitraire et conventionnel que les autres » (180). Les actes de langage participent ainsi au jeu de formes mis en œuvre par le droit pour créer un sentiment d'obligation auprès de ses sujets (181). Plus généralement, indépendamment de l'efficacité de la norme, le discours juridique légitime par sa capacité de créer des représentations conformes aux valeurs du système juridique concerné (182).

Ces réflexions mettent l'accent sur l'absence d'autonomie du discours performatif, qui ne fait que refléter l'institution dans le cadre de laquelle il se produit.

---

(179) Pierre Bourdieu, *Ce que parler veut dire*, *op. cit.*, pp. 103 et s. V. les développements mettant l'accent sur la légitimité de l'institution, pp. 111-113. V. aussi Madeleine GRAWITZ, *Méthodes des sciences sociales*, *op. cit.*, p. 274.

(180) François RECANATI, *Les énoncés performatifs...*, *op. cit.*, p. 92 ; v. aussi Jacques DERRIDA, *Force de loi op. cit.*, p. 59. Pierre Bourdieu fait le lien entre le caractère performatif du discours juridique, le rituel qu'il charrie et l'affirmation de l'autorité du locuteur : « les rituels représentent la limite de toutes les situations d'*imposition* où, à travers l'exercice d'une compétence technique qui peut être très imparfaite, s'exerce une compétence sociale, celle du locuteur légitime, autorisé à parler et à parler avec autorité » (*Ce que parler veut dire*, *op. cit.*, p. 20). A cet égard, le performatif marque davantage l'autorité des Etats par rapport aux autres sujets de droit international. Ceux-ci ne sont en effet pas admis à réaliser d'actes performatifs — à l'exception notable des organisations internationales. En ce qui concerne les Etats, on pourrait considérer que le performatif renvoie à leur propre autorité puisque, si on admet la théorie consensualiste des sources, le perfomatif ne joue que s'ils ont accepté antérieurement qu'il se réalise. Il ne faut toutefois pas négliger les rapports de force qui ont présidé à la création de la règle, et qui se perpétueront — tout en se transformant — lors de l'application de cette règle ; v. à ce sujet *infra*, section 2. On pourrait dans ce contexte remettre en cause le caractère autoritaire du performatif en considérant, d'une part, qu'il est toujours possible de contester que les formes déterminées par l'institution ont été accomplies — c'est-à-dire que le rituel a été observé et que le performatif a été effectif — et, d'autre part, que le performatif ne se réalise véritablement que si l'on a adhéré à l'institution en cause. Il ne nous semble pas que ces objections soient décisives pour ce qui concerne le droit international. Quant à la première, il suffira de rappeler que les procédures elles-mêmes, qui déterminent le caractère juridique d'une norme, sont purement formelles et n'ont en soi aucune légitimité particulière. Quant à la seconde, on se souviendra que le droit diffère d'autres systèmes normatifs par la circonstance qu'il s'impose à tous les membres de la communauté. Il se distingue par exemple de la religion, institution pour laquelle Pierre Bourdieu relève que la crise de légitimité se reflète sur le caractère performatif de paroles rituelles (*Ce que parler veut dire*, *op. cit.*, pp. 113-119).

(181) Ce sentiment d'obligation induit par le langage juridique en dehors de toute explication rationnelle est déjà dénoncé par Hans KELSEN, à propos du terme « doit », auquel il préfère substituer une description sous la forme d'un chaîne de causalité (si tel événement se produit, telle conséquence s'ensuit) ; *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, pp. 68-69. Le discours juridique continue significativement à utiliser des termes comme devoir ou obligation.

(182) Voy. Mauricio GARCIA VILLEGAS, « Efficacité symbolique et pouvoir social du droit », *loc. cit.*, p. 161.

263. Finalement, le droit est doublement autoritaire. Fondamentalement, il se distingue des autres ordres normatifs (comme la politique ou la morale) par le fait qu'il prescrit l'obéissance à tout sujet indépendamment de son adhésion à la règle ou au système juridique dans son ensemble : la diversité des opinions contraste avec l'exclusivité du droit comme ordre normatif supérieur. Sur le plan formel, il utilise un discours qui n'est par définition pas susceptible de remise en cause — à tout le moins par rapport à la valeur de vérité — puisqu'il exploite une technique qui fait exister ce qu'elle énonce.

C'est dans ce contexte que l'on peut comprendre la fréquente utilisation du « raisonnable » dans le discours juridique, la notion renvoyant à la raison comme complément à l'autorité. Il faut immédiatement préciser que, en tant que concept, la raison est également une autorité et, le « raisonnable » y renvoyant, peut aussi être qualifié d'« argument d'autorité » (183), comme nous l'avons constaté plus haut en analysant les justifications individuelles données par le juge sur ses positions. Le renvoi à la raison n'est cependant pas tautologique, comme nous le verrons dans les lignes qui suivent.

2. *Le « raisonnable » comme signe d'une légitimation du droit dans le discours*

264. A l'instar du droit, la raison est souvent envisagée sous l'angle de la justification d'une action ou d'une position (184). Le plus souvent (185), on oppose argument de raison et argument d'autorité, le premier ayant une force persuasive plus grande que le second, indépendamment de la contrainte susceptible d'être mise en œuvre par l'utilisateur de la notion (186). Dans l'optique qui est la nôtre, le renvoi à la raison constitue davantage un argument complémentaire à l'argument d'autorité que constitue le droit.

---

(183) Voy. notre définition reproduite ci-dessus.

(184) Voy. p. ex. Chaim PERELMAN, « La règle de justice », *in Justice et raison*, *op. cit.*, pp. 232-233.

(185) L'opposition est relativement artificielle ; v. Rogelio PEREZ PERDOMO, « L'argument d'autorité dans le raisonnement juridique », *loc. cit.*, p. 227.

(186) Philippe JESTAZ, « Le langage et la force contraignante du droit », *loc. cit.*, p. 70 et note 2. Pour cet auteur, « si le droit se fait respecter, ce n'est pas par le seul appui de la force car alors il faudrait un gendarme derrière chacun de nous [...]. Il y parvient parce qu'il est un moyen de nous raisonner ; le droit nous raisonne par l'intermédiaire du langage [...]. D'où l'importance que la solution de droit soit **raisonnable** » (en gras dans le texte).

Le droit ne peut en effet fonctionner ni sur la seule base de la sanction, ni sur la seule légitimité que revêt le respect des formes qui l'instituent (187). C'est ce qu'explique Jürgen Habermas :

> « La procédure irréprochable selon laquelle une norme se forme (en d'autres termes, le fait qu'une procédure est conforme au droit), garantit seulement, en tant que telle, que les instances, reconnues comme compétentes et dotées de compétences, qui sont toujours prévues dans le système politique, portent la responsabilité du droit en vigueur. Mais ces instances font partie d'un système de domination qui doit être légitimé dans son ensemble [...]. Cela signifie que la forme juridique seule, comme pure légalité technique, ne pourra à la longue assurer une reconnaissance de la domination si le système de domination ne peut être légitimé indépendamment de l'exercice juridique (conforme au droit) de la domination [...] une procédure ne peut toujours légitimer que de manière indirecte, par référence à des instances qui doivent à leur tour être reconnues » (188).

Cet extrait révèle aussi la contradiction que recouvre le concept de droit, qui se singularise par une force de légitimation supérieure à la politique — ce qui explique que le système juridique se présente comme unique et clôturé — mais est incapable d'assurer en lui-même une légitimation suffisante. En d'autres termes, une légitimation apte à assurer le respect du droit suppose à la fois de rester à l'intérieur du système, et d'en sortir.

L'appel à la raison constitue une issue permettant d'échapper à cette contradiction puisque, comme nous l'avons relevé, la notion permet d'intégrer des valeurs extérieures au système tout en affirmant maintenir ses propriétés de système, dont la clôture (189). La raison sera ainsi utilisée de manière à légitimer les instances politiques qui sont à la base du système juridique, tout en restant à l'intérieur de ce système et bénéficier ainsi de sa force supérieure de légitimation. La légitimation fonctionnera grâce à un renvoi à la fois aux valeurs de la communauté (§ 265), et à la rationalité comme mode de pensée généralement accepté (§ 266). Nous retrouvons une fois encore la séquence que nous avons mise en exergue dans l'intro-

(187) Voy. p.ex. Monique CHEMILLIER-GENDREAU, *Introduction générale au droit*, *op. cit.*, p. 24.

(188) *Raison et légitimité*, *op. cit.*, p. 140 ; v. aussi p. 124 et *Théorie de l'agir communicationnel, tome 2, Pour une critique de la raison fonctionnaliste*, *op. cit.*, pp. 401 et s. ; v. à ce sujet Philippe GÉRARD, *Droit et démocratie. Réflexions sur la légitimité du droit dans la société démocratique*, Bruxelles, F.U.S.L., 1995, p. 8 ; Aulis AARNIO, *Le rationnel comme raisonnable. La justification en droit*, *op. cit.*, p. 287. V. par ailleurs Thomas M. FRANCK, *The Power of Legitimacy among Nations*, *op. cit.*, pp. 3 et s.

(189) V. *supra*, chapitre III, section 3, B.

duction de cette étude : le « raisonnable » renvoie à la raison, avec un aspect axiologique et un aspect logique (190).

265. La raison renvoie donc en premier lieu aux *valeurs* qui président au système juridique dans son ensemble et, au-delà, aux valeurs du système politique qui le sous-tend (191). Le « raisonnable » permet au droit de remplir la fonction mise en exergue par Michel Virally,

> « Le droit [...] contribue à la paix et à l'harmonie sociale, avant tout par sa fonction de justification, en définissant les modèles de comportements ou règles susceptibles de bénéficier d'une acceptation ou approbation générale [...] l'autorité du droit repose finalement sur l'acceptation générale du système de règles qui le constituent » (192).

Plus spécifiquement, le juge évoquera l'objet ou le but d'une règle, c'est-à-dire sa « raison d'être » (193). Il faut à se sujet se souvenir que, selon la Convention de Vienne, la caractère raisonnable de l'interprétation s'apprécie par rapport aux buts de la règle, ainsi qu'aux autres règles de droit international (194). Le contenu axiologique de la raison est d'autant plus prononcé que la Raison est en soi une valeur, et même la valeur suprême puisque, comme nous l'avons relevé, elle représente par définition le seul point commun à chaque être humain (195).

266. Mais la raison renvoie aussi à la *rationalité*, assimilée ici aux techniques scientifiques ou à la logique comme bases d'un raisonnement rigoureux. C'est ce que nous avons observé en montrant que la raison était utilisée dans le discours pour présenter le système juridique comme cohérent (196).

Il faut ajouter que la rationalité juridique n'est nullement dépourvue de valeurs puisqu'elle légitime le système politique dans

(190) V. *supra*, §§ 233 et s.

(191) V. André-Jean ARNAUD, *Critique de la raison juridique, tome 1, Où va la sociologie du droit ?*, *op. cit.*, p. 175 et Paul FORIERS, « Le juriste et le droit naturel. Essai de définition d'un droit naturel positif », *in La pensée juridique de Paul Foriers*, Travaux du C.N.R.L., Bruxelles, Bruylant, 1982, pp. 427-428.

(192) « Réflexions sur la politique juridique des Etats », *loc. cit.*, p. 129 ; Monique CHEMILLIER-GENDREAU, *Humanité et souverainetés. Essai sur la fonction du droit international*, *op. cit.*, p. 57 ; v. aussi Chaïm PERELMAN, « Morale et droit », *in Justice et raison*, *op. cit.*, p. 434.

(193) V. *supra*, Chapitre I, section 1, § 46.

(194) V. *supra*, § 46.

(195) V. *supra*, Chapitre III, section 3.

(196) *Supra*, Chapitre III, section 3. V. par ailleurs les réflexions de Thomas M. FRANCK, *The Power of Legitimacy among Nations*, *op. cit.*, pp. 152 et s.

le cadre duquel elle s'inscrit (197). Max Weber distingue ainsi trois piliers d'une domination légitime, parmi lesquels il place le « caractère rationnel » qui suppose la reconnaissance du droit qu'ont les détenteurs du pouvoir de donner des ordres, ce qu'il appelle la « domination légale » (198). C'est ce qui peut expliquer la référence constante à la logique formelle ou à des formules d'ordre mathématique dans le discours juridique. On a ainsi évoqué le mythe que charrie la raison comme réduction de la pensée au modèle mathématique (199), ou encore la « dérive mytho-logique de la rationalité juridique » (200). Le renvoi à la rationalité du système juridique est en même temps renvoi à la légitimité de ce système.

A ce sujet, on a aussi relevé que la rationalité était une valeur historiquement liée à l'émergence et au développement du système économique capitaliste et du régime politique libéral correspondant (201). L'État et le droit ne sont que des manifestations d'un phénomène global de rationalisation qui assure prévisibilité et sécurité aux échanges, et qui tend à régir progressivement tous les aspects de la vie sociale (202). Max Weber a montré que « le capitalisme avait besoin d'un droit sur lequel on pouvait compter comme sur une machine », et a ainsi expliqué la rationalisation et la formalisation du droit parallèlement à la bureaucratisation des sociétés

(197) François RIGAUX, *Introduction à la science du droit*, *op. cit.*, p. 137.

(198) *Économie et société*, t. 1, Paris, Plon, éd. poche, 1995, p. 289 ; les deux autres piliers sont le « caractère traditionnel » et le « caractère charismatique » ; v. les commentaires de Renato TREVES, *Sociologie du droit*, *op. cit.*, pp. 141-142.

(199) Max HORKEIMER et Theodor ADORNO, *La dialectique de la raison*, *op. cit.*, pp. 28-29. Jacques LENOBLE évoque à ce propos « le problème de la logique mathématique comme sous-tendant les règles de raisonnement des juges et l'idéologie logicienne qui s'exprime dans leur pouvoir d'interprétation » ; discussion suivant le rapport sur « La relation du droit international avec la structure économique et sociale », *in Réalités du droit international contemporain*, tome 2, *op. cit.*, p. 16 ; v. p. 17.

(200) Selon le titre de l'ouvrage précité de Jacques LENOBLE et François OST.

(201) V. not. François OST, « L'interprétation logique et systématique et le postulat de rationalité du législateur », *loc. cit.*, p. 183 ; François RIGAUX, *Introduction à la science du droit*, *op. cit.*, pp. 363 et s. La rationalisation n'était pas absente mais était beaucoup moins développée dans les systèmes historiquement antérieurs au capitalisme ; v. p.ex. Jean GAUDENET, « Tentatives de systématisation du droit à Rome », *A.P.D.*, 1986, pp. 11-28.

(202) Csaba VARGA, « La question de la rationalité formelle en droit : Essai d'interprétation de l'*Ontologie de l'être social* de Lukacs », *loc. cit.*, pp. 223 et s. ; Anne LAGNEAU-DEVILLÉ, « Questions sociologiques à propos de l'interprétation en droit », *loc. cit.*, p. 508 ; Marcel THOMANN, « Un modèle de rationalité idéologique : le 'rationalisme' des Lumières », *loc. cit.*, p. 132 ; Max HORKEIMER et Theodor ADORNO, *La dialectique de la raison*, *op. cit.*, p. 46 ; Michel MIAILLE, « Désordre, droit et science », *in Théorie du droit et science*, *op. cit.*, pp. 87-88. L'élaboration d'une « langue » officielle est aussi contemporaine de la création de l'Etat et participe du même processus ; v. Pierre BOURDIEU, *Ce que parler veut dire*, *op. cit.*, pp. 27 et s., sp. p. 31.

capitalistes (203). Plusieurs auteurs, notamment marxistes, ont également insisté sur la réification des rapports sociaux opérée par la rationalisation dans ses multiples manifestations, dont la présentation du droit en tant que système complet et cohérent (204). La raison offre un mode de légitimation qui « ne descend plus du ciel » comme les modes précapitalistes religieux, mais s'ancre dans une réalité économique : c'est l'idéologie du bien-être, potentiellement égal pour tous, et réalisable par la performance et la rationalisation des échanges (205).

Ce phénomène a aussi été observé en droit international qui, comme nous l'avons déjà relevé, s'est rationalisé parallèlement au développement transnational du système capitaliste (206). Monique Chemillier-Gendreau avance ainsi que

> « Impérativement laïque et internationale, la légitimité qui ouvrirait la voie à un droit international proprement universel ne peut se fonder que sur la raison » (207).

Ici encore, la rationalité charrie les valeurs du modèle ; le même auteur souligne que :

> « [...] le droit international [...] fonctionne sous une seule rationalité qui s'impose ou qu'on impose comme universelle. Faute d'une rationalité unique sponta-

(203) Max WEBER, *Sociologie du droit*, *op. cit.*, pp. 46 et s., p. 141, pp. 163 et s., sp. p. 168 ; Julien FREUND, « La rationalisation du droit selon Max Weber », *A.P.D.*, 1978, pp. 69-92 ; Jean CARBONNIER, *Sociologie juridique*, *op. cit.*, p. 121 ; Denis TOURET, *Introduction à la sociologie et à la philosophie du droit*, *op. cit.*, pp. 216 et s. ; François RIGAUX, *Introduction à la science du droit*, *op. cit.*, pp. 375 et s. ; v. aussi François OST et Michel van DE KERCHOVE, « De la 'bipolarité des erreurs' ou de quelques paradigmes de la science du droit », *A.P.D.*, 1988, p. 195 et François OST, « L'interprétation logique et systématique et le postulat de rationalité du législateur », *loc. cit.*, p. 183.

(204) Voy. les pensées d'Engels, de Lukacs et de Poulantzas décrites dans Jacques LENOBLE et François OST, *Droit, mythe et raison*, *op. cit.*, resp. pp. 276, 166 et pp. 215-216 ; v. encore Michel van DE KERCHOVE et François OST, *Le système juridique entre ordre et désordre*, *op. cit.*, p. 160, ; Nicos POULANTZAS, « La dialectique hégélienne-marxiste et la logique juridique moderne », *loc. cit.*, pp. 154 et s. ; Jürgen HABERMAS, *Raison et légitimité*, *op. cit.*, p. 123.

(205) Jürgen HABERMAS, *La technique et la science comme « idéologie »*, Paris, Gallimard-tel, 1973, pp. 32 et s.

(206) Pasukanis relève par exemple que « le seul aspect par lequel l'éthique rationaliste s'élève effectivement au-dessus des instincts sociaux puissants et irrationnels est son universalisme qui s'étend à tous les hommes. Elle tend à briser tous les cadres organiques nécessairement étroits de la tribu, des gens, de la Nation et à devenir universelle. Elle reflète ainsi des conquêtes matérielles déterminées de l'humanité, notamment la transformation du commerce en commerce mondial » ; *La théorie générale du droit et le marxisme*, *op. cit.*, p. 144 ; v. aussi p. 124.

(207) Monique Chemillier-Gendreau, *Humanité et souverainetés. Essai sur la fonction du droit international*, *op. cit.*, p. 90.

née qui n'existe pas, la rationalité occidentale s'est imposée comme une norme de référence » (208).

267. Mais la raison ne constitue pas seulement un vecteur qui projette les valeurs du système extérieur au droit ; elle représente *elle-même* une valeur qui légitime des rapports de domination (209). En tant qu'étalon unique et universel de la justification, la raison se déploie comme une limite au-delà de laquelle aucun argument n'est plus recevable dans un système donné, parce qu'il ne serait pas techniquement fiable ou réalisable. La rationalité a ainsi gagné non seulement toutes les sciences exactes mais aussi la science politique, dans laquelle les arguments les plus forts sont d'ordre technique ou scientifique (210).

Habermas a poursuivi l'analyse de la rationalisation opérée par Max Weber, en montrant qu'elle prenait une dimension supplémentaire dans les sociétés de capitalisme avancé (211). Dans ces sociétés, les valeurs traditionnelles sont ébranlées et, lorsque les compensations matérielles ne peuvent plus être assurées surgit une crise de légitimation qui sera comblée par la rationalité elle-même (212). C'est ce qu'avait déjà mis en exergue Herbert Marcuse :

> « Aujourd'hui, la domination se perpétue et s'étend non pas seulement grâce à la technologie mais *en tant que* technologie, et cette dernière fournit sa grande légitimation à un pouvoir politique qui prend de l'extension et absorbe en lui toutes les sphères de la civilisation. Dans cet univers, la technologie fournit aussi à l'absence de liberté de l'homme sa grande rationalisation et démontre qu'il est 'techniquement' impossible d'être autonome, de déterminer soi-même sa propre vie » (213).

---

(208) « Quelle méthode pour l'analyse des développements récents du droit international ? », *loc. cit.*, p. 27 et *Humanité et souverainetés. Essai sur la fonction du droit international*, *op. cit.*, not. pp. 55 et 107 (« La prétendue universalité du modèle juridique n'est rien d'autre que la promotion de la rationalité du droit occidental au statut de norme de référence »). V. aussi François RIGAUX, *Introduction à la science du droit*, *op. cit.*, pp. 49 et s.

(209) Pour Monique CHEMILLIER-GENDREAU, la rationalité (ou du moins « une certaine » rationalité) est devenue une « véritable machine de domination sociale » ; *Humanité et souverainetés. Essai sur la fonction du droit international*, *op. cit.*, p. 107.

(210) Jürgen HABERMAS, *La technique et la science comme « idéologie »*, *op. cit.*, pp. 42-43.

(211) *Ibid.*, not. pp. 19 et s.

(212) *Raison et légitimité*, *op. cit.*, pp. 102 et s. Dans ses écrits postérieurs, Habermas insiste sur la nécessité de compléter la référence à la rationalité par la prise en compte d'autres facteurs liés à la moralité ; v. *Law and Morality*, The Tanner Lectures on Human Values, Harvard, Harvard University Press, 1986, not. pp. 220 et s. et *Between Facts and Norms.*, Oxford, Polity Press, 1996, not. chap. V, pp. 194 et s.

(213) *L'homme unidimensionnel*, Paris, Minuit, 1968 ; cité dans Jürgen HABERMAS, *La technique et la science comme « idéologie »*, *op. cit.*, p. 9.

La rationalité devient donc non seulement une valeur en soi, mais la valeur suprême qui supplante toutes les autres puisqu'elle rend leur mise en œuvre scientifiquement impossible. C'est dans ce contexte que l'on peut comprendre l'affaiblissement du pouvoir politique et même de l'État, dont les gouvernants voient leur rôle de plus en plus confiné à une gestion efficace d'un système dont les centres de pouvoir se trouvent ailleurs (214). Ainsi conçue, l'« idéologie technocratique » repose sur une légitimation par la performance ou l'efficience, et reporte ou écarte une réflexion sur les objectifs. C'est ce qu'explique François Ost, après avoir rappelé le modèle du « législateur rationnel » :

> « [...] une chose est bonne si elle s'avère adéquate au but poursuivi et ce but est lui-même désirable s'il produit des résultats satisfaisants eu égard à une finalité plus générale. De sorte qu'une relation instrumentale ou causale (la relation moyen-fin) finit par se substituer à une relation évaluative ou normative » (215).

Le pouvoir de légitimation de la raison est donc d'autant plus fort qu'il s'appuie sur des arguments d'ordre technique qui écartent le principe même d'une argumentation contraire. Nous reviendrons sur ce phénomène lors de l'analyse de la fonction d'occultation de la raison. Il suffit de constater à ce stade qu'il tend à placer le débat sur le plan des faits, et non sur le plan des valeurs, les premiers étant susceptibles de gagner plus facilement l'adhésion de l'interlocuteur que les secondes (216).

268. Sur le plan juridique, ce type d'argumentation est surtout utilisé par les auteurs positivistes. Ceux-ci ont poussé la rationalisation du droit à l'extrême en le décrivant comme un système pyramidal structuré, hiérarchisé et clôturé — voire autopoiétique — qui se suffit à lui-même (217). Toute remise en question d'une règle est dès lors écartée comme extérieure, irrecevable, non scientifique, ceci sur

(214) Monique CHEMILLIER-GENDREAU, *Humanité et souverainetés. Essai sur la fonction du droit international*, *op. cit.*, p. 53.

(215) « Quelle jurisprudence pour quelle société ? », *A.P.D.*, 1985, p. 31.

(216) V. sur ce point Roselyne KOREN, « Perelman et l'objectivité discursive : le cas de l'écriture de presse en France », *in Chaïm Perelman et la pensée contemporaine*, *op. cit.*, p. 477.

(217) Voy. les références à Hans KELSEN et Niklas LUHMANN reproduites *supra*, Chapitre III, section 3.

base de la « pureté » du système juridique considéré (218). Ce qui ne répond pas aux critères de la rationalité juridique érigés par le positivisme n'est pas du droit (219). On peut à titre d'exemple citer les propos d'Emile Giraud, pour qui, « si le droit positif peut et même doit être critiqué parce qu'il est toujours imparfait, une telle critique n'est pas du ressort des juristes » (220).

Ce type d'argument, qui se prétend neutre axiologiquement (221), est en réalité surchargé de valeurs en ce qu'il perpétue la légitimation des rapports de force qui sous-tendent les règles juridiques (222). Comme le souligne Habermas, « la théorie pure qui veut tout tirer d'elle-même, deviendrait la proie de cette extériorité qu'elle voulait précisément refouler, elle devient idéologique » (223). Max Weber avait déjà montré que semblable théorie aboutissait à une confusion entre légalité et légitimité qui exclut le débat axiologique (224). Le positivisme a aussi été dénoncé dans cette perspective en droit international, notamment par Mohammed Bedjaoui :

(218) Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, pp. 64-65 ; v. les commentaires de Gregory .I. TUNKIN, *Droit international public. Problèmes théoriques*, *op. cit.*, pp. 135 et s., sp. p. 138 ; Gérard SOULIER, « Rapport sur la critique marxiste appliquée aux théories traditionnelles du droit international », *loc. cit.*, p. 203 ; Monique CHEMILLIER-GENDREAU, *Humanité et souverainetés. Essai sur la fonction du droit international*, *op. cit.*, pp. 79-80 ; Jacques LENOBLE et François OST, *Droit, mythe et raison*, *op. cit.*, p. 245 ; Jacques CAILLOSSE, « Droit et politique : vieilles lunes, nouveaux champs », *Droit et Société*, n° 26, 1994, p. 132.

(219) Voy. à ce sujet Nicos POULANTZAS, « La dialectique hégélienne-marxiste et la logique juridique moderne », *A.P.D.*, 1966, pp. 156-157.

(220) « Le droit positif. Ses rapports avec la philosophie et la politique », *in Mélanges Basdevant*, Paris, Pédone, 1960, p. 221. On remarquera au passage qu'il n'est même pas envisageable de critiquer le droit comme outil de domination, mais seulement en raison de son « imperfection » ; la critique éventuelle semble se limiter à un problème « technique ».

(221) Voy. Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 65.

(222) Comme le relève Jean SALMON, après avoir dénoncé l'« alibi de la sécurité et de la technicité », « [...] la technique des sources du droit, sous prétexte de sécurité juridique, fige la relation conventionnelle à l'avantage du plus fort » ; « A propos de quelques techniques de l'idéologie juridique appliquée au droit international », *in Réalités du droit international contemporain*, tome 2, *op. cit.*, p. 75 ; de même, pour Danièle LOCHAK et Michel TROPER, « [...] la dogmatique juridique, sous couvert de respecter le postulat de neutralité, contribue à diffuser les valeurs sous-jacentes à la législation en vigueur et à renforcer la croyance en leur légitimité » ; « La neutralité de la dogmatique juridique : mythe ou réalité ? », *loc. cit.*, p. 294 ; v. encore Constantin M. STAMATIS, « La systématicité du droit chez Kelsen et les apories de la norme fondamentale », *A.P.D.*, 1986, p. 55 ; Julien FREUND, « Droit et politique. Essai de définition du droit », *loc. cit.*, pp. 21 et s. ; François RIGAUX, *Introduction à la science du droit*, *op. cit.*, p. 377 ; Michel MIAILLE, *Une introduction critique au droit*, *op. cit.*, pp. 45-46 ; v. enfin les citations et références exposées par Michel van DE KERCHOVE, « L'influence de Kelsen sur les théories du droit dans l'Europe francophone », étude suivant l'édition précitée de la *Théorie pure du droit*, pp. 279-283.

(223) « Connaissance et intérêt », *in « La technique et la science comme 'idéologie' »*, *op. cit.*, p. 157.

(224) *Sociologie du droit*, *op. cit.*, pp. 217 et 218 ; voy. aussi Jacques LENOBLE et François OST, *Droit, mythe et raison*, *op. cit.*, p. 542.

« En détachant ainsi le droit de la réalité qu'il régit et en l'isolant dans le formalisme juridique, on finit par momifier le droit et l'adorer pour lui-même, en créant un singulier culte idolâtre du 'droit pour le droit' » (225).

La légitimation est donc paradoxalement plus marquée pour le positivisme que pour le jusnaturalisme (226), qui fait souvent appel à d'autres arguments que la rationalité pour justifier ou écarter une position (227). Le positivisme correspond dans la doctrine juridique à la forme la plus achevée de légitimation d'un système politique par le biais de la technique et de la science conçues comme « idéologie » (228). Cette efficacité est évidemment liée à une fonction d'occultation particulièrement développée dans cette hypothèse, fonction sur laquelle nous allons nous étendre dans les lignes qui suivent.

269. En définitive, la raison apparaît comme un argument essentiel pour fonder la légitimation du système politique opérée de manière insuffisante par le droit dont la définition comme la forme discursive performative sont autoritaires. Historiquement, la raison a progressivement accru ce rôle pour légitimer le système capitaliste, le régime politique libéral et, au-delà, une conception du monde sous l'angle de la modernité.

(225) *Pour un nouvel ordre économique international*, Paris, UNESCO, 1979, p. 103 ; cité dans Pierre-François GONIDEC, « Dialectique du droit international et de la politique internationale », *in Mélanges Charles Chaumont, op. cit.*, p. 318 ; v. en ce sens N.E. GHOZALI, « Les fondements du droit international public. Approche critique du formalisme classique », *ibid.*, p. 304 et Monique CHEMILLIER-GENDREAU, *Introduction générale au droit, op. cit.*, pp. 41-42 ; v. enfin les réflexions de Alain PELLET, « Art du droit et 'science' des relations internationales », *in Mélanges Marcel Merle*, Paris, Economica, 1993, pp. 355 et s.

(226) Les jusnaturalistes formulent d'ailleurs occasionnellement des critiques aux positivistes dans cette perspective. Par exemple, pour Michel VILLEY, commentant les effets du positivisme, « voici donc le juriste absous d'être un technicien sans principes, interprète passif des textes, c'est-à-dire esclave du pouvoir » ; *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1957, p. 109.

(227) Les jusnaturalistes critiquent encore le soutien objectif apporté au pouvoir par les positivistes ; v. p. ex. Michel VILLEY, *Philosophie du droit*, Paris, Dalloz, Tome I,I, p. 120. Quant à HABERMAS, il renvoie dos à dos les jusnaturalistes et les positivistes qui « ne perçoivent pas adéquatement le lien que le droit entretient avec la problématique de la légitimité : les premiers restent rivés à un modèle obsolète d'intuitionisme moral tandis que les seconds méconnaissent le lien que la validité du droit entretient avec la question de la légitimité » ; cité dans Jacques LENOBLE, *Droit et communication. La transformation du droit contemporain*, Paris, Ed. du Cerf, coll. « humanités », 1994, p. 60 note 1.

(228) Jacques LENOBLE et François OST, *Droit, mythe et raison, op. cit.*, p. 546. V. à ce sujet les propos de Michel TROPER, discussion suivant le rapport sur « Action et rétroaction des concepts du droit international (Le droit comme langage unificateur hypothétique) », *in Réalités...*, tome 2, *op. cit.*, p. 113 *in fine*. et de Monique CHEMILLIER-GENDREAU, *Humanité et souverainetés. Essai sur la fonction du droit international*, *op. cit.*, pp. 127-128.

Nous avons constaté que ce pouvoir de légitimation concernait en premier lieu et directement une solution juridique particulière au sein du système juridique international et, en second lieu et de manière indirecte, le système dans son ensemble. Il faut à cet égard constater que les développements relatifs à la force particulière de justification de la raison valent dans l'une et l'autre hypothèse, même si certains aspects sont davantage individuels ou globaux et ont été traités comme tels dans chacune des deux sous-parties. Par exemple, la technique comme idéologie à laquelle renvoie le « raisonnable » légitime le système mais peut aussi être envisagée sous l'angle de la justification d'une décision individuelle.

SECTION 2. — UNE FONCTION LATENTE D'OCCULTATION

270. Nous venons de voir que la fonction la plus manifeste du « raisonnable » sur un plan idéologique était sans conteste de légitimer le discours de l'utilisateur. L'analyse a aussi révélé une certaine ambiguïté. D'un côté, le droit comme le « raisonnable » visent, au moins en partie, à légitimer le pouvoir d'un groupe dominant. De l'autre, ces deux notions n'ont, en soi, qu'un faible pouvoir de légitimation puisque le droit s'apparente sur le plan de la justification à un argument d'autorité, et que l'utilisation du « raisonnable » évite plus qu'elle n'apporte une motivation.

On ne peut sortir de ce paradoxe qu'en prenant en compte l'occultation réalisée par la notion, occultation qui seule permet d'expliquer le formidable pouvoir de légitimation de la raison. Lorsque le juge utilise le pléonasme de la « certitude raisonnable », il ne fait que masquer l'absence de certitude véritable et les versions alternatives des faits qui ont été rejetées. En présentant sa position comme une position « raisonnable », on prétend à l'objectivité et à la neutralité de manière à masquer la subjectivité des choix de valeurs qui la sous-tendent. Fondamentalement, la prétention à l'universalité charriée par la raison nie les particularités et les rapports de force qui résultent de leur confrontation. Charles Chaumont a mis en évidence le lien opéré sous cet angle entre l'idéologie et l'occultation dans le droit international

> « L'idée d'un droit international global et universel est une affirmation abstraite qui illustre parfaitement le jeu, le mécanisme du passage de la structure

à l'idéologie, c'est-à-dire qu'ici la notion de droit international général établi est destinée à masquer précisément les intérêts des classes dominantes des différents États qui ont été en position, soit au plan coutumier, soit au plan conventionnel, d'établir le droit international » (1).

Cette fonction n'est par définition jamais déclarée, directement ou indirectement, et peut à ce titre être qualifiée de « latente ». Elle peut être observée à la fois lors de la création de la règle de droit international (A), et aussi lors de son application, par les États ou par le juge (B).

A. — *Une fonction d'occultation lors de la création de la règle*

271. Lorsque les États élaborent une règle en y formulant le « raisonnable », ils procèdent à une double occultation. D'abord, ils masquent l'absence de contenu précis de la règle, puisque chacun d'eux continuera à disposer d'une telle marge d'appréciation que les interprétations subséquentes pourront s'avérer radicalement différentes. L'objet de l'occultation est dans ce cas les contradictions qui persistent entre les vues des États parties (1). Ensuite, ils confèrent à l'interprète, donc éventuellement au juge, le pouvoir de déterminer le contenu de la notion. L'objet de l'occultation est cette fois le pouvoir créateur qui est conféré au juge dès l'énonciation de la règle (2).

1. *Une occultation des contradictions entre les États*

272. L'énoncé d'une règle met théoriquement fin aux positions divergentes des États, puisque cette règle est formulée dans un texte dont le contenu est accepté par tous. Il se peut toutefois que les États ne soient pas parvenus à la formulation d'un compromis pendant les premières phases de la négociation. L'utilisation du

(1) Discussion suivant le rapport de Monique CHEMILLIER-GENDREAU, « Le droit international : droit proclamatoire et droit exécutoire (idéologie et/ou superstructure) », *in Réalités du droit international contemporain*, tome 2, Reims, C.E.R.I., 1978 ; v. aussi le rapport introductif de l'auteur sur « La relation du droit avec la structure économique et sociale », *ibid.*, p. 6, ainsi que Jean SALMON, « A propos de quelques techniques de l'idéologie juridique appliquée au droit international », *ibid.*, pp. 72 et s. ; François RIGAUX, *Introduction à la science du droit*, Bruxelles, Ed. Vie Ouvrière, 1974, pp. 49 et s. ; Michel MIAILLE, *Une introduction critique au droit*, Paris, Maspero, 1976, p. 156 ; Monique CHEMILLIER-GENDREAU, *Introduction générale au droit*, Paris, Eyrolles, 1990, p. 23 ainsi que *Humanité et souverainetés. Essai sur la fonction du droit international*, Paris, La découverte, 1995, p. 107 ; v. encore Prosper WEIL, « Vers une normativité relative en droit international ? », *R.G.D.I.P.*, 1982, p. 45.

« raisonnable » apparaît alors comme une échappatoire idéale, qui permet, tout en laissant à chacun la possibilité de rester sur ses positions, de mettre un terme à la discussion.

273. Un examen de la pratique démontre à suffisance l'importance de cette fonction.

Exceptionnellement, le souci de dépasser des vues divergentes grâce au « raisonnable » apparaît explicitement dans l'énoncé de la règle. Ainsi, l'article 11, al. 1 de la Convention de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques et consulaires dispose que

> « *A défaut d'accord* explicite sur l'effectif de la mission, l'État accréditaire peut exiger que cet effectif soit maintenu dans les limites de *ce qu'il considère comme raisonnable* et normal eu égard aux circonstances et conditions qui règnent dans cet État et aux besoins de la mission en cause » (2).

A défaut d'accord, c'est le « raisonnable » qui tranche, dans l'appréciation duquel on confère à l'État accréditaire un pouvoir discrétionnaire.

Le plus souvent, la fonction découle implicitement d'une simple lecture des dispositions conventionnelles. Par exemple, en vertu de l'article 2 de la Convention de Genève de 1958 sur la haute mer,

> « [...] Ces libertés, ainsi que les autres libertés reconnues par les principes généraux du droit international sont exercées par tous les États en tenant raisonnablement compte de l'intérêt que la liberté de haute mer présente pour les autres États » (3).

Par ailleurs, dans de nombreux traités en matière économique, les États se mettent d'accord sur le principe d'un « tarif », d'un « taux » ou d'un « prix raisonnable » (4). Pour ne reprendre qu'un exemple, l'article V, § 2 du Memorandum d'accord, du 22 avril 1942, relatif à la production et au marché du blé, entre les Etats-Unis, l'Argentine, l'Australie, le Canada et le Royaume-Uni, prévoit la fixation de « prix raisonnablement rémunérateurs [...], équitables pour les consommateurs [et qui restent] dans un rapport raisonnable avec les prix d'autres denrées » (5). En semblable hypothèse, l'accord n'est obtenu que sur une formule qui laisse ouvertes les divergences d'interprétation.

(2) Nous soulignons.
(3) V. aussi l'art. 4 de la Convention de Genève du 29 avril 1958 sur le plateau continental.
(4) Voy. à titre d'exemple ; *R.T.N.U.*, vol. 6, pp. 29, 104, 250, 257 ; vol. 7, p. 193, vol. 9, pp. 242, 248 ; vol. 10, p. 61, ...
(5) *R.T.N.U.*, vol. 8, p. 296.

La fonction peut aussi se déduire de l'examen de certains travaux préparatoires de dispositions dans lesquelles la notion se retrouve.

On se souviendra par exemple que l'article 3 du premier Protocole de la Convention européenne des droits de l'homme prescrit l'organisation d'élections libres à scrutin secret à « intervalles raisonnables ». Les discussions ayant précédé l'adoption de la disposition révèlent une controverse qui a opposé deux tendances (6). La première, impulsée par le Royaume-Uni et dominante au sein du Comité des Ministres, estimait que les divergences étaient profondes entre les États membres sur le contenu de ce type d'obligation, et qu'elles ne pouvaient être dépassées. Un amendement britannique fut introduit visant à supprimer le projet d'article au motif qu'

> « il est impossible de se mettre d'accord sur une définition précise des principes fondamentaux de la démocratie [et que] la diversité des circonstances à envisager peut justifier que des restrictions diverses soient imposées comme conditions à l'exercice du droit de vote » (7).

Une seconde tendance, recouvrant la majorité des États au sein de l'Assemblée consultative, rétorquait que le respect des droits de l'homme supposait certaines garanties en matière démocratique, qu'il importait d'inscrire dans la Convention (8). Lors d'un vote au sein du Comité des ministres, l'article fut supprimé du projet élaboré par le Mouvement européen, dans lequel il figurait presque tel quel (9), et qui avait dans un premier temps été retenu par l'Assemblée législative (10). Mais les États continuèrent à plaider pour son maintien (11). Finalement, la disposition fut insérée dans le premier Protocole additionnel à la convention (12) après que les Conseillers des Ministres aient déclaré que l'instrument « représent[ait] le maximum de possibilités d'accord » pour décourager de nouvelles modifications (13).

---

(6) On se reportera pour l'analyse au *Recueil des travaux préparatoires de la Convention européenne des droits de l'homme*, Conseil de l'Europe, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 8 volumes, 1975 à 1985 (selon les volumes). Un commentaire des travaux a été opéré par R. Goy, « La garantie européenne du droit à de libres élections législatives ; l'article 3 du I^er^ Protocole additionnel à la Convention de Rome », *R.D.P.*, 1986, pp. 1278-1290.

(7) Vol. III, p. 183.

(8) Voy. not. vol. I, pp. 77, 119 et 137.

(9) Voy. l'article 2, a) du projet ; vol. I, p. 297.

(10) A la suite de la propositin de M. Teitgen ; vol. I, pp. 169 et s., et texte p. 179 (comp. p. 203) ; v. aussi vol. VI, pp. 165, 195, 211 et 251.

(11) V. not. vol. V, pp. 211 et s., vol. VI, p. 97, vol. VII.

(12) Voy. not. vol. VII, pp. 225, 230-231 (art. 2), 249 (C), 255 (C), 307 (art. 3), 321 (art. 3), 331 (art. 3), 341 (art. 3) ; vol. VIII, pp. 13 (art. 3), 37 (art. 3), 57 (art. 3) et 215 (art. 3 définitif).

(13) Vol. VII, p. 259.

Une formule contenant le « raisonnable » a donc permis d'arriver à un accord entre deux positions contradictoires, et d'occulter le maintien des divergences d'interprétation sur le contenu de la formule. Même si les discussions n'ont pas porté exclusivement sur le terme en cause, leur analyse démontre bien l'importance de cette fonction.

Un autre exemple est fourni par l'article 6, § 2 de l'Accord régissant les activités des États sur la Lune et les autres corps célestes, en vertu duquel :

> « [...] Les États parties peuvent, au cours de leurs recherches scientifiques, utiliser aussi en quantités raisonnables pour le soutien de leurs missions des minéraux et d'autres substances de la Lune ».

Le libellé de cette disposition a mis fin au différend opposant les États du Tiers monde aux autres États, les premiers souhaitant interdire l'appropriation des ressources naturelles extraterrestres, au contraire des seconds (14). La formule des « quantités raisonnables » a finalement permis d'aboutir à un accord formel qui occulte la persistance d'une contradiction.

Enfin, l'article 32 de la Convention de Vienne prescrivant l'examen de moyens complémentaires d'interprétation en cas de « résultat manifestement absurde ou déraisonnable » a aussi mis entre parenthèses une contradiction de points de vue. La formule a mis fin à la controverse opposant les « objectivistes » qui refusaient le recours aux travaux préparatoires en consacrant le primat du texte, et les « subjectivistes », qui considéraient les travaux préparatoires comme un outil essentiel pour déterminer la volonté des parties (15). Le « raisonnable » établit un point d'équilibre entre les points de vue en fournissant un critère d'utilisation de ce moyen d'interprétation à titre complémentaire (16). Après le passage du projet de la Commission du droit international auprès des États, le rapporteur relève que

> « la Commission estime que cette formulation permet dans toute la mesure du possible de concilier le principe de la primauté du texte, souvent énoncé par la

(14) Voy. à ce sujet Michel VINCINEAU, *Droit de l'espace*, Bruxelles, P.U.B., 2e éd. 1994-1995/8, pp. 44 et s.

(15) V. de manière générale *supra*, chapitre I, section 2, et les références citées, notamment au sein de l'Institut de droit international.

(16) Voy. l'art. 70 du projet de la Commission ; *A.C.D.I.*, 1964, II, p. 17, et pp. 56-57 (discussions), et *A.C.D.I.*, 1966, I, 2e partie, pp. 215 et s.

> Cour et adopté par la Commission, avec le recours fréquent et tout-à-fait normal aux travaux préparatoires, sans trop se soucier si le texte est clair » (17).

Il va de soi que cette formulation laisse intactes les oppositions entre les différentes écoles d'interprétation qui pourront éventuellement poursuivre des pratiques divergentes sous le couvert de ce texte (18).

274. La doctrine a détaillé cette fonction d'occultation en l'appliquant au droit en général. Son analyse nous permettra d'appréhender le cas particulier du « raisonnable » dans ce mécanisme.

Ce sont surtout les théoriciens d'inspiration ou de tendance marxiste qui ont dénoncé le droit comme camouflage de la domination (19). En tant qu'élément de la superstructure étroitement lié à l'appareil d'État, le droit ne réussit à légitimer le pouvoir de la classe dominante que parce qu'il masque cette domination (20). Ainsi, Lénine relève que l'État, c'est la « création d'un 'ordre' qui *légalise* et affermit *cette oppression* [...] » (21). En ce sens, Pasukanis affirme que

(17) 6e rapport Waldock, Doc. A/CN4/183 et Add. 1 à 4, *A.C.D.I.*, 1966-II, pp. 107-108, § 20. Pour un exposé de ces deux tendances, v. p. ex. les propos du représentant yougoslave (tendance « objectiviste ») et, d'autre part, des représentants de la Hongrie et des Etats-Unis (tendance « subjectiviste »). Voy. des commentaires dans Mustapha Kamil YASSEEN, « L'interprétation des traités d'après la convention de Vienne sur le droit des traités », *R.C.A.D.I.*, 1976-III, t. 151, pp. 84-87.

(18) V. à ce sujet Serge SUR, *L'interprétation en droit international public*, Paris, L.G.D.J., 1974, IIe partie, pp. 237 et s.

(19) Le constat est aussi opéré par Max WEBER, *Sociologie du droit*, Paris, P.U.F., 1re éd., 1986, not. pp. 113-115.

(20) Les écrits de Marx directement consacrés au droit sont peu nombreux, v. p. ex. la Préface à *Contributions à la critique de l'économie politique*, Paris, ed. sociales, 1957, p. 4, et les commentaires de Jacques D'HONDT, « Le droit et la liberté de la personne selon Marx », *in* G. PLANTY-BONJOUR (sous la direction de), *Droit et liberté selon Marx*, Paris, P.U.F., 1986, pp ; 55 et s. Pour un exposé de l'analyse du droit par Karl Marx, voy. de manière générale K. STOYANOVITCH, *Marxisme et droit*, Paris, L.G.D.J., 1964, sp. pp. 74 et s., et les références citées, not. p. 78 ; Henri LÉVY-BRUHL, *Sociologie du droit*, Paris, P.U.F., 7e éd., 1990, pp. 17 et s. ; v., pour Engels, Jean-Pierre COTTEN, « L'instance du juridique chez Engels » *in Droit et liberté selon Marx*, *op. cit.*, pp. 194 et s. ; pour un commentaire des écrits de Lénine, v. André-Jean ARNAUD, *Critique de la raison juridique. 1. Où va la sociologie du droit ?*, Paris, L.G.D.J., 1981, pp. 72 et s. ainsi que Renato TREVES, *Sociologie du droit*, Paris, P.U.F., 1995, pp. 93 et s. Pour une doctrine marxiste plus récente, v. par exemple G. I. TUNKIN, *Problèmes théoriques*, Paris, Pedone, 1965, pp. 144 et s. et, du même auteur, « International Law in the International System », *R.C.A.D.I.*, 1975-IV, t. 147, pp. 9 et s.

(21) Nous soulignons , *L'Etat et la révolution*, Pékin, Ed. en langues étrangères, 1976, p. 8.

« l'État juridique est un mirage, mais un mirage qui convient fort bien à la bourgeoisie, car il remplace l'idéologie religieuse en décomposition et cache la réalité de la domination de la bourgeoisie aux yeux des masses » (22).

Cette composante idéologique a aussi été abordée par Gramsci, pour qui l'État bourgeois, et avec lui le droit qui y correspond, est destiné à éduquer les masses en vue de les assimiler culturellement (23). Il s'agit, comme l'écrit Lukacs, de « manipuler le tourbillon de contradictions de manière que s'en établisse un système non seulement homogène, mais aussi capable de réglementer les développements sociaux contradictoires » (24). Cet aspect idéologique du droit est admis par de nombreux auteurs qui, s'ils n'accordent pas autant d'importance à cet aspect que les marxistes, en reconnaissent la réalité (25). Dans cette perspective, Habermas démontre que l'occultation est réalisée par un système de codification et de médiatisation de la domination :

« Toutes les sociétés de classes, étant donné que leur reproduction repose sur l'appropriation privilégiée de la richesse socialement reproduite, doivent résoudre le problème suivant : partager la plus-value sociale de façon inégale et pourtant légitime. Elles résolvent ce problème par la violence structurelle, autrement dit par le fait que la distribution asymétrique des chances légitimes de satisfaction des besoins est codifiée dans un système de normes qui est respecté » (26).

Dans ses écrits ultérieurs, Habermas insiste sur la nécessité de tenir compte des deux dimensions inhérentes au droit : une dimension instrumentale, dans la mesure où le droit est lié au pouvoir politique, une dimension morale, qui doit garantir la légitimité du

(22) *La théorie générale du droit et le marxisme*, Paris, Etudes et doc. int., 1970, p. 134 ; v. par ailleurs les commentaires de François OST et Michel van DE KERCHOVE, « De la 'bipolarité des erreurs' ou de quelques paradigmes de la science du droit », *A.P.D.*, 1988, pp. 193-194, et la citation de Marx, p. 193.

(23) Antonio GRAMSCI, *Textes*, Paris, Ed. sociales, 1983, pp. 288 et s.

(24) Cité dans Csaba VARGA, « La question de la rationalité formelle en droit : essai d'interprétation de l'*Ontologie de l'être social* de Lukacs », *A.P.D.*, 1978, pp. 231-232 ; v. aussi A. BRIMO, « Structuralisme et rationalisation du droit », *A.P.D.*, 1978, p. 201.

(25) V. not. François EWALD, qui évoque en général toutes les « doctrines sociologiques », « Le droit du droit », *A.P.D.*, 1986, p. 251, et Jacques LENOBLE et François OST, *Droit, mythe et raison. Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique*, Bruxelles, F.U.S.L., 1980, not. pp. 245 et s., et 493 et s.

(26) *Raison et légitimité. Problèmes de légitimation dans le capitalisme avancé*, Paris, Payot, 1978, p. 134. Voy. aussi les propos de K. O. APEL, pour qui « le droit n'est que la belle apparence qui masque les rapports de force », cité dans Jean-Marc FERRY, « Les limites du contextualisme », *in* G. HOTTOIS et M. WEYEMBERGH (sous la direction de), *Richard Rorty. Ambiguïtés et limites du postmodernisme*, Paris, Vrin, 1994, p. 97.

droit auprès de l'ensemble de la population (27). En d'autres termes, la légitimité du droit ne peut fonctionner que grâce à une certaine occultation de l'instrumentalisation.

Le droit comme système destiné à masquer les rapports de force a aussi fait l'objet de développements théoriques spécifiques en droit international. C'est surtout l'« Ecole de Reims » qui a approfondi la réflexion en ce sens. Ainsi, pour Charles Chaumont, le droit international ne se développe que s'il existe une contradiction que les États veulent résoudre. En l'absence de contradiction, actuelle ou virtuelle, la règle est inutile (28). Il n'est donc nullement nécessaire pour parvenir à un accord que les volontés des États parties soient identiques, et c'est même l'exception plutôt que la règle (29). C'est la contradiction, qualifiée de « primitive », qui génère la norme (30). Mais celle-ci est loin de mettre fin à celle-là. La norme ne fait qu'occulter la contradiction, que la « mettre entre parenthèses » parce qu'il est impossible de l'éliminer (31) et que l'on préfère parier sur une future résolution (32) ou laisser jouer le rapport de forces qui, en droit international, a une place prépondérante en l'absence de société intégrée (33). La norme juridique est en ce sens profondément équivoque :

(27) V. Jürgen HABERMAS, *Law and Morality*, The Tanner Lectures on Human Values, Harvard, Harvard University Press, 1986 et *Between Facts and Norms*, Oxford, Polity Press, 1996, xlii et 631 p.

(28) « Rapport sur l'institution fondamentale de l'accord entre Etats », *Annales de la faculté de droit et des sciences économiques de Reims*, Reims, A.R.E.R.S., 1974, pp. 249-250 ; v. aussi Monique CHEMILLIER-GENDREAU, *Introduction générale au droit*, *op. cit.*, p. 54.

(29) V. en ce sens, G. I. TUNKIN, *Problèmes théoriques*, *op. cit.*, pp. 132-133.

(30) Charles CHAUMONT, « Cours général de droit international public », *R.C.A.D.I.*, 1970-I, vol. 249, p. 366 ; v. les commentaires de Emmanuel ROUCOUNAS, « Engagements parallèles et contradictoires », *R.C.A.D.I.*, 1987-VI, tome 206, pp. 49-51 ; v. aussi Monique CHEMILLIER-GENDREAU, « Quelle méthode pour l'analyse des développements récents du droit international ? », *in* R. BEN ACHUR et S. LAGHMANI (sous la direction de), *Les nouveaux aspects du droit international*, Paris, Pédone, 1994, p. 17.

(31) Charles CHAUMONT, « Rapport sur l'institution fondamentale de l'accord entre Etats », *loc. cit.*, p. 262. V. aussi Monique CHEMILLIER-GENDREAU, *Humanité et souverainetés. Essai sur la fonction du droit international*, *op. cit.*, pp. 197-198.

(32) Charles CHAUMONT, « Cours général de droit international public », *loc. cit.*, p. 462.

(33) V. à ce sujet Jean SALMON, « Accords internationaux et contradictions interétatiques », *in* G. HAARSCHER et L. INGBER (sous la direction de), *Justice et argumentation. Essais à la mémoire de Chaïm Perelman*, Bruxelles, Ed. U.L.B., 1986, pp. 67-77 et, du même auteur, *Droit des gens*, tome I, 13e éd. 1994-1995, Bruxelles, P.U.B., 1994, pp. 10 et s. ; v. aussi Emile GIRAUD, « Le droit international public et la politique », *R.C.A.D.I.*, 1963-III, t. 110, pp. 502 et s., p. 563, et pp. 694-695, et Oscar SCHACHTER, « International Law in Theory and Practice », *R.C.A.D.I.*, 1982-V, t. 178, p. 28 ; v. aussi Michel VIRALLY, « Panorama du droit international contemporain », *R.C.A.D.I.*, 1983-V, t. 183, pp. 29 et s. Voy. enfin les développements consacrés à la fonction d'occultation lors de l'application de la règle *infra*, B.

« L'équivoque vient précisément du fait que la contradiction a disparu ou semble avoir disparu. Au départ, nous avons deux intentions, deux données réelles fondamentalement opposées ; à l'arrivée, le postulat, c'est que cette opposition a disparu [...] en réalité, ce n'est pas tellement une disparition pure et simple de la contradiction qu'une mutation de la contradiction. La contradiction s'est transformée en autre chose. Elle s'est transformée en norme juridique » (34).

Le droit international entretient ainsi l'illusion d'un intérêt général réalisé qui masque la perpétuation des rapports de domination (35), grâce à une formalisation normative (36).

Ces théories mettent l'accent sur les rapports de domination, mais il faut relever que le droit masque plus largement le maintien d'interprétations divergentes qui ne s'accompagnent pas systématiquement d'une domination, par exemple lorsqu'elles opposent deux États de puissance comparable. Si l'on tient compte de cette réserve, les théories marxistes fournissent une intéressante grille d'analyse du droit. Elles vont en tout état de cause au-delà de théories idéalistes qui voient dans le droit un instrument favorisant la « coopération », qui se caractériserait par une faculté à régler des « problèmes » par la voie pacifique et à organiser la vie sociale le plus efficacement possible, sans l'envisager comme le reflet d'un rapport de forces (37). On remarquera à ce sujet que cette acception idéaliste, si elle transparaît parfois dans les écrits de certains juristes, n'a que peu de crédit auprès de la plupart des théoriciens des relations internationales. Ceux-ci s'accordent généralement à considérer que ce sont les rapports de puissance qui déterminent la configuration et l'évolution du système international (38). Ce sont

(34) Charles CHAUMONT, « A la recherche du fondement du caractère obligatoire du droit international », *in Réalités...*, *op. cit.*,, pp. 4-5.

(35) Monique CHEMILLIER-GENDREAU, « Rapport sur la fonction idéologique du droit international »*Annales de la faculté de droit et des sciences économiques de Reims*, Reims, A.R.E.R.S., 1974, pp. 223 et s. ; Michel TROPER, « La relation du droit international avec la structure économique et sociale », *in Réalités du droit international contemporain*, tome 2, *op. cit.*, p. 14.

(36) Monique CHEMILLIER-GENDREAU, « Quelle méthode pour l'analyse des développements récents du droit international ? », *loc. cit.*, pp. 18 et 19, *Introduction générale au droit*, *op. cit.*, p. 78 (« Remarquons ici que l'écran des formes, la mise au pas du mouvement social qu'elles entraînent est plus puissant dans les sociétés internes que dans les sociétés internationales ») et, du même auteur, *Humanité et souverainetés. Essai sur la fonction du droit international*, *op. cit.*, p. 84 ; v. aussi Sadok BELAID, « Rapport de synthèse », *in Les nouveaux aspects du droit international*, *op. cit.*, p. 323.

(37) V. p. ex. Friedrich V. KRATOCHWIL, *Rules, Norms and Decisions. On the conditions of practical and legal reasoning in international relations and domestic affairs*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989, p. 249.

(38) Voy. p. ex. Jean-Jacques ROCHE, *Théorie des relations internationales*, Paris, Montchrétien, coll. clefs/politique, 1994, not. pp. 21 et 26, et les références citées ; v. aussi la théorie néoréaliste de Waltz citée dans Pierre de SENARCLENS, *La politique internationale*, Paris, Armand Colin, 1992, pp. 32-34.

les théories « réalistes » ou « néoréalistes » qui occupent une place prépondérante au sein des écrits d'auteurs de référence (39) comme Raymond Aron (40), Jean-Baptiste Duroselle (41) ou Marcel Merle (42). La réalité conflictuelle que vise à occulter l'élaboration de règles juridique n'est plus sérieusement contestée aujourd'hui (43).

275. C'est dans ce contexte que l'on peut comprendre le rôle des « notions à contenu variable », qui permettent d'arriver à un accord mais qui, en même temps, masquent le fait que les volontés ne sont pas identiques, chacun n'acceptant la norme que parce qu'il se réserve un pouvoir d'interprétation. Chaïm Perelman remarquait ainsi que

> « Le recours à des notions confuses, parfois indispensable en droit interne, s'avère tout-à-fait indispensable en droit international public quand la confusion des notions est une condition indispensable pour réaliser l'accord sur un texte entre États ayant des idéologies différentes, si pas incompatibles [...]. Les notions confuses permettent ainsi de concilier l'accord sur les formules avec le désaccord sur leur interprétation » (44).

Semblables notions sont donc particulièrement utiles pour camoufler les contradictions qui sous-tendent la norme (45). Monique Chemillier-Gendreau ajoute à ce sujet que

> « [...] comme il faut masquer et le principe de la division du travail et les bases actuelles de l'appropriation des richesses, alors on développe une notion-camou-

(39) Nous ne reprenons ici que la doctrine française ; la doctrine anglo-saxone pourrait aussi être citée en ce sens ; v. p. ex. les auteurs repris et commentés par Jean-Jacques ROCHE, *Théorie des relations internationales*, *op. cit.*, pp. 37, 40 et 101.

(40) Voy. *Paix et guerre entre les nations*, 8e éd., Paris, Calmann-Lévy, 1984, pp. 58 et s., sp. p. 106.

(41) Voy. *Tout empire périra. Théorie des relations internationales*, Paris, Armand Colin, 1992, pp. 125 et s., sp. pp. 134 et 141.

(42) Voy. *Sociologie des relations internationales*, 4e éd., Paris, Dalloz, 1988, pp. 472 et s.

(43) Les critiques des écoles réalistes ne remettent pas en cause l'importance des rapports de forces, mais considèrent qu'il est possible d'en tempérer les effets ; v. p. ex. Jean-Jacques ROCHE, *Théorie des relations internationales*, *op. cit.*, p. 67.

(44) « L'usage et l'abus de notions confuses », *in Le raisonnable et le déraisonnable en droit*, Paris, L.G.D.J., 1984, p. 156.

(45) Comme le souligne Jean SALMON, « Le droit international affectionne les formules ambiguës qui ne résolvent qu'à moitié les choses [...]. La contradiction est mise entre parenthèses par l'emploi de formules ouvertes : c'est la fuite en avant » ; « Quelques observations sur la qualification en droit international public », *in* Ch. PERELMAN et P. FORIERS (sous la direction de), *La motivation des décisions de justice*, Travaux du C.N.R.L., Bruxelles, Bruylant, 1978, pp. 350-351 et, du même auteur, « Accords internationaux et contradictions interétatiques », *loc. cit.*, pp. 69-70 et « Langage et pouvoir en droit international », *in* L. INGBER (sous la direction de), *Le langage du droit*, Travaux du C.N.R.L., Bruxelles, Nemesis, 1991, p. 307. V. aussi Charles CHAUMONT, « Rapport sur l'institution fondamentale de l'accord entre États », *loc. cit.*, p. 251 ; v. enfin les discussions au sein de l'Institut de droit international sur « la pollution des fleuves et des lacs et le droit international » ; *A.I.D.I.*, vol. 58-I, 1979, pp. 341-342.

flage servant de justification à toutes ces actions. Et pour remplir son rôle, la notion-camouflage doit avoir un contenu aussi peu précis que possible. C'est la condition même pour que soit assurée ou même élargie la reproduction des rapports de production » (46).

On a fort logiquement déduit de cette circonstance que l'utilisation des notions à contenu variable était d'autant plus fréquente que les contradictions étaient importantes (47). Il est très difficile de vérifier cette assertion sur un plan diachronique, tant il apparaît illusoire de démontrer avec certitude la corrélation entre certaines périodes historiques et une terminologie juridique particulière (48). Par contre, on peut relever certaines nuances significatives selon les matières. Ainsi, nous avons relevé que, à tout le moins en ce qui concerne le « raisonnable », on le retrouvait fréquemment dans le droit international économique ou le droit de la mer, matières au sein desquelles se manifestent avec une particulière intensité les contradictions entre États, alors que la notion ne se retrouvait qu'exceptionnellement dans des domaines comme la réglementation du recours à la force pour lesquels les États souhaitent empêcher le plus possible les rapports de force de se déployer (49).

A cet égard, la fonction d'occultation doit s'appréhender différemment selon l'identité des bénéficiaires de la norme. Les États qui bénéficient d'un rapport de force favorable auront intérêt à éviter les notions à contenu variable afin que la règle reflète aussi précisément que possible le rapport de force en imposant des obligations précises aux États les plus faibles. Ceux-ci auront au contraire recours à une terminologie souple soit afin de pouvoir maintenir la possibilité de divergences d'interprétation de l'obligation qui les lie, soit parce qu'ils ne parviennent pas à obtenir des formules plus pré-

(46) « Rapport sur la fonction idéologique du droit international », *loc. cit.*, pp. 225-226 et, du même auteur, *Introduction générale au droit*, *op. cit.*, pp. 57-58.

(47) Monique CHEMILLIER-GENDREAU, « La signification des principes équitables dans le droit international contemporain », *R.B.D.I.*, 1981-1982, pp. 527-528.

(48) Voy. *supra*, Chapitre II

(49) V. *supra*, Chapitre II, section 2. Monique CHEMILLIER-GENDREAU tire la même conclusion pour les « principes équitables » ; « La signification des principes équitables dans le droit international contemporain », *loc. cit.*, pp. 533-534 ; v. aussi, du même auteur, « Le droit international : droit proclamatoire et droit exécutoire (idéologie et/ou superstructure) », *loc. cit.*, pp. 52 et s. V. enfin les commentaires généraux de Paul REUTER, « Quelques réflexions sur le vocabulaire du droit international », *in Mélanges Trotabas*, Paris, L.G.D.J., 1970, p. 427.

cises pour obliger leurs interlocuteurs (50). Jean Salmon considère à ce sujet que

> « Ces notions cachent le rapport de forces sous un masque de bons sentiments. Pour l'État qui profite du rapport de force il y a là une représentation fictive rassurante, une couverture morale qui lui donne bonne conscience. Pour l'État qui en est la victime il s'agit d'une formule qui sauve la face, qui ménage les susceptibilités » (51).

L'auteur poursuit en relevant que « les notions à contenu variable occultent sous leur verbalisme l'absence réelle de pouvoir de ceux qui veulent réformer les règles du jeu », même si « ces notions favorisent des évolutions que des formules précises empêchent de réaliser » (52). On est renvoyé à la fonction du droit dans son ensemble : soit la norme est précise et bénéficie aux États dominants parce qu'elle formalise leur domination, soit elle est plus floue et elle leur bénéficie également, dans la mesure où la perpétuation du rapport de forces ne sera nullement enfreinte par la règle. Dans les deux cas, la norme légitime ce rapport de forces tout en occultant sa réalité.

Il faut enfin réserver une place particulière à l'hypothèse où la norme ne confère pas de droits aux seuls États parties à la règle, comme c'est le cas pour les règles qui protègent les droits des individus. Dans ce cas, les États auront souvent tendance à utiliser des notions à contenu variable (53) qui leur permettront de maintenir des pratiques très diverses tout en prétendant qu'elles restent toutes conformes au droit international. Chaïm Perelman relevait que les États n'avaient accepté des engagements en matière de droits de la personne, et notamment la Déclaration universelle des droits de l'homme, qu'en raison du libellé particulièrement équivoque des textes (54). Nous avons également analysé les travaux préparatoires de dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme sous cet angle (55).

---

(50) Jean SALMON, « Les notions à contenu variable en droit international public », *in* Ch. PERELMAN et R. VANDER ELST (sous la direction de), *Les notions à contenu variable en droit*, Travaux du C.N.R.L., Bruxelles, Bruylant, 1984, p. 266 et Monique CHEMILLIER-GENDREAU, « La signification des principes équitables dans le droit international contemporain », *loc. cit.*, p. 528.

(51) Jean SALMON, « Les notions à contenu variable en droit international public », *loc. cit.*, p. 267.

(52) *Ibidem.*

(53) Voy. les exemples reproduits *supra*, chapitre II, section 2, §§ 104 et 107.

(54) « Droit, morale et religion », *in Le raisonnable et le déraisonnable en droit*, *op. cit.*, p. 47.

(55) Voy. ci-dessus, § 273.

276. Ces réflexions nous permettent de comprendre la fonction d'occultation remplie par le « raisonnable » dans la terminologie juridique internationale. En tant que notion à contenu variable, il permet aux États de parvenir à un accord qui ne met pas fin mais camoufle la contradiction qui les oppose. La plupart des auteurs qui traitent des notions à contenu variable citent d'ailleurs le « raisonnable » comme un exemple particulièrement significatif de ce mécanisme (56).

Cela n'a rien d'étonnant si l'on veut bien se souvenir que la raison est le concept qui se réfère à l'intersubjectivité la plus large — en tant que point commun à tous les membres du genre humain — et en symbolise l'unité ou l'universalité (57). Mais cette objectivité est purement conceptuelle, elle n'existe qu'en tant que modèle. Ce modèle, nécessaire comme ultime point de référence du système, permet aussi à certains de ses acteurs de camoufler leur position de force pour mieux profiter de ses effets. C'est notamment ce qu'illustre ce passage de la fable de la Fontaine, « la raison du plus fort est toujours la meilleure » (58).

Une partie de la doctrine a critiqué le droit naturel moderne dans cette perspective. Ainsi, pour Tunkin,

> « Les théories du droit naturel reflétaient les idées de la révolution bourgeoise. Elles étaient dirigées contre le droit féodal qui ne correspondait pas aux prescriptions de la saine raison ; elles préconisaient des *principes raisonnables qui n'étaient en fait que ceux d'une nouvelle société d'exploiteurs*, bien qu'ils marquassent un progrès par rapport à l'ordre féodal » (59).

La dénonciation de la raison comme permettant de masquer la domination concerne aussi, et peut-être plus encore, le positivisme dans son aspect légaliste, qui pousse la rationalité à l'extrême dans

(56) Voy. not. Jean SALMON, « Le fait dans l'application du droit international », *R.C.A.D.I.*, 1982-II, t. 175, p. 351 ; Charles CHAUMONT, « Rapport sur l'institution fondamentale de l'accord entre Etats », *loc. cit.*, p. 260 ; Monique CHEMILLIER-GENDREAU, « La signification des principes équitables dans le droit international contemporain », *loc. cit.*, p. 535. Voy. de manière plus spécifique Neil Mc CORMICK, « On reasonableness », *in Les notions à contenu variable*, *op. cit.*, p. 131.

(57) Voy. les développements *supra*, Chapitre III, section 3.

(58) « Le loup et l'agneau », *Œuvres complètes*, Paris, Seuil, 1965, p. 78.

(59) Nous soulignons ; *Droit international public. Problèmes théoriques*, *op. cit.*, p. 128 ; v. aussi Michel MIAILLE, *Une introduction critique au droit*, *op. cit.*, pp. 316 et s.

le domaine juridique (60). Comme nous le relevions plus haut, à l'instar de la légitimation par la rationalité dans son aspect technique, qui écarte comme irrecevable tout argument contestataire, le positivisme mythifie le droit et, en rejetant toute perspective critique, occulte les rapports de force qui sont pourtant seuls de nature à permettre de comprendre le contenu des règles, particulièrement en droit international (61).

277. Finalement, l'utilisation du « raisonnable » dénote un souci particulier de masquer un rapport de forces de manière à légitimer la règle qui le consacre, et s'inscrit plus généralement dans une fonction d'occultation du droit dans son ensemble, particulièrement en droit international. On peut aussi la mettre en relation avec l'occultation favorisée par le langage dont une des fonctions est, selon Pierre Bourdieu, de

> « [...] masquer sous l'apparence euphorisante d'une harmonie imaginaire l'existence de tensions, d'affrontements et d'oppressions bien réels ; nier l'existence de ces tensions, et se bercer de 'l'illusion du communisme linguistique', c'est en fait tenter de conjurer, par le biais du langage, les clivages sociaux » (62).

Dans cette perspective, l'occultation réalisée par le « raisonnable » concerne principalement les contradictions au moment de l'énonciation de la règle. Il reste à analyser un autre aspect de l' occultation réalisée à ce moment, qui concerne le pouvoir créateur du juge.

2. *Une occultation du pouvoir créateur du juge conféré par les États*

278. Lorsque les États énoncent une règle en y introduisant le « raisonnable », ils occultent le fait qu'ils ne sont en réalité pas parvenus à un accord et que la contradiction subsiste, mais aussi que c'est éventuellement un tiers qui sera amené à résoudre la contradiction. L'hypothèse reste évidemment particulière, puisque, en l'absence de compétence octroyée au juge (ce qui reste le cas le plus fréquent), ce sont les États eux-mêmes qui donneront unilatérale-

(60) G.I. TUNKIN considère plus loin que « le normativisme contemporain, produit de l'alliance du positivisme et du néokantisme, n'est en fait que l'une des variétés de la doctrine bourgeoise réactionnaire qui s'efforce, en poussant le formalisme jusqu'à l'extrême et en rompant avec les réalités, de camoufler l'essence exploiteuse de l'Etat et du droit bourgeois » ; *op. cit.*, p. 138 ; v. aussi Michel MIAILLE, *Une introduction critique au droit*, *op. cit.*, p. 372 et, par ailleurs, François OST, « Le droit comme pur système », *in* P. BOURETZ (sous la direction de), *La force du droit. Panorama des débats contemporains*, Paris, Esprit, 1991, p. 148.

(61) Voy. ci-dessus, section 1 de ce chapitre.

(62) Cité dans C. KERLOT-GRACCHIANI, *L'énonciation. De la subjectivité dans le langage*, Paris, Colin, 1988, pp. 14-15.

ment un contenu à la notion (63). Cependant, lorsque la règle est amenée à être interprétée dans le cadre d'un règlement juridictionnel, c'est bien le juge qui se voit implicitement conférer ce pouvoir. Ainsi, lorsque les États prévoient à l'article 3 du premier protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme une obligation d'organiser des élections libres à « intervalles raisonnables », ils laissent la possibilité aux organes de la convention d'en préciser le contenu. Les États confèrent implicitement un pouvoir prétorien. Mais il y a bien occultation puisque, en théorie, les organes ne pourront qu'interpréter l'intention commune des parties, alors que, comme nous l'avons observé à l'analyse des travaux préparatoires, cette intention n'a jamais existé.

279. Ce camouflage du pouvoir créateur du juge concerne en réalité toute énonciation du « raisonnable » dans une règle. On peut par exemple se rappeler des cas où la notion a été introduite dans un souci de souplesse permettant à la règle de s'adapter à toutes les situations particulières (64). C'est notamment au juge que l'on confère le soin de réaliser cette adaptation en donnant un contenu précis dans chaque cas litigieux, contenu que les États eux-mêmes n'ont pas pu, ou voulu, déterminer.

La pratique révèle même des cas où le « raisonnable » n'est accepté que moyennant un règlement des éventuelles contradictions par le juge. La France n'a ainsi accepté la Convention de Genève de 1958 sur le plateau continental permettant en son article 4 à l'État riverain de prendre des mesures raisonnables pour l'exploration du plateau continental et l'exploitation de ses ressources naturelles, que sous la réserve suivante :

> « *Article 4*
>
> Le Gouvernement de la République française n'accepte cet article qu'à la condition que l'État riverain qui invoquerait le caractère 'raisonnable' des mesures qu'il se propose de prendre admette que ce caractère soit, en cas de contestation, établi par voie d'arbitrage » (65).

Cette réserve traduit la crainte d'un État que la notion permette le déploiement d'un rapport de force qui lui soit défavorable, et le

(63) Voy. ci-dessous, § 284.

(64) V. *supra*, chapitre III, section 1.

(65) *Traités multilatéraux pour lesquels le Secrétaire général exerce les fonctions de dépositaire*, Etat, au 31 décembre 1986, des signatures, ratifications, adhésions, etc., ST/LEG/SER. D/10, New York, 1987, p. 520.

souci de donner au juge un pouvoir accru pour résoudre les contradictions.

280. Cet aspect a été mis en exergue par de nombreux auteurs comme Chaïm Perelman, pour qui :

> « Il est de notoriété publique que la précision ou le vague de textes légaux répartit de façon variable les pouvoirs du législateur et du judiciaire. Chaque fois que les possibilités d'interprétations augmentent, quand les textes eux-mêmes sont vagues et que l'on abandonne au juge le droit de résoudre des conflits qui se présentent, les pouvoirs de ceux qui doivent trouver la solution juridique du cas particulier augmentent d'autant » (66).

Il en va de même en droit international, en particulier pour le « raisonnable » (67). Certains auteurs ont été jusqu'à avancer que, tant qu'elle n'était pas interprétée, la norme n'avait pas de signification et que, par conséquent, la norme est en grande partie créée par celui qui l'applique, particulièrement lorsque le texte original contient des termes à texture ouverte (68). De manière plus générale, Éric David a pu écrire à propos de la règle de délimitation devant aboutir à une solution équitable, dans laquelle le « raisonnable » occupe une certaine place, que :

> « la liberté d'appréciation dont jouissent les juges reflète très fidèlement leur situation dans le cadre d'un droit dont les tensions et les mouvements contradictoires qui le parcourent en tout sens confinent parfois à la vacuité » (69).

---

(66) « La sauvergarde et le fondement des droits de l'homme », *in Le raisonnable et le déraisonnable en droit*, *op. cit.*, p. 50 ; v. aussi, dans le même recueil, « Droit, logique et épistémologie », p. 59, et « L'usage et l'abus de notions confuses », p. 156 et, par ailleurs, Monique CHEMILLIER-GENDREAU, *Introduction générale au droit*, *op. cit.*, p. 133.

(67) Jean SALMON, « Les notions à contenu variable en droit international public », *loc. cit.*, p. 268 ; v. aussi Charles CHAUMONT, « Cours général de droit international public », *loc. cit.*, pp. 372-373.

(68) Michel TROPER, « Fondement du caractère obligatoire et problème de causalité en droit international », *in Réalités du droit international contemporain*, *op. cit.*, pp. 48 et s. Voy. aussi les réflexions de Charles CHAUMONT sur ce point, *id.*, pp. 54 et s. et « Cours général de droit international public », *loc. cit.*, pp. 462-463. La qualification de la règle énoncée par le législateur mais non encore interprétée par le juge comme une simple proposition subjective de norme, qui ne devient du droit que lorsqu'elle est interprétée, a été développée par l'Ecole réaliste américaine ; v. l'exposé et la critique de Charles LEBEN, « Le principe de l'égalité devant la loi et la théorie de l'interprétation judiciaire », *in* G. HAARSCHER (sous la direction de), *Chaïm Perelman et la pensée contemporaine*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 217 et s. Il nous semble que le caractère performatif du langage juridique déploie son effet dès l'énonciation de la règle, avant même qu'elle soit appliquée ; on pourrait par contre considérer que l'application confère une force perlocutoire qui vient s'ajouter à la force illocutoire de l'énoncé normatif.

(69) « La sentence arbitrale du 14 février 1985 sur la délimitation maritime Guinée-Guinée Bissau », *A.F.D.I.*, 1985 ; en ce sens Mohammed BEDJAOUI « L''énigme' des 'principes équitables' dans le droit des délimitations maritimes », *R.E.D.I.*, 1990, p. 383.

Un courant postmoderniste a insisté sur ce mécanisme en prétendant que la profusion de notions à contenu variable traduisait un pouvoir du juge de plus en plus affirmé (70), à un tel point qu'on devait le placer non plus à la périphérie mais au centre des sources formelles du droit, à la place du législateur (71). Mais cette tendance ne prend à notre sens pas suffisamment en compte l'aspect occultant des notions comme le « raisonnable ». S'il est vrai qu'elles réalisent dans les faits un transfert de pouvoirs — et à supposer même que l'on puisse démontrer un accroissement de leur utilisation — ce transfert n'est assumé ni par le législateur, ni par le juge (72). Au contraire, ce n'est que parce que les États lui ont donné une marge de manœuvre étendue en utilisant le « raisonnable » que le juge s'estime habilité à en user. Comme nous l'avons déjà relevé, ce dernier, en se conformant au modèle du « législateur rationnel », ne revendique nullement une émancipation mais prétend rester dans les limites fixées par la règle. C'est précisément la permanence de ces représentations et leur distorsion manifeste avec la réalité qui démontrent la prégnance du système classique des sources, qui se reproduit non en assumant mais en occultant tout pouvoir prétorien.

281. Au stade de l'énonciation de la règle, le « raisonnable » joue donc un double rôle d'occultation. D'abord, il est le facteur qui permet de faire croire à la réalisation de l'accord entre les États alors que le désaccord subsiste. Ensuite, il permet au juge de résoudre les contradictions persistantes sous le couvert d'une norme juridique dont le contenu est théoriquement fixé mais qui reste en réalité à déterminer. Dans les deux cas, la polysémie de la notion doit être une fois encore analysée comme une qualité, et non comme un défaut du terme utilisé (73). Il reste à préciser comment cette

(70) En ce sens, Paul MARTENS, « L'irrésistible ascension du principe de proportionnalité », *in Mélanges Jacques Velu*, Bruxelles, Bruylant, 1993, pp. 60 et s. ; François OST, « Quelle jurisprudence pour quelle société ? », *A.P.D.*, 1985, p. 30.

(71) Voy. à ce sujet Xavier DIEUX, « Vers un droit 'post-moderne' ? (Quelques impressions sceptiques) », *in Mélanges Jacques Velu*, *op. cit.*, p. 40 ; v. également l'examen du courant réaliste américain opéré par François OST et Michel van DE KERCHOVE, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, F.U.S.L., 1987, pp. 192 et s.

(72) En ce sens, Xavier DIEUX, « Vers un droit 'post-moderne' ? (Quelques impressions sceptiques) », *loc. cit.*, pp. 41 et s., sp. n° 5.

(73) Cet aspect positif de la polysémie dans le discours a été souligné par certains linguistes contemporains ; v. C. KERLOT-GRACCHIANI, *L'énonciation. De la subjectivité dans le langage*, *op. cit.*, pp. 15-16.

double fonction va jouer lors de l'application effective de la règle de droit international.

B. — *Une fonction d'occultation lors de l'application de la règle*

282. Quel rôle jouera le « raisonnable » postérieurement à l'énonciation de la règle ? On retrouvera lors de son application la même fonction d'occultation qui s'appliquera selon des modalités différentes selon qu'elle concerne les rapports entre les États (1) ou les rapports entre les États et le juge, mais envisagés dans la perspective du juge lui-même, qui utilisera à son tour le « raisonnable » (2).

1. *Une fonction d'occultation des contradictions persistantes ou nouvelles entre les États*

283. Conformément au schéma que nous avons évoqué, les États vont, lors de l'application de la règle, interpréter le « raisonnable » en lui donnant des contenus différents, voire contradictoires. Chacun va exercer sa marge de manœuvre interprétative dans le sens qu'il souhaite.

284. Si l'on reprend le cas de l'article 3 du premier protocole de la convention européenne des droits de l'homme, on peut ainsi constater que les intervalles séparant les élections libres au sein des États membres du Conseil de l'Europe ne sont pas identiques dans tout les États membres.

De même, la doctrine a relevé la variété des délais de jugements au sein de chacun des États parties à la convention, qui ont interprété de manière bien différente l'obligation de juger dans un « délai raisonnable » énoncée aux articles 5, § 3 et 6, § 1er de la Convention. La pratique législative et judiciaire de plusieurs États a ainsi été analysée et dénote une incontestablè variété de contenu (74).

Dans un tout autre domaine, le professeur Salmon remarquait dans son *Manuel de droit diplomatique*, que la pratique des États était très diversifiée quant au « délai raisonnable » laissé par l'État accréditaire au diplomate dont les fonctions ont pris fin pour quitter le pays (75).

---

(74) Voy. l'ensemble des contributions reproduites dans la *Revue Trimestrielle des droits de l'homme*, n° spécial, « Le délai raisonnable », 1991, N° 5, 160 p.

(75) Bruxelles, Bruylant, 1994, pp. 404-406, n° 551.

Il est évidemment difficile de procéder à des comparaisons détaillées, dans la mesure où, par définition, un « délai raisonnable » sera différent selon les circonstances d'application. Mais il est évident que, dans l'ensemble, on assiste à une grande variété de solutions données par les États lors de l'application de la notion.

285. La doctrine, et en particulier l'« Ecole de Reims », a évoqué dans cette perspective la naissance de contradictions consécutives, et le maintien des contradictions primitives (76).

La contradiction consécutive est celle qui concerne le contenu de l'accord ; c'est une nouvelle contradiction qui concerne l'interprétation de la norme ou la qualification des situations qu'elle régit (77). Jean Salmon considère que « chaque partie va lutter pour obtenir la consécration de sa propre interprétation, ou pour une qualification des faits conforme à ses intérêts » (78). Ainsi naîtra un désaccord sur le contenu de la notion de « raisonnable » lors de l'application de la règle qui le contient.

Mais ce phénomène n'a pas pour effet de mettre véritablement fin à la contradiction primitive, celle qui a généré la création de la norme. Cette contradiction subsiste, même si la norme en a atténué certains aspects. Comme le relève Pierre-François Gonidec,

> « Le droit international ne peut résoudre comme par magie les contradictions elles-mêmes inhérentes aux réalités internationales, mais simplement faire disparaître les antagonismes » (79).

Dans cette perspective, deux évolutions sont envisageables (80). Si la contradiction primitive reste plus forte que la contradiction

(76) Voy. de manière générale, Charles CHAUMONT, « A la recherche du fondement du caractère obligatoire du droit international », *loc. cit.*, p. 5.

(77) Voy. les propos de Jean Salmon dans la discussion suivant le rapport de Charles CHAUMONT, « Rapport sur l'institution fondamentale de l'accord entre Etats », *loc. cit.*, pp. 246 et 259. Charles Chaumont considère que « le droit, qui est né de la contradiction primitive, redevient du fait, dans la mesure où il génère immédiatement une contradiction consécutive » ; v. la discussion suivant le rapport de Michel TROPER, « Fondement du caractère obligatoire et problème de causalité en droit international », *loc. cit.*, p. 78 ainsi que Monique CHEMILLIER-GENDREAU, *Introduction générale au droit*, *op. cit.*, pp. 55-56 et *Humanité et souverainetés. Essai sur la fonction du droit international*, *op. cit.*, p. 85.

(78) Jean SALMON, « Accords internationaux et contradictions interétatiques », *loc. cit.*, p. 72 ; v. aussi, du même auteur, « Quelques observations sur la qualification en droit international public », *loc. cit.*, p. 350.

(79) « Dialectique du droit international et de la politique internationale », *in Mélanges Charles Chaumont*, *op. cit.*, p. 320.

(80) Charles CHAUMONT, « A la recherche du fondement du caractère obligatoire du droit international », *loc. cit.*, p. 6 ; v. aussi les propos de Jean SALMON, au cours de la discussion ayant suivi son rapport, « A propos de quelques techniques de l'idéologie juridique appliquée au droit international », *in Réalités du droit international contemporain*, tome 2, *op. cit.*, p. 129.

consécutive, la règle se maintient telle quelle, quitte à donner lieu à des divergences d'interprétation. Si, par contre, la contradiction consécutive devient plus forte, les États créeront une nouvelle règle pour y mettre fin, la contradiction consécutive devenant primitive, et la nouvelle norme générant à son tour une nouvelle contradiction consécutive (81). En tout état de cause, le droit masquera la poursuite des rapports de forces (82).

286. Le « raisonnable » est un terme qui illustre spécialement ce phénomène de mutation des contradictions reflétée dans la règle de droit. Monique Chemillier-Gendreau insiste à ce sujet sur le rôle du temps dans la règle de droit (83), et le « raisonnable » est particulièrement pertinent pour entretenir l'illusion de la permanence d'une règle dont le contenu se modifie au gré de l'évolution des rapports de forces (84). A cet égard, le principe dégagé par la Cour internationale de Justice selon lequel l'acceptation de notions évolutives implique acceptation de l'évolution du contenu de la règle (85) démontre toute l'importance de la fonction non seulement d'adaptation mais aussi d'occultation que recèlent les notions à contenu variable. En acceptant une évolution du contenu de la règle, on se soumet à une modification éventuelle du rapport de forces. L'Afrique du sud en a subi juridiquement les conséquences pour la « mission sacrée de civilisation », mais le processus est à l'évidence transposable à tous les cas où les États formulent une règle en y introduisant le « raisonnable ».

287. Le phénomène que nous venons de décrire sera celui le plus souvent suivi dans le droit international, où la plupart des règlements des différends s'effectuent de manière bilatérale, ou à tout le moins sans l'intervention d'un tiers (86). Ce n'est en effet qu'excep-

(81) Voy. à ce sujet Gérard CAHIN, « Apport du concept de mythification aux méthodes d'analyse du droit international », *loc. cit.*, pp. 108-111.

(82) Monique CHEMILLIER-GENDREAU, « Le droit international : droit proclamatoire et droit exécutoire (idéologie et/ou superstructure) », *loc. cit.*, p. 54.

(83) « Quelle méthode pour l'analyse des développements récents du droit international ? », *loc. cit.*, pp. 19 et s. Selon l'auteur, « la variété des formes [que le droit] emprunte témoigne de la coexistence, au même moment, d'un passé qui expire et d'un futur qui se dessine. Et nous sommes, à n'en pas douter, dans un moment fort et accéléré de la contradiction » (p. 21).

(84) V. *supra*, chapitre III, section 2, §§ 223 et s.

(85) C.I.J., Affaire de la *Namibie*, *Recueil 1971*, p. 31. Voy. les commentaires dans Max SORENSEN, *Rapport définitif. Le problème dit du droit intertemporel dans l'ordre international*, Genève, I.D.I., 1973, pp. 8 et s.

(86) Emile GIRAUD, « Le droit international public et la politique », *loc. cit.*, pp. 436-437, et p. 657.

tionnellement qu'un juge sera amené à trancher juridiquement un différend. Dans cette hypothèse, nous allons voir que le « raisonnable » sera également utilisé avec une fonction d'occultation.

2. *Une occultation du pouvoir créateur que le juge se confère*

288. Nous venons de voir que, lorsque les États définissaient une règle par référence au « raisonnable », ils conféraient à celui qui appliquera la norme le soin de résoudre la contradiction tout en occultant ce pouvoir créateur. Mais nous avons également relevé que le juge utilisait lui-même le « raisonnable » indépendamment de la formule reprise dans la règle puisque, lors de l'application du droit, il utilisait la notion tant pour l'établissement du fait que pour l'interprétation de la règle et, plus généralement, dans le cadre de son discours juridique (87). Dans chacune de ces hypothèses, le juge s'arroge un pouvoir créateur mais l'occulte en utilisant la notion.

289. Comme nous le relevions plus haut, la « certitude raisonnable » consiste en une représentation des faits aux fins du procès qui ne correspond éventuellement pas à la réalité objective, à supposer que celle-ci existe indépendamment de toute représentation (88). Cette reconstruction contient un aspect technique indéniable, puisqu'elle s'avère indispensable à tout établissement des faits. Mais elle révèle aussi un aspect idéologique fondamental puisque, non seulement, elle légitime le choix particulier du juge, mais, surtout, cette représentation est systématiquement occultée par celui-ci (89), notamment grâce à l'utilisation du « raisonnable ».

A cet égard, le concept de fiction est, *a contrario*, particulièrement révélateur de l'occultation de la représentation des faits généralement réalisée par une expression comme la « certitude raisonnable ». En présentant la fiction comme toute déformation intentionnelle de

(87) V. *supra*, chapitre I.

(88) V. *supra*, chapitre III, section 2.

(89) L'occultation fonctionne en premier lieu sur la séparation apparente entre fait et valeur qui masque le caractère axiologiquemernt marqué de la construction du fait ; v. à ce sujet les propos de Jacques LENOBLE, discussion suivant le rapport sur « La relation du doit international avec la structure économique et sociale », *in Réalités du droit international contemporain*, tome 2, *op. cit.*, pp. 14-15.

la réalité (90), on sous-entend en effet que, en règle générale, l'établissement des faits est conforme à une réalité qui n'est, cette fois, l'objet d'aucune déformation (91). Comme le souligne Patrick Nerhot,

> « La fiction juridique dans la pensée classique énonce *explicitement* que des faits sont dénaturés mais aussi et surtout *implicitement* qu'il y a des concepts 'vrais' en ce qu'ils sont l'expression même de la réalité » (92).

La fiction participe donc d'un double phénomène : à titre principal, elle consiste en une reconstruction explicite de la réalité ; à titre complémentaire, elle tend à accréditer la thèse selon laquelle, en l'absence de fiction — c'est-à-dire en règle générale — il n'y a aucune reconstruction. Tel n'est pourtant pas le cas, à tout le moins si l'on admet que tout établissement des faits implique représentation, c'est-à-dire formalisation de la réalité dans une terminologie qui lui donne un sens à l'intérieur d'un système juridique (93).

La fiction est donc bien moins idéologique — puisque la construction est apparente (94) — qu'une preuve proclamée « au-delà de tout doute raisonnable », qui occulte la construction ou qui la maintient implicite. En ce sens, Michel van de Kerchove et François Ost relèvent que

> « Les juristes classiques feignent de croire que les fictions sont du réel méconnu ou dénaturé, et qu'il devrait être possible de s'en passer pour atteindre, sans détours ni artifices, la réalité telle qu'elle est. Mais dès lors que cette réalité échappe nécessairement puisqu'elle n'est jamais que le produit d'une nomination

(90) La définition de la fiction varie selon les systèmes juridiques considérés ; v. Jan Van Houte, V° fiction *in* A.J. Arnaud (sous la direction de), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, L.G.D.J., Bruxelles, Story-Scientia, 1988, pp. 157 et s. En droit international, la fiction a été définie par Jean Salmon comme un « procédé de technique juridique par lequel on qualifie une situation de manière contraire au réel, en vue de lui attribuer des conséquences juridiques découlant de la qualification » ; « Le procédé de la fiction en droit international », *R.B.D.I.*, 1974, p. 11 (voy. toutefois les aménagements substantiels apportés dans « Le fait dans l'application du droit international », *loc. cit.*, pp. 337 et s.) ; une définition similaire est reprise par Monique Chemillier-Gendreau, « Origine et rôle de la fiction en droit international public », *A.P.D.*, 1987, p. 154 ; v. encore les réflexions de Olivier Cayla, « Le jeu de la fiction entre 'comme si' et 'comme ça' », *Droits*, n° 21, 1995, pp. 7 et s.

(91) La fiction est donc à notre sens tout autant une « légitimation du vrai » qu'une « légitimation du faux », comme le prétend Paul Foriers, « Présomptions et fictions », *in* Ch. Perelman et P. Foriers (sous la direction de), *Les présomptions et les fictions en droit*, Travaux du C.N.R.L., Bruxelles, Bruylant, 1974, p. 7 ; v. aussi les réflexions de Michel Virally, *La pensée juridique*, Paris, L.G.D.J., 1960, pp. 21-22.

(92) « Le fait du droit », *A.P.D.*, 1986, p. 266.,

(93) V. *supra*, chapitre III, section 2.

(94) Même si certaines fictions ne peuvent être décelées qu'à l'analyse, et que l'on ne retrouve pas toujours des formules classiques de la fiction (« comme si... ») ; v. des exemples dans l'article précité de Jean Salmon, « Le procédé de la fiction en droit international » ; v. par ailleurs, Paul Orianne, *Introduction au système juridique*, Bruxelles, Bruylant, 1982, pp. 122-123.

conventionnelle, la fiction apparaît moins comme un défaut que comme une révélation sur la nature du discours juridique » (95).

Un raisonnement similaire peut être tenu à propos de la présomption, qui est un autre procédé rendant une représentation apparente. Une présomption consiste non en une déformation (comme la fiction) mais en une formalisation de la vérité dans un sens déterminé, sans que son utilisateur prétende l'atteindre (96). Dans notre perspective, la multiplication de présomptions et de fictions contribue plus à une clarification du raisonnement juridique que des notions comme la « certitude raisonnable » qui foisonnent dans la pratique juridictionnelle.

Cette fonction d'occultation du « raisonnable » dans l'établissement du fait peut aussi s'envisager au regard des théories épistémologiques que nous avons envisagées plus haut (97). En effet, de deux choses l'une. Soit il n'existe pas de « réalité objective », mais seulement des versions particulières de la réalité qui n'existent que dans l'esprit humain (98). Soit cette réalité existe indépendamment de l'être humain, réalité que celui-ci tente d'établir sans nécessairement y parvenir (99). Cependant, que l'on adopte une théorie idéaliste ou matérialiste, personne ne conteste le principe de la relativité de la connaissance (100) ou, pour reprendre les termes de Renato Treves, d'un « perspectivisme » en vertu duquel la perspective à travers laquelle est perçue la réalité fait partie de cette réalité (101). Il n'y a donc pas lieu d'entretenir une controverse épistémologique

(95) *Le droit ou les paradoxes du jeu*, Paris, P.U.F., 1992, pp. 160-161.

(96) V. à ce sujet les définitions données par Paul FORIERS, « Présomptions et fictions », *loc. cit.*, p. 8.

(97) *Supra*, chapitre III, section 2.

(98) On se reportera aux extraits déjà cités de L. WITTGENSTEIN, *De la certitude*, Paris, Gallimard-tel, 1976.

(99) Voy. p.ex. V.I. LÉNINE, « Y a-t-il une vérité objective ? » *in Matérialisme et empiriocriticisme. Notes critiques sur une philosophie réactionnaire*, Moscou, Ed. du progrès, 1970, pp. 158 et s.

(100) *Ibid.*, p. 180. V. aussi Valentin PETEV, « Hans Kelsen et le Cercle de Vienne. A quel point la théorie du droit est-elle scientifique ? », *in* P. AMSELEK (sous la direction de), *Théorie du droit et science*, Paris, P.U.F., 1994, pp. 233-234.

(101) Renato TREVES, *Sociologie du droit*, *op. cit.*, p. 264 (l'auteur reprend la théorie de Ortega y Grasset).

stérile sur l'existence d'une réalité indépendante du sujet (102), mais de démontrer le caractère idéologique de la vérité en tant que construction du sujet. La seule attitude objective devient alors d'admettre le caractère approximatif de tout énoncé en le relativisant. Lorsqu'il prétend avoir établi les faits avec une « certitude raisonnable », le juge fait cependant tout le contraire d'une relativisation, puisqu'il renvoie au concept qui symbolise l'universalité, et prétend par là que sa solution est celle qui serait suivie par tout membre du genre humain. Sous cet angle également, la raison occulte le pouvoir créateur du juge.

290. La conclusion est parfaitement transposable au domaine de l'interprétation, dans lequel nous avons vu que le juge utilise le « raisonnable » pour légitimer son choix tout en l'occultant. En particulier, on se souviendra que le « raisonnable » était parfois, dans une même affaire, utilisé pour légitimer deux positions contradictoires (103), ce qui montre bien que l'occultation de la contradiction est aussi l'œuvre du juge au stade de l'application de la règle. Le modèle du « législateur rationnel » qui imprègne les juridictions internationales est peut-être le seul qui permette au juge de présenter un discours conforme à sa mission, mais il est évident qu'il aboutit à dissimuler les directives qui ne cadrent pas avec la solution choisie (104).

Habermas a insisté à cet égard sur la nomination de la réalité par le langage qui consiste à donner un sens à chaque chose à l'intérieur d'un système scientifique qui est lui-même étroitement lié aux sociétés capitalistes :

(102) V. à ce sujet Antonio GRAMSCI, « La 'réalité du monde extérieur' » *in Textes*, Paris, Ed. sociales, 1983, pp. 167. Comme le relève Monique CHEMILLIER-GENDREAU, « sans méthode, l'objet reste indéterminé. Cela ne veut pas dire que l'objet soit totalement construit par la méthode. Ce serait dire que l'objet n'a pas d'autre réalité que celle que lui donne la pensée. C'est une position philosophique qu'il n'y a pas lieu de soutenir ici. Il suffit de rappeler le caractère indispensable de la méthode » ; *Introduction générale au droit*, *op. cit.*, p. 36. La stérilité du début peut aussi s'appuyer sur une analyse linguistique ; v. François RECANATI qui se demande « [...] la chose signifiée existe-t-elle indépendamment de l'idée dont elle est l'objet, ou n'existe-t-elle qu'à titre d'objet de l'idée ? », pour aussitôt ajouter que « c'est une question certes importante, mais que nous pouvons laisser de côté. Car même si l'objet n'existe pas indépendamment de l'idée, l'idée représente l'objet comme quelque chose de distinct de l'idée elle-même » (*La transparence et l'énonciation ; pour introduire à la pragmatique*, Paris, Seuil, 1979, p. 18).

(103) Voy. les exemples cités *supra*, section 1 du présent chapitre.

(104) François OST et Michel van DE KERCHOVE, *Entre la lettre et l'esprit. Les directives d'interprétation en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1989, p. 34. François RASTIER relève à cet égard que l'interprétation est une construction dominée par une stratégie, stratégie qui conditionne les instructions interprétatives de manière à produire une lecture particulière ; *Sémantique interprétative*, Paris, P.U.F., 1987, pp. 262-263.

> « La fonction essentielle des systèmes d'interprétation destinés à stabiliser le monde (*world-maintaining*) consiste à éviter le chaos, c'est-à-dire à surmonter les contingences. La légitimation des institutions de domination et des normes de base peut être comprise comme une spécialisation de cette fonction de 'donation du sens' » (105).

Nous avons déjà relevé que le droit lui-même donnait, en tant que système, une signification à chaque chose (106). Le « raisonnable » peut être utilisé dans cette perspective de manière à présenter chaque règle comme ayant un sens cohérent par rapport au système juridique dans son ensemble, ce qui revient à masquer les contradictions qui résultent de l'absence de centralisation dans leur édiction et, plus généralement, de l'absence de « planification législative » des États qui édictent des règles avec un souci très limité de généralisation (107).

291. La critique s'applique plus généralement à l'utilisation constante du « raisonnable » dans le discours juridique, que ce soit de manière expresse ou par la référence constante à la raison que charrie le modèle syllogistique (108).

On peut à ce sujet rappeler le propos d'Habermas, en vertu duquel la raison écarte la contestation comme irrecevable, ce qui a pour conséquence, comme le relève François Ost, que

> « le choix des valeurs, qui est nécessairement sous-jacent à la fois à la position des fins et à la sélection des moyens est occulté, refoulé par l'apparente neutralité du raisonnement scientifique » (109).

Des expressions comme « raisonnablement déduire, ou conclure, ... » participent à l'évidence à ce refoulement.

---

(105) *Raison et légitimité*, *op. cit.*, p. 162. Pierre BOURDIEU insiste sur le rapport de force « qui imprègne la nomination » ; *Ce que parler veut dire. L'économie des échanges linguistiques*, Paris, Fayard, 1982, pp. 99-101 et 149 et s.

(106) *Supra*, chapitre III, section 3.

(107) Voy. les propos de Jacques LENOBLE, discussion suivant le rapport sur « La relation du droit international avec la structure économique et sociale », *in Réalités du droit international contemporain*, tome 2, *op. cit.*, p. 16 ; v. encore François OST, « L'interprétation logique et systématique et le postulat de rationalité du législateur », *in L'interprétation en droit. Approche multidisciplinaire*, *op. cit.*, pp. 181-182 ; Michel MIAILLE, *Une introduction critique au droit*, *op. cit.*, pp. 205-206 ; v. enfin Martti KOSKENNIEMI, *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument*, Helsinki, Lakimiesliiton Kustannus, 1989, p. 495.

(108) Voy. à ce sujet, *supra*, chapitre III, section 2, §§ 186 et s.

(109) « Quelle jurisprudence pour quelle société ? », *loc. cit.*, p. 31. Pierre BOURDIEU dénonce la « rhétorique de la scientificité » qui tend à désamorcer toute réflexion politique susceptible de remettre en cause l'ordre établi grâce à un discours de neutralisation (*Ce que parler veut dire*, *op. cit.*, p. 155). L'utilisation de termes comme « raisonnable » peut être envisagée dans cette perspective.

A ce sujet, la dénonciation du positivisme comme doctrine privilégiée du camouflage des contradictions vaut également lors de l'application de la règle. La description de l'activité juridictionnelle comme mise en œuvre de la rationalité du système juridique indépendamment des rapports de forces qui continuent à guider cette activité est particulièrement efficace pour occulter les facteurs sociologiques ou psychologiques qui sont à la base de la décision judiciaire (110).

On peut d'ailleurs se demander si l'occultation n'est pas aussi dans une large mesure favorisée par des théoriciens du droit qui décrivent l'activité juridique non pas en termes de logique formelle, mais de rhétorique, ou de « logique du raisonnable » (111). Ainsi, Chaïm Perelman insiste tant et plus sur les fonctions techniques de la raison pratique dans le discours, en tant qu'alternative à la logique formelle, mais ne met que rarement l'accent sur le caractère idéologique de la notion (112) : son œuvre, si elle dénote un souci de démystifier le droit en tant que système cartésien, aboutit à privilégier une raison plus souple, mais sans dénoncer les rapports de forces qui en détermineront le contenu (113). La conclusion vaut particulièrement pour la conception du juge, quelque peu idéalisé comme personne qui permettra à la règle de s'appliquer de manière souple et appropriée (114). Finalement, cette tendance vise à renforcer plus qu'à dénoncer la légitimité du droit en général, et du juge

(110) Comme le relève Monique CHEMILLIER-GENDREAU, « la puissance du jeu des formes permet d'escamoter le conflit de substance quand il y a lieu » ; « Quelle méthode pour l'analyse des développements récents du droit international ? », *loc. cit.*, p. 18.

(111) Une certaine filiation entre les auteurs positivistes et Chaïm Perelman a déjà été soulignée ; v. Stamatios TZITZIS, « Droit et valeurs. Perelman entre tradition et modernité », *in Chaïm Perelman et la pensée contemporaine*, *op. cit.*, pp. 151 et 155.

(112) Pour les références spécifiques à l'œuvre de Chaïm Perelman, on se référera aux extraits ou renvois opérés ci-dessus. Il est à cet égard significatif de relever que cet auteur est beaucoup plus souvent cité pour illustrer les fonctions techniques que les fonctions idéologiques de la notion.

(113) Une critique de Chaïm Perelman basée sur l'insuffisance de la prise en compte de la composante sociale du droit — composante qu'il ne nie du reste nullement — a été formulée par Georges GORIELY, qui l'explique par sa formation de logicien ; « La rhétorique et au-delà », *in Chaïm Perelman et la pensée contemporaine*, *op. cit.*, p. 324 ; v. aussi, de manière plus incidente, François OST et Michel van DE KERCHOVE, « De la théorie de l'argumentation au paradigme du jeu. Quel entre-deux pour la pensée juridique ? », *in Chaïm Perelman...*, *ibid.*, p. 146.

(114) Comme le relèvent François OST et Michel van DE KERCHOVE, Chaïm Perelman considère le juge comme un « héros juridique moderne », *ibidem*, p. 145. Cette position révèle par ailleurs une conception fortement individualiste : la solution d'un problème est donnée non par une décision politique mais par une prise de conscience morale de l'individu, en l'occurence le juge. Le rôle social de celui-ci, et tous les problèmes de légitimité qui en découlent sont remarquablement absents dans semblable analyse.

en particulier. Et il est significatif de constater que le « raisonnable » est un terme privilégié dans ce type de discours...

292. Heidegger relevait que la grande force du « principe de raison » résidait dans l'absence de toute interrogation sur son fondement (115). Le postulat selon lequel on n'accepte, en fait ou en droit, que ce qui peut s'expliquer par une raison, est à la fois la plus simple et la plus énigmatique des assertions. La plus simple parce que ce postulat constitue le guide de notre mode de pensée et qu'il est utilisé systématiquement, sans que l'on s'en rende compte (116). La plus énigmatique parce qu'il semble échapper à toute analyse. Le philosophe poursuivait en montrant que ce principe imprégnait toute la science puisqu'il était l'outil qui devait permettre de résoudre toute contradiction, ou à tout le moins qui prétendait les résoudre (117).

On peut replacer dans cette perspective l'extraordinaire force d'occultation du « raisonnable » dans la pratique juridictionnelle. Le juriste utilise en effet la notion de manière incidente, sans s'interroger sur le mécanisme qu'elle entretient. Et le destinataire de son discours est amené à ne pas remettre en cause l'affirmation, présentée comme évidente. Le « raisonnable » opère paradoxalement le renvoi à la raison, tout en tendant à empêcher une interrogation sur les raisons de l'adhésion à la proposition qu'il soutient. Son utilisation dénote une fonction idéologique qui se manifeste à la fois par une légitimation de l'assertion soutenue et par une occultation des solutions alternatives ainsi que des représentations inhérentes au renvoi à la raison. Dans ce contexte, « l'effet d'objectivité est obtenu par l'occultation du contexte idéologique » ; le jugement de valeur est masqué sous l'apparence d'un jugement de fait (118).

Conclusion

293. Nous avons conclu le chapitre consacré aux fonctions techniques du « raisonnable » en relevant que le fruit de nos recherches

(115) *Le principe de raison*, Paris, Gallimard-tel, 1962.
(116) *Ibid.*, p. 43.
(117) *Id.*, p. 94.
(118) Roselyne Koren, « Perelman et l'objectivité discursive : le cas de l'écriture de presse en France », *in Chaïm Perelman et la pensée contemporaine*, *op. cit.*, pp. 472-473, 477 et 482 ; v. aussi Louis Dupré, « Postmodernisme ou modernité tardive ? », *in Richard Rorty. Ambiguïtés et limites du postmodernisme*, *op. cit.*, p. 48.

plaidait en faveur de théories insistant sur le rôle de la raison dans le discours par opposition à des théories relativistes qui le sous-estimaient. A l'issue de l'examen des fonctions idéologiques de la notion, il y a lieu d'ajouter que le relativisme, s'il ne triomphe nullement en droit — il n'est jamais assumé dans le discours —, triomphe en fait. Si le « raisonnable » renvoie à l'universalité, ce n'est que pour mieux masquer la diversité des solutions juridiques et les contradictions qui traversent la communauté internationale dans laquelle elles s'inscrivent.

Contrairement à ce que laisse croire le postulat du « législateur rationnel », les États n'énoncent nullement des règles sur la seule base de la raison, mais sur celle de leurs intérêts contradictoires, et ils ne choisissent une formule que dans cette perspective. De même, le juge ne peut davantage être assimilé à la raison, tant il déploie lui aussi son activité sur base de facteurs idéologiques. Comment à cet égard ne pas rappeler que, en dépit de l'indépendance de façade pompeusement proclamée dans le statut de la Cour internationale de Justice — mais contradictoirement accompagnée d'un privilège de fait de la nationalité pour cinq États —, pratiquement aucun juge ne vote à l'encontre de l'État dont il possède la nationalité ? Nous avons déjà relevé dans cette perspective la fréquente utilisation du « raisonnable » par le juge Schwebel dans sa critique de l'arrêt de la Cour condamnant les États-Unis pour leur intervention militaire et paramilitaire au Nicaragua. L'exemple est significatif du peu d'illusions que l'on doit entretenir sur la conformité du raisonnement judiciaire au seul modèle du « législateur rationnel ».

294. On peut dans cette perspective rappeler les théories qui dénoncent ce que certains philosophes ont appelé la « dialectique de la raison » (1). En posant des critères rationalistes d'une rigueur inédite, notamment sur le plan de la vérification des énoncés, la science moderne a, dans un premier temps relativisé toutes les valeurs, non susceptibles de vérification empirique, et dans un deuxième temps les faits eux-mêmes, démasqués comme des reconstructions formalisées par le langage (2). Le concept universaliste par excellence a

(1) Voy. Max HORKHEIMER et Theodor W. ADORNO, *La dialectique de la raison*, Paris, Gallimard-tel, 1974.

(2) Voy. Philippe RAYNAUD, « Max Weber et le problème de l'historicisme », *loc. cit.*, p. 297 ; Jacques LENOBLE, « La théorie de la cohérence narrative en droit. Le débat Dworkin-Mc Cormick », *loc. cit.*, pp. 122 et s.

donc abouti à une relativisation à l'extrême. Frederic Nietzsche affirmait que

> « C'est nous seuls qui avons inventé comme autant de fictions la cause, la succession, la réciprocité, la relativité, l'obligation, le nombre, la loi, la liberté, la raison, la fin ; et quand nous introduisons faussement dans les 'choses' ce monde de signes inventés comme s'il leur appartenait 'en soi', nous agissons une fois de plus comme nous l'avons toujours fait, nous créons une *mythologie* » (3).

La citation montre bien la vanité de la prétention qu'implique l'utilisation du « raisonnable », mais elle traduit aussi le lien entre les fonctions techniques et idéologiques de la raison. C'est parce que la raison est un concept qui fonde toute activité scientifique et sa formalisation en système qu'elle est un outil privilégié de légitimation et d'occultation. C'est à l'ensemble de ces fonctions que renvoie le « raisonnable », et l'on ne peut le plus souvent que constater un cumul de plusieurs, voire de toutes les fonctions, pour un cas particulier. Les fonctions techniques et idéologiques de la notion sont donc, il faut y insister, intimement liées, tant elles s'éclairent mutuellement. Nous espérons en tout cas avoir démontré la nécessité de les appréhender à travers une analyse tantôt interne, tantôt externe au système juridique.

295. La prise en compte de ce phénomène n'équivaut du reste pas à une remise en cause du droit et de la raison comme modes privilégiés de régulations sociales corollaires aux structures étatiques, mais à une relativisation de ces concepts, le premier n'étant qu'une politique particulière formalisée, le second un modèle posé ou supposé. Dénoncer le droit et la raison comme favorisant un rapport de force apparaît simplement indispensable à une correcte appréhension du phénomène juridique. Admettre, en tant que juriste, que l'on participe à un système de pouvoir, c'est déjà s'en émanciper. Le nier, c'est encore accentuer le mécanisme. Dans cette dernière hypothèse, Jean Salmon relève à juste titre que

> « la responsabilité du juriste, praticien ou homme de science, dans l'utilisation du droit comme moyen de perpétuer la domination et l'exploitation, apparaît ainsi comme énorme. Entièrement inconsistante se révèle aussi la prétention traditionnelle du juriste à l'objectivité et à l'apolitisme » (4).

(3) *Par-delà le bien et le mal*, Paris, 10/18, 1951, p. 44.

(4) « Le procédé de la fiction en droit international », *in* Ch. PERELMAN et P. FORIERS (sous la direction de), *Les présomptions et les fictions en droit*, Travaux du C.N.R.L., Bruxelles, Bruylant, 1974, p. 143.

CONCLUSION
DE LA PREMIÈRE PARTIE

296. Pour conclure l'analyse des fonctions de l'utilisation du « raisonnable », on peut se demander si elle ne laisse pas apparaître un parallélisme avec le droit naturel.

L'association est en effet souvent faite par la doctrine, par l'intermédiaire de la raison (1). On a ainsi relevé que le siècle des Lumières avait assimilé nature et raison, de sorte que « le droit naturel devint en plus le droit raisonnable et pas seulement rationnellement légitime » (2). Dans un article consacré à la notion, Alfred Dufour considère que

> « la notion de nature peut s'entendre comme rationalité, au sens de raison commune [...] ainsi le comprend le langage commun quand il tient pour naturel, voire tout naturel, un comportement raisonnable [...]. La notion de droit naturel qui découle de cette acception se spécifiera alors soit en loi naturelle, soit en droit des gens, établi par la raison entre tous les hommes, soit en droit de la raison (*Vernunftrecht*) déterminé par les seules lumières de la raison [...] » (3).

La citation dénote une association entre droit des gens, droit naturel et raison, opérée également par des internationalistes comme Louis Le Fur (4). Chaïm Perelman a lui aussi associé les deux dernières notions lorsque, s'appuyant sur une analyse de l'activité juridique où le « raisonnable » occupe une place essentielle, il considère que

---

(1) V. p. ex. Max WEBER, *Sociologie du droit*, Paris, P.U.F., 1re éd., 1986, p. 211 ; Philippe JESTAZ, « Autorité et raison en droit naturel », *in* G. HAARSCHER, L. INGBER et R. VANDER ELST (sous la direction de), *Arguments d'autorité et arguments de raison en droit*, Travaux du C.N.R.L., Bruxelles, Nemesis, 1988, pp. 259 et s. ; W. FRIEDMAN, *Théorie générale du droit*, Paris, L.G.D.J., 1965, pp. 66 et s. ; Michel MIAILLE, *Une introduction critique au droit*, Paris, Maspero, 1976, pp. 300 et s. ; Anne LAGNEAU-DEVILLÉ, « Questions sociologiques à propos de l'interprétation en droit », *in* M. VAN DE KERCHOVE (sous la direction de), *L'interprétation en droit. Approche multidisciplinaire*, Bruxelles, F.U.S.L., 1978, p. 549 ; Bernard BOURGEOIS, « Sur le droit naturel de Hegel », *A.P.D.*, 1986, pp. 309 et s.

(2) Julien FREUND, « La rationalisation du droit selon Max Weber », *A.P.D.*, 1978, tome XXIII, Formes de rationalité en droit, p. 80 et Max WEBER, *Sociologie du droit, op. cit.*, p. 212.

(3) « Droit naturel, droit positif », *loc. cit.*, p. 65. V aussi l'association entre droit naturel et raison opérée par Henri LEVY-BRUHL, *Sociologie du droit*, Paris, P.U.F., 7e éd., 1990, pp. 9 et s.

(4) Voyez son étude générale « La théorie du droit naturel depuis le XVIIe siècle et la doctrine moderne », *R.C.A.D.I.*, 1927, III, t. 18, pp. 259 et s.

« Le rôle croissant attribué au juge dans l'élaboration d'un droit concret et efficace rend de plus en plus périmée l'opposition entre le droit positif et le droit naturel, le droit effectif se présentant de plus en plus comme le résultat d'une synthèse où se mêlent, de façon variable, des éléments émanant de la volonté du législateur, de la construction des juristes, et des considérations pragmatiques, de nature sociale et politique, morale et économique » (5).

Paul Foriers évoque même un « droit naturel positif » qui consacre la « permanence nécessaire » de valeurs humaines qui survivraient à l'évolution du droit mais qui jouerait un rôle « non à côté du droit positif, mais dans les limites du droit positif » (6).

Le succès du droit naturel se ferait donc par l'intermédiaire du « raisonnable », et témoignerait de la perpétuation de l'association longtemps faite en droit naturel et droit international (7).

297. Plusieurs éléments plaident certes en ce sens. Nous avons vu que le « raisonnable » avait un champ d'application qui recouvrait l'ensemble des domaines du droit international, et qu'il était même utilisé de manière à présenter ce droit comme un système complet, cohérent et unique, et, sur le plan diachronique, à en réguler les changements grâce notamment à une adaptation aux événements extérieurs. A ce sujet, on se souviendra que la notion est un outil

(5) « Droit positif et droit naturel », *in Le raisonnable et le déraisonnable en droit. Au-delà du positivisme juridique*, Paris, L.G.D.J., 1984, p. 25 ; v. les commentaires de Jerzy WROBLEWSKY, « Logique juridique et théorie de l'argumentation de Chaïm Perelman », *in* G. HAARSCHER et L. INGBER (sous la direction de), *Justice et argumentation. Essais à la mémoire de Chaïm Perelman*, Bruxelles, Ed. U.L.B., 1986, pp. 184-186, et de François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, « De la théorie de l'argumentation au paradigme du jeu. Quel entre-deux pour la pensée juridique ? », *in* G. HAARSCHER (sous la direction de), *Chaïm Perelman et la pensée contemporaine*, Bruxelles, Bruylant, 1993, pp. 132 et s.

(6) « Le juriste et le droit naturel. Essai de définition d'un droit naturel positif », *in La pensée juridique de Paul Foriers*, Travaux du C.N.R.L., Brüxelles, Bruylant, 1982, pp. 425-428, et les commentaires de Chaïm PERELMAN, « La loi et le droit », *in Le raisonnable et le déraisonnable en droit, op. cit.*, pp. 31 et s. et de A. BAYART, « Le centre national belge de recherches de logique », *A.P.D.*, 1966, pp. 178-179.

(7) V. p. ex. Gerald FITZMAURICE, *The Future of Public International Law and of the International Legal System in the Circumstances of Today*, Genève, I.D.I., 1973, pp. 116 et s., n° 103 ; Roberto AGO, « Science juridique et droit international », *R.C.A.D.I.*, 1956-II, tome 90, pp. 861 et s. ; Pierio ZICCARDI, « Les caractères de l'ordre juridique international », *R.C.A.D.I.*, 1958-III, tome 95, pp. 356 et s. ; L. EHRLICH, « The Development of International Law as a Science », *R.C.A.D.I.*, 1962-I, t. 105, pp. 225 et s. ; Peter HAGGENMACHER, « Le droit de la guerre et de la paix chez Grotius », *A.P.D.*, 1987, tome XXXII, Le droit international, pp. 50 et s. ; Horatia MUIR WATT, « Droit naturel et souveraineté de l'Etat dans la doctrine de Vattel », *A.P.D.*, 1987, pp. 71-83 ; Stéphane RIALS, « La puissance étatique et le droit dans l'odre international. Eléments d'une critique de la notion usuelle de 'souveraineté externe' », *A.P D.*, 1987, pp. 205-206 ; Mircea DJUVARA évoque un « droit rationnel, différent du droit positif » ; « Le fondement de l'ordre juridique positif en droit international », *R.C.A.D.I.*, 1938-II, p. 582 ; v. enfin Monique CHEMILLIER-GENDREAU, *Humanité et souverainetés. Essai sur la fonction du droit international*, Paris, La découverte, 1995, pp. 112 et s.

privilégié d'intégration de valeurs politiques ou morales dans le système juridique (8). Le parallélisme est à première vue évident avec le droit naturel. Il y a beaucoup de manières de présenter cette notion mais, en tout état de cause, elle remplit également des fonctions de type « technique ». Ainsi, le droit naturel se présente comme unique ou universel par opposition au particularisme ou à la diversité des règles de droit positif. Il permet à la fois de combler les lacunes, et d'adapter une réglementation périmée aux nécessités de la vie sociale par l'intégration de valeurs morales et politiques situées en dehors du droit positif (9).

Le parallélisme s'étend aux fonctions que nous avons qualifiées d'« idéologiques » du « raisonnable ». La notion permet en effet de reporter à plus tard la résolution des contradictions en masquant un rapport de forces qui pourra continuer à se développer, tout en légitimant la position du ou des utilisateurs par un renvoi à des critères supérieurs de justification comme l'universalité. Le droit naturel a lui aussi permis à ses utilisateurs de masquer derrière des concepts à vocation universalistes — Dieu, la nature, la raison elle-même — l'imposition de certaines vues propres à certains groupes ainsi que les conflits sociaux qui déchiraient la communauté (10). Il a lui aussi servi plus généralement de légitimation à la position de ceux qui l'ont utilisé (11).

Faut-il dès lors considérer que le résultat de nos recherches, et en particulier la constatation d'un champ d'application extrêmement étendu du « raisonnable » à la fois dans la règle de droit et son application, témoigne d'un certain regain, ou même d'une permanence, du concept de droit naturel ? Le « raisonnable » permet-il au droit naturel de rentrer par la fenêtre, alors qu'on l'avait chassé par la porte ? Faut-il remettre en cause les succès apparents du positivisme en droit international qui a longtemps été marqué par une association au droit naturel ?

(8) V. *supra*, chapitre III, sp. section 3.

(9) V. not. François TERRÉ et René SÈVE, « Droit », *A.P.D.*, 1990, tome 35, Vocabulaire fondamental du droit, pp. 47 et s. ; Michel MIAILLE, *Une introduction critique au droit, op. cit.*, pp. 304 et s.

(10) V. p. ex. François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, « De la 'bipolarité des erreurs' ou de quelques paradigmes de la science du droit », *A.P.D.*, tome XXXIII, La philosophie du droit aujourd'hui, 1988, p. 186.

(11) On connaît la formule de Alf ROSS, pour qui « like a harlot, natural law is at the disposal of everyone. The ideology does not exist that cannot be defended by an appeal to the law of nature » (*On Law and Justice*, London, 1958, p. 261, cité dans Alfred DUFOUR, « Droit naturel, droit positif », *A.P.D.*, 1990, p. 60 ; v. aussi la position de l'auteur en ce sens, p. 77).

298. Il est à ce stade prématuré de répondre de manière définitive à ces interrogations. Cela supposerait en effet une prise en compte du contenu qui est donné au « raisonnable », et en particulier de déterminer si l'interprétation de la notion donne lieu à des méthodes qui échappent au positivisme. Cette analyse fera l'objet de développements dans la deuxième partie (12), mais n'a pas été directement traitée dans les lignes qui précèdent.

On peut toutefois apporter des éléments de réponse à la seule analyse du champ d'application et surtout des fonctions de l'utilisation du « raisonnable ». Une comparaison avec le droit naturel laisse en effet apparaître de profondes divergences quant à la manière dont sont appréhendées les deux notions dans le droit international.

Le droit naturel se définit le plus souvent par opposition au droit positif (13), auquel il serait à la fois extérieur et supérieur (14). Le premier permettrait de donner des solutions lorsque le second se révélerait soit lacunaire, soit inacceptable, mais toujours grâce à une dualité d'ordres juridiques (15).

L'utilisation du « raisonnable » obéit à une logique radicalement différente, et ne peut donc en aucun cas être interprétée comme un renvoi au droit naturel (16). La notion se définit non par opposition mais par association au droit positif. On la retrouve soit directement dans les sources formelles du droit international, comme les traités ou la coutume précisés par la jurisprudence ou la doctrine, soit dans le mécanisme d'application de ces règles mais, là encore, conformément au droit positif. On relèvera à cet égard que l'« interprétation raisonnable » ne se définit nullement comme une émancipation du texte des sources formelles, mais est codifiée dans la Convention de Vienne sur le droit des traités (17). Plus généralement, la raison permet au droit positif de fonctionner conformément

(12) V. partie. Chapitre V, section 1.

(13) Voy. not. Max WEBER, *Sociologie du droit, op. cit.*, p. 209 ; Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, Neuchâtel, Ed. de la Baconnière, 1988, p. 92 ; Letizia GIANFORMAGGIO, V° Droit naturel, *in* A.J. ARNAUD, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, L.G.D.J., Bruxelles, Story-Scientia, 1988, pp. 117-118 ; Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, 2e éd., Paris, P.U.F., 1990, p. 531 (v° naturel).

(14) Voy. les réflexions de Michel VIRALLY, *La pensée juridique*, Paris, L.G.D.J., 1960, pp. 85 et s.

(15) *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, op. cit.*, p. 117, n° 3 et l'article de Alfred DUFOUR, « Droit naturel, droit positif », *loc. cit.*, sp. pp. 73-75.

(16) Voy. au sujet de la nécessité d'un renvoi exprès, Karl STRUPP, « Le droit du juge international de statuer selon l'équité », *R.C.A.D.I.*, 1930-III, tome 33, pp. 456 et s.

(17) Voy. *supra*, chapitre I, section 1.

à ses objectifs, rend possible son succès en lui conférant souplesse et complétude. Il le renforce plutôt qu'il ne le déforce. Aucun des exemples mentionnés jusqu'ici ne dénote une tentative de dépasser le droit positif à l'aide du « raisonnable ». On peut par exemple se souvenir du modèle du « législateur rationnel » dont l'utilisation fréquente du « raisonnable » est un indice de la prégnance dans le discours juridictionnel, et qui consiste bien à respecter la volonté du législateur, même dans les cas les plus difficiles (18). La circonstance qu'il ne s'agit que d'un modèle et que, dans la réalité, l'utilisateur masque la solution de ses choix ne fait que renforcer la conclusion. Personne ne s'estime habilité à contester la théorie volontariste. Comme nous le relevions plus haut, sa force d'occultation, liée à la rationalité, est plus forte que celle du droit naturel, trop ostensiblement idéologique. C'est sans doute un facteur prépondérant dans la préférence donnée au « raisonnable » qui a supplanté celle du droit naturel.

Il ne nous semble donc pas que, à tout le moins en droit international, le « raisonnable » témoigne d'un regain du droit naturel ou d'une confusion croissante entre droit naturel et droit positif, en tout cas si on définit celui-là par opposition à celui-ci.

299. Une conclusion similaire peut être tirée à propos d'une comparaison entre le « raisonnable » et l'équité.

Le parallélisme entre les deux notions a également été opéré par certains auteurs (19), et l'on peut également relever une similitude dans les fonctions de leur utilisation. En particulier, l'équité est traditionnellement présentée comme permettant une adaptation d'une règle écrite trop rigide, par le biais de l'interprétation, ce qui s'apparente à l'une des fonctions dégagées à propos du « raisonnable » (20). Sur un plan idéologique, l'équité peut également légiti-

(18) V. *supra*, chapitre III, sections 2 et 3.

(19) Voy. p. ex. Chaïm PERELMAN, « Ontologie juridique et sources du droit », *in Le raisonnable et le déraisonnable en droit, op. cit.*, p. 43, ou Kotaro TANAKA, « Du droit international au droit mondial », *in Mélanges Julliot de la Morandière*, Paris, Dalloz, 1964, p. 568 ; W. FRIEDMAN, *Théorie générale du droit, op. cit.*, p. 457.

(20) V. p. ex. Charles DE VISSCHER, *De l'équité dans le règlement arbitral ou judiciaire des litiges en droit international public*, Paris, Pédone, 1972, p. 5 ; Magdi Sami ZAKI, « Définir l'équité », *A.P.D.*, 1990, p. 89 ; Chaïm PERELMAN, *Justice et raison*, Bruxelles, P.U.B., 1963, p. 49 et, en droit international, Pierre-Marie JURET, « Observations sur la motivation des décisions de justice », *R.G.D.I.P.*, p. 590. Une théorie embryonnaire du « législateur rationnel » est opérée par ARISTOTE par le biais de l'« équitable », puisque le philosophe considère que quand « la loi pose une règle générale, et que là-dessus survient un cas en dehors de la règle générale, on est alors en droit, là où le législateur a omis de prévoir le cas et a pêché par excès de simplification, de

mer une position et occulter l'absence d'accord réel derrière un accord sur une formule (21).

Les considérations émises à propos du droit naturel restent valables si l'on comprend l'équité comme extérieure au droit positif (22) : dans cette hypothèse, le « raisonnable » et l'équité sont deux notions radicalement différentes, la première permettant au droit positif d'assurer sa mission, la seconde s'opposant au droit positif.

Si par contre l'équité est conçue comme intérieure au droit positif, *infra legem* (23), une différence essentielle subsiste. Le « raisonnable » joue en effet un rôle non seulement dans le règlement de litiges particuliers, mais aussi comme facteur de systématisation du droit international, par l'intermédiaire de la raison et des critères, induits par ce concept, de cohérence, d'unité et d'universalité que l'on ne retrouve pas directement dans l'équité (24), et qui confèrent

---

corriger l'omission et de se faire l'interprète de ce qu'eût dit le législateur lui-même s'il avait été présent à ce moment, et de ce qu'il aurait porté dans sa loi s'il avait connu le cas en question [...]. Tel est la nature de l'équitable : c'est d'être un correctif de la loi là où la loi a manqué de statuer à cause de sa généralité » ; *Ethique à Nicomaque*, Livre V, 14, 1137*b*, Paris, Librairie philosophique J. Vrin, 1990, pp. 267-268 ; v. aussi les commentaires de Constantin DESPOTOPOULOS, « Le raisonnement juridique d'après Aristote », *A.P.D.*, 1972, pp. 91 et s., de Georges S. MARIDAKIS, « Droit, droit mondial, droit comparé », *in Problèmes contemporains de droit comparé*, Tome II°, Tokyo ; Institut japonais de droit comparé, 1962, p. 196, de Karl STRUPP, « Le droit du juge international de statuer selon l'équité », *loc. cit.*, pp. 461 et s., de Jean-Pierre SCHOUPPE, *Le réalisme juridique*, Bruxelles, Story-Sciencia, 1987, p. 18, et de Paul FORIERS, « Réflexions sur l'équité et la motivation des jugements », *in La pensée juridique de Paul Foriers, op. cit.*, pp. 227-230 ; on pourrait remplacer « équitable » par « raisonnable » dans la formule d'Aristote pour illustrer notamment la fonction de concrétisation dans la pratique des juridictions internationales (v. *supra*, chapitre III, section 1). V. encore Suat BILGE, « Le nouveau rôle des principes équitables en droit international », *in Mélanges Rudolf Bindschedler*, Verlag Stämpfli & Cie AG Bern, 1980,, pp. 109-111.

(21) Voy. à ce sujet Monique CHEMILLIER-GENDREAU, « La signification des principes équitables dans le droit international contemporain », *R.B.D.I.*, 1981-1982-II, pp. 525 et s. et, de manière plus feutrée, Magdi Sami ZAKI, « Définir l'équité », *loc. cit.*, pp. 99 et s. et Michel VIRALLY, « L'équité dans le droit. A propos des problèmes de délimitation maritime », *in Le droit international en devenir. Essais écrits au fil des ans*, Paris, P.U.F., 1990, p. 410.

(22) Et c'est bien la signification première du terme ; voy. Dominique MANÏ, V° équité, *in Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, op. cit.*, pp. 144-147, sp. la « perception objectiviste de l'équité », p. 146 et André LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, P.U.F.-Quadrige, 1993, pp. 295-296. Pour d'autre définitions usuelles, v. *infra*, chapitre VI, section 2.

(23) Voy. Dominique MANÏ, *loc. cit.*., p. 146 ; la « perception subjectiviste de l'équité » et Charles DE VISSCHER, *Théories et réalités en droit international public*, 3° éd., Paris, Pédone, 1960, p. 450.

(24) V. à ce sujet la définition contextuelle du « raisonnable » par opposition à l'« équitable », *infra*, chapitre VI, section 2. Chaïm Perelman considère en ce sens que le « raisonnable » est préférable à l'équité car « le déraisonnable peut résulter du ridicule ou de l'inapproprié, et pas seulement de l'inique ou de l'inéquitable », « Le raisonnable et le déraisonnable en droit », *in Le raisonnable..., op. cit.*, p. 19. Il est vrai que l'équité se rattache éthymologiquement à l'unité (Magdi

à la notion une force plus grande de légitimité, notamment grâce à la puissance d'occultation de la raison dans son aspect technique et rationnel. Le « raisonnable », par son apparente neutralité et objectivité par rapport au droit positif, a significativement été préféré à l'équitable dans l'article 32 de la Convention de Vienne.

Nous reviendrons de manière plus approfondie sur la comparaison entre « raisonnable » et « naturel » ou « équitable » à l'analyse du contenu de ces notions (25). Une comparaison basée sur les nuances fonctionnelles nous amène à ce stade à conclure à d'importantes divergences.

300. En définitive, pour utiliser une métaphore, le « raisonnable » permet de huiler les rouages de la machine juridique. La notion révèle l'échec des théories qui voudraient voir dans toute notion à contenu variable le signe d'un défaut voire d'un échec du droit. L'analyse des fonctions de son utilisation révèle qu'il constitue au contraire son atout le plus précieux.

En même temps, il n'y a pas lieu d'idéaliser le « raisonnable » et le droit international auquel il est étroitement lié, tant ils ne représentent que des postulats et, sous l'angle de la justification, des arguments rattachés à une autorité plutôt qu'à une motivation.

Seule une analyse approfondie de ces fonctions et une prise en compte de leurs résultats devrait nous permettre de dégager, à partir là encore du discours juridictionnel, une méthode qui permette de déterminer le contenu de la notion.

Sami ZAKI, « Définir l'équité », *loc. cit.*, pp. 87-88), mais plutôt à l'unité du cas individuel (*id.*, p. 91) et non à celle du genre humain comme l'unité charriée par le « raisonnable ».

(25) V. *infra*, Chapitre VI, section 2.

DEUXIÈME PARTIE

MÉTHODES DE DÉTERMINATION DU CONTENU

301. S'il y a un enseignement à retirer de l'analyse des fonctions de l'introduction du « raisonnable » dans le discours juridique, c'est que le terme vise à laisser à l'interprète un pouvoir discrétionnaire qui se traduira par des significations extrêmement variables selon les cas d'application. Chaïm Perelman et Lucie Olbrechts-Tyteca ont souligné ce mécanisme lors de leur analyse des valeurs abstraites :

> « C'est donc dans la mesure où elles sont vagues que ces valeurs se présentent comme universelles et qu'elles prétendent à un statut semblable à celui des faits. Dans la mesure où elles sont précises, elles se présentent simplement comme conformes aux aspirations de certains groupes particuliers. Leur rôle est donc de justifier des choix sur lesquels il n'y a pas d'accord unanime en insérant ces choix dans une sorte de cadre vide, mais sur lequel règne un accord plus large » (1).

Si on applique l'enseignement au « raisonnable », et donc à la raison, valeur abstraite par excellence, on peut dire que la seule chose sur laquelle a porté un accord est l'indétermination de la notion. N'y a-t-il pas dès lors une contradiction à vouloir dégager une méthode rationnelle de détermination du contenu ? (2)

Nous ne voyons là aucun obstacle de principe. L'analyse des fonctions de l'utilisation de la notion a aussi révélé que la polysémie ne lui était pas propre, mais concernait de nombreux, voire tous les termes du langage juridique (3), dont l'interprétation renferme également une connotation idéologique (4). Cela n'empêche personne de

---

(1) *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, Bruxelles, Ed. de l'Université, 5e éd., 1992, p. 102.

(2) Voy. à ce sujet les réflexions de Gérard CORNU sur les notions conçues intentionnellement à contenu variable, *Linguistique juridique*, Paris, Montchréstien, 1990, p. 91.

(3) V. p. ex. H. Ph. VISSER-'T HOOFT, « La philosophie du langage ordinaire et le droit », *A.P.D.*, tome XVII, L'interprétation dans le droit, 1972, pp. 276 et s. ; Martti KOSKENNIEMI, *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument*, Helsinki, Lakimiesliiton Kustannus, 1989, p. 449 ; Jean SALMON, « Le raisonnement par analogie en droit international public », *in Mélanges Charles Chaumont*, Paris, Pédone, 1984, p. 499 ; la conclusion est particulièrement mise en exergue depuis le *linguistic turn* ; v. p. ex. Jacques LENOBLE, « La théorie de la cohérence narrative en droit. Le débat Dworkin-Mc Cormick », *A.P.D.*, tome XXXIII, La philosophie du droit aujourd'hui, 1988, pp. 123-124 ; Riccardo GUASTINI, « Interprétation et description de normes », *in* P. AMSELEK (sous la direction de), *Interprétation et droit*, Bruxelles, Bruylant, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1995, p. 97 ; Mauricio GARCIA VILLEGAS, « Efficacité symbolique et pouvoir social du droit », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, n° 34, 1995, p. 156 ; v. encore les références citées *supra*, Chapitre III, section 2, §§ 174 et s.

(4) André-Jean ARNAUD, « Le médium et le savant. Signification politique de l'interprétation juridique », *A.P.D.*, 1972, pp. 178-179 ; Jerzy WROBLEWSKI, « L'interprétation en droit : théorie et idéologie », *A.P.D.*, 1972, pp. 63 et s.

se livrer à des tentatives de définition. Il suffit de penser à des notions comme l'autodétermination, la non-intervention, l'agression, la souveraineté, ... que l'on peut compter au nombre des principes les plus fondamentaux du droit international, et pour lesquels les divergences d'interprétation sont légion (5). A cet égard, nous avons constaté que certaines des fonctions remplies par l'utilisation du « raisonnable », comme la légitimation, étaient assurées assez généralement par le droit, notamment par l'intermédiaire du langage juridique (6). L'idéologie transcende donc l'ensemble du vocabulaire, y compris celui considéré comme « technique ». En d'autres termes, on peut considérer que tout concept est, dans une certaine mesure, à contenu variable (7). La particulière variabilité du « raisonnable » présente là une différence de degré, mais certainement pas de nature (8).

302. L'analyse des fonctions de l'utilisation de la notion nous amène cependant, si pas à renoncer à toute tentative de définition, du moins à entourer notre démarche de précautions particulières. On peut en effet distinguer trois types différents de notions juridiques en fonction de leur indétermination :

— une première catégorie peut regrouper les cas où les énonciateurs de la règle ont souhaité éviter toute polysémie, par exemple en y introduisant des notions quantifiables ; on pense par exemple à la fixation de la largeur d'une baie ou d'une mer territoriale ; si les divergences d'interprétation ne sont pas exclues, elles sont limitées et, en tout état de cause, ne sont pas souhaitées à l'origine ;

(5) V. à ce sujet les réflexions de Monique CHEMILLIER-GENDREAU, « Rapport sur la fonction idéologique du droit international », *Annales de la faculté de droit et des sciences économiques de Reims*, Reims, A.R.E.R.S., 1974, pp. 226 et s., de Charles CHAUMONT, « Cours général de droit international public », *R.C.A.D.I.*, 1970, I, vol. 129, pp. 376 et s. et pp. 396 et s. et de Jean SALMON, « Langage et pouvoir en droit international », *in* L. INGBER (sous la direction de), *Le langage du droit*, Travaux du C.N.R.L., Bruxelles, Nemesis, 1991, p. 307.

(6) V. *supra*, Chapitre IV, section I, sp. §§ 261 et s.

(7) V. not. Chaïm PERELMAN et Lucie OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique, op. cit.*, p. 168. et pp. 174 et s. L'affirmation est évidemment sans préjudice de la signification univoque que l'on peut trouver dans un système formel. Voy. encore, *supra*, Chapitre III, section 2, § 188.

(8) Voy. dans ce sens, plus généralement pour les « termes flexibles », Michel VAN DE KERCHOVE, « Le sens clair d'un texte : argument de raison ou d'autorité ? », *in* G. HAARSCHER, L. INGBER et R. VANDER ELST (sous la direction de), *Arguments d'autorité et arguments de raison en droit*, Travaux du C.N.R.L., Bruxelles, Nemesis, 1988, p. 310 ; v. aussi les réflexions de Charles LEBEN, « Le principe d'égalité devant la loi et la théorie de l'interprétation judiciaire », *in* G. HAARSCHER (sous la direction de), *Chaïm Perelman et la pensée contemporaine*, Bruxelles, Bruylant, 1993, pp. 229-231.

— une deuxième catégorie comprend les notions qui ont été conçues de manière relativement précise, tout en laissant un degré d'ouverture au bénéfice de l'interprète. Dans certains cas — on peut penser à la notion de « menace pour la paix et la sécurité internationales » au sens de la Charte de l'O.N.U. — la pratique pourra aboutir à une certaine extension du concept. Dans d'autres — comme pour la règle de l'autodétermination des peuples — l'interprétation générera un sens plutôt restrictif ;
— une troisième catégorie reprend les termes qui ont été conçus dès l'origine comme délibérément à contenu variable (9) ; l'accord ne se fait que sur des valeurs abstraites ; on laisse à chaque interprète le soin de réaliser des applications concrètes dont on sait pertinemment qu'elles seront extrêmement diversifiées. Il en est ainsi pour des notions comme la bonne foi, l'« équitable », la proportionnalité ou... le « raisonnable ».

Seule cette dernière catégorie peut être considérée comme spécifiquement « à contenu variable ». Son analyse nécessite en conséquence une prudence toute particulière.

Cette prudence a été assez largement le fait des auteurs et des praticiens d'horizons divers qui se sont penchés sur le sujet. Chaïm Perelman relève par exemple que des notions comme le « raisonnable » « se définissent dans chaque cas d'espèce, par rapport à des valeurs, aspirations, usages et croyances qui dominent dans un milieu donné » (10). De même, pour Jean Salmon,

> « Que le jugement de ce qui est raisonnable puisse varier dans le temps et dans l'espace n'étonnera personne. Au sein d'une même communauté nationale, les jugements de valeur qui sont à la base d'une décision sur le caractère raisonnable ou non d'une proposition ou d'un comportement sont à ce point évolutifs qu'on reste stupéfait de leur relativité [...]. Ce qui est vrai dans une communauté nationale, disons européenne, l'est *a fortiori* dans l'univers international. L'européocentrisme des années 1940-1960 a fait place à des visions très diversifiées par l'élargissement des Etats membres des Nations Unies. Les notions de consensus social, de normal, de sens commun qui sont à la base de la notion de raisonnable seront donc encore plus difficiles à réaliser dans l'univers international qu'elles le sont dans une communauté nationale » (11).

(9) Gérard CORNU évoque des « notions-cadres » ; *Linguistique juridique, op. cit.*, pp. 90-91.

(10) « Le loi et le droit », *in Le raisonnable et le déraisonnable en droit*, Paris, L.G.D.J., 1984, p. 30 ; v. aussi, dans le même ouvrage, « Les notions à contenu variable en droit. Essai de synthèse », p. 138.

(11) « Le concept de raisonnable en droit international public », *in Mélanges Reuter*, Paris, Pédone, 1982, pp. 475-476 ; v. aussi « Les notions à contenu variable en droit international

On peut retrouver une idée semblable, formulée dans des termes différents, par le juge Schwebel

> « De par sa nature, la notion de ce qui est déraisonnable [...] se prête à toute une série d'appréciations dans un cas donné : ce sont des termes qui, *quoique ayant un sens en droit international coutumier, n'ont pas une signification ordinaire et invariable* et qui ne peuvent s'appliquer que dans le contexte particulier des faits d'une affaire » (12).

La citation met en exergue la différence entre une « signification », qui ne concerne que les cas d'application, et le « sens », qui consiste en une formule par définition générale et abstraite (13). Seul le sens peut être précisé. Il doit toutefois consister non en la détermination d'un contenu fixe mais en une méthode permettant de donner une signification dans un cas particulier.

303. C'est dans cette perspective que nous procéderons dans cette deuxième partie à une tentative d'identifier une méthode qui traduise les nombreuses interprétations du « raisonnable » que l'on retrouve dans le discours juridictionnel. Nous nous attacherons à cet effet à l'étymologie du terme définir (ou dé-finir), qui consiste à délimiter, c'est-à-dire séparer (14).

Il s'agira dès lors, dans un premier temps, de dégager des éléments propres à une définition négative, qui s'attachera plutôt à désigner ce qui ne correspond *pas* au « raisonnable ». Nous nous cantonnerons alors en quelque sorte à une exploration de la périphérie, pour tenter ensuite de nous déplacer vers le centre (Titre III).

Ce n'est qu'ensuite que nous tenterons une démarche inverse qui consistera à partir du « centre », c'est-à-dire d'une interprétation particulière du « raisonnable » — en l'occurrence celle de la Cour européenne des droits de l'homme — pour déterminer les conditions de son applicabilité à d'autres cas, actuels ou potentiels. Nous évoquerons alors les éléments pour une définition positive du « raisonnable » (Titre IV).

---

public », *in* Ch. PERELMAN et P. FORIERS (sous la direction de), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1984, pp. 264-265.

(12) C.I.J., Affaire *ELSI*, *Recueil 1989*, op. diss. Schwebel, pp. 114-115.

(13) Voy., sur le plan théorique, la distinction expliquée par François RECANATI, *Les énoncés performatifs. Contribution à la pragmatique*, Paris, Ed. Minuit, 1981, pp. 15-17, et par Michel MEYER, *Logique, langage et argumentation*, Paris, Hachette, 1982, p. 17.

(14) Charles EISENMANN, « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », *A.P.D.*, 1966, p. 30.

TITRE III

ÉLÉMENTS POUR UNE DÉFINITION NÉGATIVE DU « RAISONNABLE »

304. Dans les lignes qui suivent, nous préciserons davantage ce que ne recouvre *pas* le « raisonnable » : les critères que nous dégagerons seront plutôt « négatifs ». Strictement, il nous faudrait dès lors énoncer chaque définition de manière négative mais, pour éviter les lourdeurs qui en résulteraient, on nous pardonnera de ne pas toujours satisfaire à cette exigence. Il suffira de retenir que, à ce premier stade, la vocation des éléments est d'*exclure* une série d'hypothèses.

Pareille approche se justifie à plusieurs égards, particulièrement pour interpréter un terme comme « raisonnable ». Sur le plan sémantique, plusieurs auteurs ont mis l'accent sur la « désontologisation » du langage : les termes n'ont pas de contenu « en soi » mais désignent plutôt des différences de contenu (1). Sur le plan philosophique, on pourrait reprendre la formule de Horkeimer, pour qui nous « pouvons indiquer où est le mal, mais non l'absolument juste » (2) : il en va même pour la détermination de ce qui est raisonnable. La démarche se rattache à une conception épistémologique popperienne, selon laquelle une proposition universelle peut être démontrée fausse, mais non absolument vraie (3). Sur le plan juridique, Chaïm Perelman a développé une argumentation qui laisse aussi une large place à des éléments négatifs de définition, comme en témoigne cet extrait :

---

(1) Nous reprenons ce néologisme à Louis DUPRÉ, « Postmodernité ou modernité tardive ? », *in* G. HOTTOIS et M. WEYEMBERGH (sous la direction de), *Richard Rorty. Ambiguïtés et limites du postmodernisme*, Paris, Vrin, 1994, pp. 44 et s. Voy. plus partic. Ferdinand de SAUSSURE, *Cours de linguistique générale*, Paris, Payot, 1972, p. 166.

(2) Cité dans Jean-Marc FERRY, *Philosophie de la communication. Tome I. De l'antinomie de la vérité à la fondation ultime de la raison*, Paris, Ed. du Cerf, 1994, p. 108 ; v. aussi, par exemple, Philippe JESTAZ, « Le langage et la force contraignante du droit (ou 'des bœufs et des hommes') », *in* L. INGBER (sous la direction de), *Le langage du droit*, Travaux du C.N.R.L., Bruxelles, Nemesis, 1991, p. 77.

(3) V. Raymond BOUDON, *L'idéologie, l'origine des idées reçues*, Paris, Fayard, coll. poche, 1986, p. 233.

« Dans le domaine pratique, qu'il s'agisse de morale, de droit ou de politique, on a recours à des raisonnements dialectiques dans le sens d'Aristote, qui les oppose aux raisonnements analytiques. Ils permettent d'écarter certaines décisions comme déraisonnables, mais ne parviennent presque jamais à montrer d'une façon indiscutable que la solution envisagée est la seule raisonnable » (4).

De même,

« Il est impossible de fournir une fois pour toutes le critère du raisonnable. Comme toutes les idées vagues, celle-ci sera plus facilement reconnaissable de manière négative : l'accord sur le déraisonnable permet, par exclusion, de se rapprocher du raisonnable » (5).

C'est imprégné de cette logique que nous tenterons de dégager des critères propres à préciser un contenu négatif, ou par exclusion, du « raisonnable ». Nous le ferons en abordant successivement deux étapes. D'abord, nous envisagerons le discours juridictionnel dans une perspective formelle (Chapitre V). La question posée sera la suivante : comment donne-t-on un contenu au « raisonnable » ? Ce n'est que dans un second temps que nous nous attacherons au contenu lui-même de ce discours, de manière à dégager des critères de fond (Chapitre VI).

(4) « La justice réexaminée », *in Le raisonnable et le déraisonnable en droit*, Paris, L.G.D.J., 1984, pp. 168-169.

(5) « La réforme de l'enseignement du droit et la 'nouvelle rhétorique' », *in Le raisonnable et le déraisonnable en droit*, *op. cit.*, p. 79.

CHAPITRE V

ÉLÉMENTS FORMELS POUR UNE DÉFINITION DU « RAISONNABLE »

305. Ce premier chapitre consacré au contenu du « raisonnable » restera limité à une analyse formelle. Nous examinerons la manière dont se présente le discours de celui qui donne son interprétation de la notion, sans nous interroger sur les critères de fond qu'il recouvre. A cet effet, nous serons amené à utiliser la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Plus particulièrement, et afin que le lecteur puisse disposer d'un discours de référence, nous citerons régulièrement une affaire particulière, qui porte sur l'interprétation du « délai raisonnable » de jugement reconnu à l'article 6, § 1er de la Convention : il s'agit de l'affaire *Manifattura FL c. Italie*, du 27 février 1992 (1). Cette affaire n'a rien d'exceptionnel ni même de particulier. C'est pourquoi nous l'avons choisie à titre d'exemple représentatif de bon nombre de décisions, à tout le moins de la Cour de Strasbourg. L'extrait pertinent, auquel il sera renvoyé tout au long du chapitre, mais qui sera bien entendu complété par une large pratique juridictionnelle, est le suivant :

« *En droit*

I. *Sur la violation alléguée de l'article 6, § 1*

[suit la citation de l'article et la détermination de la longueur du délai en l'espèce ; §§ 14 et 15]

16. Le caractère raisonnable de la durée d'une procédure s'apprécie à l'aide des critères qui se dégagent de la jurisprudence de la Cour et suivant les circonstances de l'espèce, lesquelles commandent en l'occurrence une évaluation globale.

17. Le Gouvernement excipe de la surcharge du rôle des juridictions compétentes ainsi que du comportement de la société requérante, qui en particulier n'aurait pas sollicité un examen plus rapide de sa cause.

18. Toutefois, il ne s'agissait pas d'une affaire complexe. Or une longue phase de stagnation marqua l'instance devant la Chambre compétente du tribunal de Modène (18 mars 1986-12 avril 1989). Sans doute le Gouvernement invoque-t-il

(1) C.E.D.H., *Série A, n° 230-B.*

l'encombrement du rôle, mais l'article 6, § 1er oblige les Etats contractants à organiser leur système juridique de telle sorte que leurs juridictions puissent remplir chacune de ses exigences (voir notamment l'arrêt Vocaturo c. Italie du 24 mai 1991, Série A, n° 206-C, p. 32, § 17). On comprend mal, de surcroît, pourquoi il fallut près de cinq mois pour déposer le jugement au greffe (12 avril-4 septembre 1989).

A la vérité, en appel la requérante attendit plus de treize mois pour se constituer (9 mars 1990-17 avril 1991) ; en outre, elle-même et la société X provoquèrent chacune un ajournement. Il n'en reste pas moins que les débats se dérouleront, au mieux, plus de vingt-huit mois après la clôture de l'instruction (29 mai 1991-15 octobre 1993).

19. Dès lors, la Cour ne saurait estimer 'raisonnable' en l'espèce un laps de temps supérieur à neuf ans.

Il y a donc eu violation de l'article 6, § 1er ».

A partir de ce discours particulier se profilent les deux caractéristiques formelles essentielles de l'interprétation du « raisonnable ». D'abord, la détermination s'effectue conformément à et dans les limites du droit international positif (section 1). Ensuite, elle consiste avant tout en un contrôle d'une justification ou d'une motivation (section 2).

Section 1re. — Une détermination selon le droit international positif

306. Lors de l'analyse des fonctions de l'utilisation de la notion, nous avons relevé qu'une des caractéristiques essentielles du « raisonnable » était la faculté qu'il supposait de se référer non seulement à des faits mais aussi à des valeurs (1), ce qui a amené certains auteurs à le qualifier de « *value word* » (2). Tant sur le plan technique qu'idéologique, nous constations que la notion permettait ainsi la prise en compte d'éléments extra-juridiques dans le discours juridictionnel (3). On peut rappeler les propos de Jean Salmon, pour qui,

(1) V. *supra*, Chapitre III, la section 1 consacrée à la fonction d'adaptation et la section 3 relative à la fonction latente de systématisation, particulièrement les développements concernant les rapports du système avec son environnement ; §§ 223 et s.

(2) H. Ph. Visser't Hooft, « La philosophie du langage ordinaire et le droit », *A.P.D.*, 1972, p. 283.

(3) Même si, comme le relève Jerzy Wroblewski, « l'emploi de termes évaluatifs n'est pas nécessairement le signe d'une référence aux règles ou évaluations extra-juridiques » ; « La règle de décision dans l'application judiciaire du droit », *in* Ch. Perelman (sous la direction de), *La règle de droit*, Travaux du C.N.R.L., Bruxelles, Bruylant, 1971, p. 88. Outre les renvois opérés ci-dessus, voy. encore le Chapitre IV.

« Ce qui est raisonnable [...] dépend essentiellement d'une part des circonstances de fait qui entourent le cas d'espèce, d'autre part des valeurs qui sont agitées par l'application concrète du droit au cas d'espèce. Ces valeurs sont infiniment variables dans le temps et dans l'espace. Leur application dans une communauté aussi divisée idéologiquement que l'est la société internationale où le consensus social est difficile à trouver ne va pas sans soulever des difficultés » (4).

C'est sur base de ce constat que l'on a pu mettre la notion en rapport avec le droit naturel, en développant plusieurs types d'argumentation (5) que l'on pourrait synthétiser de la façon suivante :

— selon une conception maximaliste, le « raisonnable » permettrait à l'interprète de se référer à des arguments d'ordre moral ou éthique qui se situent en dehors du droit ; la méthode de détermination serait véritablement extra-juridique ;

— selon une conception plus nuancée, l'interprétation de la notion devrait rester juridique, mais s'opérerait par une référence à d'autres sources que la volonté du « législateur », comme les besoins sociaux de la communauté ; la méthode de détermination serait juridique, mais non positiviste.

Nous répondrons successivement à ces deux positions. Nous verrons ainsi que la jurisprudence internationale reste en réalité relativement classique puisque, non seulement la détermination du contenu du « raisonnable » reste juridique (A), mais de surcroît, elle s'opère bien sur un mode positiviste consistant à renvoyer à la volonté des États parties à la règle interprétée (B).

A. — *Une détermination juridique*

307. Dans un article consacré aux « standards » en droit, Stéphane Rials insistait sur le malaise suscité auprès des juristes par les notions à contenu variable (6). Un grand nombre d'entre eux réagissent en remettant en cause leur juridicité (7). Selon leur

(4) « Les notions à contenu variable en droit international public », *in* Ch. PERELMAN et R. VANDER ELST (sous la direction de), *Les notions à contenu variable en droit*, Travaux du C.N.R.L., Bruxelles, Bruylant, 1984, p. 265.

(5) Pour les références appuyant ces deux arguments, on se reportera ci-dessous, §§ 307 et 323.

(6) « Les standards, notions critiques du droit », *in Les notions à contenu variable en droit*, *op. cit.*, p. 40 ; v. aussi Jean SALMON, « Les notions à contenu variable en droit international public », *loc. cit.*, p. 264 ; v. aussi, de manière plus générale, Chaïm PERELMAN, « L'usage et l'abus de notions confuses », *in Le raisonnable et le déraisonnable en droit*, Paris, L.G.D.J., 1984, pp. 152 et s.

(7) Stephane RIALS, « Les standards, notions critiques du droit », *loc. cit.*, pp. 42 et s.

conception, s'engager à un « comportement raisonnable », par exemple, reviendrait à ne pas s'engager du tout. De manière plus nuancée, certains considèrent que la composante axiologique du « raisonnable » entraînerait des doutes sérieux sur le caractère juridique de son interprétation par le juge. Tel semble être le cas de Chaïm Perelman, lorsqu'il écrit que

> « Le caractère déraisonnable d'une décision en appelle à des critères qui sont *moins juridiques que sociologiques* : est déraisonnable ce que l'opinion commune ne peut pas accepter, ce qu'elle ressent comme manifestement inadapté à la situation ou contraire à l'équité » (8).

Enfin, on a évoqué le concept de « soft law » pour caractériser ce type d'obligation dont l'indétermination sémantique affaiblirait la force juridique (9). Nous confronterons ces assertions à la jurisprudence internationale (1), avant de tirer des conclusions théoriques plus générales (2).

1. *Les éléments jurisprudentiels*

308. Lorsque le juge est amené à donner un contenu particulier au « raisonnable », il assure ne jamais dépasser les limites fixées par le droit international (10). On ne peut donc prétendre que la notion lui laisse la faculté de développer des considérations *contra* ou même *praeter legem*. Plusieurs éléments attestent en effet de la juridicité de son discours :

(8) Nous soulignons ; « La motivation des décisions de justice. Essai de synthèse », *in* Ch. PERELMAN et P. FORIERS (sous la direction de), *La motivation des décisions de justice*, Travaux du C.N.R.L., Bruxelles, Bruylant, 1978, p. 421. En dépit de l'ambiguïté de cette citation, sans doute la position de Chaïm Perelman se rapproche-t-elle cependant davantage d'une conception de l'interprétation du « raisonnable » comme juridique mais extra-positiviste ; voy. ci-dessous, B, § 323.

(9) L'expression de « soft law » renvoie soit à un type particulier d'instrument juridique, soit au contenu de l'instrument, plus particulièrement lorsqu'il s'agit d'expressions à contenu variable ; v. Georges ABI-SAAB, « Eloge du 'droit assourdi'. Quelques réflexions sur le rôle de la *soft law* en droit international contemporain », *in Mélanges François Rigaux*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 61 ainsi que Prosper WEIL, « Vers une normativité relative en droit international ? », *R.G.D.I.P.*, 1982, p. 7. Dans la deuxième acception, la Partie IV du GATT, dans laquelle intervient le « raisonnable » (v. l'art. XXXVII, § 1, a), est fréquemment citée en exemple ; v. not. René-Jean DUPUY, « Droit déclaratoire et droit programmatoire : de la coutume sauvage à la 'soft law' », *in L'élaboration du droit international public*, S.F.D.I., Colloque de Toulouse, Paris, Pédone, 1975, p. 140.

(10) Pour rappel, nous nous contentons ici d'acter l'affirmation du juge, sans vérifier sa conformité avec la réalité. La remarque vaut pour l'ensemble de l'étude (v. *supra*, introduction générale et, sur les conséquences d'une éventuelle distorsion entre le discours exposé et la motivation réelle, *infra*, conclusion finale), et plus particulièrement encore pour le présent chapitre consacré à une analyse d'éléments formels.

— de manière générale, le juge affirme rester dans un cadre juridique (i) ;

— il ne s'estime pas systématiquement dispensé de motiver le contenu qu'il donne au « raisonnable », comme cela pourrait être le cas si la notion échappait à une détermination juridique mais relevait d'une appréciation purement subjective (ii) ;

— sa motivation renvoie aux autorités juridiques classiques (iii) ;

— pour compléter, ou suppléer l'absence d'une autorité, son discours se développe encore conformément aux prescrits juridiques classiques (iv).

i) *affirmation générale d'une détermination juridique*

309. Dans aucun des nombreux exemples que nous avons relevés, le juge ne s'affirme habilité à développer des considérations qui dépasseraient le cadre du droit international. On cherchera en vain des développements philosophiques, éthiques ou moraux qui consisteraient à s'émanciper du droit existant. Il semble bien qu'aucun statut particulier ne caractérise le « raisonnable » sur ce point, au contraire des notions de justice ou d'équité qui sont à l'occasion considérées comme laissant place à une appréciation *ex aequo et bono* (11).

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme est constante : le contenu du « délai raisonnable » de jugement est donné non de manière subjective, mais en application des exigences de l'article 5, § 3, ou de l'article 6, § 1er, selon que la personne concernée est placée en détention préventive ou non. Dans l'affaire *Manifattura*, il est caractéristique de constater que le discours relatif au « délai raisonnable » se développe sous les titres « en droit » — « sur la violation alléguée de l'article 6, § 1 », ce qui marque bien une

(11) Voy. p. ex. C.I.J., Affaire de la *Barcelona Traction*, *Recueil 1970*, op. indiv. Ammoun, p. 332. V. aussi *infra*, Chapitre VI, section 2. Dans l'affaire du *Tribunal administratif de l'O.I.T.*, la Cour avance que, « Si le tribunal, dans les motifs de sa décision sur le fond, a dit 'que la réparation sera assurée *ex aequo et bono* par l'allocation au requérant du montant ci-après', le contexte ne fait nullement apparaître que le tribunal ait entendu par là se départir des principes du droit. Il a voulu seulement énoncer que, le calcul du montant de l'indemnité ne pouvant pas être déduit de règles de droit posées à cet effet, il entendait fixer ce que la Cour a, en d'autres circonstances, appelé la juste mesure de la réparation, le chiffre raisonnable de celle-ci [...] » (C.I.J., *Recueil 1956*, p. 100). Ainsi, même lorsque le « raisonnable » est associé (quoiqu'indirectement) à une appréciation *ex aequo et bono*, il ne semble pas qu'il faille en déduire que l'interprétation n'est pas juridique.

délimitation exclusivement juridique (12). Un juge a pu énoncer explicitement dans une opinion individuelle relative à un autre arrêt interprétant le terme en cause que

> « *le mot 'raisonnable' est un terme juridique* utilisé dans la Convention et dans un grand nombre de dispositions législatives nationales » (13).

Dans les affaires relatives à la délimitation de plateaux continentaux, la Cour internationale de Justice interprète la règle des « principes équitables », dont nous avons vu qu'elle renvoyait à plusieurs critères incluant la notion de « raisonnable », notamment pour qualifier le résultat de la délimitation (14). En dépit de la large marge d'appréciation qui lui est conférée par l'énoncé de cette règle, la Cour tient à réaffirmer qu'elle ne peut en aucun cas se fonder sur des considérations extra-juridiques (15). Cet extrait d'une opinion individuelle du juge Bustamante est significatif sur ce point :

> « Le principe de ce qui est *raisonnable* s'applique, je le crois, dans tous les cas, pour reconnaître comme légitimes *en droit* ces variantes occasionnelles des principes et des règles qui constituent le fondement du régime juridique du plateau continental contenu dans sa définition généralement acceptée, et qui ont été

(12) Voy. l'ensemble de l'extrait reproduit ci-dessus, § 305.

(13) C.E.D.H., Affaire *Wemhoff, Série A, n° 7*, 27 juin 1968, op. indiv. juge Terje Wold, III.

(14) V. *supra*, Chapitre II, section 2. Pour rappel, les « principes équitables » ont été interprétés comme prescrivant une « délimitation raisonnable », qui inclut une « évaluation raisonnable des effets des accidents naturels », dont la mise en œuvre aboutit à un « résultat raisonnable », qui doit notamment s'apprécier sur base d'un « rapport raisonnable de proportionnalité » entre les zones attribuées, critère de proportionnalité qui ne doit lui-même intervenir que « dans une mesure raisonnable, compte dûment tenu des autres circonstances de l'espèce » ; v. *supra*, § 106.

(15) V. p. ex. C.I.J., Affaire du *Plateau continental de la Mer du Nord, Recueil 1969*, p. 46 ; Affaire du *Plateau continental (Tunisie-Libye), Recueil 1982*, § 71 ; Affaire du *Plateau continental (Libye-Malte), Recueil 1985*, p. 39 ; v. aussi, en matière arbitrale, la sentence relative à la *Délimitation de la frontière maritime Guinée-Guinée Bissau, R.G.D.I.P.*, 1985, p. 521. V. par ailleurs l'analyse de Michel VIRALLY, « L'équité dans le droit. A propos des problèmes de délimitation maritime », *in Le droit international en devenir. Essais écrits au fil des ans*, Paris, P.U.F., 1990, pp. 410 et s. Il est vrai que, dans l'affaire du *Golfe du Maine*, la Chambre adopte une formulation ambiguë puisque, évoquant les critères utilisés dans le cadre de la mise en œuvre des « principes équitables », elle souligne que « les critères en question ne sont pas eux-mêmes des règles de droit et donc d'application obligatoire, mais des critères 'équitables', voire 'raisonnables', et que ce que le droit international demande, c'est de s'inspirer, dans chaque cas, du critère ou de l'équilibre entre critères différents apparaissant comme celui qui convient le mieux à la situation » (C.I.J., *Recueil 1984*, p. 313, § 158). La Chambre estime que le « raisonnable » n'est pas une « règle de droit », d'« application obligatoire », mais cela n'empêche pas qu'il soit prescrit en vertu d'une règle de droit plus large (la détermination des « principes équitables ») et qu'à ce titre sa détermination doive se faire dans les limites du droit existant (v. en ce sens l'étude précitée de Michel VIRALLY). L'ambiguïté de la formule contraste en tout état de cause avec la netteté des déclarations précitées de la C.I.J., réaffirmant que sa tâche reste exclusivement juridique ; v. à ce sujet les réflexions de Mohammed BEDJAOUI au sujet de l'« affirmation renouvelée du caractère normatif des principes équitables » ; « L'énigme' des 'principes équitables' dans le droit des délimitations maritimes », *R.E.D.I.*, 1990, pp. 378 et s. et de Suat BILGE, « Le nouveau rôle des principes équitables en droit international », *in Mélanges Rudolf Bindschedler*, Verlag Stämpfli & Cie AG Bern, 1980, pp. 114 et s.

avalisées par l'adhésion suffisamment répétée de l'*opinio juris* entre les États et par la doctrine [...] » (16).

Le « raisonnable » permet d'appliquer le droit international, et non de s'en émanciper, en l'absence de compétence qui serait conférée *ex aequo et bono*.

Un cas plus particulier est l'affaire de la *Barcelona Traction*. On se souvient que la Cour y affirme de manière générale la nécessité d'une « application raisonnable du droit international », pour prendre en compte des considérations d'équité susceptibles de tempérer la rigueur de la règle applicable (17). Lorsque la Cour développe son raisonnement, elle prend bien soin de rappeler qu'elle se situe dans le cadre du droit international existant, celui-ci ne pouvant en rien être limité ou enfreint par les considérations qui découlent de la nécessité de son « application raisonnable » (18).

Enfin, dans une affaire plus récente, une Chambre de la Cour a précisé que sa tâche consistait à juger du caractère « arbitraire » ou « déraisonnable » de mesures de réquisition non selon le droit interne local mais « au sens du droit international » (19). Dans une autre partie de l'arrêt, la Chambre refuse de suivre l'argumentation de l'une des parties, qui se plaignait d'un délai déraisonnable dans l'administration d'un recours, en estimant que, même si elle n'était pas « entièrement convaincue » que ce long délai était « courant », elle n'y voyait aucune violation du traité applicable au litige (20). Dans ces deux hypothèses, c'est bien le droit international qui détermine les exigences qui découlent du « déraisonnable », et non le droit interne ou même les considérations de « bon sens » propres aux juges. En ce sens, la Cour européenne des droits de l'homme considère que le dépassement par certains délais des prescriptions d'une législation nationale est indépendant de son caractère raisonnable *au sens de la Convention* (21).

(16) Le premier et le troisième mots soulignés le sont dans le texte original, nous soulignons le deuxième ; C.I.J., Affaire du *Plateau continental de la Mer du Nord*, *Recueil 1969*, op. indiv., p. 63, § 6.

(17) Voy. *supra*, Chapitre I, section 4, § 82.

(18) C.I.J., *Recueil 1970*, §§ 92-101.

(19) *Ibid.*, p. 74 § 124. Le juge Schwebel confirme à propos du terme « déraisonnable » que celui-ci a bien « un sens *en droit international* » ; nous soulignons, op. diss., pp. 114-115.

(20) Il s'agit de l'affaire *ELSI*, C.I.J., *Recueil 1989*, pp. 73 et s., §§ 123 et s. et pp. 66-67, §§ 109 à 112.

(21) C.E.D.H., Affaire *Wiesinger*, *Série A, n° 213*, 30 octobre 1991, § 60.

L'analyse de la jurisprudence internationale est claire : aucun précédent n'atteste d'un statut particulier du « raisonnable », qui permettrait une méthode de détermination extra-juridique en raison de sa composante axiologique (22). La C.I.J. a d'ailleurs affirmé de manière très générale qu'elle

> « [...] juge le droit et ne peut tenir compte de principes moraux que dans la mesure où on leur a donné une forme juridique suffisante. *Le droit, dit-on, répond à une nécessité sociale, mais c'est précisément pour cette raison qu'il ne peut y répondre que dans le cadre et à l'intérieur des limites de la discipline qu'il institue* » (23).

Ces propos peuvent parfaitement être transposés à l'interprétation du « raisonnable ».

ii) *application au « raisonnable » de l'obligation de motiver une solution juridique*

310. Nous avons déjà relevé que le droit international prescrivait au juge de motiver sa décision, et de présenter les éléments qui forment les étapes de son raisonnement (24). L'obligation concerne notamment l'interprétation des termes de la règle en cause, et devrait à ce titre toucher le « raisonnable », à tout le moins si le terme se prête, comme les autres, à une interprétation juridique. Dans l'hypothèse inverse, le juge pourrait en effet estimer qu'il n'a pas à motiver ce qui résulte d'une réflexion personnelle basée sur des facteurs éthiques ou moraux (25). Qu'en est-il dans la pratique ?

311. Dans de nombreux précédents, le contenu conféré au « raisonnable » fait bien l'objet d'une motivation par le juge. L'extrait de l'affaire *Manifattura* que nous avons pris comme exemple est significatif puisqu'il consiste précisément en l'exposé de motifs justifiant l'interprétation de la notion (26). De manière générale, la C.E.D.H. motive le contenu qu'elle donne dans des cas particuliers

(22) Voy. encore C.I.J., Affaire de l'*Interprétation des traités de paix (2e phase)*, *Recueil 1950*, op. diss. Azevedo, p. 253, § 12 et Affaire des *Pêcheries (Islande c. Royaume-Uni)*, *Recueil 1974*, op. indiv. Dillard, p. 69.

(23) Nous soulignons ; C.I.J., Affaire du *Sud-Ouest africain (2e phase)*, *Recueil 1966*, p. 34, § 49 ; v. aussi pp. 36, § 57 et 48, §§ 89-90.

(24) V. *supra*, Chapitre I, section 4, et en particulier C.I.J., Affaire du *T.A.N.U.*, *Recueil 1973*, p. 210, § 94.

(25) Comme le relève le juge de Castro, « le juge ne décide pas en vertu d'un pouvoir discrétionnaire (*ex voluntate*) mais selon la loi (*ex ratione legis*), ce qu'il montre bien en motivant les arrêts » (C.I.J., Affaire du *T.A.N.U.*, *Recueil 1973*, op. diss., § 52).

(26) On se reportera encore pour le détail *supra*, § 305.

aux exigences du « délai raisonnable » (articles 5, § 3 et 6, § 1er), aux « motifs raisonnables » de croire à la nécessité d'empêcher une personne de commettre une infraction ou de s'enfuir après l'accomplissement de celle-ci (art. 5, § 1er), à la tenue d'élections à des « intervalles raisonnables » (article 3 du Protocole I), ou encore à l'interdiction de la discrimination entendue comme une distinction « manquant de base objective et raisonnable » (art. 14) (27). On peut rapprocher de ces précédents les cas où la notion fait partie d'une règle dont l'interprétation fait l'objet d'une motivation d'ensemble, comme la démonstration d'un acquiescement qui suppose l'absence de protestation dans un délai raisonnable (28), ou l'application dans un cas particulier des « principes équitables » qui doivent aboutir à un résultat raisonnable de la délimitation (29). Dans toutes ces situations, rien ne distingue le « raisonnable » des autres termes de la règle appliquée. De même, la détermination dans un cas précis de ce que constitue une preuve « au-delà de tout doute raisonnable » (30) ou une « interprétation raisonnable » (31) donne souvent lieu à des motifs détaillés.

312. Il reste que, dans de nombreuses décisions, le contenu de la notion n'est que peu ou pas motivé par le juge. Il en est particulièrement (32) ainsi dans des matières comme la fixation d'un taux d'intérêt, d'un montant valant réparation, ou l'octroi de frais ou de dépens qualifiés de « raisonnables » sans beaucoup plus de précisions (33). Est-ce à dire que ces exemples révèlent une conception large du « raisonnable » qui dispenserait son utilisateur de motiver

(27) Nous ne reproduisons pas ici les nombreuses références pertinentes ; il suffira de se reporter aux développements ci-dessous pour relever des exemples dans ces différentes matières.

(28) C.I.J., Affaire du *Temple de Préah Vihéar*, *Recueil 1962*, pp. 22-23.

(29) Voy. les précédents cités ci-dessus.

(30) Voy. les références à l'affaire du *Détroit de Corfou* et à l'affaire *Irlande c. Royaume-Uni* reproduites ci-dessous, notes 46 et 47. Dans ces deux précédents, les instances établissent les faits à la suite d'une longue motivation.

(31) V. p. ex. C.I.J., Affaire du *Temple de Préah Vihéar (exceptions préliminaires)*, *Recueil 1961*, pp. 32 et s.

(32) Même si d'autres décisions concernent des matières dans lesquelles on retrouve usuellement une motivation ; v. p. ex. pour le « délai raisonnable » de l'art. 6 § 1er de la Convention européenne des droits de l'homme, C.E.D.H., Affaire *Engel et autres*, *Série A, n° 022*, 8 juin 1976, § 89 ; Affaire *Eriksson*, *Série A, n° 156*, 22 juin 1989, § 77 ; Affaire *Olsson (N° 2)*, *Série A, n° 250*, 27 novembre 1992, §§ 105-106. V. par ailleurs C.I.J., Affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua...*, *Recueil 1984*, § 63.

(33) Voy. p. ex. C.E.D.H., Affaire *Airey (art. 50)*, *Série A, n° 41*, § 14 ; Affaire *Dudgeon*, *Série A, n° 59*, §§ 22 et 24 ; Affaire *Campbell et Cosans (art. 50)*, *Série A, n° 60*, 22 mars 1983, § 22 ; Affaire *Albert et Le Compte (art. 50)*, *Série A, n° 68*, 24 octobre 1983, § 12 ; Affaire *Inze*, *Série A, n° 126*, 28 octobre 1987, § 56 ; Affaire *Weber*, *Série A, n° 177*, 22 mai 1990, § 55.

sa solution parce que celle-ci ne serait pas fondée sur le droit mais sur d'autres ordres de considérations ? Nous ne le pensons pas. Si une obligation de motiver existe, son contenu laisse place, comme la C.I.J. l'a relevé, à une large marge d'appréciation (34). Dans des matières comme celles où l'on rencontre des motivations lacunaires, on peut les expliquer par l'absence de contestation des parties sur le point en examen (35), ou encore par l'insuffisance des prétentions d'une partie qui remettrait en cause la solution juridique la plus usitée (36). Ce dernier point trouve une illustration dans l'affaire du *Tribunal administratif des Nations Unies (T.A.N.U.)*, dans laquelle la Cour a rejeté un grief, dirigé contre le caractère prétendûment lacunaire de la motivation du tribunal de refuser l'octroi de dépens d'une « montant raisonnable », sur base du raisonnement suivant :

> « [la décision du T.A.N.U.] doit être interprétée [...] comme signifiant que le requérant, à qui incombait le fardeau de la preuve n'a pas démontré ni qu'il avait été impossible d'éviter ces dépens exceptionnels ni que leur montant était raisonnable [le rejet des dépens étant la règle plutôt que l'exception...] la décision par laquelle on laisse jouer le principe général n'a pas forcément à être motivée en détail et elle peut même être sous-entendue » (37).

La jurisprudence internationale est parfaitement explicable dans cette perspective. Si les parties contestent le caractère raisonnable d'un acte, d'une interprétation ou d'une certitude, une motivation

(34) V. *supra*, Chapitre I, section 4. Dans l'affaire du *T.A.N.U.*, la Cour rappelle que l'exposé de l'instance juridictionnelle « [...] doit indiquer en termes généraux la motivation, mais n'a pas à reprendre en détail chacune des demandes et des thèses des deux parties. Si un organe judiciaire doit statuer sur toutes les conclusions d'une partie, il n'est pas tenu, quand il rédige son jugement, de donner à l'exposé des motifs la forme d'un examen détaillé de chacun des chefs de demande présentés. Il n'existe pas non plus de modèle, ni de technique obligatoire, pour la rédaction des jugements : un tribunal peut exposer ses motifs directement ou indirectement et énoncer des conclusions expresses ou implicites, à condition que les motifs apparaissent clairement. La question de savoir si les motifs d'un jugement sont à ce point déficients qu'on peut y voir la négation du droit d'être équitablement entendu et un mal-jugé ne peut donc être appréciée que compte tenu à la fois du cas d'espèce et du jugement dans son ensemble » ; C.I.J., *Recueil 1973*, pp. 210-211, § 95. L'application de ce *dictum* aux cas où l'on constate une motivation déficiente au sujet du « raisonnable » peut sans doute résoudre la plupart des problèmes rencontrés.

(35) V. p. ex. C.E.D.H., Affaire *Campbell et Cosans (art. 50), Série A, n° 60*, 22 mars 1983, § 14.

(36) *A contrario*, la motivation est souvent détaillée lorsque le « raisonnable » ou le « déraisonnable » est au centre du différend. On se reportera sur ce point à l'affaire *ELSI*, dans laquelle la C.I.J. répond longuement aux interprétations contradictoires des parties sur ce que constituent des mesures « arbitraires » ou « déraisonnables », *Recueil 1989*, références exactes ci-dessus. Voy. aussi les explications basées sur le « principe d'inertie » et sur le « principe d'économie », *infra*, section 2 du présent Chapitre, § 360.

(37) C.I.J., Affaire du *T.A.N.U.*, *Recueil 1973*, pp. 211-212, §§ 97-98.

détaillée tranche la controverse (38). Si la contestation ne porte pas, ou porte de manière incidente, sur le contenu de la notion, la motivation restera sommaire (39).

Finalement, la remise en cause du caractère juridique du « raisonnable » supposerait que l'on démontre une absence systématique de motivation de la détermination du contenu de la notion, ce qui est loin d'être le cas.

iii) *motivation du « raisonnable » par un renvoi aux autorités juridiques classiques*

313. Lorsque le « raisonnable » est contenu dans un *traité*, le juge se base si possible sur la disposition en cause pour lui donner un contenu. Dans l'affaire *Manifattura*, la Cour répond au gouvernement qui invoquait l'encombrement du rôle pour justifier la longueur d'un délai de jugement que

> « [...] l'article 6, § 1 oblige les États contractants à organiser leur système juridique de telle sorte que leurs juridictions puissent remplir chacune de ses exigences » (40).

L'interprétation selon laquelle le caractère raisonnable du délai est indépendant des imperfections de l'organisation judiciaire étatique est fondée sur l'article 6, § 1er, donc sur une autorité conventionnelle, et non sur une appréciation subjective. On pourrait multiplier les exemples. Le renvoi au droit international se double souvent de la référence à la disposition dans laquelle on retrouve le « raisonnable » (41).

---

(38) Pour le premier cas, on pense à toute la jurisprudence de la C.E.D.H. relative à la notion, pour le deuxième, on peut se reporter à l'affaire du *Temple de Préah Vihéar (exceptions préliminaires)*, pour le troisième, à l'affaire du *Détroit de Corfou*. Ces précédents on déjà été exposés (*supra*, Chapitre I) et sont encore commentés ci-dessous.

(39) Voy. p. ex. la jurispudence relative aux taux d'intérêt (exemples précis *supra*, Chapitre II, section 2, § 109, note 69), où l'argumentation des parties reste généralement limitée.

(40) Voy. le texte complet ci-dessus ; § 18 de l'arrêt. V. aussi C.E.D.H., Affaire *Zimmerman et Steiner*, *Série A, n° 66*, 13 juillet 1983, § 29 ; Affaire *Guincho*, *Série A, n° 81*, 10 juillet 1984, § 38 ; Affaire *Baggetta*, *Série A, n° 119*, 25 juin 1987, § 23 ; Affaire *Capuano*, *Série A, n° 119*, 25 juin 1987, §§ 25 et 30.

(41) Dans certaines affaires, la C.E.D.H. conclut que des périodes de la procédure « dépassent de loin ce que l'on peut juger raisonnable *aux fins de l'article 6, § 1* » (Nous soulignons ; C.E.D.H., Affaire *Abdeolla*, *Série A, n° 248-A*, 25 novembre 1992, § 24), ou au contraire qu'elles n'ont pas excédé « un délai raisonnable *au sens de l'article 6 § 1* » (Nous soulignons ; C.E D.H., Affaire *Buchholz*, *Série A, n° 42*, § 63. La Commission utilise à l'occasion des formules similaires ; v. not. Affaire *Brigandi*, *Série A, n° 194-B*, 19 février 1991, § 47 de l'avis) ce qui marque bien le caractère exclusivement juridique de la détermination du contenu de la notion. Dans les affaires relatives à la délimitation maritime, la jurisprudence internationale ne donne une signification à la règle des « principes équitables », et par conséquent aux critères incluant le « raisonnable » qu'elle ren-

314. Une autre autorité juridique classique invoquée est la *jurisprudence*, et en particulier celle de la juridiction qui se prononce. L'affaire *Manifattura* reprend à cet égard la formule classique de la C.E.D.H. selon laquelle

> « le caractère raisonnable de la durée d'une procédure s'apprécie à l'aide des critères qui se dégagent de la jurisprudence de la Cour [...] » (42).

La motivation sur laquelle se fonde constamment l'interprétation de la notion se réfère bien à une autorité juridique classique. La citation d'affaires antérieures (43), ainsi que la prise en compte systématique de certains critères (comme la complexité de l'af-

---

ferme, que par une référence aux règles coutumières ou conventionnelles de droit international (voy. p. ex. l'Affaire de la *Délimitation maritime entre la Guinée et la Guinée-Bissau*, *R.G.D.I.P.*, 1985, p. 525, § 88). Dans l'affaire *ELSI*, la Chambre ne donne un contenu à la limite de l'« arbitraire » ou du « déraisonnable » limitant le pouvoir de réquisition qu'en interprétant le traité applicable au litige (C.I.J., *Recueil 1989*, références exactes ci-dessus).

(42) Voy. le texte complet ci-dessus, § 16 de l'arrêt. Voy. aussi C.E.D.H., Affaire *Erkner et Hofauer*, 23 avril 1987, *Série A, n° 117*, § 66 ; Affaire *Pretto et autres*, 8 décembre 1983, *Série A, n° 71*, § 31 ; *Guincho*, 10 juillet 1984, *Série A, n° 81*, § 31 ; Affaire *Deumeland*, 29 mai 1986, *Série A, n° 100*, § 78 ; Affaire *Lechner et Hess*, 23 avril 1987, *Série A, n° 118*, § 40 ; Affaire *Baggetta*, 25 juin 1987, *Série A, n° 119*, § 21 ; Affaire *Baraona*, 8 juillet 1987, *Série A, n° 122*, § 47 ; Affaire *Martins Moreira*, 26 octobre 1988, *Série A, n° 143*, 26 octobre 1988, § 45 ; Affaire *Union Alimentaria Sanders S.A.*, *Série A, n° 157*, 7 juillet 1989, avis de la Commission, § 60 ; Affaire *B. c. Autriche*, *Série A, n° 175*, 28 mars 1990, § 49 ; Affaire *Pugliese (II)*, 24 mai 1991, *Série A, n° 206-A*, § 17 ; Affaire *Caleffi*, *Série A, n° 206-B*, 24 mai 1991, § 15 ; Affaire *Vocaturo*, *Série A, n° 206-C*, 24 mai 1991, § 15 ; Affaire *Wiesinger c. Autriche*, 30 octobre 1991, *Série A, n° 213*, § 54 ; Affaire *Kemmache c. France*, 27 novembre 1991, *Série A, n° 218*, § 60 ; Affaire *Nibbio c. Italie*, 26 février 1992, *Série A, n° 228*, § 16 ; Affaire *Cifola*, 27 février 1992, *Série A, n° 231-A*, § 14 ; Affaire *X c. France*, *Série A, n° 234-C*, 31 mars 1992, § 32 ; Affaire *Cesarini c. Italie*, *Série A, n° 245-B*, 22 septembre 1992, § 17 ; Affaire *Salerno c. Italie*, *Série A, n° 245-D*, 22 septembre 1992, § 19 ; Affaire *Abdoella c. Pays-Bas*, 25 novembre 1992, *Série A, n° 248-A*, § 20 ; Affaire *Bunkate c. Pays-Bas*, *Série A, n° 248-B*, 26 mai 1993, § 22 ; Affaire *Francesco Lombardo c. Italie*, 26 novembre 1992, *Série A, n° 249-B*, § 20 ; Affaire *Giancarlo Lombardo c. Italie*, *Série A, n° 249-C*, 29 octobre 1992, § 19 ; Affaire *Dobbertin c. France*, 25 février 1993, *Série A, n° 256-D*, § 39 ; Affaire *Pizetti c. Italie*, *Série A, n° 257-C*, 26 février 1993, § 16 ; Affaire *Micheli c. Italie*, *Série A, n° 257-D*, 26 février 1993, § 17 ; Affaire *Salesi c. Italie*, *Série A, n° 257-E*, 26 février 1993, § 22 ; Affaire *Billi c. talie*, *Série A, n° 257-G*, 26 février 1993, § 17 ; Affaire *Messina c. Italie*, *Série A, n° 257-H*, 26 février 1993, § 26 ; Affaire *Ruiz-Mateos c. Espagne*, 23 juin 1993, *Série A, n° 262*, § 38 ; Affaire *Scuderi c. Italie*, 24 août 1993, *Série A, n° 265-A*, § 15 ; Affaire *Monet*, *Série A, n° 273-A*, 27 octobre 1993, § 17 ; Affaire *Muti*, *Série A, n° 281-C*, 23 mars 1994, § 13 ; Affaire *De Moor*, *Série A, n° 292-A*, 23 juin 1994 ; Affaire *Venditelli*, *Série A, n° 293-A*, 18 juillet 1994 ; Affaire *Hentrich*, *Série A, n° 296-A*, 22 septembre 1994, § 59 ; Affaire *Beaumartin*, *Série A, n° 296-B*, 24 novembre 1994, § 31 ; Affaire *Schouten et Meldrum*, *Série A, n° 304*, 9 décembre 1994, § 63 ; v. encore C.E.D.H., Affaire *Erkner et Hofauer*, *Série A, n° 117*, 23 avril 1987, § 68 ; Affaire *Obermeier*, *Série A, n° 179*, 28 juin 1990, § 72 ; Affaire *Brigandi*, *Série A, n° 194-B*, 19 février 1991, § 30.

(43) V. p. ex. C.E.D.H., Affaire *Buchholz*, *Série A, n° 42*, 6 mai 1981, § 49 ; Affaire *Eckle*, *Série A, n° 51*, 15 juillet 1982, § 80 ; Affaire *Erckner et Hofauer*, *Série A, n° 117*, 23 avril 1987, §§ 66 et 68 ; Affaire *H. c. France*, *Série A, n° 162-A*, 24 octobre 1989, avis de la Commission, § 66 ; Affaire *B. c. Autriche*, *Série A, n° 175*, 28 mars 1990, § 54 ; Affaire *Brigandi*, *Série A, n° 194-B*, 19 février 1991, § 30 ; Affaire *Viezzer*, *Série A, n° 196-B*, 19 février 1991, § 17 ; Affaire *Wiesinger c. Autriche*, 30 octobre 1991, *Série A, n° 213*, § 60 ; Affaire *Abdoella c. Pays-Bas*, *Série A, n° 248-A*, 25 novembre 1992, § 24.

faire) (44) témoignent du caractère juridique de la détermination du contenu du « raisonnable », qui tend à satisfaire à une exigence de prévisibilité propre au droit. Citons encore cet extrait significatif de l'affaire *Wiesinger*

> « La Cour reconnaît que le non-respect du délai prévu par la législation autrichienne n'enfreint pas en soi l'article 6 § 1. Pour rechercher s'il y a eu violation de ces textes, elle prend en considération ses décisions antérieures dans des affaires semblables » (45).

L'interprétation de la notion se fait à la fois sur base du traité et de la jurisprudence pertinente. On est, ici encore, bien loin d'une détermination qui laisserait place à des appréciations personnelles étrangères à un discours juridique.

315. Lorsque le raisonnable est un élément non d'une règle primaire mais de l'application d'une règle à un cas particulier, le juge fonde également le contenu de la notion sur les autorités juridiques appropriées.

En ce qui concerne l'établissement des faits, la Cour conclut à la responsabilité de l'Albanie avec une « certitude raisonnable », dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, sur la base de rapports d'expertise qui lui ont été fournis en application de son règlement (46). Dans l'affaire *Irlande contre Royaume-Uni*, l'établissement d'un lien de causalité « au-delà de tout doute raisonnable » entre le passage en prison des personnes concernées et les traces de mauvais traitements dont elles auraient été victimes se fonde sur des rapports médicaux conformément aux techniques usuelles de preuve (47). Le contenu donné au « raisonnable » s'opère donc à l'aide des sources juridiques classiques en la matière.

Quant à l'« interprétation raisonnable », elle s'effectue à l'occasion par un renvoi à la règle coutumière codifiée aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne. La Cour a affirmé de manière générale, dans une affaire concernant l'interprétation de l'article 6, § 1er (prescrivant le délai raisonnable de jugement), qu'elle

> « [...] est disposée à considérer avec le gouvernement et la Commisssion qu'il y a lieu pour elle de s'inspirer des articles 31 à 33 de la Convention de Vienne

(44) Les critères ont également été établis et suivis pour le « délai raisonnable » de l'art. 5 § 3 ; v. pour le détail et les références, *infra*, Chapitre VII, section 1.

(45) C.E.D.H., *Série A, n° 213*, 30 octobre 1991, § 60.

(46) C.I.J., *Recueil 1949*, pp. 20-21 ; pour le détail de cet aspect de l'affaire, v. *supra*, Chapitre I, section 2, § 50.

(47) C.E.D.H., *Série A, n° 25*, 18 janvier 1978, §§ 93 et s.

du 23 mai 1969 sur le droit des traités. Cette convention n'est pas encore en vigueur [...] mais ses articles 31 à 33 énoncent pour l'essentiel des règles de droit international communément admises et auxquelles la Cour a déjà recouru [...] » (48).

L'analyse de l'interprétation du « raisonnable » dans la règle liant le juge donne lieu aux mêmes conclusions que lorsque la règle lie les États. Le contenu est donné non par référence à ce que le juge lui-même estime raisonnable mais à ce que le droit international considère comme tel.

iv) *motivation du « raisonnable » à l'aide des principes juridiques d'interprétation*

316. Un autre élément caractéristique du discours juridique est l'utilisation effective — et non plus la simple citation que nous venons de relever — des moyens d'interprétation codifiés aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne de 1969 (49). Cet élément est également perceptible lorsque le « raisonnable » fait partie de la disposition interprétée (50). Ainsi :

— En ce qui concerne le « *sens ordinaire* », on relèvera que la jurisprudence se garde bien de donner une définition du « raison-

(48) C.E.D.H., Affaire *Golder*, 21 février 1975, *Série A*, n° 18, § 29. Dans une autre affaire, le juge Matscher relève que « le point de départ doit être la constatation que le libellé de l'article 6 § 1er n'est pas clair et univoque. Pour en dégager le sens, il faut donc recourir aux moyens d'interprétation reconnus par le droit international » ; C.E.D.H., Affaire *König*, *Série A, n° 27*, 28 juin 1978, op. indiv., p. 45, § 1. Cette utilisation très générale de la Convention est admise par la doctrine ; v. p. ex. Jacques VÉLU et Rusen ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1990, p. 51, n° 52 ; François OST, « Les directives d'interprétation adoptées par la Cour européenne des droits de l'homme. L'esprit plutôt que la lettre ? », *in Entre la lettre et l'esprit. Les directives d'interprétation en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1989, p. 261. Heribert GOLSONG, « Interpreting the European Convention on Human Rights Beyond the Confines of the Vienna Convention on the Law of Treaties », *in R.St.* MACDONALD, F. MATSCHER, H. PETZOLD (sous la direction de), *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, pp. 147-149. L'auteur croit néanmoins pouvoir relever certaines « déviations » par rapport aux principes classiques d'interprétation (v. pp. 151 et s.), sans pour autant que l'on puisse conclure à l'utilisation de moyens extra-juridiques (v. pp. 161-162 ; pour un raisonnement similaire, v. Michel MELCHIOR, « Notions 'vagues' ou 'indéterminées' et 'lacunes' dans la Convention européenne des droits de l'homme », *in Mélanges Wiarda*, Cologne, Carl Heymanns, 1988, pp. 411-412). V. encore F. MATZSCHER, « Methods of Interpretation of the Convention », *in The European System..., op. cit.*, pp. 65 et s. ; Olivier JACOT-GUILLARMOD, « Règles, méthodes et principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *in* L.E. PETTITI, E. DECAUX et P.H. IMBERT (sous la direction de), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1995, pp. 41 et s.

(49) Un troisième stade de la démarche jurisprudentielle est la mise en exergue de critères de fond qui résultent de cette utilisation effective. L'analyse de ces critères fera l'objet du Chapitre VI.

(50) Nous n'analyserons pas ici les critères de fond que l'on peut déduire de l'utilisation des moyens d'interprétation, v. à ce sujet *infra*, Chapitre VI.

nable » par un renvoi à un sens spécifique, d'ordre philosophique par exemple. A l'occasion elle assortit son discours d'un *obiter dictum* qui semble bien renvoyer à un sens ordinaire, comme celui donné par la C.I.J. selon lequel « ce qui est raisonnable [...] dépend nécessairement des circonstances » (51) ;

— Le *contexte* d'une disposition dans laquelle est reprise le « raisonnable » est également utilisé. Il y a par exemple lieu d'opérer une différence entre les délais raisonnables contenus respectivement aux articles 5, § 3 (prescrivant le délai raisonnable de jugement en situation de détention préventive) et 6, § 1er (prescrivant ce délai de manière générale) de la Convention européenne des droits de l'homme, le premier devant être plus réduit que le second puisqu'il concerne des cas de détention préventive qui requièrent une diligence particulière (52) ;

— De même, l'*objet et le but* de la Convention, qui sont de garantir des droits aux individus, sont occasionnellement évoqués pour justifier une interprétation du « délai raisonnable » de jugement favorable à la personne concernée (53) ;

— A plusieurs occasions, la C.E.D.H. a qualifié de déraisonnables des comportements en insistant sur leur contrariété avec la *pratique*

(51) C.I.J., Affaire de l'*Interprétation de l'accord entre l'O.M.S. et l'Égypte*, *Recueil 1980*, pp. 85-86 ; v. aussi C.I.J., Affaire *Plateau continental (Tunisie-Libye)*, *Recueil 1982*, § 72. Voy. une formule similaire dans C.E.D.H., Affaire *Wemhoff*, 27 juin 1968, *Série A, n° 7*, § 10 ; Affaire *Fotti et autres*, *Série A, n° 56*, 10 décembre 1982, § 56 ; Affaire *Van der Tang*, *Série A, n° 326*, 13 juillet 1995, § 55. V. aussi Cour inter-américaine des droits de l'homme (C.I.D.H.), *Certain Attributes of the Inter-American Commission on Human Rights (Arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 and 51 of the American Convention of Human Rights)*, Advisory Opinion OC 13/93 of July 16, 1993, p. 37, § 33.

(52) C.E.D.H., Affaire *Stögmüller*, *Série A, n° 9*, 10 novembre 1969, § 5 ; v. par ailleurs C.E.D.H., Affaire *B. c. Autriche*, *Série A, n° 175*, 28 mars 1990, § 36. Pour une prise en compte du contexte dans le cadre de l'interprétation de la distinction déraisonnable découlant de l'art. 14, voy. C.E.D.H., Affaire *Hoffmann c. Autriche*, *Série A, n° 255-c*, 23 juin 1993, avis de la Commission, § 97. On retrouve aussi des cas d'application dans la jurisprudence internationale générale ; v. p. ex. C.I.J., Affaire des *Pêcheries islandaises*, *Recueil 1974*, p. 198, § 59, Déclaration Nagendra Singh, p. 213 ; Affaire de l'*Interprétation de l'accord entre l'O.M.S. et l'Égypte*, *Recueil 1980*, op. indiv. Sette-Camara, p. 187 ; Affaire de la *Demande de réformation du jugement n° 333 du T.A.N.U.*, *Recueil 1987*, op. diss. Evensen, p. 165, § 9.

(53) Voy. not. C.E.D.H., Affaire *Wemhoff*, *Série A, n° 7*, 27 juin 1968, § 8 et avis de la Commission, § 13. V. aussi *infra*, chapitre VI, section 3.

des États parties à la Convention, celle-ci étant analysée dans le cadre de l'interprétation de la disposition en cause (54).

Tous ces précédents témoignent de l'utilisation des principes juridiques d'interprétation. L'utilisation de ces principes est un élément supplémentaire montrant le caractère juridique de la détermination du contenu du « raisonnable » qui, comme nous l'avons relevé, intervient dans de nombreuses dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme.

2. *Les enseignements théoriques généraux*

317. Selon le discours juridictionnel international, le « raisonnable » est donc bien une notion juridique dont le contenu doit être donné non en fonction de considérations personnelles extra-juridiques, mais conformément au droit (55). Cela entraîne plusieurs enseignements importants. Ainsi :

— un contrôle du respect du caractère raisonnable est possible dans les limites juridiques prévues (i) ;

— l'administration des conséquences juridiques d'une violation du droit international est possible en cas de non-respect du caractère raisonnable (ii).

---

(54) Voy. p. ex. C.E.D.H., Affaire *Wemhoff*, 27 juin 1968, *Série A, n° 7*, op. diss. juge Zekia ; Affaire *Toth*, *Série A, n° 224*, 25 novembre 1991, § 77. Pour une interprétation de l'article 3 du Protocole I, qui contient l'obligation d'organiser des élections « à des intervalles raisonnables », v. C.E.D.H., Affaire *Mathieu-Mohin et Clerfayt*, *Série A, n° 113*, 2 mars 1987, § 57. Pour une interprétation de la notion de distinction manquant de « base objective et raisonnable » qui découle de l'article 14, voy. C.E.D.H., Affaire *Engel et autres*, *Série A, n° 022*, 8 juin 1976, § 72 ; Affaire *Marckx*, *Série A, n° 31*, 13 juin 1979, § 41 ; Affaire *Rasmussen*, *Série A, n° 87*, 28 novembre 1984, §§ 40-41 ; Affaire *Inze*, *Série A, n° 126*, 28 octobre 1987, § 41. La pratique n'est cependant qu'un élément d'interprétation parmi d'autres, et ne saurait aboutir à limiter les droits reconnus dans la Convention ; v. C.E.D.H., Affaire *Martins Moreira*, 26 octobre 1988, *Série A, n° 143*, 26 octobre 1988, § 54. Voy. enfin les développements reproduits *infra*, Chapitre VI, section 3, §§ 473 et s.

(55) V. Stevan JOVANOVIC, « Le principe de l'exercice raisonnable des compétences », *in Restriction des compétences discrétionnaires des États en droit international*, Paris, Pédone, 1988, p. 167 ; v. aussi p. 144. Citons encore cet extrait paticulièrement significatif d'un arbitrage : « non seulement la décision à prendre doit correspondre à la conviction intime des arbitres et à leur sens de la justice, mais encore doit elle être justifiable par un raisonnement fondé sur le droit » (Affaire de la *Délimitation maritime entre la Guinée et la Guinée Bissau*, *R.G.D.I.P.*, 1985, p. 521, § 90). La citation concerne généralement les « principes équitables », mais elle est parfaitement transposable au « raisonnable », d'autant que la notion apparaît dans les critères pertinents de délimitation (v. *supra*).

i) *possibilité d'un contrôle juridique du respect du caractère raisonnable*

318. On ne peut considérer que le « raisonnable » équivaut à un « blanc-seing » laissant à l'État débiteur de l'obligation le soin de lui donner un contenu sans aucune possibilité de contrôle. La notion étant juridique, elle est, comme une autre, susceptible d'être violée, et cette violation peut être déterminée par une instance juridictionnelle dans les conditions traditionnelles tenant à sa compétence et à la recevabilité de la requête.

Il suffit de se reporter aux quelques exemples que nous venons d'exposer pour constater que le juge contrôle le respect de dispositions dans lesquelles le « raisonnable » occupe une place. Nous avons par ailleurs préalablement évoqué des précédents où des juridictions internationales se sont estimées habilitées à contrôler l'exercice raisonnable de certains droits par les États dans le cadre d'une limite que nous avons considérée comme générale à leur pouvoir discrétionnaire (56). Dans toutes ces hypothèses, le caractère juridique de la notion a pour conséquence de limiter juridiquement les pouvoirs des débiteurs de l'obligation, et de conférer en conséquence aux juridictions habilitées à appliquer le droit international le pouvoir d'en assurer le respect. Les propos du juge Gros, émis à propos d'une règle particulière, sont valables de manière générale, lorsqu'il relève que la Cour a refusé un pouvoir absolu pour le Tribunal administratif des Nations Unies de fixer le montant de la réparation, « en esquissant une théorie de l'indemnité 'manifestement déraisonnable' [...] *qui permet le contrôle* de la correspondance entre les constatations du tribunal et la réparation » (57).

Certains États ont certes exceptionnellement prétendu que le caractère flou de notions comme le « raisonnable » leur conférait un pouvoir d'appréciation absolu. Il en a été ainsi au sujet des restrictions autorisées à certains droits reconnus dans la Convention européenne des droits de l'homme, qui ne sont admises que si elles sont « nécessaires dans une société démocratique » à la protection de certains buts, ce qui suppose le respect d'un « rapport raisonnable de

(56) V. *supra*, Chapitre II, section 2 ainsi que Chapitre III, section 1, B. On a occasionnellement associé expressément le « raisonnable » et le « contrôlable » ; C.I.J., Affaire de la *Convention de 1902 sur la tutelle*, *Recueil 1958*, op. indiv. Percy Spender, p. 130. V. aussi, *mutatis mutandis*, C.I.J., Affaire des *Actions armées frontalières et transfrontalières*, *Recueil 1988*, p. 95, § 65.

(57) Nous soulignons ; C.I.J., Affaire du *T.A.N.U.*, *Recueil 1973*, op. diss. Gros, p. 271, § 51.

proportionnalité » entre les mesures adoptées et l'objectif poursuivi (58). La Cour de Strasbourg a expressément rejeté cette argumentation à plusieurs reprises, en considérant que la marge d'appréciation induite par semblables termes n'était pas illimitée mais pouvait faire l'objet d'un contrôle juridictionnel au même titre que toute règle juridique (59). Dans le cadre d'une autre disposition, au gouvernement autrichien qui lui déniait le droit de déterminer si les délais de recours découlant de la conduite de l'affaire par les juridictions nationales étaient déraisonnables, la Cour rétorque que

> « L'examen de l'observation de l'article 5, § 3 de la Convention serait cependant vidé de son contenu s'il était interdit à la Cour de vérifier librement, [...] si la prolongation de la détention était raisonnable au sens de l'article 5, § 3 » (60).

La Cour inter-américaine des droits de l'homme s'est également prononcée en ce sens. Amenée à donner son avis sur la question de savoir si la Commission était compétente pour juger du caractère « raisonnable » d'une loi nationale dans le cadre du contrôle du respect de la Convention, la Cour répond par l'affirmative parce que

(58) Voy. les nombreuses références à la jurisprudence reproduites au Chapitre II, section 2.

(59) Voy. p. ex. C.E.D.H., Affaire *Open Door & Dublin Well Woman c. Irlande, Série A, n° 246*, 29 octobre 1992, § 68 ; Affaire *Informationsverein Lentia et autres, Série A, n° 276*, 24 novembre 1993, § 35 ; Affaire *Casado Coca, Série A, n° 285*, 24 février 1994, § 50 ; Affaire *Jacubowski, Série A, n° 291*, 23 juin 1994, § 26 ; Affaire *Otto-Preminger-Institut, Série A, n° 295-A*, 20 septembre 1994 ; Affaire *Prager et Oberschlick, Série A, n° 313*, 26 avril 1995, § 35. Ayant remarqué que le mot « raisonnable » est un terme juridique (v. la citation reproduite ci-dessus), le juge Terje Wold poursuit en affirmant que, si les autorités nationales disposent d'une marge d'appréciation, la Cour, pour autant qu'elle soit valablement saisie, est apte à décider en dernier ressort (C.E.D.H., Affaire *Wemhoff, Série A, n° 7*, 27 juin 1968, op. conc., III). Dans l'affaire *linguistique*, la Commission relève que plusieurs dispositions de la Convention « comportent des formules qui nécessitent des évaluations que l'on pourrait qualifier de politiques » pour ajouter aussitôt que la Cour est compétente pour effectuer ces évaluations faute de quoi la sauvegarde des droits de l'individu, qui est l'objet même de la Convention, perdrait « son sens même » (C.E.D.H., *Série A, n° 6*, 23 juillet 1968, avis de la Commission, p. 19). Le raisonnement montre bien que la marge d'appréciation laissée aux Etats par des termes axiologiquement ouverts n'équivaut nullement à une abdication de tout contrôle à l'intérieur des limites du système juridique envisagé. La doctrine va dans le même sens. Ainsi, pour Vincent COUSSIRAT-COUSTÈRE, « la prééminence du droit s'accomode mal de l'incompétence du juge et, dans les cas très rares où un État a dénié à la Cour le pouvoir de contrôler une ingérence, elle s'est refusée à suivre le Gouvernement pour ne pas abdiquer la responsabilité dont l'investit l'article 19 [de la C.E.D.H.] » ; « Commentaire de l'article 8, § 2 », *in La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article, op. cit.*, p. 339 ; v. aussi en ce sens Olivier JACOT-GUILLARMOD, « Règles, méthodes et principes d'interprétation dans la jurisprudencede la Cour européenne des droits de l'homme », *loc. cit.*, p. 51.

(60) C.E.D.H., Affaire *Stögmüller, Série A, n° 9*, 10 novembre 1969, § 3.

« It is a qualifier with an axiological content which implies opinion but, in another sense, *may be employed juridically as, in fact, the courts frequently do so* [...] » (61).

Le contrôle juridictionnel s'exerce donc par l'intermédiaire du « raisonnable », sans qu'on s'écarte d'un cadre juridique.

Dans l'affaire des *Pêcheries de l'Atlantique nord*, le tribunal arbitral énonce expressément au sujet d'un pouvoir de réglementer raisonnablement que

« [...] le caractère raisonnable d'un semblable règlement, s'il est contesté, doit être décidé non par l'une ou l'autre des parties, mais par une autorité impartiale [...] » (62).

Enfin, on peut mentionner par analogie l'affaire des *Activités militaires...*, au cours de laquelle la C.I.J. refuse de se déclarer incompétente pour vérifier le caractère « *nécessaire* à la protection des intérêts vitaux » des mesures américaines conformément au traité bilatéral applicable (63). Le terme souligné ne confère donc pas une possibilité infinie d'interprétation. Le raisonnement peut parfaitement être transposé au cas du « raisonnable » (64).

Finalement, le caractère juridique du « raisonnable » empêche de le considérer comme laissant place à des appréciations personnelles totalement subjectives même si, comme nous le verrons, le terme laisse une importante marge d'appréciation à ses utilisateurs (65).

319. Cette position est parfaitement compréhensible si on se souvient qu'une des fonctions latentes du « raisonnable » est, par le renvoi à la raison qu'il recouvre, de permettre au locuteur de renforcer l'unité et la cohérence du système dans lequel il prend place, en l'occurrence le système juridique, ce qui apparaît incompatible avec la possibilité de s'en échapper sans aucune forme de contrôle (66). C'est pourquoi la jurisprudence admet que la volonté de se soustraire au droit international est une preuve d'arbitraire. C'est en ce

(61) C.I.D.H., *Certain Attributes of the Inter-American Commission on Human Rights (Arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 and 51 of the American Convention of Human Rights*, Advisory Opinion OC 13/93 of July 16, 1993, p. 37, § 33.

(62) *R.G.D.I.P.*, 1912, p. 462 et *R.S.A.*, vol. XI, p. 189. Pour les spécificités de cette affaire, v. *infra*, §§ 431 et 558.

(63) Nous soulignons ; C.I.J., *Recueil 1986*, p. 116, § 222.

(64) C'est d'ailleurs ce que fait le juge Schwebel pour contester ce passage de l'arrêt, en semblant considérer que le texte précité du Tribunal administratif ne permettait pas à la Cour de se prononcer (C.I.J., *Recueil 1986*, op. diss., p. 294, §§ 69 et s.). Il est significatif que la Cour n'ait pas suivi le juge sur ce point

(65) V. ci-dessous, section 2.

(66) V. *supra*, Chapitre III, section 3.

sens qu'une Chambre de la Cour, assimilant la notion au « déraisonnable », affirme que

> « L'arbitraire n'est pas tant ce qui s'oppose à une règle de droit que ce qui s'oppose au règne de la loi. La Cour a exprimé cette idée dans l'affaire du *Droit d'asile*, quand elle a parlé de 'l'arbitraire' qui 'se substitue au règne de la loi' (*Droit d'asile*, arrêt, *C.I.J. Rec. 1950*, p. 284). Il s'agit d'une méconnaissance délibérée des procédures régulières, d'un acte qui heurte, ou du moins surprend, le sens de la correction juridique » (67).

En l'espèce, la mesure en cause n'a pas été considérée comme déraisonnable parce qu'elle a été prise « sciemment dans le cadre d'un système de droit » (68). De même, dans l'avis précité rendu par la Cour inter-américaine des droits de l'homme, après avoir opposé le « raisonnable » à l'arbitraire, on précise que

> « of course, a law which is contrary to a State's obligations under the Convention cannot be termed as 'reasonable' [...] » (69).

Le déraisonnable est bien assimilé à tout ce qui s'écarte du droit. Au contraire, le « raisonnable » renvoie implicitement à la raison du droit, et donc à son unité et à sa cohérence, par opposition à un particularisme qui mènerait à une pratique éclatée. De même, nous avons relevé que, si la notion présente la caractéristique de permettre la prise en compte de valeurs extra-juridiques, cette prise en compte ne s'opère que dans la mesure où la valeur considérée acquiert une signification en tant qu'élément du système juridique. Si les éléments idéologiques d'appréciation ne sont pas contestables, ils ne mènent nullement — et nous avons même constaté que leur succès supposait le contraire — à une subjectivité absolue mais doivent être formulés dans un discours susceptible de contrôle (70).

320. Un certain nombre d'auteurs ont d'ailleurs considéré que la profusion de notions comme le « raisonnable » traduisait un accroissement des pouvoirs juridictionnels dans le système juridique, à partir du constat, que nous avons opéré préalablement (71), que la notion était utilisée pour conférer au juge un pouvoir créateur qui

(67) C.I.J., Affaire *ELSI*, *Recueil 1989*, p. 76, § 128.

(68) *Ibid.*, p. 77, § 129.

(69) C.I.D.H.), *Certain Attributes of the Inter-American Commission on Human Rights (Arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 and 51 of the American Convention of Human Rights*, Advisory Opinion OC 13/93 of July 16, 1993, p. 37, § 33 et p. 38, § 35.

(70) V. *supra*, Chapitre IV, section 1. Pour Chaïm PERELMAN, « Là où l'accord sur des valeurs permet le développement rationnel d'un système normatif, l'arbitraire consistera dans l'introduction de règles étrangères au système... » ; *Justice et raison*, Bruxelles, P.U.B., 1963, p. 72.

(71) V. *supra*, Chapitre IV, section 2.

se manifeste dans l'interprétation d'un terme à contenu laissé indéterminé par le « législateur » (72). Nous reviendrons sur la teneur et les limites de ce « pouvoir créateur ». Il nous suffit de constater à ce stade que cette doctrine admet que le « raisonnable » est la marque non d'un pouvoir absolu conféré aux utilisateurs, mais de la volonté d'un contrôle juridictionnel accru, et ce dans les limites du système juridique (73). Ainsi, si Chaïm Perelman a associé le « raisonnable » à une solution socialement acceptable (74) et, tout en insistant sur la souplesse de la notion, sur le plan axiologique notamment, il a précisé que

> « [...] le déraisonnable, malgré tout ce que cette notion a de flou et de changeant, pose, dans chaque État de droit, une limite à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire légalement reconnu. Un tel pouvoir confère, dans tous les domaines, le droit de choisir parmi les diverses options qui s'offrent mais à la condition que le choix ne soit pas déraisonnable, parce que sinon, on le considérera contraire au droit [...] » (75).

La notion est donc bien loin de conférer un pouvoir discrétionnaire absolu (76). Elle constitue au contraire le meilleur signe de la volonté de limiter juridiquement ce pouvoir, comme le reconnaît encore la doctrine qui s'est penchée sur la notion en droit international (77).

---

(72) V. p. ex. Jacques LENOBLE, *Droit et communication. La transformation du droit contemporain*, Paris, Ed. du Cerf, coll. « humanités », 1994, pp. 17 et 86 et s. et Paul MARTENS, « L'irrésistible ascension du principe de proportionnalité », *in Mélanges Jacques Velu*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 50. Evoquant le juge, cet auteur affirme qu'« en l'autorisant à apprécier le raisonnable et à mesurer la proportion, on lui donne l'instrument capable de recalibrer la totalité de l'œuvre normative [...] ».

(73) Selon Paul MARTENS, la reconnaissance accrue de compétences discrétionnaires accrues entraîne un « transfert du pouvoir créateur du droit de l'autorité qui l'édicte à l'autorité qui l'applique et finalement à l'autorité qui contrôle » ; *ibidem*, p. 61. Certains auteurs contemporains insistent sur le caractère procédural induit par ce contrôle, v. ci-dessous, section 2 et Jacques LENOBLE, *Droit et communication...*, *op. cit.*, pp. 19 et s.

(74) V. not. Chaïm PERELMAN, « Le raisonnable et le déraisonnable en droit », *in Le raisonnable et le déraisonnable en droit*, *op. cit.*, p. 19 et, du même auteur, « Ontologie juridique et sources du droit », *ibid.*, p. 43.

(75) « La justice réexaminée », *in Le raisonnable et le déraisonnable en droit*, *op. cit.*, p. 169 ; v. aussi Paul FORIERS, « Le raisonnement pratique. Le raisonnable et ses limites », *in La nouvelle rhétorique. Essais en homage à Chaïm Perelman*, *Revue internationale de philosophie*, n° 127-128, 1979, p. 322.

(76) Voy. Chaïm PERELMAN, « La philosophie du pluralisme et la nouvelle rhétorique », *in Revue internationale de Philosophie*, n° 127-128, p. 12.

(77) Jean SALMON remarque ainsi que « la notion de raisonnable est souvent invoquée dans le souci de limiter les compétences discrétionnaires que les États possèdent dans certains domaines » ; « Le concept de raisonnable en droit international public », *in Mélanges Paul Reuter*, Paris, Pédone, 1982, p. 459 ; v. aussi Stevan JOVANOVIC, « Le principe de l'exercice raisonnable des compétences », *loc. cit.*, pp. 147 et s. Voy. encore nos développements *supra*, Chapitre III, section 1.

ii) *administration des conséquences juridiques d'une violation du droit international en cas de non-respect du caractère raisonnable*

321. Une deuxième conséquence du caractère juridique du « raisonnable » est que, s'il y a violation de la disposition dans laquelle se trouve la notion, le juge pourra en tirer toutes les conséquences juridiques qui s'imposent.

Lorsque la C.E.D.H. interprète la notion de « délai raisonnable » dans un cas particulier et constate que le comportement de l'État en cause est incompatible avec cet élément de l'obligation, elle en conclut bien dans son dispositif que la disposition (l'article 5, § 3 (78) ou l'article 6, § 1er (79)) a été violée. La constatation de la violation entraîne des conséquences identiques à celles qui suivent la violation de n'importe quelle disposition de la convention. Ainsi, l'État devra le cas échéant concéder une réparation à la personne dont les droits ont été lésés (80). Dans le cas où cela s'avère nécessaire, l'État devra par ailleurs modifier et adapter sa législation (81).

---

(78) V. parmi les nombreux cas d'application, C.E.D.H., Affaire *Neumeister*, *Série A, n° 8*, 27 juin 1968, § 15 ; Affaire *Stögmüller*, *Série A, n° 9*, 10 novembre 1969, § 16 ; Affaire *Tomasi*, *Série A, n° 241-A*, 27 août 1992, § 103 et § 2 du dispositif de l'arrêt. Les opinions individuelles ou dissidentes des juges vont dans le même sens ; les juges ne confèrent en effet aucun statut particulier au « raisonnable » en considérant que le non respect de la notion entraîne bien violation de la disposition en cause ; v. p. ex. C.E.D.H., Affaire *Wemhoff*, *Série A, n° 7*, 27 juin 1968, op. diss. Zekia.

(79) La formule habituellement utilisée est la suivante « Partant » ou « Donc », « il y a eu violation de l'article 6, § 1 ». Voy., parmi les nombreux cas d'application, C.E.D.H., Affaire *Baggetta*, *Série A, n° 119*, 25 juin 1987, § 25 ; Affaire *Neves e Silva*, *Série A, n° 153*, 27 avril 1989, § 46 ; Affaire *B. c. Autriche*, *Série A, n° 175*, 28 mars 1990, § 55 ; Affaire *Tomasi*, *Série A, n° 241-A*, 27 août 1992, § 125 et § 2 du dispositif de l'arrêt ; Affaire *Manifattura FL*, *Série A, n° 230-B*, 27 février 1992, § 19 et § 1er du dispositif de l'arrêt ; Affaire *Steffano*, *Série A, n° 230-C*, 27 février 1992, § 17 et § 1er du dispositif de l'arrêt ; Affaire *Ruotolo*, *Série A, n° 230-D*, 27 février 1992, § 17 et § 1er du dispositif de l'arrêt ; Affaire *Vorrasi*, *Série A, n° 230-E*, 27 février 1992, § 18 et § 1er du dispositif ; Affaire *Cappelo*, *Série A, n° 230-F*, 27 février 1992, § 18 et § 1er du dispositif ; Affaire *Caffè Roversi S.p.a.*, *Série A, n° 230-G*, 27 février 1992, § 19 et § 1er du dispositif de l'arrêt ; Affaire *Gana*, *Série A, n° 230-H*, 27 février 1992, § 17 et § 1er du dispositif de l'arrêt ; Affaire *Barbagallo*, *Série A, n° 230-I*, § 18 et § 1er du dispositif de l'arrêt ; Affaire *Cifola*, *Série A, n° 230-J*, 27 février 1992, § 17 et § 1er du dispositif de l'arrêt ; Affaire *Pandolfelli and Palumbo*, *Série A, n° 230-K*, 27 février 1992, § 18 et § 1er du dispositif de l'arrêt.

(80) Les exemples sont extrêmement nombreux. Voy. not., pour l'article 6, § 1er, C.E.D.H., Affaire *Nibbio*, *Série A, n° 228-A*, 26 février 1992, §§ 20 et s. ; Affaire *Borgese*, *Série A, n° 228-B*, 26 février 1992, §§ 20 et s. ; Affaire *Biondi*, *Série A, n° 228-C*, 26 février 1992, §§ 20 et s. ; Affaire *Monaco*, *Série A, n° 228-D*, 26 février 1992, §§ 19 et s. ; Affaire *Lestini*, *Série A, n° 228-E*, 26 février 1992, §§ 20 et s. Voy. encore Jacques VÉLU et Rusen ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, pp. 448-449, § 528.

(81) V. par exemple lorsque une loi a été qualifiée de discriminatoire parce que la distinction qu'elle opérait manquait de base objective et raisonnable ; C.E.D.H., Affaire *Marckx*, *Série A, n° 31*, 13 juin 1979, § 43 ; Affaire *Inze*, *Série A, n° 126*, 28 octobre 1987, § 45.

Un examen de la jurisprudence de la C.I.J. mène aux mêmes conclusions. Si la Cour estime qu'une méthode de délimitation entre plateaux continentaux ne respecte pas les critères dans lesquels intervient le « raisonnable », elle l'écartera au profit d'une autre méthode, en application de laquelle sera délimitée la frontière maritime (82). Dans l'affaire du *Temple de Préah Vihéar*, le silence de la Thaïlande au-delà d'un délai raisonnable après avoir eu connaissance de la carte comprenant une frontière qui lui était défavorable a entraîné l'acceptation de celle-ci (83). Dans l'affaire des *Pêcheries*, la législation islandaise a été déclarée contraire au droit international notamment sur base de l'article 2 de la Convention de Genève de 1958 qui prescrit aux États de « tenir raisonnablement compte » des intérêts des autres en Haute Mer (84). Dans tous ces précédents, la constatation de l'incompatibilité avec la règle où l'on retrouve le « raisonnable » entraîne les mêmes conséquences que si cette règle avait contenu des termes plus précis.

322. Cette démarche est parfaitement cohérente avec une définition du droit par référence à un critère procédural : une notion devient juridique lorsqu'elle a suivi la procédure par laquelle le droit lui confère juridicité (85). Si les États ont décidé d'introduire le « raisonnable » comme élément d'une règle, cet élément est tout aussi juridique que n'importe quel autre, et sa violation, si elle est avérée, devra entraîner les mêmes conséquences. La spécificité de la notion concerne plutôt les difficultés d'interprétation qui rendront plus difficile la démonstration de la violation. Mais cela est totalement indépendant de l'administration des conséquences juridiques de cette violation. Comme le souligne Aulis Aarnio,

> « Même si un texte juridique est ambigu, il possède toujours une force obligatoire fondamentale indépendamment du fait de savoir si oui ou non son contenu est considéré à certains égards comme satisfaisant. En ce sens, l'autorité des textes juridiques ne dépend pas de leur contenu » (86).

(82) On se reportera de manière générale aux références reproduites plus haut.

(83) C.I.J., *Recueil 1962*, pp. 23 et s.

(84) C.I.J., *Recueil 1974*, p. 22, § 50. La Cour n'a pas repris la disposition dans son dispositif, mais l'a citée dans le droit applicable , v. la critique de Onyema, op. diss., p. 171, § 17.

(85) Pour le détail de ce critère de juridicité, on se reportera aux développents reproduits *supra*, Chapitre IV, section 1, § 259.

(86) *Le rationnel comme raisonnable. La justification en droit*, Paris, L.G.D.J., Bruxelles, Story-Sciencia, 1992, p. 115.

De même, Michel Virally, après avoir souligné la difficulté de démontrer la violation d'une norme énoncée en termes flous, ajoute :

> « Toutefois, lorsqu'elle est établie, la violation d'une obligation juridique n'entraîne pas des conséquences différentes suivant le degré de contrainte imposée par cette obligation » (87).

Les enseignements de la jurisprudence internationale apparaissent sur ce point incompatibles avec l'assimilation de notions à contenu variable à de la « soft law », de la « weak law » (88), du « fragile law » (89), du « droit mou », du « droit vert » (90) ou autres concepts qui tendent à instaurer un degré intermédiaire de juridicité dont une des conséquences serait l'administration de sanctions amoindries en cas de violation (91). Comme Ryuichi Uda l'a montré, ce raisonnement revient à confondre force obligatoire de fait et force obligatoire de droit :

> « Peut-être l'État a-t-il une plus large liberté d'agir, mais les actions étatiques doivent toujours rester dans le cadre défini par les dispositions en cause [...Dès lors] S'il y a atteinte à une règle de *soft law* ou de *hard law*, elle engendre dans les deux cas une situation illégale » (92).

Nous ne pouvons dès lors que nous associer à la dénonciation des expressions comme la *soft law* qui provoquent plus de confusion que

(87) Michel VIRALLY, « La distinction entre textes internationaux de portée juridique et textes internationaux dépourvus de portée juridique », *A.I.D.I.*, vol. 60, I, p. 255. Il faut bien entendu écarter l'hypothèse du *jus cogens*, qui n'a, en principe, aucun rapport avec celle d'une règle renvoyant au « raisonnable ».

(88) V. P. ex. R.R. BAXTER, « International Law in 'her infinite variety' », *I.C.L.Q.*, 1980, pp. 549 et 550.

(89) *Ibid.*, p. 557.

(90) V. René-Jean DUPUY, « Droit déclaratoire et droit programmatoire : de la coutume sauvage à la 'soft law' », *loc. cit.*, pp. 139-140.

(91) Voy. à ce sujet Ignaz SEIDL-HOHENVELDERN, « International Economic 'Soft Law' », *R.C.A.D.I.*, 1979-II, t. 163, pp. 205-213.

(92) « Formation des normes internationales dans un monde en mutation. Critique de la notion de *soft law* », *in Mélanges Michel Virally*, Paris, Pédone, 1991, pp. 335 et 339. Selon l'auteur, « Il est vrai que les dispositions créant des droits concrets ou des obligations de résultat précises peuvent avoir plus d'importance que celles demandant simplement des 'efforts' pour la réalisation du but envisagé. De même, les dispositions susceptibles de contraindre dans leur exécution auront plus d'efficacité que celles qui ne le peuvent pas. Cependant, même si un traité est qualifié de *soft law* selon l'un de ces deux critères, ce traité ne perd pas sa nature de droit. Car tous les traités sont de la *hard law* du point de vue formel et dotés de force obligatoire parfaite » ; *ibid.*, p. 335. V. par ailleurs, Prosper WEIL, « Vers une normativité relative en droit international ? », *loc. cit.*, p. 8.

de clarification (93). Soit une notion est juridique, soit elle ne l'est pas (94) ou, pour paraphraser Alfred de Musset une porte est soit ouverte, soit fermée. Le dicton ne fait pas exception lorsqu'il s'agit de déterminer le contenu d'un terme comme « raisonnable » (95). Son application suppose par ailleurs que l'on suive la méthode juridique usuelle qui, en droit international, renvoie à la volonté des États.

B. — *Une détermination selon la volonté des États*

323. Le caractère juridique de la détermination du contenu d'une notion n'implique pas le respect d'une méthode positiviste.

On pense en particulier au large courant que l'on rencontre en sociologie du droit, en vertu duquel le droit ne se réduirait pas au produit des sources formelles, mais serait un droit « vivant » (Ehrlich), « libre » (Kantorowicz), ou « intuitif » (Gurvitch) (96). Henri Lévy-Bruhl considère ainsi que la véritable source du droit doit être trouvée non dans la volonté du « législateur » mais dans le corps social concerné, et prescrit au juge de tenir compte des évolutions des pratiques sociales dans l'interprétation d'un texte de loi (97). Dans ce contexte, Kantorowicz considère que l'utilisation par le

(93) Ryuichi Uda, « Formation des normes internationales dans un monde en mutation. Critique de la notion de *soft law* », *loc. cit.*, not. p. 340 ; Michel VIRALY, « La distinction entre textes internationaux de portée juridique et textes internationaux dépourvus de portée juridique », *op. cit.*, pp. 246 et 249. A l'origine, l'expression « soft law » aurait été formulée par Lord Mc Nair ; v. Georges ABI-SAAB, « Eloge du 'droit assourdi'. Quelques réflexions sur le rôle de la *soft law* en droit contemporain », *loc. cit.*, p. 60 et René-Jean DUPUY, « Droit déclaratoire et droit programmatoire . de la coutume sauvage à la 'soft law' », *loc. cit.*, p. 139.

(94) En ce sens, v. Michel VIRALY, « La distinction entre textes internationaux de portée juridique et textes internationaux dépourvus de portée juridique », *op. cit.*, pp. 246 et 248, et Martti KOSKENNIEMI, *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument*, Helsinki, Lakimiesliiton Kustannus, 1989, p. 161.

(95) Comme le relève Michel van DE KERCHOVE au sujet des « termes flexibles », l'indétermination particulière de ces termes ne traduit en effet qu'une différence de degré et non de nature par rapport aux autres ; « Le sens clair d'un texte . argument de raison ou d'autorité ? », *in* G. HAARSCHER, L. INGBER et R. VANDER ELST (sous la direction de), *Arguments d'autorité et arguments de raison en droit*, Travaux du C.N.R.L., Bruxelles, Nemesis, 1988, p. 310.

(96) Le courant est ancien, puisqu'on le retrouve à partir de Savigny, et chez des auteurs comme Kirchman, Kantorowicz, Ehrlich, Gény, puis Gurvitch. Aujourd'hui, on pourrait citer des auteurs comme Arnaud ou Carbonnier ; v. de manière générale Renato TREVES, *Sociologie du droit*, Paris, P.U.F., 1995 et Jean CARBONNIER, *Sociologie juridique*, Paris, P.U.F.-Quadrige, 1re éd., 1994 ; pour les trois derniers auteurs, voy. aussi Antoine GARAPON, « L'idée de droit social : Georges Gurvitch », *in* P. BOURETZ (sous la direction de), *La force du droit. Panorama des débats contemporains*, Paris, Esprit, 1991, p. 219 ; André-Jean ARNAUD, *Critique de la raison juridique. 1. Où va la sociologie du droit ?*, Paris, L.G.D.J., 1981, pp. 23 et s., et Jean CARBONNIER, *Flexible droit*, Paris, L.G.D.J., 1971, pp. 12 et s. et *Sociologie juridique*, *op. cit.*, pp. 356 et s.

(97) *Sociologie du droit*, Paris, P.U.F., 7e éd., 1990, not. pp. 68 et s.

juge de notions comme la bonne foi ou l'équité serait le signe du succès de cette forme de droit (98).

On pourrait transposer la tendance à l'hypothèse de l'utilisation du « raisonnable ». Si on reprend les réflexions de Chaïm Perelman sur cette notion, elle permettrait au juge de dépasser le cadre étroit de la volonté du législateur et de recourir aux valeurs de la communauté lorsque le respect aveugle du texte de loi mènerait à une solution socialement inacceptable, et ce dans le cadre du droit existant (99). On sait aussi que Paul Foriers a évoqué un « droit naturel positif » constitué de valeurs de la communauté permettant de suppléer ou d'adapter la règle à l'intérieur du droit positif (100). Plus récemment, on a cru constater un accroissement du pouvoir prétorien qui se traduirait dans la faculté pour le juge d'adopter un discours juridique non plus subordonné mais au statut similaire à celui du législateur (101).

Si l'on se risque à transposer ces théories — basées sur les spécificités d'un droit interne correspondant à une société post-industrielle (102) — en droit international, le « raisonnable » permettrait au juge de se référer aux valeurs de la communauté internationale, au-delà des sources formelles qui ne renvoient qu'à la recherche de la volonté des États.

Une analyse du discours juridictionnel international mène cependant à des conclusions différentes. Dans la pratique, le juge donnera un contenu au « raisonnable » en se référant, directement ou indirectement, au critère de la volonté des États, et ne s'estimera pas habilité à recourir à des valeurs de la communauté qui supplanteraient

(98) Voy. Renato TREVES, *Sociologie du droit*, *op. cit.*, p. 106.

(99) V. p. ex. « Droit positif et droit naturel », *in Le raisonnable et le déraisonnable en droit*, *op. cit.*, p. 25 ; « Propos sur la logique juridique », *ibid.*, p. 100 ; « Avoir un sens et donner un sens », *in Rhétoriques*, Bruxelles, Ed. de l'Université de Bruxelles, 1989, pp. 36-37. On a ainsi évoqué une « thèse anti-positiviste » à propos des vues de Chaïm Perelman sur le « raisonnable » ; Stamatios TZITZIS, « Droit et valeurs. Perelman entre tradition et modernité », *in* G. HAARSCHER (sous la direction de), *Chaïm Perelman et la pensée contemporaine*, Bruxelles, Ed. U.L.B., 1993, pp. 160-161.

(100) « Le juriste et le droit naturel. Essai de définition d'un droit naturel positif », *in La pensée juridique de Paul Foriers*, Travaux du C.N.R.L., Bruxelles, Bruylant, 1982, pp. 415 et s. ; v. aussi A. BAYART, « Le centre national belge de logique », *A.P.D.*, 1966, pp. 178-180.

(101) Jacques LENOBLE, *Droit et communication. La transformation du droit contemporain*, *op. cit.*, pp. 72 et s. Ce pouvoir prétorien serait notamment le fruit de l'interprétation de notions similaires au « raisonnable » ; v. p. ex. pp. 81-82 ; v. aussi François OST, « Quelle jurisprudence pour quelle société ? », *A.P.D.*, tome XXX, La jurisprudence, 1985, p. 26.

(102) *Ibid.*, pp. 20 et s. V. aussi la différence opérée par Éric DAVID, « Le performatif dans l'énonciation et le fondement du droit international », *in Mélanges Charles Chaumont*, Paris, Pédone, 1984, pp. 252-253.

ou suppléeraient cette volonté. Nous commencerons par donner les éléments jurisprudentiels qui en attestent (1), avant d'en tirer les conséquences théoriques (2).

1. *Les éléments jurisprudentiels*

324. Un renvoi à la volonté des États peut être décelé non seulement lorsque le « raisonnable » est énoncé dans une règle primaire (i), mais aussi lorsqu'il est envisagé comme élément des principes d'interprétation (ii).

i) *le « raisonnable » énoncé dans la règle primaire*

325. Dans la plupart des précédents examinés, le juge ne renvoie pas expressément à la volonté des États pour donner un contenu précis au « raisonnable ». Nous venons cependant de relever qu'il se réfère constamment à des sources ou autorités classiques du droit international, en particulier aux dispositions conventionnelles lorsque le terme en fait partie (103). Dans ces nombreuses hypothèses, le juge base implicitement son raisonnement sur la volonté même des États parties au traité en cause. Le lien entre une référence à l'article 6, § 1er de la Convention européenne des droits de l'homme et la volonté de ses États parties ne saurait par exemple faire de doute (104), de même que c'est la volonté des États qui dicte l'adoption d'une « solution équitable et raisonnable » en cas de délimitation maritime (105).

326. Mais il y a plus. Dans certains précédents, on peut relever des références expresses à la volonté des États pour déterminer le contenu de la notion. Dans l'affaire de l'*Interprétation de l'accord entre l'O.M.S. et l'Égypte*, la Cour énonce que

> « [...] la considération primordiale aussi bien pour l'Organisation que pour l'État hôte doit être dans tous les cas leur évidente obligation de coopérer de bonne foi pour servir les buts et objectifs de l'Organisation tels qu'ils s'expriment dans leur acte constitutif ; *ce qui signifie qu'ils doivent se consulter pour*

(103) V. *supra*, §§ 313 et s.

(104) Dans l'affaire *Golder*, la C.E.D.H. adopte une interprétation particulière de l'article 6, § 1er, et prend bien soin de préciser qu'il ne s'agit pas là d'une interprétation extensive de nature à imposer aux États contractants de nouvelles obligations (*Série A, n° 18*, 21 février 1975, § 36). Voy. p. ailleurs C.E.D.H., Affaire *Irlande c. Royaume-Uni*, *Série A, n° 25*, 18 janvier 1978, op. diss. Fitzmaurice, §§ 6 et s.

(105) Voy. not. C.I.J., Affaire du *Plateau continental de la Mer du Nord*, *Recueil 1969*, op. indiv. Bustamante y Rivero, p. 63, § 6.

> *déterminer un délai raisonnable* devant leur permettre de réaliser le transfert en bon ordre du Bureau hors du territoire de l'État hôte [...] Les délais précis qui peuvent être nécessaires pour s'acquitter des obligations de consultation et de préavis de dénonciation varient forcément en fonction des nécessités de l'espèce. En principe, *c'est donc aux parties qu'il appartient de déterminer dans chaque cas la durée de ces délais* [...] » (106).

Le délai raisonnable est donc celui qui résulte d'un accord : le « raisonnable » est déterminé conventionnellement, conformément à la théorie classique des sources en droit international.

Ce précédent est loin d'être isolé. Dans certaines affaires, l'absence de contestation des parties sur le caractère raisonnable amène le juge à consacrer leur volonté commune : la longueur d'un délai (107), ou encore le montant de frais ou de dépens est qualifié de « raisonnable » s'il n'est pas contesté (108). Dans d'autres, une « solution raisonnable » est dégagée sur base d'un consentement tacite des parties. Ainsi, en l'absence d'éléments permettant de déterminer la ligne frontalière issue de l'*uti possidetis juris*, une Chambre de la Cour opte pour une « solution raisonnable et équitable » qui consiste à consacrer une ligne proposée dans des négociations antérieures entre les parties, négociations qui n'avaient pas abouti pour de tout autres raisons de sorte que rien ne démontre « un désaccord fondamental au sujet de cette ligne » (109).

Aucun précédent n'atteste d'une volonté du juge de déterminer le contenu d'une obligation dans laquelle le « raisonnable » occupe une place centrale indépendamment de la volonté des parties. Comme le rappelle de manière générale le tribunal dans l'affaire de la *Dette publique ottomane*,

> « [...] à aucun titre l'Arbitre ne saurait substituer à ce que les parties ont convenu — *à tort ou à raison* — soit une solution présentée comme plus juste ou équitable, soit l'application de règles ou de définitions posées *a priori* et agissant sur lui au moment où il aborde les stipulations à interpréter » (110).

La raison qui importe est donc celle des parties, et non du juge, qui ne s'estime pas habilité à s'émanciper de la théorie positiviste.

---

(106) Nous soulignons ; C.I.J., *Recueil 1980*, p. 96, § 49.

(107) Voy. p. ex. C.P.J.I., Affaire de la *Compagnie d'électricité de Sofia, Série AB, n° 77*, p. 79.

(108) C.E.D.H., Affaire *Campbell et Cosans (art. 50), Série A, n° 60*, 22 mars 1983, § 22 ; Affaire *Zimmerman et Steiner, Série A, n° 66*, 13 juillet 1983, § 38.

(109) C.I.J., Affaire du *Différend frontalier, terrestre, insulaire et maritime, Recueil 1992*, § 263.

(110) Sentence du 18 avril 1925, *R.S.A.*, vol. I, pp. 548-549.

ii) *le « raisonnable » comme élément des moyens d'interprétation*

327. Nous avons déjà insisté sur l'importance du « raisonnable » dans le processus interprétatif en droit international. Or, personne ne prétend que la notion permette à l'interprète de s'émanciper de la volonté des auteurs du texte (111). Ce *dictum* de la Cour internationale de Justice permettra de nous le rappeler :

> « Si les mots, pertinents lorsqu'on leur attribue leur signification naturelle et ordinaire, sont équivoques ou conduisent à des résultats déraisonnables, c'est alors — et alors seulement — que la Cour doit rechercher par d'autres méthodes d'interprétation *ce que les parties avaient en réalité à l'esprit quand elles se sont servies des mots dont il s'agit* » (112).

Le modèle du « législateur rationnel » est merveilleusement illustré par cette citation : le « raisonnable » ne renvoie qu'à la raison du législateur, et non à celle de l'interprète (113). De même, la mise en œuvre de méthodes téléologiques — et nous avons constaté que le critère du « résultat déraisonnable » s'y référait (114) — se développe sur le fondement de la volonté des États. La jurisprudence de la C.E.D.H. est significative à cet égard. Selon la Cour, pourtant connue pour la souplesse de ses méthodes d'interprétation (115), il ne saurait être question d'adopter une « interprétation extensive de nature à imposer aux États contractants de nouvelles obligations » (116) ou qui « ne répondrait pas à la pensée des hautes parties contractantes » (117), mais seulement de favoriser le déploiement de cette volonté.

---

(111) On se reportera aux nombreuses références, qui renvoient notamment aux travaux de la Commission du droit international sur le sujet, reproduites *supra*, Chapitre I, section 1.

(112) C.I.J., Affaire de l'*Admission*, *Recueil 1950*, p. 8 ; le *dictum* est repris par la Cour dans l'Affaire de la *Sentence arbitrale*, *Recueil 1991*, pp. 69-70, § 48, et cité dans op. diss., Affaire de l'*Interprétation des Traités de paix (2e phase)*, *Recueil 1950*, pp. 244-245 et dans op. diss. Van Wyk, Affaire du *Sud-Ouest africain*, *Recueil 1962*, p. 581. Voy. aussi l'Affaire *Ambatielos (compétence)* dans laquelle la Cour considère qu'elle « [...] ne saurait accueillir une interprétation qui conduise à un résultat manifestement opposé aux termes de la déclaration et à la volonté continue des deux parties [...] » ; *Recueil 1952*, p. 45.

(113) Voy. à ce sujet *supra*, Chapitre I, section 1.

(114) V. *supra*, Chapitre I, section 1, § 46.

(115) Voy. p. ex. Michel MELCHIOR, « Notions 'vagues' ou 'indéterminées' et 'lacunes' dans la Convention européenne des droits de l'homme », *loc. cit.*, p. 411 ; François OST, « Les directives d'interprétation adoptées par la Cour européenne des droits de l'homme. L'esprit plutôt que la lettre ? », *loc. cit.* ; Heribert GOLSONG, « Interpreting the European Convention on Human Rights Beyond the Confines of the Vienna Convention on the Law of Treaties », *loc. cit.* ; F. MATZSCHER, « Methods of Interpretation of the Convention », *loc. cit.* ; Olivier JACOT-GUILLARMOD, « Règles, méthodes et principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *loc. cit.*

(116) C.E.D.H., Affaire *Golder*, *Série A, n° 18*, 21 février 1975, § 36.

(117) C.E.D.H., Affaire *Wemhoff*, *Série A, n° 7*, 27 juin 1968, § 5.

2. *Les enseignements théoriques généraux*

328. Dans l'ensemble, on peut conclure que la jurisprudence témoigne d'une volonté d'user non seulement d'une méthode juridique, mais aussi d'une méthode juridique classique pour déterminer le contenu du « raisonnable ». On peut dès lors tirer deux enseignements qui permettront de préciser quelque peu cet élément formel de détermination. Il faut en effet insister sur :

— le caractère conventionnel du contenu du « raisonnable » ;

— la méthode positiviste qui préside à l'interprétation de la notion.

i) *caractère conventionnel du contenu du « raisonnable »*

329. Le « raisonnable » ne peut se définir abstraitement, sur base de principes *a priori*, mais renferme une portée relative, dépendant de la volonté des énonciateurs que sont les États parties à la règle interprétée.

La relativité est cependant loin d'être absolue. On ne se trouve nullement dans le cadre des théories contemporaines du langage qui donnent à l'utilisateur un pouvoir illimité de reconstruction sémantique (118). En application du relativisme qui préside à la théorie des sources en droit international, elle renvoie à la volonté d'au moins deux (hypothèse d'une règle bilatérale) et au plus à celle de la totalité des États (hypothèse d'une règle *erga omnes*). Elle ne permet nullement à l'interprète de donner un contenu à la notion en renvoyant à ce qu'il considère personnellement comme les valeurs dominantes dans la communauté. On ne se trouve dans le cadre ni d'une définition objective, ni d'une définition subjective, mais dans celui d'une définition intersubjective du « raisonnable », relative à chaque règle en cause (119).

Ce caractère conventionnel de la raison est en parfaite harmonie avec les fonctions tant techniques qu'idéologiques de l'utilisation du « raisonnable », qui toutes supposent une possibilité de variation de contenu sur les plans matériel et temporel (120). Il s'explique aussi

(118) Voy. à ce sujet les références reproduites *supra*, Chapitre III, section 2, B.

(119) Jean SALMON reprend le critère de l'accord qui doit sanctionner une décision qui se veut raisonnable ; « Le fait dans l'application du droit international », *R.C.A.D.I.*, t. 175, 1982-II, p. 392.

(120) V. *supra*, Chapitres III et IV.

par le caractère purement conceptuel du terme de « raison » qui, en l'absence de référent, suppose sur le plan sémantique une détermination nominaliste qui est fonction de la volonté de ses usagers (121). Enfin, sur le plan philosophique, la jurisprudence internationale apparaît en conformité avec la conception d'une raison qui ne s'apparente pas à quelque valeur supérieure immuable mais dont le contenu est déterminé en fonction de l'état de l'accord de la communauté (122). Ce caractère conventionnel renvoie ainsi à certaines philosophies contemporaines qui, tout en admettant le caractère idéologique de la raison, tiennent à maintenir le concept comme idéal mobilisateur dans le contexte d'une éthique communicationnelle axée sur l'accord des protagonistes (123). Pour Habermas, le critère de validité, qui peut porter sur le sens, renvoie à un consensus, celui-ci clôturant une discussion pratique comprenant certaines caractéristiques idéales sur lesquelles nous reviendrons (124).

(121) V. p. ex. Daniel LAURIER, *Introduction à la philosophie du langage*, Liège, Ed. Mardaga, 1993, pp. 47 et s. et 83 et s.

(122) Lalande relève ainsi que « L'idée centrale de raison paraît demeurer celle d'un accord, d'une communauté idéale . entre les choses et l'esprit, d'une part, et de l'autre, entre les divers esprits. Il serait difficile, dans l'état actuel de nos connaissances, de concevoir cet ordre comme une réalité fixe et immuable » ; *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, P.U.F., 3e éd. Quadrige, 1993, p. 884. Voy. aussi Stanislas BRETON, « Crise de la raison et philosophie contemporaine », *in La crise de la raison dans la pensée contemporaine*, Paris, Recherches de philosophie, V, Desclée de Brouwer, 1960, p. 140. V. encore André-Jean ARNAUD, *Critique de la raison juridique. 1. Où va la sociologie du droit ?*, *op. cit.*, p. 30, et n. 49 ; Chaïm PERELMAN, « L'usage et l'abus de notions confuses », *in Le raisonnable et le déraisonnable en droit*, *op. cit.*, p. 161.

(123) V. l'explication de ces théories *infra*, section 2 du présent chapitre. De manière générale, v. Jean-Marc FERRY, *Philosophie de la communication. t. 1. De l'antinomie de la vérité à la fondation ultime de la raison*, Paris, Ed. du Cerf, coll. « humanités », 1994, 122 p., sp. pp. 97 et 110 ; Karl-Otto APEL, *Éthique de la discussion*, Paris, Ed. du Cerf, coll. « humanités », 1994, sp. p. 102 ; Jürgen HABERMAS, *De l'éthique de la discussion. Que signifie le terme 'Diskurethik' ?*, Paris, Ed. Cerf, 1992, pp. 16 et s., et Jacques LENOBLE, *Droit et communication...*, *op. cit.*, pp. 24 et s. Le lien entre validité et accord est également reconnu par des philosophes qui ne se réclament pas d'une restauration ou d'un maintien du rôle de la raison (v. Richard RORTY, *Science et solidarité. La vérité sans le pouvoir*, Paris, Ed. l'Eclat, 1990, p. 50, cité par Jean-Marc FERRY, « Les limites du contextualisme », *in* G. HOTTOIS et M. WEYEMBERGH (sous la direction de), *Richard Rorty. Ambiguïtés et limites du postmodernisme*, Paris, Vrin, 1994, p. 96). Ce lien peut cependant aussi fonder la validité d'une interprétation du « raisonnable ».

(124) Au sujet du rôle de l'accord, et de la relativité corrélative de la « vérité » qu'il institue, v. Jürgen HABERMAS, *De l'éthique de la discussion. Que signifie le terme 'Diskurethik' ?*, *op. cit.*, p. 17 et les commentaires de Jean-Marc FERRY, *Philosophie de la communication. tome 2. Justice politique et démocratie procédurale*, Paris, Ed. du Cerf, coll. « humanités », 1994, pp. 30 et s. Dans cette perspective, la raison s'apparente davantage à un critère de reconnaissance qu'à un critère de connaissance ; elle relève donc plus de la convention que de l'appréciation personnelle (v. Jean-Marc FERRY, *Philosophie de la communication, t. 1. De l'antinomie de la vérité à la fondation ultime de la raison*, *op. cit.*, p. 61)

ii) *méthode positiviste présidant à l'interprétation du « raisonnable »*

330. Une conséquence immédiate de ce caractère conventionnel — fût-il caractérisé par un relativisme juridique — est le recours aux principes classiques d'interprétation de droit international qui président à la détermination de la volonté des États. Il convient de se référer aux règles contenues dans les articles 31 à 33 de la Convention de Vienne pour interpréter la notion, comme la jurisprudence le fait fréquemment. La démarche apparaît incompatible avec une méthode jusnaturaliste selon laquelle le juge aurait la possibilité de mettre en œuvre

— soit son propre sentiment de ce qui est « raisonnable », méthode extrajuridique qui ne cadre pas avec le caractère strictement juridique de la notion (125) ;

— soit son sentiment de ce qui serait « raisonnable » selon la communauté concernée, au-delà de la volonté du législateur, méthode prétendument juridique mais en tout cas non positiviste (126).

Cette dernière option, dont nous avons vu qu'elle était défendue par des auteurs comme Paul Foriers ou Chaïm Perelman (qui réfléchissent il est vrai sur le droit interne), n'est donc nullement assumée par le juge international. Si la référence à l'accord au sein de la communauté dans son ensemble, en l'occurrence la « communauté » ou la « société internationale » est possible, c'est seulement dans la mesure où les États parties au litige ont formulé leur consentement dans un cadre plus vaste, et où le juge est contraint de se référer à une détermination plus large à laquelle ont participé les États en cause (127).

331. Certes, le « raisonnable » permet au juge un plus grand pouvoir de décision puisqu'il suppose un choix axiologique qui n'a souvent pas été opéré par les États lorsqu'ils ont énoncé la règle (128). Mais ce choix doit faire l'objet d'une justification qui se traduira

(125) V. à cet égard les critiques de Monique CHEMILLIER-GENDREAU, *Humanité et souverainetés. Essai sur la fonction du droit international*, Paris, La découverte, 1995, p. 346.

(126) Cette deuxième option ne laisse donc pas au juge un pouvoir discrétionnaire absolu ; v. p. ex. Chaïm PERELMAN, « La motivation des décisions de justice. Essai de synthèse », *in Le raisonnable et le déraisonnable en droit*, *op. cit.*, p. 123 et « Les notions à contenu variable en droit », *ibid.*, p. 136.

(127) On se trouve alors dans le cadre du « sens ordinaire » ; v. *infra*, Chapitre VI, section 1. Voy. encore, *mutatis mutandis*, Karl STRUPP, « Le droit du juge international de statuer selon l'équité », *R.C.A.D.I.*, 1930-III, tome 33, pp. 458 et s.

(128) V. *supra*, Chapitre III, en particulier la section 2.

dans un discours positiviste, théoriquement soumis à la volonté des États. La pratique que nous venons d'exposer nous semble donc incompatible avec une affirmation selon laquelle la notion permettrait au juge de développer un discours émancipé du « législateur » (129). La contestation de la thèse selon laquelle l'utilisation du « raisonnable » traduirait un succès du droit naturel, déjà opérée sur la base de la divergence des fonctions des deux concepts (130), se confirme au stade de la détermination du contenu. Le juge se garde bien de s'octroyer le pouvoir de recourir au droit naturel sous prétexte que les États ont énoncé le « raisonnable » dans le droit applicable ; son discours se développe au contraire selon un moule positiviste qui, s'il ne correspond pas systématiquement à la réalité (131), traduit bien son sentiment sur les limitations posées par le droit à sa marge de manœuvre.

332. Finalement, cette première approche du discours juridictionnel relatif à l'interprétation du « raisonnable » nous fournit un élément formel fondamental qui doit présider à la définition de la notion. Nous pouvons énoncer cet élément formel de la manière suivante : *n'est pas raisonnable ce qui n'est pas raisonnable selon le droit international, c'est-à-dire selon la volonté des États parties à la règle applicable au moment de l'élaboration de la règle.*

SECTION 2. — UNE DÉTERMINATION BASÉE SUR LA MOTIVATION

333. Une fois précisé que l'interprétation du « raisonnable » doit s'opérer dans les limites du droit international positif, il reste à déterminer ces limites. A ce stade, nous avons relevé une remarquable particularité de la notion, qui, tout en laissant à chaque uti-

(129) Telle semble être, comme nous l'avons vu, la position de Jacques LENOBLE. L'auteur base cependant son analyse sur l'évolution du droit national, et rien ne dit que ses conclusions seraient les mêmes dans un droit international dont les caractéristiques sont très différentes, au plan juridictionnel notamment. Il faut en particulier insister sur le caractère purement consensuel de la compétence du juge international. Certains semblent cependant observer un phénomène d'accroissement du pouvoir prétorien en droit international également ; v. Pierre-Marie DUPUY, « Le juge et la règle générale », *R.G.D.I.P.*, 1989, pp. 579 et s., sp. p. 587 (l'auteur évoque une « complémentarité de la fonction normative remplie respectivement par le juge et par les États dans la mise en évidence de la règle générale [...] »).

(130) V. *supra*, conclusion de la Ière partie.

(131) Voy. à ce sujet nos réflexions émises dans la conclusion générale de la présente étude, §§ 630 et s.

lisateur la possibilité de lui donner un contenu, confère au juge compétent l'opportunité d'exercer un contrôle et, le cas échéant, de sanctionner un abus. L'analyse de ce subtil équilibre sera approfondie dans les lignes qui suivent. Nous verrons que le contrôle juridictionnel de l'interprétation du « raisonnable » se distingue de celui d'autres notions essentiellement par son caractère marginal. Contrairement à une méthode classique, le juge ne commencera pas par préciser lui-même le contenu de la notion pour vérifier ensuite si elle a été respectée par les États parties au litige. Il n'y aura donc pas de définition juridictionnelle donnée *a priori* dans le cadre de la détermination du droit applicable. Au contraire, le juge laissera le plus souvent le soin aux parties de fournir une motivation susceptible de justifier l'acte en cause. Sa tâche consistera d'abord à contrôler cette motivation, *a posteriori*, sans se substituer à l'État dans l'appréciation du caractère raisonnable de son acte. La motivation représente donc le premier élément à prendre en compte dans l'interprétation du « raisonnable », élément formel dans la mesure où, à ce stade, il est indépendant du contenu de l'argumentation.

Dans cette perspective, nous verrons que la signification du « raisonnable » peut être précisée en deux étapes :

— l'acte doit pouvoir être motivé ; ne sera pas considéré comme raisonnable un acte non susceptible de motivation (A) ; il s'agit d'une condition nécessaire, mais non suffisante ;

— encore faut-il que la motivation réponde à certaines modalités (B).

A. — *L'acte doit pouvoir être motivé*

334. Si un État dont un acte est qualifié de déraisonnable n'est pas capable de le justifier dans le débat judiciaire, l'impossibilité de fournir une motivation juridique sera le meilleur signe d'un dépassement de son pouvoir discrétionnaire, et pourra le cas échéant être sanctionné comme tel. Une fois encore, nous commencerons par exposer les éléments qui ressortent de la pratique (1), avant d'envisager la question sous un angle théorique (2).

1. *Les éléments jurisprudentiels*

335. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme est sans doute la plus exemplaire sur ce point. Lorsque la

Cour est chargée de vérifier le respect de l'exigence du « délai raisonnable », elle ne cherche pas à donner une signification à la notion pour ensuite la confronter aux faits de la cause. Elle préfère contrôler les justifications fournies par l'État pour expliquer sa passivité. Ainsi, dans l'affaire *Manifattura*, ce sont les justifications avancées par l'État — l'encombrement du rôle, le comportement dilatoire du requérant lui-même — qui font l'objet de l'attention de la Cour. Celle-ci relève notamment une période de cinq mois ayant précédé le dépôt d'un jugement au greffe pour laquelle il n'existe aucune explication. C'est sur cette base, et non par rapport à une définition abstraite qui n'aurait pas été respectée, que la Cour estime le délai de jugement déraisonnable (1).

La démarche prend certes des modalités légèrement différentes selon que l'on se trouve dans le cadre de l'article 5, § 3 ou l'article 6, § 1er de la Convention.

Dans l'hypothèse de la détention préventive (article 5, § 3), la Cour refuse d'établir des critères de définition *a priori*, mais vérifie *a posteriori* le caractère « pertinent et suffisant » des motifs présentés par l'État (2). Selon elle,

> « Il incombe en premier lieu aux autorités judiciaires nationales de veiller à ce que, dans un cas donné, la durée de la détention provisoire d'un accusé ne dépasse pas la limite du raisonnable [...]. C'est essentiellement sur la base des motifs figurant dans lesdites décisions, ainsi que des faits non controuvés indiqués par l'intéressé dans ses recours, que la Cour doit déterminer s'il y a eu ou non violation de l'article 5, § 3 » (3).

(1) C.E.D.H., *Série A, n° 230-B*, 27 février 1992, §§ 17 et 18 (voy. l'extrait reproduit ci-dessus, § 305). Un raisonnement similaire est suivi dans de très nombreuses autres affaires ; v. p. ex. Affaire *Nibbio, Série A, n° 228-A*, 26 février 1992, §§ 20 et s. ; Affaire *Borgese, Série A, n° 228-B*, 26 février 1992, § 18 ; Affaire *Biondi, Série A, n° 228-C*, 26 février 1992, § 18 ; Affaire *Monaco, Série A, n° 228-D*, 26 février 1992, § 17 ; Affaire *Lestini, Série A, n° 228-E*, 26 février 1992, §§ 18.

(2) Voy. p. ex. C.E.D.H., Affaire *Wemhoff, Série A, n° 7*, 27 juin 1968 (la Cour refuse dans cette affaire la méthode « des sept critères proposée par la Commission pour préférer la prise en compte des motifs », v. aussi *infra*, Chapitre VII) ; Affaire *Neumeister, Série A, n° 8*, 27 juin 1968, § 5, Affaire *Stögmüller, Série A, n° 9*, 10 novembre 1969, § 3 ; § 12 ; Affaire *Matznetter, Série A, n° 10*, 10 novembre 1969, § 12 ; Affaire *Ringeisen, Série A, n° 13*, 16 juillet 1971, § 104 ; Affaire *Woukam Moudefo, Série A, n° 141-B*, 11 octobre 1988, avis de la Commission, § 70 ; Affaire *B. c. Autriche, Série A, n° 175*, 28 mars 1990, § 42 ; Affaire *Kemmache, Série A, n° 218*, 27 novembre 1991, § 45 , Affaire *Toth, Série A, n° 224*, 12 décembre 1991 ; Affaire *Clooth, Série A, n° 225*, 12 décembre 1991, § 36 ; Affaire *W. c. Suisse, Série A, n° 254-A*, 26 janvier 1993, § 30 et avis de la Commission, § 105.

(3) C.E.D.H., Affaire *Letellier, Série A, n° 207*, 26 juin 1991, § 35 et avis de la Commission, § 38 ; v. aussi C.E.D.H., Affaire *Neumeister,Série A, n° 8*, §§ 4 et s. ; Affaire *Yagci et Sargin, Série A, n° 319*, 8 juin 1995, § 50 ; Affaire *Mansur, Série A, n° 321*, 8 juin 1995, § 52 ; Affaire *Van der Tag, Série A, n° 326*, 13 juillet 1995, § 55.

Il incombe donc aux autorités judiciaires nationales d'expliquer la nécessité du maintien en détention dans les circonstances particulières de l'espèce (4).

Dans l'hypothèse d'un délai de jugement classique (article 6, § 1er), la Cour se fonde sur différents critères ; le comportement des autorités, le comportement du requérant, la complexité de l'affaire, ... Mais il s'agit en réalité à chaque fois de vérifier si l'État peut expliquer la longueur du délai (5). Lorsque cette longueur apparaît *a priori* particulièrement importante, la jurisprudence avance expressément qu'« en pareil cas, il incombe à l'État défendeur de fournir des explications » (6). Mais, quelles que soient les particularités de l'espèce, un délai non motivé sera considéré comme déraisonnable (7). Il est remarquable à cet égard que la Cour opère un fractionnement du délai d'ensemble en périodes dont chacune doit pouvoir être expliquée. Il suffit donc qu'une d'entre elles manque de motivation pour que le délai soit sanctionné. Comme le souligne un juge dans une opinion jointe à un arrêt,

> « Le seul écoulement du temps ne saurait constituer une violation de la Convention. C'est plutôt la conduite d'un procès qui marque des pauses injustifiées qu'il faut qualifier de déraisonnable » (8).

---

(4) Sans qu'il suffise de se référer abstraitement à certains motifs, comme la gravité des infractions (C.E.D.H., Affaire *Tomasi, Série A, n° 241-A*, 27 août 1992, § 91), la nécessité de l'instruction (C.E.D.H., Affaire *Clooth, Série A, n° 225*, 12 décembre 1991, § 44) ou le danger de fuite (*ibid.*, § 48).

(5) Voy. not. le premier précédent relatif à l'article 6, § 1er, où la Cour prend en compte la complexité de l'affaire dans la perspective d'expliquer la longueur du délai ; C.E.D.H., Affaire *Neumeister, Série A, n° 8*, 27 juin 1968, § 21 ; v. aussi C.E.D.H., Affaire *Colacioppo, Série A, n° 197-D*, 19 février 1991, avis de la Commission, § 56 ; Affaire *Francesco Lombardo, Série A, n° 249-B*, 26 novembre 1992, §§ 20-24 ; Affaire *Giancarlo Lombardo, Série A, n° 249-C*, 26 novembre 1992, §§ 21 et s. ; Affaire *Funke, Série A, n° 256*, 25 février 1993, avis de la Commission, §§ 73-77 ; Affaire *Dobbertin, Série A, n° 256-D*, 25 février 1993, avis de la Commission, § 53 et s., sp. § 68. Pour plus de détail, v. *infra*, Chapitre VII.

(6) C.E.D.H., Affaire *Eckle, Série A, n° 51*, § 80 ; v. aussi, *mutatis mutandis*, C.E.D.H., Affaire *Brigandi, Série A, n° 194-B*, 19 février 1991, avis de la Commission, § 47 ; Affaire *Angelucci, Série A, n° 196-C*, 19 février 1991, avis de la Commission, § 33 ; Affaire *Maj, Série A, n° 196-D*, 19 février 1991, avis de la Commission, § 26 ; Affaire *Pugliese (II), Série A, n° 206-A*, 24 mai 1991, avis de la Commission, § 27 ; Affaire *Vocaturo, Série A, n° 206-C*, 24 mai 1991, avis de la Commission, § 28.

(7) Dans l'affaire *Lechner et Hess*, la Cour relève ainsi que, pendant les trois ans de l'instruction, le magistrat compétent a recueilli quelques témoignages, et admet que la négligence des requérants eux-même a provoqué certains retards, mais pour en conclure que « cela n'explique pas » la longueur du délai et qu'« aucune indication n'a été fournie » pour une partie de celui-ci, dès lors incompatible avec les exigences de la Convention (C.E.D.H., *Série A, n° 118*, 23 avril 1987, §§ 54 et 59). Voy. aussi C.E.D.H., Affaire *Moreira de Azevedo, Série A, n° 189*, 23 octobre 1990, § 74 ; Affaire *Beaumartin, Série A, n° 296-B*, 24 novembre 1994, § 33.

(8) C.E.D.H., Affaire *Bock, Série A, n° 150*, 29 mars 1989, op. diss. juge Merknez, § 9.

Dans diverses instances, la Cour relève une longue période de six ans pour la seule instruction de l'affaire (9), une transmission du dossier à la Cour d'appel ayant pris plus de quatre mois (10), une attente de plus de cinq ans pour qu'un tribunal constate l'irrégularité d'une assignation (11) ou encore une instance d'appel restée en veilleuse plus de deux ans (12). Pour chacun de ces cas (13), c'est l'absence de motivation qui entraîne le caractère déraisonnable du délai, comme en témoigne cet extrait de l'arrêt *Foti et autres* : « le Gouvernement n'ayant fourni à ce sujet aucune explication plausible, un tel laps de temps apparaît démesuré » (14).

(9) C.E.D.H., Affaire *Ridi, Série A, n° 229-B*, 27 février 1992, § 17.

(10) C.E.D.H., Affaire*Casciarolli, Série A, n° 229-C*, 27 février 1992, § 18.

(11) C.E.D.H., Affaire *Barbagallo, Série A, n° 230-I*, 27 février 1992, § 15.

(12) C.E.D.H., Affaire *Biondi, Série A, n° 228-C*, 27 février 1992, § 18.

(13) Voy. encore d'autres exemples similaires, C.E.D.H., Affaire *Zimmerman et Steiner, Série A, n° 66*, 13 juillet 1983, § 32 ; Affaire *Guincho, Série A, n° 81*, 10 juillet 1984, § 35 ; Affaire *Erckner et Hofauer, Série A, n° 117*, 23 avril 1987, § 69 ; Affaire *Poiss, Série A, n° 117*, 23 avril 1987, § 59 ; Affaire *Capuano, Série A, n° 119*, 25 juin 1987, § 34 ; Affaire *Milasi, Série A, n° 119*, 25 juin 1987, § 19 ; Affaire *Martins Moreira, Série A, n° 143*, 26 octobre 1988, § 52 ; Affaire *Neves e Silva, Série A, n° 153*, 27 avril 1989, § 45 ; Affaire *Santilli, Série A, n° 194-D*, 19 février 1991, § 20 ; Affaire *Pugliese (I), Série A, n° 195-C*, 19 février 1991, § 16 ; Affaire *Ficara, Série A, n° 196-A*, 19 février 1991, § 17 ; Affaire *Maj, Série A, n° 196-D*, 19 février 1991, § 15 ; Affaire *Ferraro, Série A, n° 197-A*, § 17 et avis de la Commission, §§ 37 et 44 ; Affaire *Steffano, Série A, n° 230-C*, 27 février 1992, § 16 ; Affaire *Vorrasi, Série A, n° 230-E*, 27 février 1992, § 17 ; Affaire *Capello, Série A, n° 230-F*, 27 février 1992, § 17 ; Affaire *Caffè Roversi S.p.a., Série A, n° 230-G*, 27 février 1992, § 18 ; Affaire *Gana, Série A, n° 230-H*, 27 février 1992, § 16 ; Affaire *Pandolfelli et Palumbo, Série A, n° 230-K*, 27 février 1992, § 17 ; Affaire *Tusa, Série A, n° 231-D*, 27 février 1992, § 17 ; Affaire *Serentino, Série A, n° 231-F*, 27 février 1992, § 18. La démarche est occasionnellement suivie par les juges dans leurs opinions individuelles ou dissidentes, v. not. C.E.D.H., Affaire *Pretto et autres, Série A, n° 71*, 8 décembre 1983, op. diss. juge Pinheiro Farinha, § 6 ; Affaire *Casarini, Série A, n° 245-B*, 12 octobre 1992, op. diss. juge Martinez, pp. 30 et s.

(14) C.E.D.H., *Série A, n° 56*, § 65 ; v. aussi le § 72 (« le Gouvernement n'a fourni aucun élément de nature à expliquer pareil retard que la Cour juge démesuré ») et le § 46 (« Un troisième délai se révèle lui aussi injustifié [...]. Le Gouvernement n'a pas essayé de l'expliquer »). Dans l'affaire *Abdoella*, la Cour pointe un laps de temps de plus de dix mois pour la communication des pièces de la Cour d'appel à la Cour de cassation, et relève que « le gouvernement ne fournit aucune explication à ce sujet », ce qui l'amène à considérer déraisonnable le délai de jugement ; C.E.D.H., *Série A, n° 248-A*, 25 novembre 1992, § 23. Dans l'affaire *Triggiani*, la Commission conclut de son examen du cas qu'« aucune explication n'a été fournie concernant les délais écoulés » (C.E.D.H., *Série A, n° 197-B*, 19 février 1991, avis de la Commission, § 40 ; v. aussi le § 17 de l'arrêt de la Cour). Voy. encore C.E.D.H., Affaire *Corigliano, Série A, n° 57*, 10 décembre 1982, § 47 ; Affaire *H. c. Royaume-Uni, Série A, n° 120*, 8 juillet 1987, avis de la Commission, § 113 ; Affaire *Woukam Moudefo, Série A, n° 141-B*, 11 octobre 1988, avis de la Commission, § 83 ; Affaire *Union Alimentaria Sanders S.A., Série A, n° 157*, 7 juillet 1989, § 41 ; Affaire *Motta, Série A, n° 195-A*, 19 février 1991, avis de la Commission, § 50 ; Affaire *Alimena, Série A, n° 195-D*, 19 février 1991, § 17 ; Affaire *Frau, Série A, n° 195-E*, 19 février 1991, avis de la Commission, §§ 52 et 54 ; Affaire *Ficara, Série A, n° 196-A*, 19 février 1991, avis de la Commission, § 46 ; Affaire *Girolami, Série A, n° 196-E*, 19 février 1991, avis de la Commission, § 41 ; Affaire *Mori, Série A, n° 197-C*, 19 février 1991, avis de la Commission, § 45 ; Affaire *Adiletta et autres, Série A, n° 197-E*, 19 février 1991, § 17 ; Affaire *Vernillo, Série A, n° 198*, 20 février 1991, avis de la Commission, §§ 42 et 43 ; Affaire *Pandolfelli et Palumbo, Série A, n° 231-B*, 27 février 1992, avis de la Commission, § 38 ; Affaire *Bunkate, Série A, n° 248-B*, 26 mai 1993, § 22 ; Affaire *De Moor, Série A, n° 292-A*, 23 juin 1994, § 67.

Dans les situations où le « raisonnable » est considéré par la jurisprudence comme modulant cartaines dispositions de la convention, la démarche est similaire. Une violation de l'article 14, qui interdit la discrimination entendue comme une « distinction déraisonnable », c'est-à-dire manquant de base objective et raisonnable (15), est constatée parce que le gouvernement « ne fournit aucune justification de la différence de traitement » en cause (16). De même, dans le domaine du pouvoir de restriction reconnu aux États dans le cadre de certains droits comme celui à la vie privée, la Cour vérifie si l'État a agi « de bonne foi et de façon raisonnable », et vérifie à cet effet si « les motifs donnés par les autorités nationales pour justifier les mesures concrètes d''ingérence' qu'elles adoptent sont pertinents et suffisants » au regard de la disposition concernée (17). Le lien entre le caractère raisonnable de l'exercice des compétences et la nécessité d'une motivation est bien exprimé par la Commission dans l'affaire *Costello-Roberts*, relative à des châtiments corporels :

> « Le Gouvernement n'a avancé aucune justification d'ordre sociologique, pédagogique, sanitaire ou moral à la correction du requérant et aucune explication n'a été fournie par l'école aux parents [...]. Dès lors, la Commission ne discerne aucune base qui rendrait l'ingérence dans l'exercice du droit du requérant au respect de sa vie privée nécessaire dans une société démocratique à une ou plusieurs fins visées à l'article 8, § 2 de la Convention » (18).

Dans tous ces cas, la Cour refuse de déterminer elle-même quelles sont les mesures raisonnables en l'espèce, l'État étant plus apte à juger de l'opportunité en vertu de son pouvoir discrétionnaire. Elle examine en revanche les motifs avancés par les autorités et, si les motifs sont inexistants ou ne répondent pas aux modalités que nous

(15) Voy. les références reproduites *supra*, Chapitre II, section 2. On se souviendra également que le « raisonnable » intervient dans de nombreuses autres dispositions de la Convention, notamment par l'intermédiaire de l'expression « rapport raisonnable de proportionnalité ». Voy. p. ailleurs le Chapitre VII, consacré à une définition précise de la notion dans le cadre de la Convention.

(16) C.E.D.H., Affaire *Pine Valley Developments Ltd. et autres, Série A, n° 222*, 29 novembre 1991, § 64.

(17) Voy. not. C.E.D.H., Affaire *Handyside, Série A, n° 24*, 7 décembre 1976, § 50 ; Affaire du *Sunday Times, Série A, n° 30*, 26 avril 1979, §§ 59 et s., sp. § 62 ; Affaire *Berthold, Série A, n° 90*, 25 mars 1985, § 55 ; Affaire *James et autres, Série A, n° 98*, 21 février 1986, § 52 ; Affaire *Lintgens, Série A, n° 103*, 8 juillet 1986, § 40 ; Affaire *Olsson, Série A, n° 130*, 24 mars 1988, § 68 et avis de la Commission, § 150 ; Affaire *Noris, Série A, n° 142*, 26 octobre 1988, §§ 46-47 ; Affaire *Markt Intern Verlag Gmbh et Klaus Beermann, Série A, n° 165*, 20 novembre 1989, § 38 ; Affaire *Olsson (N° 2), Série A, n° 250*, 27 novembre 1992, § 87 et avis de la Commission, § 121 ; Affaire *Keegan, Série A, n° 291*, 26 mai 1994, § 55 ; Affaire *Vereniging Weekblad* Bluf *!, Série A, n° 306-A*, 9 février 1995, § 39.

(18) C.E.D.H., *Série A, n° 247-C*, 25 mars 1993, Avis de la Commission, § 53 ; v. aussi C.E.D.H., Affaire *Chorherr, Série A, n° 266-B*, 25 août 1993, avis de la Commission, § 40.

exposerons plus loin, la Cour qualifie les mesures de contraires à la Convention (19).

Enfin, en matière d'établissement des faits, une version non étayée de motifs peut être rejetée (20), et ne pourra permettre d'atteindre une certitude « au-delà de tout doute raisonnable ».

336. Si la qualification de déraisonnable par référence à l'absence de motivation est particulièrement illustrée par la jurisprudence de la C.E.D.H., on peut relever de nombreux autres précédents dans la jurisprudence internationale.

Dans l'affaire *ELSI*, la Cour internationale de Justice vérifie si la réquisition opérée par les autorités italiennes est « arbitraire » ou « déraisonnable » en relevant notamment que

> « [...] si l'on se penche sur l'ordonnance de réquisition elle-même, on constate que c'est un instrument dont le texte énonce non seulement les motifs qui sont à son origine, mais aussi les dispositions légales sur lesquelles il se fonde [...]. Ce ne sont vraiment pas là marques d'un acte arbitraire » (21).

Le juge Schwebel considère au contraire que « ce ne sont guère des justifications qui montrent que l'acte était raisonnable et non déraisonnable, judicieux et non capricieux » (22). Les deux thèses s'accordent sur un point : l'absence de motivation d'un acte est un élément permettant de le qualifier de déraisonnable ou d'arbitraire (23).

En ce sens, la Cour a eu à se prononcer, dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*, sur le caractère « raisonnable du péril encouru par les intérêts vitaux des États-Unis » qui autorisait certaines restrictions aux droits contenus dans le Traité

---

(19) Pour d'autres précédents concernant l'article 14, voy. C.E.D.H., Affaire *Marckx, Série A, n° 31*, 13 juin 1979, §§ 33 et s. ; Affaire *Inze, Série A, n° 126*, 28 octobre 1987, §§ 42 et s. ; Affaire *Schuler-Zgraggen, Série A, n° 263*, 24 juin 1993, § 67. *A contrario*, C.E.D.H., Affaire du *Syndicat national de la police belge, Série A, n° 19*, 27 octobre 1975, § 48 ; Affaire du *Syndicat suédois des conducteurs de locomotives, Série A, n° 020*, 6 février 1976, § 47 ; Affaire *James et autres, Série A, n° 98*, 21 février 1986, § 76 ; Affaire *Kamasinski, Série A, n° 168*, 19 décembre 1989, § 108. V. aussi les commentaires de John Joseph CREMONA, « The Proportionality Principle in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights », *in Festschrift für Rudolf Bernhardt*, Berlon, Max Planck Institut für auslandisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 1995, p. 328.

(20) C.E.D.H., Affaire *Messina, Série A, n° 257-H*, 26 février 1993, avis de la Commission, § 6 et § 31 de l'arrêt.

(21) C.I.J., *Recueil 1989*, pp. 76-77, § 129. L'assimilation entre « déraisonnable » et « arbitraire » se marque aussi dans la traduction de certains passages de l'arrêt, « unreasonable interference » étant par exemple traduit par « ingérence arbitraire » (*id.*, p. 68, § 114).

(22) *Ibid.*, op. diss., p. 113.

(23) L'assimilation du « déraisonnable » et de l'« arbitraire » est aussi occasionnellement opérée dans la pratique juridictionnelle ; v. p.ex. C.I.J., Affaire du *Sud-Ouest africain, Recueil 1966*, op diss. Tanaka, pp. 306 et s.

d'amitié liant les deux États. Elle rejette cette possibilité « faute du moindre élément d'information » le démontrant (24). La notion de « péril raisonnable » n'a pas fait l'objet d'une détermination abstraite, mais aurait supposé en premier lieu que les États-Unis avancent une motivation.

Dans un tout autre domaine, l'obligation de déployer une « diligence raisonnable » empêchant un mauvais traitement des étrangers ne sera pas respectée si l'État en cause n'est pas apte à expliquer son comportement dans les circonstances particulières de l'espèce. La détermination du « raisonnable » ne se fera pas à l'aide d'une définition donnée *a priori* mais par l'intermédiaire d'un contrôle des motifs (25).

En droit de la délimitation maritime, la Cour ne définira pas la frontière *de novo,* mais analysera les revendications des parties et, dans cette perspective, une ligne ne pourra être revendiquée comme « solution raisonnable » si elle ne fait l'objet d'aucune justification (26).

Quelle signification donner à la règle de l'octroi d'un « montant raisonnable » des frais ou des dépens ou d'une « indemnité raisonnable » ? Cette détermination laisse place à une large marge d'appréciation, pourvu que le montant qualifié de raisonnable repose sur une motivation (27).

La même démarche est suivie par la C.I.J. lorsqu'elle est amenée à contrôler le pouvoir discrétionnaire d'un tribunal en vérifiant s'il n'a pas dépassé les limites du raisonnable : il s'agit non de se substituer au tribunal mais de vérifier si chaque élément de sa décision est fondé sur une motivation (28).

(24) C.I.J., *Recueil 1986*, pp. 141-142, § 282.

(25) Voy. p. ex. Affaire *A.H. Francis*, sentence du 15 février 1930, *R.S.A.*, vol. V, p. 100. Pour d'autres exemples plus détaillés, voy. *infra*, Chapitre VIII, section 1.

(26) V. not. C.I.J., Affaire du *Golfe du Maine*, *Recueil 1984*, op. diss. Gros, p. 370, § 16 ainsi que C.I.J., Affaire des *Pêcheries (Islande c. Royaume-Uni)*, *Recueil 1974*, op. indiv. de Castro, p. 97, § 6 et note 4. Voy. aussi l'analyse de l'affaire des *Pêcheries norvégiennes* opérée par Stevan JOVANOVIC, « Le principe de l'exercice raisonnable des compétences », *in Restriction des compétences discrétionnaires des Etats en droit international*, Paris, Pédone, 1988, pp. 156-158. L'auteur apparente aussi le « raisonnable » à un contrôle des motifs, notamment sur base de précédents relatifs à la délimitation maritime ; v. pp. 163-164.

(27) Pour un exemple précis, v. Affaire *LAFICO*, sentence du 4 mars 1991 in *R.B.D.I.*, 1990, p. 561, § 79, de même que C.I.J., Affaire du *T.A.N.U.*, *Recueil 1973*, pp. 196-197, §§ 64-65.

(28) C.I.J., Affaire du *T.A.N.U.*, *Recueil 1973*, références citées.

Tous ces précédents relèvent d'une logique identique (29). Le destinataire de la règle dans laquelle on retrouve la notion est le premier juge de ce qu'il faut considérer comme « raisonnable » dans un cas d'espèce. Mais, s'il ne peut ultérieurement justifier son choix devant une instance juridictionnelle, celle-ci le qualifiera de déraisonnable.

337. Avant de tirer les enseignements théoriques de cette pratique juridictionnelle, il convient de préciser quelque peu la signification de cet élément de motivation.

En premier lieu, le critère retenu est la *possibilité* d'une motivation du caractère raisonnable, et non la motivation effective (30). Ce qui importe, c'est de pouvoir justifier *a posteriori* l'action ou l'omission dont le caractère raisonnable est mis en doute, et non d'émettre une motivation expresse au moment de l'acte en cause. Dans les précédents que nous venons d'exposer, les motifs ont parfois été émis expressément dès l'origine, par exemple par les juridictions amenées à juger du maintien en détention préventive ou par les autorités ayant émis un ordre de réquisition. Mais, dans la plupart des cas, ce n'est que lors du débat judiciaire que la motivation est élaborée. Il suffit de penser au contrôle des mesures de vigilance dans le domaine du traitement des étrangers, ou à l'appréciation du caractère raisonnable d'un délai de jugement dans le cadre de l'article 6 § 1er de la Convention européenne des droits de l'homme, ou au droit de la délimitation maritime, ... Dans toutes ces hypothèses, c'est l'impossibilité de justifier son acte devant le juge qui sera la trace du déraisonnable.

A cet égard, c'est la motivation *exprimée* qui sera prise en compte au sein du prétoire, sans que l'on cherche à déterminer si elle correspond à la motivation réelle (31). La jurisprudence de la C.E.D.H. traduit cette idée en utilisant l'expression de « justification objective et raisonnable » pour caractériser l'obligation de non-discrimina-

(29) V. Stevan JOVANOVIC, « Le principe de l'exercice raisonnable des compétences », *loc. cit.*, p. 155. L'auteur cite encore l'affaire des *Conditions d'admission* (C.I.J., *Recueil 1948*, p. 63) et en conclut que « La notion de raisonnable limite l'appréciation des conditions d'admission ; les motifs sur lesquels repose le vote de l'Etat membre doivent être justifiés » (*id.*, p. 156).

(30) Comme le souligne Aulis AARNIO, « la règle qui concerne la nécessité de la justification dit que, *quand on l'exige*, chaque proposition doit être justifiée » ; nous soulignons ; *Le rationnel comme raisonnable. La justification en droit*, Bruxelles, Story Scientia, Paris, L.G.D.J., 1992, p. 243.

(31) Voy. de manière générale les réflexions de Max GOUNELLE, *La motivation des actes juridiques en droit international public*, Paris, Pédone, 1979, pp. 190-191 et p. 194, n° 137.

tion (32). L'État en cause fournira évidemment des justifications en toute connaissance de cause, dans l'optique d'un contrôle judiciaire du respect de la disposition conventionnelle ou coutumière concernée. Dans bien des cas, il est probable qu'il ne s'agisse que d'une reconstruction opérée pour les besoins de la cause. Ce constat n'enlève rien à la pertinence de ce critère formel. En effet, de deux choses l'une :

— Soit l'État n'est pas capable de fournir des éléments d'explication de son acte, même dans ces conditions. Dans cette première hypothèse, on pourra qualifier son comportement de déraisonnable.

— Soit l'État a fourni des explications aptes à le justifier. Dans ce cas, son comportement ne sera pas taxé de déraisonnable en raison de l'absence d'une possibilité de motivation, mais peut-être le sera-t-il en application d'autres critères, formels ou non formels, que nous analyserons par la suite (33). En d'autres termes, il ne suffit pas de fournir une explication pour que le juge en déduise un caractère raisonnable. La motivation est une condition nécessaire mais non suffisante. Dans tous les cas de figure, la « sincérité » des justifications importe peu : le contrôle se fera sur base du discours exprimé (34).

2. *Les enseignements théoriques généraux*

338. L'interprétation du « raisonnable » renvoie ainsi à un subtil équilibre entre l'État, qui continue à exercer une compétence discrétionnaire, et le juge, qui met en œuvre une compétence de contrôle. Ce débat judiciaire de type particulier peut être mieux compris si on le met en rapport avec certaines théories qui ont cherché à affiner ce genre de mécanisme. En premier lieu, on peut examiner la théorie juridique de la « marge d'appréciation » qui semble trouver ici un terrain d'application (i). En second lieu, certaines théories

(32) Voy. les références reproduites *supra*, Chapitre II, section 2. La conclusion est aussi valable pour d'autres dispositions de la Convention. Ainsi, jugeant de la conformité d'un délai de jugement avec l'article 6, § 1er, la Cour considère qu'elle « n'a pas en l'occurrence à spéculer sur les intentions du parquet [...] » ; il lui suffit de constater que les juridictions n'ont pas fait preuve d'une diligence suffisante (C.E.D.H., Affaire *Yagci et Sargin, Série A, n° 319*, 8 juin 1995, § 69). La démarche montre bien que le critère subjectif est écarté.

(33) Pour les autres éléments formels, v. ci-dessous, B ; pour les éléments de fond, v. le Chapitre VI.

(34) V. p. ex. Stevan JOVANOVIC, « Le principe de l'exercice raisonnable des compétences », *loc. cit.*, pp. 155 et s. V. aussi la comparaison entre « raisonnable » et « bonne foi », *infra*, Chapitre VI, section 2, §§ 449 et s.

philosophiques contemporaines centrées sur la communication nous apporteront d'intéressants enseignements (ii).

i) *la théorie juridique de la marge d'appréciation*

339. La doctrine de la marge d'appréciation a été formulée par la Cour européenne des droits de l'homme dans de nombreux arrêts (35). Cet extrait significatif en témoigne :

> « Tant que le législateur ne dépasse pas les limites de sa marge d'appréciation, la Cour n'a pas à dire s'il a choisi la meilleure façon de traiter le problème où s'il aurait dû exercer différemment son pouvoir d'appréciation » (36).

La Cour se prononçait en l'espèce sur la conformité de mesures restreignant le droit de propriété avec l'article 1^er^ du premier protocole de la Convention. Mais des passages similaires peuvent être relevés dès qu'il s'agit d'apprécier un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé (37), que ce soit dans le cadre du pouvoir de restriction portant sur certains droits prévus dans la convention (38), du pouvoir général de dérogation (39), de

(35) Voy. à ce sujet les extraits reproduits dans Ronald St. John MACDONALD, « The Margin of Appreciation in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights », *in Mélanges Roberto Ago*, vol. III, Milan, Giuffré, 1987, pp. 187-190 et, du même auteur, « The Margin of Appreciation », *in R. St.* MACDONALD, F. MATSCHER, H. PETZOLD (sous la direction de), *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993, pp. 83 et s.

(36) C.E.D.H., Affaire *Mellacher et autres*, *Série A, n° 169*, 19 décembre 1989, § 53 ; v. aussi C.E.D.H., Affaire *Hakansson et Sturesson*, *Série A, n° 171*, 21 février 1990, § 54.

(37) On a aussi assimilé la doctrine de la marge d'appréciation au principe de proportionnalité ; v. John Joseph CREMONA, « The Proportionality Principle in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights », *loc. cit.*, p. 328.

(38) Au sujet de l'article 8, § 2 (restriction au droit à la vie privée), v. C.E.D.H., Affaire *Golder*, *Série A, n° 018*, 21 février 1975, § 45 ; Affaire *Klass et autres*, *Série A, n° 28*, 6 septembre 1978, §§ 49 et s. (dans cette affaire, la Cour affirme qu'elle n'a « sûrement pas qualité pour substituer à l'appréciation des autorités nationales une autre appréciation de ce qui pourrait être la meilleure politique ») ; Affaire *Olsson (n° 2)*, *Série A, n° 250*, 27 novembre 1992, § 90 ; Affaire *Funke*, *Série A, n° 256*, 25 février 1993, § 55. Au sujet de l'article 10 § 2 (restriction au droit à la liberté d'expression), v. C.E.D.H., Affaire du *Sunday Times*, *Série A, n° 30*, 26 avril 1979, §§ 59 et s. ; Affaire *Markt intern Verlag Gmbh et Klaus Beermann*, *Série A, n° 165*, 20 novembre 1989, § 37 ; Affaire *Hadjianastassiou*, *Série A, n° 252*, 16 décembre 1992, avis de la Commission, § 75 et § 47 de l'arrêt ; Affaire *Informationsverein Lentia et autres*, *Série A, n° 276*, 24 novembre 1993, § 35 ; Affaire *Casado Coca*, *Série A, n° 285*, 24 février 1994, § 50 ; Affaire *Jacubowski*, *Série A, n° 291*, 23 juin 1994, § 26 ; Affaire *Otto-Preminger-Institut*, *Série A, n° 295-A*, 20 septembre 1994 ; Affaire *Prager et Oberschlick*, *Série A, n° 313*, 26 avril 1995, § 35.

(39) A propos de l'interprétation de l'article 15 de la Convention, la Commission relève par exemple qu'elle « [...] n'a pas à substituer son opinion à l'appréciation portée par le Gouvernement quant aux moyens les plus raisonnables et adéquats à adopter dans la lutte contre le terrorisme. La Commission doit laisser tout son poids à la marge d'appréciation importante dont dispose le Gouvernement en ce domaine » (C.E.D.H., Affaire *Brannigan et Mc Bride*, *Série A, n° 258-B*, 26 mai 1993, avis de la Commission, § 60 ; v. aussi le § 54 de l'arrêt).

l'interdiction de la discrimination (40), ou d'autres dispositions encore (41). La « marge d'appréciation » est également admise lorsqu'il s'agit de vérifier le caractère raisonnable du délai de jugement, dans la mesure où la Cour refuse de se substituer aux autorités nationales pour évaluer l'opportunité de mesures judiciaires (42).

De nombreux auteurs ont également reconnu un large champ d'application à la « marge d'appréciation » des États parties, en la mettant en rapport avec le « contrôle marginal » assuré par les organes de la Convention (43). Dans le cadre de l'exécution de certaines obligations comme celles prescrivant des mesures « nécessaires dans une société démocratique », l'État est le mieux à même de se prononcer sur l'opportunité des mesures à prendre (44). D'abord, il se révèle plus compétent que la juridiction internationale que ce soit en raison de sa meilleure connaissance de la situation factuelle (45), ou même juridique, ou grâce à l'aide des services d'experts dont il dispose (46). Ensuite, et plus fondamentalement sans doute, l'État est davantage apte à choisir les mesures qui se concilient le mieux

(40) C.E.D.H., Affaire *Rasmussen, Série A, n° 87*, 28 novembre 1984, §§ 40-41 ; Affaire *Karlheinz Schmidt, Série A, n° 291-B*, 18 juillet 1994, § 24 ; Affaire *Stjerna, Série A, n° 299-B*, 25 novembre 1994, § 48.

(41) La doctrine s'applique encore dans le cadre d'autres dispositions de la Convention ; v. p. ex. pour l'article 3 du premier protocole additionnel, C.E.D.H., Affaire *Mathieu-Mohin et Clerfayt, Série A, n° 113*, 2 mars 1987, § 57, ou pour l'article 13 de la Convention, C.E.D.H., Affaire *Plattform « Ärzte für das Leben », Série A, n° 139*, 26 juin 1988, § 36 ; v. les commentaires de Ronald St. John MACDONALD, « The Margin of Appreciation in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights », *loc. cit.*, pp. 192 et s. et « The Margin of Appreciation », *loc. cit.*, pp. 122 et s.

(42) V. p. ex. C.E.D.H., Affaire *Stögmüller, Série A, n° 9*, 10 novembre 1969, § 3.

(43) V. Jacques VÉLU et Rusen ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1990, pp. 56 et s. et Walter J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Le caractère 'autonome' des termes et la 'marge d'appréciation' des gouvernements dans l'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme », *in* F. MATSCHER et H. PETZOLD (sous la direction de), *Mélanges Wiarda*, Cologne, Carl Heymanns Verlag K.G., 1988, pp. 201 et s. ; Ronald St. John MACDONALD, « The Margin of Appreciation in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights », *loc. cit.*, pp. 193-195 ; Prédon Th. VEGLERIS, « Valeur et signification de la clause 'dans une société démocratique' dans la Convention européenne des droits de l'homme », *R.D.H.*, 1968, p. 235 ; Mireille DELMAS-MARTY, *The European Convention for the Protection of Human Rights. International Protection versus National Restrictions*, Dordrecht-Boston-London, Martinus Nijhoff, 1992, pp. 330 et s.

(44) Voy. de manière générale Jacques VÉLU et Rusen ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme, op. cit.*, pp. 58-59, n° 62, ainsi que les commentaires de R. St. MACDONALD, « The Margin of Appreciation », *loc. cit.*, p. 111.

(45) Voy. p. ex. C.E.D.H., Affaire du *Syndicat suédois des conducteurs de locomotives, Série A, n° 020*, 13 janvier 1976, § 47. V. aussi Olivier JACOT-GUILLARMOD, « Règles, méthodes et principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *in* L.E. PETTITI, E. DECAUX, P.H. TEITGEN (sous la direction de), *La convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1995, p. 50.

(46) Voy. not. C.E.D.H., Affaire *Colman, Série A, n° 258-D*, 28 juin 1993, avis de la Commission, § 39.

avec les objectifs de politique nationale qu'il se fixe (47). Le juge se gardera donc bien de définir en lieu et place des autorités quelles sont les mesures les plus appropriées, mais n'interviendra que pour contrôler si les choix opérés se concilient avec les limites juridiques apportées par la Convention.

Comme on l'aura constaté, cette doctrine cadre parfaitement avec la pratique jurisprudentielle relative à l'interprétation du « raisonnable » que nous venons d'exposer. Il n'y a à cet égard aucune raison de la limiter à l'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme. On peut l'appliquer dès que la règle contient une notion à contenu variable (48), et la formule est à l'occasion évoquée dans la jurisprudence internationale (49). Stevan Jovanovic conclut d'ailleurs son analyse de la jurisprudence internationale relative au « raisonnable » de la manière suivante :

> « Le problème principal qui se pose en ce qui concerne le principe de l'exercice raisonnable des compétences est son application par le juge. Comment, en effet, concilier le pouvoir discrétionnaire, et le garantir, avec un contrôle du juge qui pénètre dans la substance même de ce pouvoir [...] ? Le problème est résolu par une limitation de la fonction du contrôle. En premier lieu, l'objet du contrôle n'est pas l'opportunité de la décision de l'État ; il est destiné uniquement à déceler et sanctionner le déraisonnable, l'inacceptable. Ensuite, tout déraisonnable n'est pas pour autant illicite, une certaine gradation est effectuée, un degré de distanciation par rapport à ce qui est habituel et acceptable est nécessaire : est sanctionné seulement ce qui est manifestement déraisonnable, ce qui dépasse de façon évidente le seuil de l'acceptable » (50).

La citation montre bien l'étendue de la doctrine de la marge d'appréciation. La deuxième remarque ne nous semble cependant pas correspondre à la jurisprudence internationale, celle-ci sanctionnant bien le déraisonnable sans estimer nécessaire d'affirmer systématiquement son caractère manifeste (51). La qualification de « manifestement » déraisonnable, dénoncée par certains comme un tour rhéto-

(47) V. p. ex. C.E.D.H., Affaire *Handyside, Série A, n° 24*, 7 décembre 1976, § 48 ; Affaire *Gillow, Série A, n° 109*, 24 novembre 1986, § 66 ; Affaire *Murray, Série A, n° 300-A*, 28 octobre 1994, § 90, et Ronald St. John MACDONALD, « The Margin of Appreciation in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights », *loc. cit.*, pp. 191 et 195.

(48) V. Jacques VÉLU et Rusen ERGEC, *La convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 58, n° 62 ; v. aussi, C.P.J.I., Affaire des *Intérêts allemands en Haute-Silésie, Série A, n° 7*, p. 49.

(49) Concernant le pouvoir d'expulsion pour atteinte à l'ordre public, v. Affaire *LAFICO*, sentence du 4 mars 1991 *in R.B.D.I.*, 1990, p. 543, § 48. La jurisprudence évoque aussi le « pouvoir discrétionnaire », v. p. ex ; C.I.J., Affaire du *T.A.N.U., Recueil 1973*, p. 196, § 64.

(50) Stevan JOVANOVIC, « Le principe de l'exercice raisonnable des compétences », *loc. cit.*, p. 168.

(51) Voy. l'ensemble des exemples reproduits ci-dessus.

rique proche du « terrorisme intellectuel » (52), est certes fréquente, mais elle revient seulement à souligner le caractère marginal du contrôle.

340. Quelle est la véritable spécificité de la doctrine de la marge d'appréciation ? Le principe selon lequel les États ont une « marge d'appréciation » dans l'interprétation des normes qu'ils ont acceptées revêt une portée qui n'est pas limitée à un type d'obligations particulières (53). Dans l'immense majorité des cas, le droit international se compose d'une multitude d'interprétations ou de qualifications unilatérales, et ce n'est qu'exceptionnellement, si un différend subsiste et n'est pas réglé par d'autres moyens pacifiques, que la question sera soumise à une juridiction internationale chargée de départager les revendications contradictoires (54). Même dans cette hypothèse, le juge admettra le pouvoir unilatéral initial de l'État, et ne le sanctionnera que s'il estime qu'il en a abusé (55). Dans cette perspective, on peut se demander si la doctrine de la marge d'appréciation ne s'applique pas à toute règle de droit international (56).

La véritable spécificité de la théorie ne peut s'expliquer que si on prend en compte les fonctions de l'utilisation de notions à contenu variable comme le « raisonnable ». On se rappellera que, ce qui les caractérise, c'est que les divergences d'interprétation ne sont pas accidentelles ni même incidentes mais acceptées voire recherchées. Le contenu variable n'est donc pas le signe d'un défaut ou d'une défaillance de la terminologie employée, mais celui de sa qualité pre-

(52) Du moins indirectement si on transpose la critique de la proportionnalité au « raisonnable » ; voy. Paul MARTENS, « L'irrésistible ascension du principe de proportionnalité », *in Mélanges Jacques Velu*, Bruxelles, Bruylant, 1993, pp. 59-60.

(53) Comme le souligne Serge SUR, « La souveraineté reconnue par le droit positif entraîne pour chaque Etat le droit d'apprécier, d'interpréter les obligations comme les droits qui lui incombent ou qui lui sont reconnus en vertu du droit international » (*L'interprétation en droit international public*, Paris, L.G.D.J., 1974, p. 122) ; v. aussi les réflexions de Georges ABI SAAB, « 'Interprétation' et 'Auto-Interprétation'. Quelques réflexions sur leur rôle dans la formation et la résolution du différend international », *in Festschrift für Rudolf Bernhardt, op. cit.*, pp. 14 et s.

(54) Voy. à ce sujet le *dictum* du tribunal dans l'affaire du *Lac Lanoux*, sentence du 16 novembre 1957, *R.S.A.*, vol. XII, p. 310, v. encore Serge SUR, « L'interprétation en droit international public », *in* P. AMSELEK (sous la direction de), *Interprétation et droit*, Bruxelles, Bruylant, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1995, pp. 156 et s. et *L'interprétation en droit international public*, *op. cit.*, p. 124 et, enfin, Max GOUNELLE, *La motivation des actes juridiques en droit international public*, *op. cit.*, p. 133, n° 86.

(55) V. Georges ABI SAAB, « 'Interprétation' et 'Auto-Interprétation'. Quelques réflexions sur leur rôle dans la formation et la résolution du différend international », *loc. cit.*, pp. 10-11.

(56) Il est à cet égard significatif de constater que les études consacrées à cette doctrine admettent l'extrême difficulté à déterminer les limites d'application de la notion ; v. not. Ronald St. John MACDONALD, « The Margin of Appreciation in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights », *loc. cit.*, p. 192.

mière. Sur le plan technique, elle se traduit par une souplesse permettant d'adapter la règle à toutes les situations particulières (57). Sur le plan idéologique, ce type de notion permet aux États de préserver des positions divergentes (58). Le respect de ces fonctions, recherchées par les États lorsqu'ils élaborent la règle dans laquelle on retrouve le « raisonnable », suppose la mise en œuvre d'une doctrine comme celle de la marge d'appréciation. Il n'existe pas un sens précis qui pourrait être atteint de manière identique par tout interprète, mais une catégorie de significations parmi lesquelles chaque interprète pourra opérer un choix en fonction des circonstances de l'espèce (59), choix qui favorisera des considérations tantôt techniques tantôt idéologiques. Dans ce contexte, le juge n'a évidemment pas à définir un sens correspondant à une intention commune qui n'a jamais existé ; pour consacrer cette volonté, il ne peut que sanctionner les interprétations qui excèdent la catégorie sur laquelle l'accord a porté.

L'élément formel de définition consistant à qualifier de déraisonnable tout acte qui ne peut être appuyé par aucune motivation ne peut se comprendre que comme le souci de respecter les fonctions de la notion. La doctrine de la marge d'appréciation, loin de témoigner d'un abus de pouvoir prétorien — comme on l'a parfois prétendu (60) — est le meilleur signe du respect de la volonté des États qui introduisent dans la règle une notion à contenu variable. Au contraire, une détermination classique du contenu de la notion aboutirait à définir *a posteriori* le comportement requis par l'obligation primaire dans laquelle on trouve le « raisonnable » (61).

341. En définitive, le renvoi à la raison opéré par le « raisonnable » se prête particulièrement à une mise en œuvre de la doctrine de la marge d'appréciation. La reproduction de ce terme dans un

(57) V. *supra*, Chapitre III, section 1.

(58) V. *supra*, Chapitre IV, section 2.

(59) A ce sujet, le « raisonnable » cadre avec la doctrine de la marge d'appréciation définie par la Commission européenne des droits de l'homme comme s'appliquant à des expressions « which in themselves have no exact and generally accepted meaning » (C.E.D.H., Affaire *linguistique*, *Série B, n° 3*, p. 306 ; cité dans Ronald St. John MACDONALD, « The Margin of Appreciation in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights », *loc. cit.*, pp. 193-194).

(60) Paul MARTENS considère que l'utilisation de concepts laissant une marge d'appréciation légitime ce qu'il appelle une « fonction normative du juge » (« L'irrésitible ascension du principe de proportionnalité », *loc. cit.*). Il nous semble plutôt qu'il témoigne d'une volonté de respecter la marge d'appréciation des parties en n'en sanctionnant que les abus, conformément à la volonté du « législateur ».

(61) V. à ce sujet Herbet L.A. HART, *Le concept de droit*, Bruxelles, F.U.S.L., 1976, p. 164.

texte laisse en effet place à un double degré d'indétermination : les interprètes pourront en premier lieu avoir une conception différente de la définition de ce que constitue la « raison » mais, à supposer même qu'un accord existe sur ce point, ils pourront encore diverger sur le résultat auquel devrait aboutir l'application de la raison dans un cas particulier. Cette double indétermination, qui est l'objet même de l'accord, explique l'importance du caractère négatif de la définition de la notion : il ne s'agit pas de définir le « raisonnable » mais de sanctionner le déraisonnable ou, pour reprendre une expression de Jean-Marc Ferry, « une *limitation* de la raison vient en place de sa *fondation* » (62).

ii) *le modèle de l'« éthique communicationnelle » ou le paradigme de la « raison procédurale »*

342. La prise en compte des théories philosophiques qui se rattachent à ce que Jürgen Habermas (63) a appelé l'« éthique communicationnelle » (64) permet également de mieux comprendre ce critère formel du contrôle de motivation. Ces théories instituent en effet le « paradigme de la raison procédurale » (65), en vertu duquel le contenu de la raison ne peut être défini de manière stable, à l'aide de critères de fond, mais sera le résultat du consensus clôturant une communication idéale (66) menée entre les différents protagonistes

(62) *Philosophie de la communication. Tome 1. De l'antinomie de la vérité à la fondation ultime de la raison*, Paris, Ed. du Cerf, coll. « humanités », 1994, p. 108.

(63) Le modèle semble à l'origine avoir été esquissé par Karl-Otto APEL, pour être développé par la suite par Jürgen HABERMAS (voy. p. ex. Alain RENAUT et Lukas SOSOE, *Philosophie du droit*, Paris, L.G.D.J., 1991, pp. 422-424). C'est par pure commodité que nous citons plus fréquemment le second que le premier.

(64) Jürgen HABERMAS, *Raison et légitimité. Problèmes de légitimation dans le capitalisme avancé*, Paris, Payot, 1978, p. 125. On reprend aussi l'expression de l'« éthique de la discussion », v. not. Karl Otto APEL, *Ethique de la discussion*, Paris, Ed. du Cerf, coll. « humanités », 1994, p. 7 et Jürgen HABERMAS, *De l'éthique de la discussion. Que signifie le terme 'Diskursethik' ?*, Paris, Ed. Cerf, 1992, pp. 16 et s.

(65) Jean-Marc FERRY, *Philosophie de la communication. Tome 1. De l'antinomie de la vérité à la fondation ultime de la raison*, *op. cit.*, p. 8. Le concept de rationalité procédurale se retrouve aussi chez d'autres auteurs, comme Robert Alexy ; v. Ingrid DWARS, « La rationalité du discours pratique selon Robert Alexy », *A.P.D.*, 1987, p. 300.

(66) Jacques LENOBLE, « Droit et communication : Jürgen Habermas », *in* P. BOURETZ (sous la direction de), *La force du droit. Panorama des débats contemporains*, Paris, Esprit, 1991, p. 172. La communication idéale est cependant destinée à se réaliser effectivement. C'est sur cette base que Habermas et Apel ont critiqué (v. not. Jürgen HABERMAS, *Morale et communication*, Paris, Ed. Cerf, 1986, pp. 87 et s.) la théorie de la justice de John Rawls qui se rapproche à certains égards de leur propre modèle, en ce qu'elle établit une discussion idéale, mais purement idéale celle-là, dont, moyennant le respect de certaines conditions, doivent résulter des critères de justice (v. John RAWLS, *Théorie de la justice*, Paris, Seuil, 1987, not. pp. 30 et s.).

d'un « procès d'intercompréhension » (67). Pour reprendre les termes mêmes d'Habermas,

> « Cela signifie que seules peuvent prétendre à la validité les normes sur lesquelles se mettent, ou se mettraient d'accord, tous les gens concernés, en tant que participants d'une discussion (sans contraintes), si elles apparaissent (ou si elles apparaissaient) dans un processus discursif de formation de la volonté » (68).

Cette signification donnée à la raison apparaît comme un compromis entre l'absolutisme moderne et le scepticisme « postmoderne » (69). Du premier, il préserve le concept même de raison comme critère déterminant la validité des énoncés (70). Du second, il retient une relativité favorisée par le caractère exclusivement procédural de la rationalité (71). Le paradigme, parfois qualifié de « post-métaphysique » (72), s'applique tant au domaine du fait qu'à celui des valeurs. Sur le plan épistémologique, il cadre parfaitement avec les principes d'ouverture ou de plasticité : toute certitude est

(67) V. not. Aulis AARNIO, *Le rationnel comme raisonnable. La justification en droit*, *op. cit.*, p. 284 et Jacques LENOBLE, « Droit et communication : Jürgen Habermas », *loc. cit.*, p. 169.

(68) L'auteur utilise le terme « norme » dans son acception générale, sans la limiter à la sphère juridique ; *Raison et légitimité. Problèmes de légitimation dans le capitalisme avancé*, *op. cit.*, p. 125. Dans un ouvrage ultérieur, Habermas approfondit sa théorie en dégageant notamment un principe de discussion (« principe D »), en vertu duquel, « seules peuvent prétendre à la validité les normes pouvant rencontrer l'assentiment de tous les intéressés en tant que parties prenantes d'une discussion pratique » (*De l'éthique de la discussion*, *op. cit.*, p. 17) ; voy. aussi, du même auteur, *Morale et communication*, Paris, Ed. Cerf, 1986, pp. 148 et s. Enfin, v. les citations de APEL reproduites dans Alain RENAUT et Lukas SOSOE, *Philosophie du droit*, *op. cit.*, pp. 427 et s. On aura par ailleurs remarqué que, sur le plan épistémologique, la théorie entretient des liens évidents avec les écrits de Karl Popper ; v. p. ex. René SÈVE, « L'épistémologie contractualiste de Karl Popper », *in* P. AMSELEK (sous la direction de), *Théorie du droit et science*, Paris, P.U.F. 1994, pp. 55 et s.

(69) Jacques LENOBLE précise qu'il s'agit d'« éviter les deux positions classiques trop tranchées : celle d'une restauration d'une prétention de la raison à fournir les conditions de validité d'un savoir assuré de lui-même ou celle, opposée, qui déconnecte l'agir humain de toute contrainte rationnelle » (*Droit et communication. La transformation du droit contemporain*, Paris, Ed. du Cerf, coll. « humanités », 1994, p. 25 ; « Droit et communication : Jürgen Habermas », *loc. cit.*, pp. 165 et s.). Dans cette pespective, « négativement, il faut montrer, d'un côté, qu'une critique de l'absolutisme ne conduit pas nécessairement au relativisme (Rorty, Castoriadis), de l'autre côté, qu'une critique du relativisme ne conduit pas nécessairement à l'absolutisme (Apel, Putnam) » (Jean-Marc FERRY, *Philosophie de la communication. Tome 1. De l'antinomie de la vérité à la fondation ultime de la raison*, *op. cit.*, p. 32).

(70) V. Louis DUPRÉ, « Postmodernité ou modernité tardive ? », *in* G. HOTTOIS et M. WEYEMBERGH (sous la direction de), *Richard Rorty. Ambiguïtés et limites du postmodernisme*, Paris, Vrin, 1994, pp. 48 et s.

(71) V. p. ex. Jean-Marc FERRY, « Les limites du contextualisme », *in Richard Rorty. Ambiguïtés et limites du postmodernisme*, *op. cit.*, p. 96.

(72) Une controverse entre Apel et Habermas porte sur la possibilité et l'utilité de fonder l'éthique communicationnelle sur une fondation ultime transcendantale ; v. not. Karl Otto APEL, *Ethique de la discussion*, *op. cit.*, pp. 53 et s., Alain RENAUT et Lukas SOSOE, *Philosophie du droit*, *op. cit.*, pp. 423 et s., et Jean-Marc FERRY, *Philosophie de la communication. Tome 1. De l'antinomie de la vérité à la fondation ultime de la raison*, *op. cit.*, pp. 65 et s.

réfutable et donc provisoire, mais tire sa valeur de l'accord obtenu sur la représentation de la vérité qu'elle recouvre (73). Sur le plan éthique, le modèle vise à restaurer la rationalité dans la sphère du « devoir-être » en y appliquant également les conditions d'une communication idéale génératrice de vérité (74) et, dans certaines conditions, de justice (75).

La place de la motivation est essentielle dans ce cadre conceptuel. Le débat idéal se compose en effet à l'origine d'une prétention à la validité, émise subjectivement, mais qui suppose une motivation visant à la reconnaissance de cette prétention (76). En l'absence de motivation, la procédure ne peut se poursuivre, puisque la prétention ne peut véritablement faire l'objet d'un débat argumenté. L'énoncé ne peut donc acquérir la validité à laquelle il prétend. Il n'est pas « raisonnable », parce qu'il n'a pu résister au test de la raison procédurale. Si on pense à la théorie de John Rawls, qui a également proposé un modèle de discussion comme critère de validité, on peut dire qu'une prétention non motivée peut être « rationnelle », en ce qu'elle correspond sans doute aux intérêts subjectifs du locuteur, au « bien », mais qu'elle n'est pas « raisonnable » parce que ces intérêts n'ont pas fait l'objet d'une confrontation dans une perspective intersubjective, ce qui ne permet pas d'atteindre le « juste » (77).

(73) L'éthique communicationnelle se place dans la lignée d'un rationalisme critique défendu notamment par Poper, selon lequel les « vérités » scientifiques et éthiques « sont supposées performer nos contextes de vie moderne, mais toutes doivent principiellement pouvoir faire l'objet d'un doute » ; Jean-Marc FERRY, *Philosophie de la communication. Tome 2. Justice politique et démocratie procédurale*, Paris, Ed. du Cerf, coll. « humanités », 1994, p. 39 ; v. aussi les références reproduites *supra*, Chapitre III, section 2.

(74) Jürgen HABERMAS, *Raison et légitimité*, *op. cit.*, pp. 142 et s. ; Philippe GÉRARD, *Droit et démocratie. Réflexions sur la légitimité du droit dans la société démocratique*, Bruxelles, F.U.S.L., 1995, p. 56. Ceci sans préjudice de la question de savoir si un « devoir-être » peut exister indépendamment de l'« être » ; v. ci-dessous, conclusion du chapitre, §§ 365 et s.

(75) V. de manière générale Jürgen HABERMAS, *Law and Morality*, The Tanner Lectures on Human Values, Harvard, Harvard University Press, 1986 et, du même auteur, *Between Facts and Norms*, Oxford, Polity Press, 1996, xlii et 631 p.

(76) Voy. à ce sujet Jürgen HABERMAS, *Raison et légitimité*, *op. cit.*, pp. 146 et s. ; Jacques LENOBLE, « Droit et communication : Jürgen Habermas », *loc. cit.*, pp. 171-172 et p. 187 ; Philippe GÉRARD, *Droit et démocratie. Réflexions sur la légitimité du droit dans la société démocratique*, *op. cit.*, p. 55.

(77) John RAWLS, *Justice et démocratie*, Paris, Seuil, 1993, p. 168 et, du même auteur, « La priorité du Juste et les conceptions du Bien », *A.P.D.*, tome 33, La philosophie du droit aujourd'hui, 1988, p. 48 ; v. les commentaires de Jacques BIDET, *John Rawls et la théorie de la justice*, Paris, P.U.F., 1995, pp. 108 et s. Il s'agit du « modèle de l'équilibre réflexif » critiqué par Habermas comme ne remplissant pas les conditions de la discussion pratique ; v. Jean-Marc FERRY, *Philosophie de la communication. Tome 2. Justice politique et démocratie procédurale*, *op. cit.*, pp. 77 et s., sp. p. 94, Alain RENAUT et Lukas SOSOE, *Philosophie du droit*, *op. cit.*, pp. 470-472, et la comparaison entre Rawls et Habermas opérée par Michel CANIVET, « Le principe éthique d'universalité et la discussion », *in* G. HAARSCHER (sous la direction de), *Chaïm Perelman et la pensée*

Enfin, pour rappeler le rôle du « raisonnable » dans le cadre d'une fonction latente de systématisation, l'absence de motivation s'apparente à un refus de se soumettre à la raison du système en tant que critère permettant l'insertion du fait ou de la valeur à l'intérieur de ce système (78).

Dans tous ces cas de figure, on comprend que le défaut de motivation d'une prétention amène à sa qualification de « déraisonnable ».

343. L'application des théories relevant de l'éthique communicationnelle au domaine du droit a déjà été opérée par certains auteurs.

Dans un récent ouvrage, Jacques Lenoble voit même dans l'évolution du droit contemporain une consécration, ou à tout le moins un progrès sensible, de la raison procédurale. Ce progrès ne se traduirait pas seulement au stade de l'élaboration de la règle, mais aussi à celui de son application :

> « Les principes ou standards indéterminés que le juge a de plus en plus charge de faire respecter à l'encontre des individus et des autres appareils d'État traduisent [...] le signe d'un déplacement dans notre conception de la rationalité. Il nous faut dorénavant vivre avec une incertitude irréversible et repenser, sur cette base, nos processus de décision. Il n'appartient pas au juge, pas plus qu'au législateur, à l'exécutif ou aux particuliers, de faire apparaître le vrai sens 'rationnel' de ces principes ou de ces règles générales. Il s'agit, au contraire, de veiller à ce que les décisions prises par les acteurs individuels ou collectifs aient été prises au terme de procédures qui traduisent le respect, dans un contexte donné, des contraintes estimées indispensables à une justification rationnelle » (79).

---

contemporaine, Bruxelles, Bruylant, 1993, pp. 392 et s. ; v. par ailleurs Chaïm PERELMAN, « Les conceptions concrètes et abstraites de la raison et de la justice (A propos de *Theory of Justice* de John Rawls) », *in Le raisonnable et le déraisonnable en droit*, Paris, L.G.D.J., 1984, pp. 197-198.

(78) Voy. *supra*, Chapitre III, section 3.

(79) *Droit et communication. La transformation du droit contemporain*, *op. cit.*, pp. 17-18 ; v. aussi pp. 70 et s. V. encore François OST, « Jupiter, Hercule, Hermès : trois modèles du juge » *La force du droit. Panorama des débats contemporains*, *op. cit.*, pp. 266 et s. ; Paul MARTENS, « Thémis et ses plumes. Réflexions sur l'écriture juridique », *in Mélanges François Rigaux*, Bruxelles, Bruylant, 1993, pp. 368-369 et les réflexions de Alain RENAUT et Lukas SOSOE, *Philosophie du droit*, *op. cit.*, pp. 434 et s. De même, pour René SÈVE, « c'est l'intersubjectivité, ou dans les termes de K.O. Apel ou de J. Habermas, la communication qui, se substituant à la Nature, à Dieu et à l'Histoire, va fournir le sol sur lequel s'édifieront les constructions de la raison, de la raison pratique en particulier », « Avant propos », *A.P.D.*, tome XXXIII, La philosophie du droit aujourd'hui, 1988, pp. 20-21 ; v. aussi Robert ALEXY, « Idée et structure d'un système du droit rationnel », *A.P.D.*, 1988, pp. 23 et s. Karl-Otto APEL a lui même esquissé une application de la théorie au droit (*Ethique de la discussion*, *op. cit.*, pp. 94 et s., et référence citée p. 109) de même que Jürgen Habermas ; Jacques LENOBLE, « Droit et communication : Jürgen Habermas », *loc. cit.*, pp. 174 et s. et les références p. 190 (v. not. les ouvrages précités, *Between Facts and Norms* et *Law and Morality*).

Ainsi, le compromis de la raison procédurale se traduit sur le plan juridique par une solution se situant entre l'impossible découverte d'un sens prédéterminé par le législateur (doctrine de l'exégèse) et le scepticisme laissant au juge le soin de conférer souverainement une signification relative (École réaliste américaine) (80). Ce phénomène est particulièrement à l'œuvre dans l'interprétation de notions indéterminées, parmi lesquelles on range le « raisonnable » (81).

Ainsi appliquée au droit, l'éthique communicationnelle peut être perçue comme une forme actualisée de la rhétorique prônée par Chaïm Perelman, souvent qualifiée de « logique du raisonnable » (82). Comme le remarque Tomas Gil à propos de ces deux théories,

> « Devant les ambitions de l'absolutisme métaphysique et du scientisme positiviste, elles refondent la rationalité pratique en insistant sur les aspects idéalisants et universalistes de nos activités communicationnelles (la *Diskursethik*) et sur nos manières concrètes et nos pratiques réelles de décision et de jugement (la théorie de l'argumentation de Perelman) » (83).

On sait en effet que le philosophe belge a basé ses recherches sur la réhabilitation d'une raison pratique susceptible de fonder le fait comme la valeur dans l'optique d'une théorie de l'argumentation destinée à produire le consensus au sein d'un « auditoire » (84). Dans

(80) Voy. les réflexions d'Habermas rapportées et commentées par Jacques LENOBLE, *Droit et communication*, *op. cit.*, pp. 68 et s. et, du même auteur, « Repenser le libéralisme. Au-delà des critiques communautariennes et postmodernes », *in Mélanges François Rigaux*, *op. cit.*, pp. 315 et s., et « La théorie de la cohérence narrative en droit. Le débat Dworkin — Mc Cormick », *A P.D*, 1988, pp. 125-126 et 135-136.

(81) Jacques LENOBLE, *Droit et communication*, *op. cit.*, pp. 20 et s.

(82) Le philosophe définit ainsi la logique juridique comme « une argumentation destinée à motiver des décisions de justice, pour les faire bénéficier d'un *consensus*, celui des parties, des instances judiciaires supérieures et, enfin, de l'opinion publique » (« Propos sur la logique juridique », *in Le raisonnable et le déraisonnable en droit*, *op. cit.*, p. 100). La citation illustre la recherche d'un accord par la mise en œuvre de motivation, ce qui correspond à la démarche de l'éthique communicationnelle. V. aussi Chaïm PERELMAN, « L'interprétation juridique », *in Le raisonnable...*, *id.*, p. 111.

(83) « La 'diskursethik' et la théorie de l'argumentation de Chaïm Perelman : deux conceptions différentes de la rationalité pratique » *in Chaïm Perelman et la pensée contemporaine*, *op. cit.*, p. 332. Le parallèle est aussi effectué par d'autres auteurs. V. not. Georges GORIELY, « La rhétorique et au-delà », *in Chaïm Perelman...*, *ibid.*, p. 322 ; Lambros COULOUBARITSIS, « Les fondements métaphysiques de la Nouvelle Rhétorique », *ibid.*, p. 367, Michel CANIVET, « Le principe éthique d'universalité et la discussion », *ibid.*, pp. 395-396 et Miguel REALE, « La conjecture de la pensée de Chaïm Perelman », *id.*, p. 408 ; v. aussi Alain RENAUT et Lukas SOSOE, *Philosophie du droit*, *op. cit.*, pp. 414-415.

(84) V. not. Chaïm PERELMAN, « La règle de justice », *in Justice et raison*, Bruxelles, P.U.B., 1963, pp. 232-233 ; v. aussi Guy HAARSCHER, « Après Perelman », *in* G. HAARSCHER et L. INGBER (sous la direction de), *Justice et argumentation. Essais à la mémoire de Chaïm Perelman*, Bruxelles, Ed. U.L.B., 1986, pp. 223 et s. et Jerzy WROBLEWSKI, « Logique juridique et théorie de l'argumentation chez Chaïm Perelman », *in ibid.*, p. 181.

cette perspective — et c'est sans doute ce qui le distingue nettement d'Apel ou Habermas qui fondent leur modèle sur certaines théories linguistiques et psychologiques (85) — le droit en général et le prétoire en particulier fourniraient même un terrain privilégié d'observation (86). Ainsi, nous avons déjà relevé que la décision judiciaire ne prétendait pas à une validité absolue, mais seulement relative, limitée au procès, que cette validité concerne le fait, le droit ou le discours (87).

Selon ce modèle, le critère de validité de l'énoncé dépend bien en premier lieu de l'existence d'une motivation appuyant la prétention de l'une ou l'autre des parties, en particulier si la prétention porte sur le caractère raisonnable d'une solution (88).

344. Nous sommes à présent apte à confronter ces théories aux enseignements issus de la jurisprudence internationale.

Leur principal intérêt est de clarifier le subtil équilibre constaté entre la possibilité pour le juge de contrôler la détermination du contenu du « raisonnable », et la prise en compte de la motivation comme élément essentiel du contrôle, en les mettant en rapport avec une philosophie contemporaine de la raison pratique en général et de la « raison procédurale » en particulier. Monique Chemillier-Gendreau est arrivée à des conclusions similaires en appliquant le modèle de la raison procédurale au droit international, et plus parti-

(85) Tomas GIL, « La 'diskursethik' et la théorie de l'argumentation de Chaïm Perelman : deux conceptions différentes de la rationalité pratique », *loc. cit.*, p. 332. Voy. p. ex. Jürgen HABERMAS, *Théorie de l'agir communicationnel. Tome 2. Pour une critique de la raison fonctionnaliste*, Paris, Fayard, 1987, pp. 9 et s.

(86) V. not. Alain RENAUT et Lukas SOSOE, *Philosophie du droit*, *op. cit.*, pp. 414-415 ; Guy HAARSCHER, « Le procès chez Perelman », *A.P.D.*, tome XXXIX, Le procès, 1995, pp. 204 et s.

(87) Voy. not. Rob GROOTENDORST and Frans H. VAN EEMEREN, « Perelman and the Fallacies », *in Chaïm Perelman et la pensée contemporaine*, *op. cit.*, p. 273 et Miguel REALE, « La conjecture de la pensée de Chaïm Perelman », *loc. cit.*, p. 405. Si l'on se souvient de la relativité de l'établissement du fait ou de l'interprétation du droit, qui font l'objet d'une construction pour les besoins du procès (*supra*, Chapitre III, section 2 et l'ensemble des références renvoyant aux études de Chaïm Perelman), on peut même les mettre en rapport avec une conception instrumentaliste de la vérité en termes d'efficacité qui a été développée par Richard Rorty (*Science et solidarité. La vérité sans le pouvoir*, Paris, L'Eclat, 1990, p. 8, cité dans Jean-Michel BESNIER, *Histoire de la philosophie moderne contemporaine*, Paris, Grasset, 1993, p. 454) v. aussi Jean-Marc FERRY, *Philosophie de la communication Tome I. De l'antinomie de la vérité à la fondation ultime de la raison*, *op. cit.*, pp. 16 et s. et, du même auteur, « Les limites du contextualisme », *in Richard Rorty. Ambiguïtés et limites du postmodernisme*, *op. cit.*, pp. 97 et s.

(88) V. Jean SALMON, « Le fait dans l'application du droit international », *R.C.A.D.I.*, t. 175, 1982-II, p. 392.

culièrement à la jurisprudence relative à la délimitation des plateaux continentaux (89).

Il faut cependant relever certaines limites à la transposition de ces théories en droit international, qui tiennent essentiellement au fondement, et par conséquent à la portée, du critère procédural.

Quant au premier point, la raison procédurale peut être basée, au plan philosophique sur un fondement ultime ou sur un postulat pragmatique, au plan politique sur des valeurs démocratiques, au plan éthique sur une conception du juste (90). Mais son fondement juridique est tout autre. En droit international, le juge ne base le principe comme les modalités de sa compétence que sur le consentement des États concernés : la procédure elle-même est donc conventionnellement préétablie.

La portée du critère procédural présente dès lors deux différences essentielles. D'une part, il ne sera pas possible, comme le voudrait une éthique communicationnelle, de contester n'importe quelle valeur. La raison procédurale ne sera un test de validité que moyennant le respect de la volonté des États au moment de la création de la norme. Le rôle du débat sera évidemment essentiel au stade de la sélection, de l'interprétation et de la mise en œuvre de ces normes. Mais il ne sera pas question de se référer à la raison procédurale pour revendiquer une remise en cause fondamentale des règles de droit, ce qui est envisageable dans une perspective politique, philosophique ou même épistémologique de l'éthique communicationnelle (91). D'autre part, le résultat de la procédure ne sera pas, au stade de l'application, conditionné par l'atteinte d'un consensus entre les participants à la discussion. Le débat sera tranché par le juge, qui pourra prendre une décision qui ne satisfait

(89) *Humanité et souverainetés. Essai sur la fonction du droit international*, Paris, La découverte, 1995, pp. 343-346. L'auteur affirme de manière très générale que « le droit international peut être lui-même un champ d'expérimentation de cette raison moderne » (p. 345) ; v. par ailleurs les réflexions de Martti KOSKENNIEMI, *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument*, Helsinki, Lakimiesliiton Kustannus, 1989, pp. 486 et s.

(90) V. not. John RAWLS, *Justice et démocratie*, *op. cit.*, p. 214 et Jean-Marc FERRY, *Philosophie de la communication. Tome 2. Justice politique et démocratie procédurale*, *op. cit.*, p. 118.

(91) Voy. les réflexions de Paul RICŒUR, « Le problème de la liberté de l'interprète en herméneutique générale et en herméneutique juridique », *in* P. AMSELEK (sous la direction de), *Interprétation et droit*, Bruxelles, Bruylant, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1995, p. 186. C'est sur cette base qu'Habermas critique le rôle du juge en certaines matières, où il préférerait voir fonctionner des mécanismes de négociation ; Jacques LENOBLE, « Droit et communication : Jürgen Habermas », *loc. cit.*, pp. 183-184.

pas une, ou même toutes les parties concernées (92). La tâche du juge n'est théoriquement pas d'obtenir un accord, comme dans le cas d'une médiation, mais de trancher en déterminant la portée de l'accord des parties au moment de l'élaboration de la norme applicable.

L'« éthique communicationnelle » est donc un modèle qui reste, même dans un domaine où les rapports de forces sont fortement médiatisés comme le droit, un idéal difficilement applicable à une réalité sociale conflictuelle (93). Sous cette réserve, les théories de la raison procédurale enrichissent considérablement notre perspective. Si on applique ces réflexions à l'interprétation du « raisonnable », le juge devra en déterminer le contenu en prenant en compte la motivation donnée par l'État auteur de l'acte en cause. La décision sera finalement unilatérale, et fondée sur l'accord sur le contenu obtenu par les parties ayant élaboré la règle dans laquelle se retrouve la notion.

B. — *Les modalités de la motivation*

345. La qualification d'un acte de « raisonnable » suppose non seulement que son auteur soit susceptible de fournir une motivation, mais encore que cette motivation réponde à certaines modalités formelles.

Comment déterminer ces modalités ? Tout d'abord, on peut poursuivre l'analyse du discours mis en œuvre par les États pour justifier le caractère raisonnable d'une action ou d'une omission, que ce soit dans l'abondante jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, ou dans un cadre plus large. Mais nous pourrons aussi recourir à la motivation de tribunaux internationaux eux-mêmes, dans la mesure où les décisions de ces tribunaux ont fait l'objet d'un contrôle par une autre juridiction. En effet, d'une part, les tribunaux sont parfois eux-mêmes amenés à motiver une interprétation particulière de la notion, par exemple lorsqu'ils donnent un contenu à la règle de l'octroi d'une « indemnité raisonnable » et, d'autre part, le discours juridictionnel dans son ensemble pourrait être retenu comme

(92) Voy. Paul RICŒUR, « Le problème de la liberté de l'interprète en herméneutique générale et en herméneutique juridique », *loc. cit.*, p. 186.

(93) C'est sur cette base que le modèle est critiqué par certains sociologues ; v. p. ex. Raymond BOUDON, *L'idéologie, ou l'origine des idées reçues*, Paris, Fayard, coll. poche, 1986, pp. 118 et s. ; v. p. ailleurs les réserves de Jacques LENOBLE, *Droit et communication*, *op. cit.*, pp. 31 et s. et p. 105.

pertinent si l'on admet — ce que nous croyons avoir démontré dans un chapitre antérieur — que toute motivation juridictionnelle consiste en une « méthode raisonnable » aboutissant à un « résultat raisonnable » (94). Dans toutes ces hypothèses, l'auteur d'un acte — une action, une omission, une décision — avance des arguments propres à justifier le caractère raisonnable de la solution choisie.

Sur cette base, nous verrons qu'une motivation sera sanctionnée comme déraisonnable si :

1) elle ne consiste pas en un « raisonnement » ;

2) le raisonnement n'est pas un raisonnement « rationnel » ;

3) le raisonnement rationnel ne répond pas à certains critères « logiques » ;

4) le raisonnement rationnel répondant à certains critères logiques ne renvoie pas en dernier ressort à certaines « autorités » particulières.

Les mots placés entre guillemets doivent être entendus au sens particulier que nous spécifierons ci-dessous.

Il faut encore ajouter deux précisions avant d'analyser successivement chacune de ces conditions. D'abord, il suffit que l'une d'entre elles vienne à manquer pour que la motivation, et par conséquent l'acte qu'elle soutient, soient considérés comme juridiquement déraisonnables. Ensuite, ces conditions sont nécessaires mais pas suffisantes, puisque d'autres éléments, non plus formels mais de fond, doivent également être respectés, comme nous le constaterons dans le chapitre suivant.

1. *La nécessité d'un raisonnement*

346. La première condition à remplir pour qu'une motivation soit acceptable est qu'elle consiste en un « raisonnement ». Le terme semble admis sans discussion par la jurisprudence. Ainsi (95), le juge Gros considère qu'une ligne frontalière « non justifiée par un *raisonnement* juridique » ne peut constituer la « solution raisonnable » requise en matière de délimitation maritime (96). Plus géné-

(94) V. *supra*, Chapitre I, section 4.

(95) Le terme de « raisonnement » est usité à de nombreuses reprises par les juridicitions internationales, voy. les références reproduites *supra*, Chapitre I, section 4, §§ 79.

(96) Nous soulignons ; C.I.J., Affaire du *Golfe du Maine*, *Recueil 1984*, op. diss., p. 370, § 16. Le juge considère plus loin que la ligne ne peut simplement se fonder sur une solution « opportune ou commode d'ailleurs ; encore faudrait-il qu'elle soit raisonnable et raisonnée » (*id.*, p. 373, § 19).

ralement, nous avons relevé que la Cour internationale de Justice estime que l'obligation de motivation doit être entendue « comme exigeant simplement qu'un jugement s'appuie sur un *raisonnement* et que celui-ci soit exposé » (97). Mais que recouvre le terme souligné ? De manière générale, il s'agit de l'« activité de la raison, la manière dont elle s'exerce » (98), c'est-à-dire, selon le dictionnaire Lalande, d'une

> « Opération discursive par laquelle on conclut qu'une ou plusieurs propositions (*prémisses*) impliquent la vérité, la probabilité ou la fausseté d'une autre proposition (*conclusion*) » (99).

Comme le précise P. Haba, le raisonnement contient trois caractéristiques :

— il est discursif (suite de propositions) ;

— il repose sur des inférences ou relations illatives (liens entre les différentes propositions) ;

— il est intellectuellement orienté dans un but d'entendement (100).

Ce dernier élément nous permet d'appliquer la notion de « raisonnement » à la motivation juridictionnelle qui doit consister en une suite de propositions propres à expliquer l'acte en cause. Le critère formel du raisonnement nous permet donc d'exclure tout élément qui ne satisfait pas au but d'entendement vers lequel tend l'opération intellectuelle, mais apparaît dans le discours de manière gratuite, ou plutôt guidée par d'autres considérations, esthétiques ou littéraires, par exemple.

347. Les exemples jurisprudentiels de violation de ce prescrit sont rares : dès qu'un État est amené à se justifier, il avancera le plus souvent un « raisonnement ».

Tout au plus pourrait-on relever certaines hypothèses où des éléments de la motivation sont rejetés comme « superflus », parce qu'ils ne visent pas à l'entendement comme devrait le faire un véritable

(97) Nous soulignons ; C.I.J., Affaire du *T.A.N.U.*, *Recueil 1973*, pp. 210-211, § 95 ; v. *supra*, Chapitre I, section 4.

(98) *Le Petit Robert 1. Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Paris, Le Robert, 1987, p. 1598.

(99) *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, P.U.F.-Quadrige, 3e éd., 1993, p. 887.

(100) « Rationalité et méthode dans le droit », *A.P.D.*, tome XXIII, Formes de rationalité en droit, 1978, p. 274.

raisonnement (101). A ce sujet, nous avons déjà relevé de nombreux précédents où le « raisonnement », s'il n'était pas inexistant, était insuffisant en ce qu'il ne permettait pas d'expliquer l'acte dans son ensemble. On rappellera par exemple la qualification par la C.E.D.H. d'un délai de « déraisonnable » parce que certaines périodes particulières n'étaient pas justifiées par la motivation générale (102). Dans l'affaire du *Temple de Préah Vihéar*, la délimitation de la frontière favorable au Cambodge se fonde notamment sur l'inaptitude de la Thaïlande à expliquer la cause de sa passivité pendant un délai déraisonnable après avoir reçu la carte reprenant cette délimitation (103). Dans la même perspective, on a remis en cause le caractère raisonnable du montant de la réparation octroyé par la C.I.J. dans l'affaire du *Détroit de Corfou* parce qu'elle s'était placée, pour le calcul, au moment de l'acte illicite sans donner de raison pour ce point particulier (104). On est, dans ces hypothèses, à la limite entre une absence de motivation et une motivation trop sommaire pour constituer un véritable raisonnement.

Mais, dans l'immense majorité des cas, la motivation répond à ce premier critère, et consiste en l'exposé de causes reliées les unes aux autres à partir de l'acte reproché. Dans l'affaire *Manifattura*, l'État, en excipant de la surcharge du rôle et du comportement de la société requérante, invoque bien des causes propres à expliquer la longueur du délai (105). La jurisprudence de la C.E.D.H. est constante en ce sens. De même, la jurisprudence internationale regorge d'exemples où un acte (interprétation, estimation, comportement,...) est qualifié de raisonnable parce qu'on est apte à le fonder sur des causes légitimes ou reconnues comme telles (106). Il suffira de se souvenir de la motivation avancée par l'Italie pour justifier sa réquisition dans l'affaire *ELSI*, qui renvoyait notamment à la nécessité de maintenir l'emploi dans la région (107). Enfin, nous

(101) C.I.J., Affaire *ELSI*, *Recueil 1989*, op. diss. Schwebel, p. 113 ; v. aussi Affaire des *Forêts du Rhodope central (Question préalable)*, sentence du 4 novembre 1931, *R.S.A.*, vol. III, p. 1401.

(102) Voy. les nombreuses références ci-dessus, A.

(103) C.I.J., *Recueil 1962*, pp. 24 et s.

(104) C.I.J., *Recueil 1949*, op. diss. Ecer, pp. 253 et 256.

(105) Voy. référonce et texte ci-dessus, § 305.

(106) Voy. p. ex. C.P.J.I., Affaire de la *Commission européenne du Danube, Série B, n° 14*, p. 27 ; C.P.J.I., Affaire *Mavromatis, Série A, n° 2*, op. diss. Bustamante, p. 79 ; C.I.J., Affaire du *Différend frontalier, terrestre et maritime, Recueil 1992*, §§ 294-295. En matière arbitrale, v. Affaire *Francis*, sentence du 15 février 1930, *R.S.A.*, vol. V, p. 100 ; *Norwegian Shipowner's Claims*, 13 octobre 1922, *R.S.A.*, vol. I, p. 327.

(107) Voy. la référence *supra*.

avons déjà relevé l'assimilation faite entre la notion de raisonnement et l'exposé de raisons par la jurisprudence relative au contrôle de la motivation arbitrale (108).

La pratique est sans équivoque : tout élément du discours qui ne concourt pas à fonder l'acte en cause sur des raisons, que ce soit par son caractère lacunaire (il n'y a pas véritablement une suite de propositions), ou parce qu'il n'est pas intellectuellement dirigé vers le but d'entendement propre au raisonnement, sera soit écarté, soit rejeté comme déraisonnable.

348. En dépit de l'importance des exclusions qu'elle entraîne, on estimera peut-être que cette condition est tellement évidente qu'elle ne nécessite aucune démonstration. Elle traduit pourtant une conception particulière de l'usage de la raison comme mise en œuvre d'un enchaînement de causes propres à fonder une assertion (109), par opposition à la raison en tant que faculté fondée sur l'intuition voire la révélation comme bases de l'entendement (110). Dans cette perspective, le raisonnable renvoie à la raison comme « raison-d'être », comme explication, ou comme cause (111). Cette conception moderne a été formulée par Leibniz sous l'expression de « principe de raison suffisante » ou « principe de causalité » (112). Dans un chapitre antérieur, nous avons pu jauger son succès en constatant qu'il était présent, dans le discours juridictionnel international à la fois au stade de l'établissement du fait, de l'interprétation du droit et du développement du discours (113). La doctrine admet d'ailleurs très généralement son déploiement à tout le domaine du droit (114). La circonstance que son application apparaît un truisme est le meilleur signe de ce que Heidegger a appelé la « grande puissance du principe de raison », qui, dans la modernité, n'est même plus inter-

(108) V. *supra*, Chapitre I, section 4, sp. C.I.J., *Recueil 1973*, p. 211, § 96.

(109) Voy. Marcel THOMANN, « Un modèle de rationalité idéologique : le 'rationalisme' des Lumières », *A.P.D.*, 1978, p. 133.

(110) Cette deuxième conception est davantage liée à l'ère pré-moderne, v. André LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, *op. cit.*, V° raison, sens E, pp. 880-881.

(111) Voy. les sens G et H donnés par le dictionnaire LALANDE, *ibid.*, p. 882.

(112) En vertu de ce principe, « [...] jamais rien n'arrive sans qu'il y ait une cause ou du moins une raison déterminante, c'est-à-dire qui puisse servir à rendre raison *a priori* pourquoi cela est existant plutôt que non existant et pourquoi cela est ainsi que de toute autre façon » ; *Théodicées*, I, 44, cité dans André LALANDE, *op. cit.*, p. 886.

(113) V. *supra*, Chapitre III, section 2.

(114) V. not. Chaïm PERELMAN, « Jugements de valeur, justification et argumentation », *in Justice et raison*, *op. cit.*, pp. 236 et s. ; Alain RENAUT et Lukas SOSOE, *Philosophie du droit*, *op. cit.*, pp. 414-415.

rogé ni, *a fortiori*, remis en cause, à tout le moins par la plupart des praticiens (115). Les tentatives récentes de certains penseurs post-modernes de réhabiliter d'autres formes de raisonnement basées sur l'esthétique ou la spontanéité (116) ne trouvent aucun écho dans la jurisprudence internationale (117). La conclusion s'impose d'autant plus que même un raisonnement répondant aux critères que nous venons de dégager sera taxé de déraisonnable s'il ne remplit pas le critère supplémentaire de rationalité.

2. *La nécessité d'un raisonnement rationnel*

349. Dans son étude précitée, P. Haba considère que, pour qu'un raisonnement soit « rationnel », il faut qu'il soit apte à faire l'objet d'un contrôle intersubjectif (118). Ainsi, un discours constitué d'un enchaînement de causes fondant une assertion ne sera pas admis :

1° si l'une de ces causes consiste en une inspiration, un sentiment, une passion, une intuition ou encore une révélation, c'est-à-dire une cause non susceptible de faire l'objet d'un contrôle ;

2° si, quelle que soit la nature des raisons invoquées, l'enchaînement de causes n'est pas compréhensible, à cause de l'ambiguïté soit de l'une des propositions intermédiaires, soit de l'une des inférences reliant ces propositions (119). Le discours n'est pas non plus raisonnable dans la mesure où, s'il est bien dirigé dans un but d'entendement (la condition tenant à la nécessité d'un « raisonnement » est réalisée), le but n'est pas atteint.

---

(115) Martin HEIDEGGER, *Le principe de raison*, Paris, Gallimard, coll. tel, 1962, p. 254. L'interprétation n'a pourtant pas toujours obéi à ce principe ; v. p. ex. Michel VILLEY, « Modes classiques d'interprétation en droit », *A.P.D.*, 1972, pp. 71 et s.

(116) V. p. ex. l'exposé de la pensée de RORTY, dans Jacques POULAIN, « L'esthétisation pragmatique de l'esthétique », *in Richard Rorty. Ambiguïtés et limites du postmodernisme*, *op. cit.*, pp. 107 et s.

(117) Voy. de manière plus générale les propos de R. POSNER, *Law and Literature. A misunderstanding relation*, Cambridge, U.P., 1988, p. 218, cité et commenté par Jacques LENOBLE, « Repenser le libéralisme. Au-delà des critiques communautariennes et postmodernes », *loc. cit.*, pp. 321 et s., sp. p. 325.

(118) Pour reprendre la définition exacte de l'auteur, la rationalité est le fait de « fonder des conclusions sur des raisonnements dont la légitimité est intersubjectivement contrôlable », « Rationalité et méthode dans le droit », *loc. cit.*, p. 273. Il existe évidemment nombre d'autres définitions de la « rationalité » (v. not. Georges KALINOWSKI, « Logique et méthodologie juridique. Réflexions sur la rationalité formelle et non formelle », *A.P.D.*, 1978, pp. 59-60 et Christophe GRIEGORCZYK, « La rationalité de la décision juridique », *A.P.D.*, 1978, pp. 238 et s.).

(119) V. aussi André-Jean ARNAUD, *Critique de la raison juridique. t. I. Où va la sociologie du droit ?*, Paris, L.G.D.J., 1981, p. 27.

Le premier type d'exclusion renvoie au rationnel par opposition au passionnel (120), le second se rapproche davantage d'un renvoi à la raison comme concept permettant d'assurer l'unité d'un système par opposition au relativisme (121), et ce dans le cadre d'une communauté réalisée par l'argumentation (122).

350. Une juridiction internationale qui ne parvient pas à exercer son contrôle sur la motivation d'un acte sanctionnera ce dernier comme déraisonnable.

Si la motivation consiste en un raisonnement passionnel ou sentimental, elle ne sera pas prise en compte, non seulement parce qu'elle n'est pas rationnelle mais aussi, comme nous le verrons, parce qu'elle renvoie à des autorités exclues du discours juridique (123). Le prescrit est tellement bien intégré qu'il est systématiquement respecté en pratique.

Si la motivation a toutes les apparences d'un raisonnement juridique mais comporte des ambiguïtés qui empêchent d'en contrôler la rationalité, elle sera également écartée. Ainsi, on peut relever plusieurs précédents où la Cour européenne des droits de l'homme, tout en admettant que le Gouvernement défendeur a apporté une motivation, estime qu'elle a « peine à comprendre » (124), qu'elle « comprend mal » (125) ou qu'elle « n'arrive pas à comprendre pourquoi » (126), cette motivation peut justifier l'acte reproché . Dans la même perspective, la jurisprudence internationale relative au contrôle de la motivation de tribunaux insiste sur la nécessité de pouvoir déterminer facilement les raisons qui fondent la décision (127). La Cour internationale de Justice estime qu'une décision

(120) V. André LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie, op. cit.*, p. 890.

(121) A ce sujet, voy. *supra*, Chapitre III, section 3. Plusieurs auteurs admettent dans cette perspective un lien entre la « justifiabilité » et la rationalité ; v. Jerzy WROBLEWSKI, « Motivation de la décision judiciaire », *in La motivation des décisions de justice, op. cit.*, p. 119 et René POIRIER, « Rationalité juridique et rationalité scientifique », *A.P.D.*, 1978, p. 33.

(122) V. Alain RENAUT et Lukas SOSOE, *Philosophie du droit, op. cit.*, pp. 414-415.

(123) V. ci-dessous, point 4. §§ 357 et s.

(124) C.E.D.H., Affaire *Erkner et Hofauer, Série A, n° 117*, 23 avril 1987, § 69.

(125) C.E.D.H., Affaire *Poss, Série A, n° 117*, 23 avril 1987, § 59 ; Affaire *Tusa, Série A, n° 231-D*, 27 février 1992, § 17 ; Affaire *Lorenzi, Bernardini et Gritti, Série A, n° 231-G*, 27 février 1992, § 16 ; Affaire *Mansur, Série A, n° 321*, 8 juin 1995, § 69.

(126) C.E.D.H., Affaire *H. c. Royaume-Uni, Série A, n° 120*, § 80. Voy. encore une autre formule dans C.E.D.H., Affaire *Scopelliti, Série A, n° 278*, 23 novembre 1993, § 23 ; Affaire *Schouten et Meldrum, Série A, n° 304*, 9 décembre 1994, § 66.

(127) V. C.I.J., Affaire du *T.A.N.U., Recueil 1973*, pp. 210-211, § 95 ; Affaire de la *Sentence arbitrale, Recueil 1991*, pp. 67-68, §§ 41-43 et 73-74, § 62-63 ; op. indiv. Lachs, pp. 94-95 ; op. indiv. Ni, pp. 104-105.

raisonnable suppose une « compréhension pédagogique de la démarche du juge » (128).

Ce critère de possibilité du contrôle est en réalité lié au précédent : le juge ne peut vérifier si un raisonnement a bien été développé pour justifier l'acte en cause s'il n'est pas apte à le comprendre. En pratique, ce deuxième critère formel de motivation empêche l'auteur de la motivation d'en appeler à sa seule subjectivité pour prétendre que son discours équivaut bien à un raisonnement propre à réaliser la fonction d'entendement juridique. En d'autres termes, la possibilité juridique d'un contrôle marginal suppose que ce contrôle s'étende non seulement au principe mais aussi aux modalités de la motivation.

351. Dans cette perspective, la sanction de l'impossibilité d'un contrôle intersubjectif comme déraisonnable est le reflet du succès de la « raison procédurale » au sens déterminé ci-dessus. La rationalité s'entend ainsi dans une acception contemporaine, comme étroitement associée à la communication qui détermine les conditions de la validité d'un énoncé (129). La remarque n'est pas sans conséquence. En premier lieu, le débat s'effectuera dans une langue particulière, déterminée par le statut de la juridiction saisie, et qui conditionnera le contrôle intersubjectif par la prégnance de la culture qu'elle incarne (130). Ensuite, le style choisi sera sous-tendu par des valeurs liées à la rationalité (131). Ainsi, même si un acte est justifiable selon certains critères, il sera sanctionné comme déraisonnable si la justification ne répond pas aux formes requises pour la compréhension par la juridiction saisie, ce qui implique aussi, comme nous

(128) C.I.J., Affaire de la *Sentence arbitrale*, *Recueil 1991*, p. 123 § 10 ; v. aussi pp. 67-68, §§ 41-43, pp. 73-74, §§ 62-63. Le juge Ni évoque la possibilité de « suivre le fil de la pensée » qui guide la motivation, *id.*, op. indiv., pp. 104-105.

(129) V. à ce sujet Jürgen HABERMAS, *Raison et légitimité*, *op. cit.*, pp. 149-150 et René SÈVE, « Avant-propos », La philosophie du droit aujourd'hui, *loc. cit.*, pp. 20-21.

(130) Voy. à ce sujet les réflexions de Lyndel V. PROTT, « The Justification of Decisions in the International Court of Justice », *in* Ch. PERELMAN et P. FORIERS (sous la direction de), *La motivation des décisions de justice*, Travaux du C.N.R.L., Bruxelles, Bruylant, 1978, p. 339, et de Léon HUDSON, « Les trois dimensions de la motivation judiciaire », *La motivation...*, *ibid.*, pp. 74-75. V. p. ailleurs Jacques DERRIDA, *Force de loi*, Paris, Galilée, 1994, p. 47.

(131) Jerzy WROBLEWSKI, « Le postulat de la décision justifiée et l'argument d'autorité en droit », *in* G. HAARSCHER, L. INGBER et R. VANDER ELST (sous la direction de), *Arguments d'autorité et arguments de raison en droit*, Travaux du C.N.R.L., Bruxelles, Nemesis, 1988, p. 360. Jean-Marc FERRY relève plus généralement que « je ne peux pas justifier mon langage devant quelqu'un qui 'joue' un jeu de langage complètement différent du mien » ; *Philosophie de la communication. Tome 1. De l'antinomie de la vérité à la fondation ultime de la raison*, *op. cit.*, p 44.

le constaterons dans les lignes qui suivent, l'obéissance à une certaine logique.

3. *La nécessité d'un raisonnement rationnel obéissant à une « certaine logique »*

352. Tout d'abord, personne ne conteste que l'interprétation du « raisonnable » suppose le respect d'une certaine logique qui, en tant que critère formel, devra caractériser la motivation de l'interprète (132).

L'association est d'ailleurs opérée occasionnellement de manière théorique dans la pratique juridictionnelle (133) et dans la doctrine. Selon Stevan Jovanovic, le « raisonnable » implique une obligation qui exige

> « [...] un certain rapport entre l'acte et la situation objective qui est à sa base, et requiert que cet acte soit une conséquence logique de cette situation » (134).

Ainsi, lorsque l'État conteste le caractère déraisonnable d'un délai de jugement, il le fait en avançant certains éléments qui, logiquement agencés, permettent d'expliquer la longueur du délai. Par exemple, dans l'affaire *Manifattura*, l'Italie fait un lien logique entre le comportement de la société requérante, l'encombrement du rôle et la période s'étendant jusqu'au jugement (135). De même, s'il s'agit de justifier une différenciation en contestant son caractère déraisonnable et donc discriminatoire, l'État développera une certaine logique propre à mettre les mesures en rapport avec certains buts légitimes (136).

La démarche vaut aussi lorsque le « raisonnable » est un élément d'une des étapes du « syllogisme judiciaire ». La « certitude raisonnable » est assimilée à un ensemble de faits« qui s'enchaînent et qui conduisent logiquement à une même conclusion », ce qui amène le juge à privilégier la version des faits la plus cohérente et à rejeter celle qui apparaît la moins compatible avec les éléments

(132) V. p. ex. Henri BATTIFOL, « Questions de l'interprétation juridique », *A.P.D.*, 1972, pp. 47 et s.

(133) V. p. ex. C.I.J., Affaire du *Plateau continental de la Mer du Nord, Recueil 1969*, op. diss. Tanaka, p. 180.

(134) *Restriction des compétences discrétionnaires des Etats en droit international, op. cit.*, p. 158.

(135) § 17 de l'arrêt, réf. *supra*. Pour d'autres exemples, on se reportera aux nombreuses affaires citées ci-dessus où l'Etat avance des motifs propres à expliquer la longueur d'un délai, motifs qu'il agence systématiquement suivant une certaine logique.

(136) Voy. les nombreux précédents expliqués *infra*, Chapitre VII.

avérés (137). De même, une interprétation est « raisonnable » si elle permet d'agencer logiquement les divers indices issus des principes codifiés dans la Convention de Vienne (138). Plus généralement, des éléments logiques sont constamment usités dans le cadre d'un discours juridictionnel développant le « raisonnable » (139). *A contrario*,

(137) V. C.I.J., Affaire du *Détroit de Corfou*, *Recueil 1949*, pp. 14 et s. (v. le commentaire de Hasso JAEGER, « La logique de la preuve judiciaire et la philosophie du jugement », *A.P.D.*, tome XI, La logique du droit, 1966, pp. 77-78) ; Affaire du *Temple de Préah Vihéar*, *Recueil 1962*, p. 21 ; Affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*, *Recueil 1986*, pp. 82-83, §§ 151-152 ; C.E.D.H., Affaire *Messina*, *Série A, n° 257-H*, 26 février 1993, § 31 de l'arrêt et § 65 du Rapport de la Commission.

(138) Une interprétation « raisonnable » est occasionnellement assimilée à une interprétation « compatible » avec le texte ; v. C.I.J., Affaire du *T.A.N.U.*, *Recueil 1954*, op. diss., p. 86. On peut relever de multiples cas où le caractère raisonnable d'une interprétation est apprécié en fonction du respect de critères d'ordre logique ; v. not. C.P.J.I., Affaire de l'*Université Peter Pazmany*, *Série AB, n° 61*, p. 248 , C.I.J., Affaire du *Cameroun septentrional*, *Recueil 1963*, op. indiv. Fitzmaurice, p. 112 ; Affaire du *Plateau continental de la Mer du Nord*, *Recueil 1969*, op. diss. Sorensen, p. 256 ; Affaire *Barcelona Traction*, *Recueil 1964*, op. diss. Armand-Ugon, p. 148 ; v. aussi impl. C.I.J., Affaire du *Plateau continental de la Mer Egée*, *Recueil 1978*, pp. 23-25, §§ 55-60 ; Affaire du *Sud-Ouest africain*, *Recueil 1962*, op. diss. Van Wyk, pp. 579 et 603. En matière arbitrale, v. Affaire des *Forêts du Rhodope central (Question préalable)*, sentence du 4 novembre 1931, *R.S.A.*, vol. III, pp. 1401-1402 ; Affaire *Panama and Abundio Caselli*, sentence du 29 juin 1933, *R.S.A.*, vol. VI, p. 380 ; Affaire du *Différend societa mineraria et metallurgica di pertulosa*, décision du 8 mars 1951, *R.S.A.*, vol. XIII, p. 185 ; Affaire *Fubini*, décision du 12 décembre 1959, *R.S.A.*, vol. XIV, p. 423.

(139) Lorsqu'elle vérifie le caractère raisonnable de la motivation d'un tribunal, la Cour vérifie ainsi qu'un certain « ordre logique » a été suivi (C.I.J., Affaire du *T.A.N.U.*, *Recueil 1973*, pp. 192-193, § 55, Déclaration Forster et Nagendra Singh et op. diss. de Castro, p. 292, § 47 ; Affaire de la *Demande de réformation du jugement n° 333 du T.A.N.U.*, *Recueil 1987*, pp. 37, § 33 et 40, § 39 ; Affaire de la *Sentence arbitrale*, *Recueil 1991*, op. diss. Aquilar Mawdsley et Ranjeva, p. 128, §§ 20 à 22 ; op. diss. Weeramantry, p. 165). Par ailleurs, les suppositions, conclusions, positions, déductions ou autres éléments du discours juridictionnel sont considérés comme raisonnables s'ils se basent sur un raisonnement témoignant d'une certaine logique ; v. not. C.P.J.I., Affaire des *Emprunts brésiliens*, *Série A, n° 15*, p. 113 ; Affaire du *Délégué à la troisième conférence internationale du travail*, *Série B, n° 1*, p. 22 ; Affaire *Oscar Chinn*, *Série AB, n° 63*, op. diss. Altamira, p. 97 ; C.I.J., Affaire de l'*Anglo-Iranian Oil Company*, *Recueil 1952*, pp 104-105 ; Affaire de la *Barcelona Traction*, *Recueil 1964*, p. 23 ; Affaire du *Plateau continental (Libye-Malte)*, *Recueil 1985*, pp. 51-52, § 72 ; Affaire des *Droits des ressortissants des Etats-Unis au Maroc*, *Recueil 1952*, op. diss. Hackworth *et alii*, pp. 227-229 ; Affaire de l'*Audition des pétitionnaires*, *Recueil 1956*, op. indiv. Lauterpacht, p. 45 ; Affaire du *Temple de Préah Vihéar*, *Recueil 1962*, op. indiv. Fizmaurice, pp. 55 et 61 ; Affaire du *Sud-Ouest africain*, *Recueil 1962*, op. indiv. Jessup, p. 412 ; Affaire du *Sud-Ouest africain*, *Recueil 1966*, op. diss. Tanaka, pp. 258 et 274 ; Affaire du *Plateau continental de la Mer du Nord*, *Recueil 1969*, op. indiv. Ammoun, p. 102, § 2 ; Affaire du *Golfe du Maine*, *Recueil 1984*, op. diss. Gros, p. 371, § 17 ; Affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*, *Recueil 1984*, op. indiv. Oda, p. 488. Pour la jurisprudence arbitrale assimilant en pratique le « raisonnable » à un raisonnement logique, v. Affaire *Tacna-Arica*, sentence du 4 mars 1925, *R.S.A.*, vol II, p. 935 ; Affaire *S.S. « EDNA »*, sentence du 22 décembre 1934, *R.S.A.*, vol III, p. 1600 ; Affaire de la *Délimitation de la frontière maritime Guinée-Guinée Bissau*, sentence du 14 février 1985, *R.S.A.*, vol. XIX, pp. 180-181, § 83. On peut parfois remplacer le terme « raisonnable » par le terme « logique », ainsi qu'en témoigne cet extrait d'une opinion dissidente du juge Schwebel, « [...] si l'on retient cette interprétation restrictive du texte anglais, il est tout-à-fait raisonnable de conclure que c'est aussi celle du texte français » (C.I.J., Affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*, *Recueil 1984*, op. diss., p. 575 § 23). Les deux termes sont par ailleurs occasionnellement associés ; C.I.J., Affaire du *Plateau continental de la Mer du Nord*, *Recueil 1969*, op. diss. Tanaka, p. 180.

une motivation dépourvue de logique aboutira à la qualification de l'acte qui en est l'objet de déraisonnable (140).

353. Mais quels sont les éléments logiques requis pour que la motivation soit formellement correcte ? A quel critère supplémentaire devra satisfaire un discours qui, par hypothèse, est bien un raisonnement rationnel intersubjectivement contrôlable ? Dans un passage consacré à la raison comme fondement du discours juridictionnel, nous avons constaté que la logique juridique était qualifiée de « logique du raisonnable » combinant des aspects formels et des aspects axiologiques (141). La conclusion est également valable lorsque le discours consiste en l'interprétation du « raisonnable » comme élément de la règle. Plus particulièrement, nous verrons que la jurisprudence sanctionne non seulement la contradiction (§ 354) mais aussi l'absurde (§ 355).

354. C'est surtout en matière d'interprétation que le lien entre déraisonnable et *contradictoire* a été affirmé par la jurisprudence. L'exemple le plus clair est fourni par l'affaire du *Temple de Préah Vihéar (compétence)* au cours de laquelle la Cour a été amenée à interpréter le renouvellement de sa déclaration d'acceptation par la Thaïlande, qui avait été opéré alors que la déclaration avait formellement expiré (142). La Cour rejette l'argument du Cambodge selon lequel on ne pouvait reconnaître aucun effet juridique à un acte de renouvellement d'un acte non valide, sur base de l'argument suivant :

> « Le principe de l'interprétation suivant le sens ordinaire n'impose pas toujours l'interprétation purement littérale des mots et des phrases [...] la Cour permanente a dit que ce principe ne s'appliquait pas lorsque l'interprétation ainsi donnée conduisait 'à des résultats déraisonnables ou absurdes'. *Le cas d'une contradiction entrerait clairement dans cette catégorie* » (143).

L'expression soulignée est sans ambiguïté. Elle est confirmée par de nombreux précédents où l'on a utilisé des expressions assimilant les notions, que l'on retrouve non seulement en matière d'interpré-

(140) Voy. encore à ce sujet *infra*, Chapitre VIII.
(141) V. *supra*, Chapitre III, section 2, §§ 195 et s.
(142) Pour plus de détail, v. *supra*, Chapitre I, section 1.
(143) Nous soulignons ; C.I.J., *Recueil 1961*, p. 32.

tation (144), mais aussi, plus largement, dans le cadre d'un discours juridique (145).

Encore convient-il de préciser que la contradiction sanctionnée est rarement une contradiction entendue strictement comme une

> « Relation qui existe entre l'affirmation et la négation d'un même élément de connaissance ; en particulier :
>
> 1° Entre deux termes, dont l'un est la négation de l'autre, comme A et non-A ;
>
> 2° Entre deux propositions, comme 'A est vrai' et 'A n'est pas vrai' (ou 'A est faux') » (146).

Chaïm Perelman et Lucie Olbrechts-Tyteca soulignent que l'utilisation du langage ordinaire dans l'argumentation (147) rend extrêmement difficile la démonstration d'une contradiction :

> « [...] sauf dans les cas tout à fait exceptionnels — quand il arrive à l'orateur d'emprunter quelques chaînons de son raisonnement à un système formel — il n'est pas permis de faire état d'une contradiction [...]. D'habitude l'argumentation s'efforcera de montrer que les thèses que l'on combat mènent à une *incompatibilité*, qui ressemble en ceci à une contradiction, qu'elle consiste en deux assertions entre lesquelles il faut choisir, à moins de renoncer à l'une et à l'autre » (148).

C'est bien l'incompatibilité, et non la contradiction au sens strict ou formel du terme, qui est sanctionnée par la jurisprudence (149). Pour reprendre l'affaire du *Temple de Préah Vihéar*, la sanction porte sur l'opposition entre la volonté de la Thaïlande de conférer compétence à la Cour et l'interprétation de son acte de renouvellement comme s'appliquant à une déclaration non valide : il ne s'agit nullement de l'affirmation de deux propositions formalisables en

(144) Voy. C.I.J., Affaire du *Sud-Ouest africain*, *Recueil 1962*, pp. 365-366 ; Affaire de la *Barcelona Traction*, *Recueil 1964*, op. indiv. Tanaka, p. 75. Voy. aussi impl. C.P.J.I., Affaire du *Vapeur Wimbledon*, *Série A, n° 1*, op. diss. Anzilotti et Huber, p. 36 ; Affaire du *Groenland oriental*, *Série AB, n° 48*, op. diss. Anzilotti, p. 22 ; Affaire de la *Ville libre de Dantzig*, *Série B, n° 8*, op. indiv. Anzilotti, p. 22 ; C.I.J., Affaire du *Droit d'asile*, *Recueil 1950*, p. 279.

(145) C.P.J.I., Affaire des *Zones franches de Haute-Savoie et du pays de Gex*, *Série AB, n° 46*, p. 138 ; C.I.J., Affaire de la *Barcelona Traction*, *Recueil 1970*, op. indiv. Padilla Nervo, p. 260 ; Affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*, *Recueil 1984*, op. diss. Schwebel, p. 594, § 51 ; v. aussi impl. C.I.J., Affaire de la *Sentence arbitrale*, *Recueil 1960*, pp. 216-217 ; Affaire du *Plateau continental de la Mer du Nord*, *Recueil 1969*, op. diss. Lachs, p. 231.

(146) André Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, *op. cit.*, p. 183.

(147) Voy. à ce propos nos développements, *supra*, Chapitre III, section 2.

(148) *Traité de l'argumentation. La Nouvelle Rhétorique*, 5e éd., Bruxelles, Ed. de l'U.L.B., 1992, pp. 262-263 ; v. encore pp. 269 et 270.

(149) Le terme incompatible est occasionnellement cité (v. p. ex. C.I.J., Affaire du *Droit d'asile*, *Recueil 1950*, p. 279), éventuellement en association expresse avec le « raisonnable » (Affaire *S.S. « EDNA »*, décision du 22 décembre 1934, *R.S.A.*, vol. III, p. 1601).

« A » et « non-A ». La même affaire, mais envisagée cette fois au fond, permet encore d'illustrer notre propos. Lorsque la Cour considère que la Thaïlande a accepté la frontière reproduite sur la carte soumise par des officiers français parce qu'elle n'a pas protesté contre cette frontière dans un « délai raisonnable », elle fonde son raisonnement sur l'incompatibilité entre sa revendication et son silence (150). Il ne s'agit toujours pas d'une contradiction formelle, la Thaïlande prétendant d'ailleurs que son silence s'expliquait par d'autres considérations (151).

Finalement, on constate que la contradiction formelle, si elle peut être décelée, mais aussi non formelle est sanctionnée comme déraisonnable.

355. Les précédents que nous venons d'exposer s'apparentent en réalité à une sanction de l'*absurde*, au sens donné par le dictionnaire Lalande comme :

> « Proprement dit, ce qui viole les règles de la logique. Une idée absurde est une idée dont les éléments sont *incompatibles*. Un jugement absurde est un jugement qui implique une inconséquence [...]. L'*absurde, en ce sens, est donc plus général que contradictoire* [...] » (152).

Le « déraisonnable » est dans cette perspective fréquemment assimilé à l'absurde, et nous venons de rappeler la formule de l'article 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités qui sanctionne toute interprétation menant à un résultat manifestement « absurde *ou* déraisonnable » (153). Le « ou » est-il alternatif ou conjonctif ? D'un côté, il semble alternatif puisque les deux notions ne se confondent pas. Le déraisonnable ne se définit pas exclusivement à l'aide de critères logiques, comme nous avons eu l'occasion de le constater à maintes reprises, et comme nous le préciserons

(150) C.I.J., *Recueil 1962*, p. 23. Voy. aussi, *mutatis mutandis*, C.I.J., Affaire de la *Demande en révision et en interprétation de l'arrêt du 24 février 1982 en l'affaire du Plateau continental, Recueil 1985*, pp. 205-206, §§ 24-25.

(151) Pour un autre exemple, v. encore C.I.J., Affaire du *Différend frontalier, terrestre, maritime et insulaire, Recueil 1992*, § 143. En l'occurrence, la Cour se trouve devant deux interprétations possibles, et en privilégie une parce qu'elle permet de mieux concilier, c'est-à-dire de rendre plus facilement compatibles, les différents titres de souveraineté.

(152) Nous soulignons ; *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, *op. cit.*, p. 11. Certains auteurs semblent cependant assimiler l'absurde à une contradiction formelle, v. Chaïm PERELMAN et Lucie OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation*, *op. cit.*, p. 276.

(153) Voy. le texte et les nombreuses références jurisprudentielles reproduites *supra*, Chapitre I, section 1. V. aussi, impl., Affaire de la *Réévaluation du mark allemand entre 1961 et 1969*, *R.S.A.*, vol. XIX, p. 104, § 32.

davantage à l'analyse de critères de fond (154). Cet extrait d'une opinion du juge Schwebel, selon lequel « chacune des Parties a soutenu que l'interprétation opposée à la sienne conduisait à des résultats, *sinon manifestement absurdes, du moins déraisonnables* » (155), témoigne d'une plus large portée de la deuxième notion par rapport à la première. D'un autre côté, le « ou » peut être considéré comme partiellement conjonctif puisqu'une proposition absurde sera généralement qualifiée de déraisonnable (156). Outre les exemples déjà mentionnés, on peut rappeler l'*obiter dictum* formulé par le juge Martinez selon lequel

> « La logique du droit est la logique de la raison, et il n'est pas raisonnable de demander ce qui est absurde ou impossible. '*Ad impossibilia nemo tenetur*', c'est un principe général reconnu » (157).

Comme cette citation le laisse apparaître, il y a plusieurs types d'incompatibilités pouvant mener à un raisonnement absurde et donc déraisonnable. On peut ainsi distinguer :

1° l'incompatibilité entre deux éléments internes du discours exprimé et l'incompatibilité entre un élément interne et un élément externe, comme par exemple entre le discours lui-même et ses conséquences pratiques. Le précédent du *Temple de Préah Vihéar* envisagé au fond s'apparente à la première catégorie ; les exemples dans lesquels une interprétation exclusivement grammaticale est qualifiée de déraisonnable au regard de ses implications pratiques entrent clairement dans la deuxième (158).

2° l'incompatibilité actuelle, entre deux éléments exprimés du discours, et l'incompatibilité potentielle, entre un élément exprimé et les conséquences non exprimées d'un autre élément. La deuxième hypothèse est celle désignée comme un « raisonnement par l'ab-

(154) V. *infra* Chapitres VI et VIII.

(155) Nous soulignons, C.I.J., Affaire *ELSI*, *Recueil 1989*, op. diss., p. 97.

(156) Jean SALMON semble également associer étroitement les deux notions, « Le concept de raisonnable en droit international public », *in Mélanges Paul Reuter*, Paris, Pédone, 1982, pp. 468-470.

(157) C.E.D.H., Affaire *Ruiz-Mateos*, *Série A, n° 262*, 23 juin 1993, op. partiell. diss., p. 64.

(158) Voy. notamment le passage de l'affaire de l'*Anglo-Iranian Oil Company* exposé *supra*, Chapitre I, section 1, § 42. Cette dernière catégorie rappelle aussi le rôle de la raison en tant que facteur de cohérence entre les différents éléments du système juridique ; v. *supra*, Chapitre III, section 3.

surde » ; il s'agit d'interpréter le discours présenté et de montrer que ses conséquences aboutissent à une incompatibilité (159).

356. Finalement, un acte sera qualifié de déraisonnable si la motivation dont il est l'objet n'obéit pas à une certaine logique. L'exigence témoigne d'une conception de la raison basée sur l'argumentation et sur ce qu'on a appelé la « logique informelle » (160), qui n'est ni formelle (puisque les éléments du discours ne sont pas formalisés), ni matérielle (puisqu'elle reste limitée à la forme de l'argumentation sans analyse de son contenu). Le principe de non-contradiction, généralement admis comme critère (161), témoigne de l'attirance du juriste pour la logique formelle par préférence à d'autres (162), et doit s'entendre comme interdisant non seulement une contradiction, mais aussi une incompatibilité, interne ou externe, actuelle ou potentielle. En réalité, une « incompatibilité » équivaut à l'*impossibilité d'expliquer une opposition apparente entre éléments*, et revient une fois encore à une carence de motivation (163). Ne relevant pas de la logique formelle, l'auteur du discours aurait éventuellement pu y échapper en fournissant des expli-

(159) Voy. p. ex. C.I.J., Affaire du *Plateau continental de la Mer Egée, Recueil 1978*, p. 28, § 67 ; Affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua, Recueil 1986*, p. 83, § 153 et Affaire des *Emprunts norvégiens, Recueil 1957*, op. diss. Read, p. 94.

(160) G. BRUTIAN, « Logic of Argumentation (The Perelman's view Pros and Cons Arguments) », *in Chaïm Perelman et la pensée contemporaine*, *op. cit.*, pp. 299-300. V. p. ailleurs Georges KALINOWSKI, « Logique et méthodologie juridique. Réflexions sur la rationalité formelle et non formelle », *loc. cit.*, pp. 61 et s. et J. PARAIN-VIAL, « La nature du concept juridique et la logique », *A.P.D.*, 1966, pp. 47 et s.

(161) V. not. la citation de Portalis reproduite dans l'étude de Paul FORIERS, « Les antinomies en droit », *in* Ch. PERELMAN (sous la direction de), *Les antinomies en droit*, Travaux du C.N.R.L., Bruxelles, Bruylant, 1965, p. 29 ; v. aussi Michel VILLEY, « Préface historique », *A.P.D.*, tome XXIII, Formes de rationalité en droit, 1978, p. 9 ; Aulis AARNIO, *Le rationnel comme raisonnable. La justification en droit*, *op. cit.*, p. 240 (l'auteur évoque des « règles de consistance ») ; Neil Mc CORMICK, « Le raisonnement juridique », *A.P.D.*, 1988, pp. 105 et s. (notion de « cohérence » et de « consistance »), Luc SILANCE, « La motivation des jugements et la cohérence du droit », *in La motivation des décisions de justice*, *op. cit.*, pp. 220 et s. Voy. aussi Ingrid DWARS, « La rationalité du discours pratique selon Robert Alexy », *loc. cit.*, p. 294 ; Alain RENAUT et Lukas SOSOE, *Philosophie du droit*, *op. cit.*, p. 414 ; Jean-Marc FERRY, *Philosophie de la communication. Tome 1. De l'antinomie de la vérité à la fondation ultime de la raison*, *op. cit.*, p. 95 (la non-contradiction est érigée en argument transcendental par K.O. Appel).

(162) Le principe de non-contradiction n'est en effet pas une nécessité logique (v. p. ex. Luc SILANCE, « La motivation des jugements et la cohérence du droit », *in La motivation des décisions de justice*, *op. cit.*, p. 229). Par exemple la logique dialectique est fondée sur la contradiction, v. not. K. STOYANOVITCH, « De quel usage peut être en logique juridique la 'dialectique' au sens moderne et hégélien du mot ? », *A.P.D.*, 1966, pp. 159 et s.

(163) Bien entendu, c'est toujours la juridiction saisie qui juge si l'opposition apparente a (ou n'a pas) trouvé une véritable explication. Par exemple, dans l'affaire du *Temple de préah Vihéar*, l'incompatibilité entre le silence de la Thaïlande et sa contestation de la frontière est contestée par certains juges dissidents qui fournissent des explications (C.I.J., *Recueil 1962*, op. diss. Wellington Koo, pp. 84 et s.), explications apparement jugées insuffisantes...

cations grâce à un raisonnement rationnel et cohérent portant sur ce point précis. Mais il n'a pas été apte à le faire, ce qui est l'indice du caractère déraisonnable de l'acte ainsi motivé. Cela pose par ailleurs la question des limites de la motivation : jusqu'où peut, ou doit, aller l'interprète du « raisonnable » dans son souci de justifier son interprétation ?

4. *La nécessité d'un raisonnement rationnel obéissant à une certaine logique et reposant sur des autorités juridiquement admises*

357. Le but ultime de la motivation d'un acte sera toujours de parvenir par une certain nombre d'inférences à une autorité qui représentera le terme du raisonnement rationnel et logique tel que décrit dans les lignes qui précèdent. Le recours à une autorité ne sera nullement sanctionné comme le signe du déraisonnable, pourvu que cette autorité soit admise dans le système juridique considéré. Ainsi, seront rejetés les arguments fondés sur la passion, sur le sentiment, mais encore sur la morale, la politique, ou encore un autre système juridique, comme le droit interne.

358. Quelles sont les autorités juridiquement admises ? Dans la mesure où la motivation vise à justifier l'application d'une règle à un cas particulier, elles sont principalement de deux ordres : la règle juridique applicable, en amont, le fait juridiquement établi, en aval.

En *amont*, l'établissement et l'interprétation de la règle s'effectuent, comme nous l'avons vu dans la section précédente, par le renvoi à certaines autorités juridiques comme les traités ou la jurisprudence. En l'occurrence, et peut-être si l'on excepte cette dernière source, les autorités juridiques sont de peu de secours pour l'interprétation du « raisonnable ».

C'est donc plutôt en *aval*, pour l'établissement du fait, que des autorités seront utilisées. La notion se justifiera en effet le plus souvent par un certain nombre de faits (164) qui, pour être admis comme autorités, devront satisfaire à certaines techniques juridiques de preuve sur lesquelles nous ne reviendrons pas à ce stade (165). Ainsi, dans l'affaire *Manifattura*, ce sont des faits

(164) Stevan JOVANOVIC, *Restriction des compétences discrétionnaires des Etats*, *op. cit.*, pp. 165 et 168 (l'auteur affirme que « le principe comporte une obligation de rattachement nécessaire et effectif de l'acte juridique à des faits pertinents ; l'acte résultant de l'exercice du pouvoir discrétionnaire doit être justifié par les faits »).

(165) V. à ce sujet *supra*, Chapitres I, section 2 et III, section 2.

avérés selon les moyens de preuve organisés par la Convention, qui sont utilisés par l'État comme autorités justifiant la longueur du délai, en l'occurrence l'encombrement du rôle et le comportement de la société requérante (166). De même, ce sont des arguments de fait qui sont agencés logiquement pour expliquer le caractère raisonnable des mesures de différenciation ou de réquisition, ou encore pour justifier une passivité remise en cause par rapport à l'exigence d'une « diligence raisonnable » (167).

Que ce soit en amont ou en aval du raisonnement, le respect du caractère juridique de ces autorités conditionnera la recevabilité de l'argument.

359. Mais il y a plus. Dans la mesure où le discours consiste en une application plus ou moins difficile du droit au fait, en vue de parvenir à une solution particulière, les autorités ne fournissent jamais des arguments *immédiatement* pertinents ; elles doivent toujours être reliées par une ou plusieurs inférences qui formeront le discours juridictionnel. Si on reprend l'exemple de l'affaire *Manifattura*, il n'y a pas de lien direct ou évident entre le comportement de la société et l'allongement du délai de jugement : ce lien dépend d'une démonstration. Dans ces conditions, plusieurs options sont envisageables.

Il se peut d'abord que le lien entre la solution préconisée comme raisonnable et l'autorité invoquée soit relativement immédiat. C'est l'hypothèse où la brièveté de la motivation s'explique par l'évidence de la position qu'elle soutient (168). On peut notamment classer dans cette catégorie la qualification de « raisonnable » d'une somme couvrant une partie des dépens réclamés par le demandeur, qui est souvent effectuée sans beaucoup d'explications (169). De même, des expressions comme « raisonnablement » déduire, considérer, supposer, *etc.*, sont autant de références à une relation illative qui semble

(166) § 17 de l'arrêt, réf. *supra*, § 305.

(167) V. p. ex. Affaire *Chevreau*, sentence du 9 juin 1931, *R.S.A.*, vol. II, pp. 1124-1125 ; Affaire *LAFICO*, sentence du 4 mars 1991 in *R.B.D.I.*, 1990, p. 543, § 48 ; C.I.J., Affaire du *Sud-Ouest africain*, *Recueil 1962*, p. 345 ; Affaire de la *Barcelona Traction*, *Recueil 1970*, op. indiv. Fitzmaurice, pp. 98-99, § 58 ; Affaire *ELSI*, *Recueil 1989*, p. 76, § 129 ; C.E.D.H., Affaire du *Syndicat suédois des conducteurs de locomotives*, *Série A, n° 020*, 6 février 1976, § 46 ; Affaire *Triggiani*, *Série A, n° 197-B*, 19 février 1991, avis de la Commission, § 40. V. aussi Affaire *Home Insurance Company*, *R.S.A.*, vol. IV, p. 52 et les autres exemples donnés par Stevan JOVANOVIC, *Restriction des compétences discrétionnaires des Etats*, *op. cit.*, pp. 165-166.

(168) V. à ce sujet Georges KALINOWSKI, « De la spécificité de la logique juridique », *A.P.D.*, 1966, p. 9.

(169) V. les exemples *supra*, section 1 du présent chapitre.

s'imposer sans nécessité de motivation supplémentaire. C'est en pareille situation que Chaïm Perelman considère que :

> « quand la thèse à faire admettre est *évidente*, et que cette évidence s'impose à tout esprit attentif, il n'y a pas lieu d'argumenter : dès que la vérité s'impose d'une manière contraignante, quand l'évidence ne laisse aucune liberté de choix à la volonté, toute rhétorique est superflue » (170).

Cependant, on admettra avec Lalande que « rien ne prouve *a priori* qu'il *existe* (au sens logique) des propositions jouissant du caractère d'évidence [...] » (171). La logique juridique étant non formelle, on pourra toujours contester un lien prétendument évident, comme les exemples mentionnés le laissent apparaître. En conséquence, on pourra toujours exiger de l'interprète qu'il poursuive son raisonnement en fournissant des raisons supplémentaires.

La conclusion est valable également pour la deuxième option envisageable, dans laquelle le lien entre la solution préconisée et les autorités de fait ou de droit est particulièrement étendu, et est constitué d'une chaîne d'inférences reliant un nombre important de raisons. Il suffit par exemple de se reporter au jugement de la Cour dans l'affaire du *Détroit de Corfou* où la certitude « au-delà de tout doute raisonnable » selon laquelle l'Albanie a eu connaissance du mouillage des mines n'est établie qu'à la suite d'un raisonnement long et complexe. Ici encore, on pourrait considérer ce raisonnement incomplet dans la mesure où plusieurs de ses étapes peuvent être contestées et donc requérir des explications complémentaires (172).

360. Quel que soit le degré de difficulté de la motivation, les autorités de la règle et du fait ne suffisent pas puisque, pour les mettre en rapport avec la solution préconisée, on aura recours à un discours virtuellement inépuisable (173). Deux principes permettront à l'interprète de justifier la limitation de son discours.

---

(170) « Droit et rhétorique », *in Le raisonnable et le déraisonnable en droit, op. cit.*, p. 85 ; voy. aussi les commentaires de François Ost et Michel van de Kerchove, « De la théorie de l'argumentation au paradigme du jeu : quel entre-deux pour la pensée juridique », *in Chaïm Perelman et la pensée contemporaine, op. cit.*, p. 136 ; v. encore François Terré, « L'office du juge et la rhétorique. L'apport de Perelman », *ibid.*, p. 254, et Paul Foriers, « La motivation par référence à la nature des choses », *in La motivation des décisions de justice, op. cit.*, p. 238.

(171) *Vocabulaire technique et critique de la philosophie, op. cit.*, p. 311.

(172) Des contestations ont d'ailleurs effectivement été opérées par plusieurs juges dissidents ; v. *supra*, Chapitre II, section 1.

(173) Comme le relève P. Haba, « le fait de demander un fondement constitue l'essence même de la pensée rationnelle, voire de celle pouvant être simplement raisonnable. La question du fondement résulte du fait de demander un 'pourquoi' face à un jugement. Ce 'pourquoi' peut [...] être entendu de différentes manières. Mais, en définitive, la réponse va toujours être un autre

On a d'abord évoqué un « *principe d'inertie* », en application duquel une solution qui correspond à ce qui se produit le plus fréquemment en pratique ne requiert pas de motivation particulière, au contraire d'une solution qui s'en écarte. Nous avons déjà rencontré ce principe dans la jurisprudence internationale à propos de l'octroi de dépens par le T.A.N.U., dont la motivation brève a été considérée comme suffisante parce qu'elle correspondait à la norme (174). Le principe d'inertie a aussi été mis en exergue par des théoriciens du droit. Chaïm Perelman et Lucie Olbrechts-Tyteca remarquent ainsi que

> « [...] l'inertie permet de compter sur le normal, l'habituel, le réel, l'actuel, et de le valoriser, qu'il s'agisse d'une situation existante, d'une opinion admise ou d'un état de développement continu et régulier. Le changement, par contre, doit être justifié ; une décision, une fois prise, ne peut être renversée que pour des raisons suffisantes » (175).

On peut expliquer sur cette base bon nombre de précédents comprenant des motivations relativement sommaires.

Le deuxième principe limitant la suite des inférences qui forment le discours juridictionnel relève plutôt de la théorie du langage : il s'agit du « *principe d'économie* ». Le locuteur devra, pour mettre un terme à cette chaîne illative sans fin, recourir à un autre type d'autorité que le fait ou la règle, qui ne sera autre que l'autorité du langage (176). La motivation s'exprime en effet dans un langage juridique composé de termes du langage ordinaire et, comme nous l'avons relevé, une définition d'un terme n'est que le renvoi à d'autres termes, ce qui confirme le caractère virtuellement inépuisable du

---

jugement (fondement) portant sur telle ou telle chose [...]. La chaîne des fondements — fondements de fondements — est *virtuellement inépuisable* » ; « Rationalité et méthode dans le droit », *loc. cit.*, p. 281 ; v. aussi Jean-Louis GARDIES, « La rationalité du droit chez Leibniz », *A.P.D.*, 1978, p. 122, et not. la citation de Pascal ; v. encore Ingrid DWARS, « La rationalité du discours pratique selon Robert Alexy », *loc. cit.*, p. 292.

(174) V. la référence et l'extrait reproduits *supra*, section 1 du présent chapitre, § 312.

(175) *Traité de l'argumentation*, *op. cit.*, p. 142. V. aussi Chaïm PERELMAN, « Ce qu'une réflexion sur le droit peut apporter au philosophe » *in Justice et raison*, *op. cit.*, pp. 249 et s. ; « Rapports théoriques de la pensée et de l'action », *id.*, p. 182 ainsi que, du même auteur, « Jugements de valeur, justification et argumentation », *in Rhétoriques*, Bruxelles, Ed. de l'Université de Bruxelles, 1989, p. 200. V. encore Aulis AARNIO, *Le rationnel comme raisonnable. La justification en droit*, *op. cit.*, pp. 262 et s.

(176) Pour reprendre les termes de Ludwig WITTGENSTEIN, « la justification, cela existe certes, mais la justification a un terme [...] le terme ce n'est pas que certaines propositions nous apparaissent à l'évidence comme vraies immédiatement donc ce n'est pas, de notre part, une sorte de *voir* ; le terme, c'est notre *action* qui se trouve à la base du jeu de langage » ; *De la certitude*, Paris, Gallimard-tel, 1976, pp. 65, n° 91 et 67, n° 204.

discours, non formel et par conséquent non clôturé (177). Dans cette perspective, l'autorité qui met fin à cette dérive herméneutique est celle de l'expression utilisée, que l'on supposera admise par l'interlocuteur (178) : c'est le critère communautaire qui limite la subjectivité des énoncés (179). Umberto Eco relève à ce sujet que « la langue fonctionne justement parce qu'elle réussit à faire l'économie de précisions telles que *cet homme animal vivant mange une pomme qui est un fruit végétal* » (180), ce qu'il appelle le « principe d'économie ». Le langage est ainsi l'autorité fondant non seulement les inférences elles-mêmes mais aussi les autorités de la règle et du fait. Il est juridiquement admis comme tel dans les limites des principes d'interprétation reconnus, dont celle, fondamentale, du sens ordinaire, qui seule autorise à mettre un terme à la chaîne illative d'un raisonnement rationnel et logique.

361. Bien entendu, on pourrait, toujours sur base de la raison, se demander en vertu de quelle autorité il faut s'arrêter à l'autorité juridique elle-même, que celle-ci relève du fait, de la règle ou du langage. On se trouve alors confronté à la question traditionnelle du fondement au sujet de laquelle Karl-Otto Apel évoque le « trilemme de Münchausen de la fondation ultime » : « soit *régression à l'infini*, soit *pétition de principe*, soit *dogmatisation d'une prémisse axiomatique* » (181). La première option est purement théorique et particulièrement impraticable sur le plan juridictionnel ; la seconde est sanctionnée comme ne répondant pas à l'exigence d'un raisonnement rationnel et logique ; reste la troisième. La prémisse axiomatisée qui fonde ultimement la motivation selon le droit international renvoie à l'accord, qui concerne tant le langage que, nous l'avons vu, le droit

(177) C'est ce qui explique l'impossibilité d'« évidences » dans le discours juridique, v. Chaïm PERELMAN, « Evidence et preuve », *in Justice et raison*, *op. cit.*, pp. 142-144.

(178) Comme le souligne Jean-Marc FERRY, la prétention à la reconnaissance d'une vérité « digne d'être acceptée » (par opposition à la connaissance d'une vérité absolue), « digne voulant dire que c'est suffisamment raisonnable, aux yeux d'autrui, pour être discuté », suppose une présupposition d'une « acceptabilité interlocutoire, étant entendu que cette acceptabilité dépend en l'occurence d'une crédibilité de mon énoncé » ; *Philosophie de la communication. Tome 1. De l'antinomie de la vérité à la fondation ultime de la raison*, *op. cit.*, p. 52. V. aussi Chaïm PERELMAN, « Education et rhétorique », *in Justice et raison*, *op. cit.*, p. 109.

(179) V. not. Daniel LAURIER, *Introduction à la philosophie du langage*, Liège, Ed. Mardaga, 1993, pp. 61 et s.

(180) *Les limites de l'interprétation*, Paris, Grasset, 1992, p. 316. V. aussi Michel MEYER, *Logique, langage et argumentation*, Paris, Hachette, 1982, p. 15.

(181) *Ethique de la discussion*, *op. cit.*, p. 48, et note 24 ; v. aussi Ingrid DWARS, « La rationalité du discours pratique selon Robert Alexy », *loc. cit.*, p. 302. On évoque aussi parfois le principe sous l'expression de « trilemme de Fries » ; René SÈVE, « L'épistémologie contractualiste de Karl Popper », *loc. cit.*, p. 55.

mais aussi le fait. La raison comme fondement du système juridique s'assimile donc à un accord, et s'apparente en ce sens à une raison procédurale ou argumentative, mettant un terme, mais un terme provisoire, à la discussion (182). Quant au fondement du principe de l'accord lui-même, il ne saurait, nous l'avons vu également, être recherché à l'intérieur du système considéré qui, en tant que système juridique, est fondamentalement autoritaire (183). C'est pourquoi il s'agit d'un axiome et non d'un véritable fondement, au sens métaphysique du terme.

Dans cette perspective, l'utilisation du « raisonnable » dans le discours juridictionnel constitue parfois une motivation en elle-même, qui équivaut à un appel à l'accord. Dans certains cas, le tour rhétorique peut s'apparenter à une pétition de principe dans la mesure où c'est précisément l'accord sur le contenu de la notion qui doit être démontré (184). Mais, le plus souvent, des expressions comme « raisonnablement déduire », « affirmer » ou « conclure » fonctionnent parce qu'elles reflètent bel et bien un accord entre le locuteur et l'interlocuteur sur une certaine conception de la rationalité (185). On revient au « principe d'inertie » évoqué ci-dessus.

362. En définitive, la recherche basée sur une analyse formelle du discours juridictionnel nous permet d'apporter plusieurs éléments supplémentaires de définition. De manière générale, le « raisonnable » s'apparente à ce qui est justifié (186), par opposition à ce qui est dépourvu de raison (187). Plus particulièrement, on peut affirmer que *n'est pas raisonnable un acte :*

— *qui n'est pas susceptible de motivation ;*

(182) Voy. les références et développements ci-dessus, ainsi que *supra*, section 1 du présent chapitre.

(183) V. *supra*, Chapitre IV, section 1.

(184) V. à ce sujet Chaïm PERELMAN et Lucie OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation*, *op. cit.*, pp. 150-151.

(185) V. aussi Jean SALMON, « Le concept de raisonnable en droit international public », *loc. cit.*, pp. 450-451.

(186) L'argument de raison se distingue formellement de l'argument d'autorité par la possibilité d'une justification ; v. Jerzy WROBLEWSKI, « Le postulat de la décision justifiée et l'argument d'autorité en droit », *in Arguments d'autorité et arguments de raison en droit*, *op. cit.*, pp. 336 et s. et, du même auteur, « Motivation de la décision judiciaire », *in La motivation des décisions de justice*, *op. cit.*, p. 119 ; v. encore Chaïm PERELMAN, *Justice et raison*, *op. cit.*, pp. 62 et s. et, du même auteur, « Jugements de valeur, justification et argumentation », *id.*, pp 236 et s.

(187) V. p. ex. Henri BATTIFOL, « La justification en droit dans la pensée de Chaïm Perelman », *in Chaïm Perelman et la pensée contemporaine*, *op. cit.*, p. 153 et Jerzy WROBLEWSKI, « Logique juridique et théorie de l'argumentation de Chaïm Perelman », *id.*, p. 189.

— *qui est susceptible d'une motivation, mais qui ne consiste pas en un « raisonnement », c'est-à-dire en un discours constitué d'une chaîne de propositions visant à expliquer l'acte en cause ;*

— *qui est susceptible d'une motivation qui consiste en un raisonnement, mais un raisonnement non « rationnel », c'est-à-dire non susceptible de contrôle intersubjectif en raison soit du caractère passionnel, sentimental ou intuitif de ses composantes, soit de son caractère incompréhensible selon les critères de la juridiction saisie ;*

— *qui est susceptible d'une motivation qui consiste en un raisonnement rationnel, mais qui n'obéit pas à une « logique juridique », soit parce qu'il est entaché d'une contradiction, soit, plus généralement, parce qu'il comprend une incompatibilité, actuelle ou potentielle, entre des éléments internes, ou internes et externes, au discours ;*

— *qui est susceptible d'une motivation qui consiste en un raisonnement rationnel obéissant à une logique juridique, mais qui ne respecte pas les « autorités juridiquement admises », soit parce qu'il se base sur des autorités qui ne correspondent pas aux sources formelles, aux techniques de preuve, ou aux principes d'interprétation du langage usité, soit parce qu'il se réfère à ces autorités mais sans les fonder elles-mêmes sur l'accord en tant qu'axiome fondant ces autorités.*

Les conditions citées sont relativement limitées par rapport aux critères dégagées par certains théoriciens pour caractériser une « bonne discussion » (188). En ce sens, le débat juridique se démarque des théories comme celle de l'éthique communicationnelle, qui exigent notamment sincérité et volonté de parvenir à la vérité dans le chef de tous les interlocuteurs (189). En l'occurrence, ces considérations subjectives sont exclues ; le contrôle ne porte objectivement — ou plutôt intersubjectivement — que sur les formes du dis-

(188) Voy. p. ex. Aulis AARNIO, *Le rationnel comme raisonnable. La justification en droit*, *op. cit.*, pp. 239-249 et John RAWLS, « La priorité du Juste et les conceptions du Bien », *loc. cit.*, p. 48. Par contre, Jean-Marc FERRY avance trois conditions pour une réussite communicationnelle qui semblent remplies au regard de la pratique juridictionnelle exposée ; il s'agit de l'intercompréhension des interlocuteurs, du choix d'un contenu à problématiser et d'un critère procédural (et non coercifif) de réussite de l'argument ; *Philosophie de la communication. Tome I. De l'antinomie de la vérité à la fondation ultime de la raison*, *op. cit.*, p. 61.

(189) Karl-Otto APPEL désigne les actes suivants comme infractions aux normes de la discussion : le mensonge, le fait de taire des arguments, de vouloir persuader au lieu de vouloir convaincre, de proposer des avantages ou brandir des menaces, de participer à la discussion dans un esprit instrumental ; v. *Ethique de la discussion*, *op. cit.*, p. 58 ; v. aussi Alain RENAUT et Lukas SOSOE, *Philosophie du droit*, *op. cit.*, pp. 434-435 ; Philippe GÉRARD, *Droit et démocratie. Réflexions sur la légitimité du droit dans la société démocratique*, *op. cit.*, pp. 55 et s. et les critiques pp. 65 et s. ainsi que par Raymond BOUDON, *L'idéologie, l'origine des idées reçues*, *op. cit.*, pp. 119 et s.

cours présenté (190). L'importance des exclusions opérées n'en permet pas moins de préciser par exclusion ce que signifie le « raisonnable » au sens de la jurisprudence internationale.

Il va de soi que la marge d'appréciation reste extrêmement importante à ce stade. On pourra ainsi toujours se demander à partir de quand une motivation est suffisante ? Ou existe-t-il réellement une incompatibilité dans le discours présenté ? Mais cette marge d'appréciation sera en tout état de cause limitée à la fois par la formalisation du discours à travers laquelle elle s'exprimera, ce qui est finalement la caractéristique d'une règle juridique, et par le respect de critères de fond, que nous analyserons dans le chapitre suivant.

Conclusion

363. La recherche d'éléments formels permettant de définir négativement le « raisonnable » nous a permis de dégager un certain équilibre dans les compétences respectives de l'utilisateur et de la juridiction qui assure le respect de la règle en interprétant la notion. D'un côté, la détermination doit s'opérer conformément au droit international positif, ce qui exclut une appréciation unilatérale consistant pour l'interprète à désigner ce que lui-même considère comme raisonnable, ou même ce qu'il considère raisonnable dans la communauté internationale, indépendamment de la volonté des Etats parties à la règle (1). D'un autre côté, sa marge d'appréciation est reconnue dans la mesure où le contrôle juridictionnel reste marginal : le juge ne définit pas *a priori* le contenu de la notion, mais procède à une analyse de la motivation émise par l'interprète, considéré comme mieux à même de jauger la correspondance de la règle avec les circonstances de l'espèce, et ce à l'aide d'une série de critères formels que nous venons d'analyser (2). Ces deux tendances correspondent à deux conceptions de la raison auxquelles le « raisonnable » renvoie. Le respect du droit international positif se rattache à la raison comme fondement, comme point ultime du système considéré, axiomatisé sous la forme de l'accord. Les critères formels

(190) V. Stevan Jovanovic, *Restriction des compétences discrétionnaires des États en droit international*, *op. cit.*, p. 162.

(1) V. section 1 ci-dessus.

(2) V. Section 2 ci-dessus.

de motivation s'assimilent davantage à une raison de type instrumental, envisagée comme un enchaînement de causes.

364. Nous avons aussi constaté que la jurisprudence internationale avait opéré un parallèle entre le déraisonnable et l'arbitraire. L'arbitraire s'entend en effet également comme : soit ce qui se soustrait au système juridique (et donc à la raison dans sa première acception), soit ce qui n'est pas susceptible de motivation valable intersubjectivement (qui correspond à la raison dans sa deuxième acception). Sur le plan formel, l'assimilation entre les deux notions se justifie donc.

L'assimilation a cependant été mise en cause sur base du raisonnement suivant. Si le « raisonnable » renvoie à la raison comme simple fruit de la volonté, en réalité, il s'apparente à l'« arbitraire » (3), si on définit l'épithète comme ce « qui dépend d'une décision individuelle, non d'un ordre préétabli ou d'une raison valable pour tous » (4). Il serait donc paradoxal d'opposer les deux notions, et on ne peut sortir du paradoxe qu'en se refusant à une définition purement conventionnelle de la raison. La critique n'est guère convaincante, à tout le moins sur le plan logique. Il suffit en effet pour sortir du paradoxe d'opter pour la définition première de l'arbitraire, conçu non pas comme simple produit de la volonté, mais comme capricieux et injustifiable intersubjectivement (5), c'est-à-dire comme dépourvu de raison (6). Si l'on veut se fier à l'étymologie, « arbitré » semble plus approprié qu'« arbitraire » pour caractériser le contenu du « raisonnable ».

(3) Ce passage de Léo STRAUSS est significatif de ce type de critique : « La thèse d'après laquelle le droit et la justice sont conventionnels signifiait que leur fondement n'est pas dans la nature, qu'il sont en dernière analyse contre la nature, sans autre raison d'être que l'assentiment arbitraire des communautés humaines, explicité ou non [...] » ; *Droit naturel et histoire*, Paris, éd. Champs-Flammarion, 1986, p. 22. En ce sens, Michel VILLEY évoque les règles de droit en tant que « produit de la volonté arbitraire soit du peuple, soit du pouvoir » ; *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1957, pp. 116-117.

(4) André LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, P.U.F.-Quadrige, 3e éd., 1993, p. 75, sens 2 de la définition.

(5) *Ibid.*, sens 1 de la définition. Pour une assimilation entre arbitraire et injustifiable, v. not. Chaïm PERELMAN, *Justice et raison*, Bruxelles, P.U.B., 1963, pp. 67-68 ; v. aussi Jerzy WROBLEWSKI, « Le postulat de la décision justifiée et l'argument d'autorité en droit », *in* G. HAARSCHER, L. INGBER et R. VANDER ELST (sous la direction de), *Arguments d'autorité et arguments de raison en droit*, Travaux du C.N.R.L., Bruxelles, Nemesis, 1988, pp. 337-338.

(6) V. Chaïm PERELMAN, « Jugement, règles, et logique juridique », *in Le raisonnable et le déraisonnable en droit*, Paris, L.G.D.J., 1984, p. 143 et Henri BATTIFOL, « La justification en droit dans la pensée de Chaïm PERELMAN », *in* G. HAARSCHER et L. INGBER (sous la direction de), *Justice et argumentation. Essais à la mémoire de Chaïm Perelman*, Bruxelles, Ed. U.L.B., 1986, p. 153.

En tout état de cause, la remarque met en exergue la solidarité du « raisonnable » avec le système juridique dans lequel il prend place. Si la notion doit être qualifiée d'arbitraire, c'est tout le système juridique positif qui suivra le même sort. On l'aura compris, au-delà de cette querelle terminologique se profile une critique plus profonde fortement teintée de jusnaturalisme.

365. Un détour par la critique jusnaturaliste, formulée notamment par Léo Strauss (7), est intéressante à plus d'un titre.

On pourrait l'appliquer à notre matériau de la manière suivante. Le droit international utilisant le « raisonnable » dans les domaines et les sphères d'activité les plus variés, renvoie à une raison génératrice de normes. Or, entendue dans son sens moderne, la raison n'est pas normative. La Modernité a en effet opéré une séparation entre « être » et « devoir-être », et cette distinction ontologique s'est bientôt traduite sur le plan épistémologique par une limitation du champ d'application de la raison à l'être, le devoir-être (et avec lui tout le domaine de la morale, de la politique, du droit, ...) étant écarté du champ de la connaissance scientifique (8). En conséquence, toujours selon une conception moderne de la raison, de ce qui est, on ne peut déduire ce qui doit être ou, ce qui revient au même, le fait ne peut par définition générer du droit (9). Le positi-

(7) La critique s'articule à partir du renvoi à des droits inaliénables ou naturels dans le domaine des droits de l'homme, mais se généralise ensuite comme une critique de l'historicisme et du positivisme ; *Droit naturel et histoire*, *op. cit.*, pp. 13 et s. Dans une conception jusnaturaliste, le renvoi à la nature peut être considéré comme équivalant à un renvoi à la raison (v. Philippe JESTAZ, « Autorité et raison en droit naturel », *in Arguments d'autorité et arguments de raison en droit*, *op. cit.*, p. 259), de sorte que la transposition de la critique straussienne à l'utilisation du « raisonnable » dans un système de droit positif est envisageable.

(8) Léo STRAUSS dénonce ainsi les sciences sociales dans ce passage significatif : « Pour nos sciences sociales, nous pouvons être ou devenir sages, dans toutes les questions secondaires, mais il faut nous résigner à la plus complète ignorance sur le sujet le plus important : nous ne pouvons rien connaître de ce qui concerne les principes ultimes de nos choix, c'est-à-dire que nous ne pouvons rien savoir de leur justesse ou de leur fausseté ; ils n'ont d'autre fondement que notre préférence arbitraire, donc aveugle. Nous apparaissons dès lors comme des hommes qui, réservés et sains d'esprit quand il s'agit de questions superficielles, jouent comme des fous à pile ou face quand l'affaire devient sérieuse . bon sens au détail, folie en gros [...] », *Droit naturel et histoire*, *op. cit.*, p. 16 ; v. aussi pp. 39-40, et pp. 44 et s. ; voy. encore l'exposé et les commentaires de Luc FERRY, *Philosophie politique, t. 1, Le droit : la nouvelle querelle des Anciens et des Modernes*, Paris, P.U F., coll. « recherches politiques », 3e éd., 1994, pp. 46 et s.

(9) V. p. ex. Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, Neuchâtel, Ed. de la Baconnière, 1988, pp. 55-56 et 94 et s., et les critiques de Michel VILLEY, *Leçons d'histoire de philosophie du droit*, *op. cit.*, p. 287 et, du même auteur, « Préface historique », *A.P.D.*, tome XXIII, Formes de rationalité en droit, 1978, p. 6 ; v. aussi l'exposé et le commentaire de Alain RENAUT et Lukas SOSOE, *Philosophie du droit*, Paris, P.U.F., coll. « recherches politiques », 1991, p. 140 ; v. encore en ce sens Simone GOYARD-FABRE, « De l'idée de norme à la science des normes : Kant et Kelsen », *in* P. AMSELEK (sous la direction de), *Théorie du droit et science*, Paris, P.U.F., 1994, not. p. 212.

visme consacrerait ainsi, selon une formule de Michel Villey, « la démission de la raison qui renonce à guider le droit » (10). Il y a donc un paradoxe pour le droit à renvoyer, notamment par l'intermédiaire de termes comme « raisonnable » (ou « naturel »), à une raison normativement stérile (11).

Une perspective positiviste permet d'échapper facilement à l'écueil si l'on admet que, selon cette conception, le droit ne se distingue fondamentalement pas du fait (12). Il s'agit certes d'un fait de type particulier, qui consiste en une codification de la volonté des détenteurs du pouvoir sous une *forme* normative à vocation exclusive d'autres ordres normatifs (comme la morale) (13). On connaît la formule prêtée à Foucault selon laquelle « toute forme est un composé de rapport de forces » (14) et, si on l'applique au droit, on se rend compte que rien ne le distingue d'un fait : la notion d'« obligation », une fois démystifiée de sa charge émotive et de sa vocation linguistique perlocutoire, se réduit à un argument, à prétention autoritaire, qui occulte la persistance d'un choix, certes déterminé socialement, mais réel (15). L'accusation des jusnatura-

(10) Michel VILLEY, *Leçons d'histoire de philosophie du droit*, *op. cit.*, p. 110.

(11) V. Alain RENAUT, « La philosophie comme philosophie (critique) du droit », *A.P.D.*, tome XXXIII, La philosophie du droit aujourd'hui, 1988, p. 92 et Luc FERRY, *Philosophie politique, t. 1, Le droit : la nouvelle querelle des Anciens et des Modernes*, *op. cit.*, p. 50.

(12) Pour François EWALD, « *le* droit n'existe pas ; ce que l'on appelle droit est une catégorie de la pensée qui ne désigne aucune essence, mais sert à qualifier certaines pratiques [...] sans qu'il y ait à supposer nulle part la permanence d'une essence [...]. Nous revendiquons un positivisme radical. Plus radical encore que celui de Kelsen, parce que nominaliste » ; *L'État providence*, Paris, Grasset, 1986, p. 30 (v. aussi p. 524). Si la formule dénote bien une conception matérialiste du droit, elle n'assume pas la vocation de l'auteur au nominalisme dans la mesure où elle postule que l'existence suppose une « essence » du concept indépendante de sa définition. Pour notre part, nous ne voyons pas pourquoi le droit n'existerait pas parce qu'il recouvre des pratiques disparates, à partir du moment où l'on peut assigner une spécificité au concept, ce qui est bien le cas (v. ci-dessous) ; la définition est alors « nominale » par opposition à « réelle » ; v. Madeleine GRAWITZ, *Méthodes en sciences sociales*, Paris, Dalloz, 9e éd., 1993, pp. 18-19.

(13) V. Jean COMBACAU, « Le droit international : bric-à-brac ou système ? », *A.P.D.*, tome XXXI, Le système juridique, 1990, p. 91 ; voy. aussi nos développements *supra*, Chapitre IV, section 1, §§ 255 et s.

(14) Selon la formule de Gilles DELEUZE, *Foucault*, Paris, Minuit, 1986, p. 131, cité dans Alain RENAUT et Lukas SOSOE, *Philosophie du droit*, *op. cit.*, p. 44. La formule est reprise par Monique CHEMILLIER-GENDREAU, *Humanité et souverainetés. Essai sur la fonction du droit international*, Paris, La découverte, 1995, p. 344.

(15) On peut rappeler ici la formule de Michel TROPER, pour qui, « le droit n'est pas obligatoire mais il se donne comme obligatoire » ; « Fondement du caractère obligatoire et problème de causalité en droit international », *in Réalités du droit international contemporain*, Actes du colloque de Reims, 1980, p. 51 ; en ce sens, Monique CHEMILLIER-GENDREAU, *Humanité et souverainetés. Essai sur la fonction du droit international*, *op. cit.*, p. 109. Hans KELSEN considère également que la règle juridique n'est pas, *stricto sensu*, impérative ; elle se borne à décrire les conséquences d'un comportement dans un système juridique donné, le sujet restant maître des suites à donner à ces informations (v. les commentaires de Alain RENAUT et Lukas SOSOE, *Philosophie du droit*, *op. cit.*, p. 357) ; cette démystification a aussi été opérée par certains membres du cou-

listes qui prétendent qu'il y a là un abandon de la spécificité du droit (qui ne se définirait que par opposition au fait) ne se justifie que si l'on adopte une conception idéaliste et transcendante du droit, mais est inopérante dans une perspective matérialiste (16). Il n'y a en effet aucun paradoxe à renvoyer à la raison — envisagée comme un fait — pour générer un autre fait, d'ordre juridique celui-là. A cet égard, nous avons vu que le concept de raison procédurale correspondait parfaitement à une vocation normative, pourvu que le relativisme préside à l'appréciation de la norme créée.

366. La critique jusnaturaliste doit toutefois être constamment gardée à l'esprit dans l'appréciation de la détermination du contenu de notions comme le « raisonnable ». Elle met en effet en évidence la contradiction qu'il y aurait, dans une perspective positiviste, à céder à la tentation de se référer à un fondement autre que positif pour fonder son interprétation (17), ce qui est le cas de toute doctrine prétendant à une séparation ontologique entre fait et droit (18). On doit par conséquent assumer que, *dans le cadre du sys-*

---

rant « réaliste scandinave », comme Alf Ross, v. Riccardo GUASTINI, « Alf Ross : une théorie du droit et de la science juridique », *in Théorie du droit et science*, *op. cit.*, p. 253 et Simone GOYARD-FABRE, « De l'idée de norme à la science des normes : Kant et Kelsen », *loc. cit.*, p. 229. Voy. enfin les développements consacrés au caractère performatif du discours juridique, *supra*, Chapitre IV, section 1, et les références citées, sp. Pierre BOURDIEU, *Ce que parler veut dire. L'économie des échanges linguitiques*, Paris, Fayard, 1982, pp. 140-141 et Jacques DERRIDA, *Force de loi*, Paris, Gallilée, 1994, p. 32.

(16) A ce sujet, on ne voit pas en vertu de quelle autorité on ne pourrait concevoir le droit *que* par opposition au fait. Pour Alain RENAUT et Lukas SOSOE, « c'est par commodité de langage qu'il est ici encore parlé de 'droit' : *en toute rigueur, ce terme présupposerait en effet l'irréductibilité d'un devoir-être à l'être*, [...] » (*Philosophie du droit*, *op. cit.*, p. 55 ; v. aussi pp. 337-338 et Alain RENAUT, *Qu'est-ce que le droit ?*, Paris, Vrin, 1992, pp. 16-17). Si on admet que toute définition consiste en une « commodité de langage » et non en la codification d'un lien existant « objectivement » entre le signifié et le signifiant, on ne voit pas d'où provient cette présupposition, et surtout la rigueur avec laquelle elle s'imposerait. Certains auteurs ont d'ailleurs relevé le caractère tautologique de la distinction entre le droit et le fait (v. Laurent LEVENEUR, « Le fait », *A.P.D.*, tome XXXV, Vocabulaire fondamental du droit, 1990, p. 149), d'autres le caractère conventionnel de la définition du droit (Martti KOSKENNIEMI, *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument*, Helsinki, Lakimiesliiton Kustannus, 1989, p. 427).

(17) C'est ce genre de travers qui est critiqué par Alain RENAUT et Lukas SOSOE (*Philosophie du droit*, *op. cit.*, pp. 62 et s.) dans le chef de François EWALD qui tente de faire jouer aux « principes généraux du droit » le rôle d'étalon dans une perspective non pas naturaliste mais historiciste, qui consiste à opposer à un ordre positif actuel sa propre histoire (*L'État providence*, *op. cit.*, pp. 507 et s.). Même si l'étalon relève théoriquement du fait, il constitue, selon l'aveu même d'Ewald, un « droit naturel empirique, transpositif par rapport à la normativité étroite et aberrante du positivisme dogmatique ». Ainsi conçu, il nous semble que ce « droit » ne correspond ni aux exigences du droit naturel, ni à celles du droit positif.

(18) Il est piquant de relever que la critique jusnaturaliste est reprise (avec des buts diamétralement opposés) par certains positivistes idéalistes ; v. Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, pp. 92 et s. ; v. les critiques de Michel VIRALLY, *La pensée juridique*, Paris, L.G.D.J., 1960, pp. 81 et s.

tème juridique, le « raisonnable » peut *théoriquement* renvoyer dans un cas particulier à n'importe quelle solution, sans aucune forme de limitation. C'est la conséquence logique du caractère procédural de la raison (19) et du caractère strictement formel des critères que nous avons dégagés à ce stade.

Cela signifie-t-il l'acceptation *pratique* de n'importe quelle solution issue de la mise en œuvre de ces critères formels ? Deux éléments nous amènent à répondre par la négative.

D'abord, absolument rien n'empêche le commentateur de formuler des critiques sur le plan *externe*, et une perspective matérialiste, en ce qu'elle implique une démystification de l'instance juridique, aboutit à l'opposé d'une obéissance aveugle au droit. Mais la critique ne saurait dans ce cas tomber dans le travers qu'elle dénonce, et prétendre à son tour à une normativité autoritaire, qui ne laisserait pas le choix, travers auquel ne résiste pas le jusnaturalisme, à tout le moins sous sa forme classique (20). En ce sens, il y a un certain paradoxe à se prétendre opposé à l'arbitraire tout en invoquant un droit naturel qui, par définition, ne laisserait que fort peu de place à la volonté humaine...

Ensuite, la critique *interne* est toujours possible, même si les critères formels ont été scrupuleusement respectés. Mais la critique, si elle ne veut pas prêter à l'accusation straussienne, se doit de ne se référer qu'à des valeurs formalisées dans le système juridique considéré. Le droit est en effet traversé d'une dimension axiologique qui laisse la place à des critères de fond, générés par le « raisonnable » et susceptibles d'être invoqués dans le cadre de l'interprétation de la notion. C'est à l'étude et à l'analyse de ces critères que nous nous attellerons dans le chapitre suivant.

(19) V. à ce sujet les réflexions de Alain RENAUT et Lukas SOSOE, *Philosophie du droit*, *op. cit.*, pp. 414-415 ; v. aussi Alain RENAUT, *Qu'est-ce que le droit ?*, *op. cit.*, pp. 15 et s.

(20) V. les réflexions de Alain RENAUT et Lukas SOSOE, *Philosophie du droit*, *op. cit.*, pp. 414-415.

CHAPITRE VI

ÉLÉMENTS DE FOND POUR UNE DÉFINITION DU « RAISONNABLE »

367. Ce chapitre a pour objet de dégager des critères à partir non plus de la forme mais du contenu du discours juridictionnel. Une fois encore, nous procéderons par induction à partir de la jurisprudence internationale. Par ailleurs et conformément aux enseignements tirés dans le chapitre précédent, nous nous tiendrons à une interprétation du « raisonnable » selon le droit international public. Nous reprendrons ainsi les principes contenus dans les articles 31 et 32 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités. Pour les besoins de l'analyse, nous reprendrons successivement le sens ordinaire (section 1), le contexte (section 2) et les autres moyens d'interprétation (section 3) en les appliquant au « raisonnable ». Il va de soi que la séparation opérée répond à un souci didactique mais ne satisfait nullement aux exigences d'une opération interprétative prescrivant une utilisation dynamique de tous les principes applicables.

SECTION 1. —LE SENS ORDINAIRE DE « RAISONNABLE »

368. Comme l'a justement remarqué Roberto Ago, « des termes isolés ne signifient rien ; les termes n'ont de sens que dans une phrase, dans un ensemble de phrases [...], c'est-à-dire dans leur contexte » (1). La détermination du « sens ordinaire » d'un terme particulier fournit cependant un moyen d'interprétation intéressant puisque, transcendant les contextes d'énonciation, il apporte une première indication terminologique recouvrant le plus souvent plusieurs éléments, parmi lesquels prévaudront l'un ou l'autre au gré des occurrences.

L'objet de cette section est dès lors d'élaborer une méthode qui permette de déterminer un sens ordinaire valable, *a priori*, dans

(1) *A.C.D.I.*, 1966, vol. I, 2e partie, p. 209, § 57, cité par le juge Weeramantry, C.I.J., Affaire de la *Sentence arbitrale*, *Recueil 1991*, op. diss., p. 136.

toute situation, grâce à une combinaison des divers critères rencontrés.

Comment déterminer ce sens ordinaire ? Conformément à la Convention de Vienne, il importe de se référer tout d'abord au sens courant du terme, c'est-à-dire celui qui découle d'une toute première lecture (2), l'utilisation de dictionnaires usuels permettant à l'occasion de préciser, ou éventuellement de corriger, l'impression subjective de l'interprète (3). Nous procéderons dès lors de la manière suivante :

— en premier lieu, nous identifierons les critères qui découlent d'une première lecture de la jurisprudence reprenant le terme en cause (A) ;
— en second lieu, nous exposerons les sens issus des dictionnaires usuels (B) ;
— nous pourrons alors utiliser les enseignements de cette deuxième étape pour affiner quelque peu le contenu des critères rencontrés en les combinant de manière à dégager une méthode générale (C).

A. — *Les critères issus de la jurisprudence internationale*

369. La jurisprudence est très pauvre en définitions du terme « raisonnable ». Le plus souvent, le juge utilise la notion sans estimer utile d'en préciser le contenu, renvoyant par là même à un sens présumé accepté par l'interlocuteur. Dans ce contexte, on se limitera intentionnellement à une lecture superficielle des passages pertinents, qui permettra de désigner quatre associations recouvrant l'ensemble du matériau analysé. Ces quatre associations sont les suivantes :

— raisonnable et circonstanciel ;
— raisonnable et modéré ;
— raisonnable et probable ;
— raisonnable et équilibré.

(2) La jurisprudence arbitrale se réfère à un « usage commun » (Affaire concernant le *Filetage à l'intérieur du Golfe de Saint-Laurent*, sentence du 17 juillet 1986, *R.S.A.*, vol. XIX, p. 247, § 37) ou à un « ordinary everyday sense in the langage concerned » (Affaire de la *Réévaluation du mark allemand entre 1961 et 1969*, *R.S.A.*, vol. XIX, p. 92, § 18).

(3) Voy. les exemples d'utilisation de dictionnaires par la jurisprudence *infra*, note 68.

1. *Raisonnable et circonstanciel*

370. Les seules formules générales émises par les juridictions internationales insistent sur la souplesse de la notion au regard des circonstances de l'espèce. Dans l'affaire de l'*Interprétation de l'accord entre l'O.M.S. et l'Égypte*, la Cour internationale de Justice estime que

> « ce qui est raisonnable [...] dépend nécessairement des circonstances » (4),

tandis qu'elle énonce dans l'affaire du *Plateau continental (Tunisie-Libye)* que

> « ce qui est raisonnable et équitable dans un cas donné dépend forcément des circonstances » (5).

Non seulement ce genre de définition a été formulé dans diverses matières (6), mais encore est-il constamment utilisé en pratique. Pour ne reprendre qu'un exemple, jugeant d'une exception d'irrecevabilité selon laquelle la requête de l'État demandeur avait été déposée après qu'un « délai déraisonnable » s'était écoulé depuis la survenance des faits formant l'objet du différend, la Cour

> « [...] reconnaît que, même en l'absence de disposition conventionnelle applicable, le retard d'un Etat demandeur peut rendre une requête irrecevable. Elle note cependant que le droit international n'impose pas à cet égard une limite de temps déterminée. La Cour doit par suite se demander *à la lumière des circonstances de la cause* si l'écoulement du temps rend une requête irrecevable » (7).

Encore une fois, le « raisonnable » s'oppose au fixe, à l'invariable, au rigide. La Cour européenne des droits de l'homme utilise des formules apparentées. Selon elle,

> « [l]e caractère raisonnable du maintien en détention d'un accusé doit s'apprécier dans chaque cas suivant les circonstances de la cause. Les circonstances susceptibles d'être prises en considération sont d'une extrême variété. De là, dans l'appréciation du caractère raisonnable d'une détention, la possibilité de fortes divergences d'opinion » (8).

---

(4) C.I.J., *Recueil 1980*, pp. 85-86. Voy. par ailleurs, impl. C.I.J., Affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*, *Recueil 1984*, op. indiv. Mosler, pp. 467-468.

(5) C.I.J., *Recueil 1982*, p. 60, § 72.

(6) Voy. encore la citation du juge Schwebel précitée en introduction de la II[e] partie de la présente étude, *supra*, § 302 (C.I.J., Affaire *ELSI*, *Recueil 1989*, op. diss., pp. 114-115).

(7) Nous soulignons ; C.I.J., Affaire des *Phosphates à Nauru*, *Recueil 1992*, p. 254, § 31. Voy. aussi C.P.J.I., Affaire du *Régime douanier austro-allemand*, *Série AB, n° 41*, op. indiv. Anzilotti, p. 68.

(8) C.E.D.H., Affaire *Wemhoff*, 27 juin 1968, *Série A, n° 7*, § 10.

Dans une autre affaire, consacrée à la notion de « délai raisonnable », on peut lire :

> « Chacun reconnaît l'impossibilité de traduire cette notion en un nombre fixe de jours, de semaines, de mois ou d'années ou en durées variant suivant la gravité des infractions » (9).

Nous avons d'ailleurs constaté que la Cour se référait presque systématiquement à la nécessité de prendre en compte les circonstances de l'espèce pour apprécier effectivement le caractère raisonnable du délai, que celui-ci figure à l'article 5 § 3 ou à l'article 6 § 1er de la Convention (10).

L'association entre raisonnable et liaison aux circonstances est donc bien établie par la jurisprudence internationale (11).

2. *Raisonnable et modéré*

371. L'association entre « raisonnable » et « modéré » n'a pas fait l'objet d'une énonciation expresse (12) dans la jurisprudence internationale. Tout au plus peut-on relever l'affirmation du juge Azevedo selon laquelle

> « la solution raisonnable se trouve presque toujours dans une voie médiane » (13).

Cependant, une simple lecture des nombreux cas d'utilisation de la notion permet très souvent d'opérer cette association qui semble relever du sens ordinaire. De manière générale, on peut citer cet extrait de l'affaire des *Minquiers et Ecréhous*,

> « Même si cet arrêt féodal — à supposer qu'il ait été réellement prononcé — avait pour but de produire alors des effets juridiques, il est, en tout cas, resté inopérant. *Faire revivre aujourd'hui sa force juridique en lui attribuant des effets*

(9) C.E.D.H., Affaire *Stögmuller*, *Série A, n° 9*, 10 novembre 1969, § 4. V. encore d'autres références dans Jacques VELU et Rusen ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1990, p. 294 n° 344 ; v. aussi Michèle PICARD et Patrick TITIUN, « Article 5 § 3 », *in* L.E. PETTITI, E. DECAUX et P.H. IMBERT (sous la direction de), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1995, p. 221.

(10) Voy. not. l'extrait de l'affaire *Manifattura* reproduit ci-dessus, Chapitre V, introduction. Voy. aussi C.E.D.H., Affaire *Bucholz*, *Série A, n° 42*, 6 mai 1981, § 49 ; Affaire *Foti et autres*, *Série A, n° 56*, 10 décembre 1982, § 56. On trouvera de nombreuses autres références *supra*, Chapitre V, section 1, la Cour renvoyant le plus souvent à la fois à la prise en compte des circonstances et aux critères établis par sa propre jurisprudence.

(11) Elle fait du reste occasionnellement l'objet de critiques ; v. C.I.J., Affaire du *Plateau continental de la Mer du Nord*, *Recueil 1969*, op. indiv. Ammoun, p. 137, § 36.

(12) Voy. impl. C.I.J., Affaire de la *Sentence arbitrale*, mesures conservatoires, *Recueil 1990*, op. diss. Thierry, p. 84.

(13) C.I.J., Affaire du *Détroit de Corfou*, *Recueil 1949*, op. diss., p. 105.

juridiques après un intervalle de plus de sept siècles, serait aller bien au-delà d'une application raisonnable de considérations de droit » (14).

Le « raisonnable » est bien utilisé pour rejeter une solution excessive, comme le confirme cet extrait d'une opinion déjà citée spécifiquement consacré au critère du raisonnable :

« [...] le critère du raisonnable doit lui-même s'appliquer d'une manière raisonnable ; il ne doit pas s'appliquer en invoquant des hypothèses qui présentent elles-mêmes un caractère manifestement exagéré » [...] (15).

Ces exemples sont loin d'être isolés. Lorsque le « raisonnable » est l'élément d'une règle primaire, il s'oppose souvent à ce qui est excessif, comme lorsqu'il qualifie un délai (16), ou une mesure (17). Il en est de même lorsque la notion est utilisée dans le cadre de la limite des compétences discrétionnaires des Etats, pour caractériser l'exercice d'un droit ou l'exécution d'une obligation (18).

De très nombreux précédents reprennent des tours rhétoriques à l'occasion desquels l'opposition peut être formulée :

— « on ne peut mettre raisonnablement en doute » (19) ou « contester » (20) / il serait excessif de remettre en doute ou de contester ;

— « on ne peut raisonnablement imputer à... » (21) / il serait excessif d'imputer à... ;

— « il n'est pas déraisonnable de considérer » (22) ou de « soutenir » (23)/ il n'est pas excessif de considérer ou de soutenir ;

— « il est raisonnable d'en déduire » (24) / il n'est pas excessif d'en déduire ;

(14) Nous soulignons ; C.I.J., *Recueil 1953*, pp. 56-57.

(15) C.I.J., Affaire de l'*Incident aérien*, *Recueil 1959*, op. diss. coll. Lauterpacht *et alii*, p. 189.

(16) Voy., outre les nombreuses références relatives à la jurisprudence de la C.E.D.H. concernant l'interprétation de la notion reproduites *supra*, C.P.J.I., Affaire du *Vapeur Wimbledon*, *Série A, n° 1*, p. 31.

(17) V. de nombreux exemples *supra*, Chapitre II, section 2, et not. C.I.J., Affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*, *Recueil 1986*, op. diss. Schwebel, p. 379, § 236.

(18) Voy. de manière générale *supra*, Chapitre II, section 2, et plus spécifiquement C.I.J., Affaire du *T.A.N.U.*, *Recueil 1973*, pp. 196-197, §§ 64-65 ; Affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*, mesures conservatoires, *Recueil 1984*, p. 185, § 37, et Affaire du *Droit de passage*, *Recueil 1960*, op. indiv. Wellington Koo, p. 64 ;

(19) C.I.J., Affaire du *Temple de Préah Vihéar*, *Recueil 1962*, p. 21, et op. indiv. Fitzmaurice, p. 55 ; v. aussi C.I.J., Affaire du *Droit de passage*, *Recueil 1960*, op. indiv. Wellington Koo, p. 65.

(20) C.I.J., Affaire de la *Convention de 1902 sur la tutelle*, *Recueil 1958*, op. indiv. Lauterpacht, p. 90.

(21) C.I.J., Affaire de l'*Audition des pétitionnaires*, *Recueil 1956*, op. indiv. Lauterpacht, p. 39.

(22) C.I.J., Affaire du *Tribunal administratif de l'O.I.T.*, *Recueil 1956*, op. diss. Read, p. 148.

(23) C.P.J.I., Affaire du *Lotus*, *Série A, n° 9*, op. diss. Moore, p. 85.

(24) C.I.J., Affaire du *Plateau continental de la Mer du Nord*, *Recueil 1969*, p. 35, § 54 ; v. aussi C.I.J., Affaire du *Temple de Préah Vihéar*, *Recueil 1962*, op. indiv. Fitzmaurice, p. 61.

— « il n'est pas raisonnable de supposer » (25), de « croire » (26), de « présumer » (27) que / il serait excessif de supposer, de croire, de présumer que...

On pourrait multiplier les exemples : l'opposition apparaît souvent clairement (28). Il en va ainsi lorsque le « raisonnable » qualifie un substantif comme une « solution » (29), une « interprétation » (30), un « but » (31), une « prétention » (32), une « indemnité » (33), un « chiffre » (34), un « poids » (35), une « offre » (36), *etc.* (37)... Il s'agit toujours, à première vue, de caractériser ce qui n'est pas excessif, ou, parallèlement, de s'apparenter à ce qui est modéré (38).

Finalement, la plupart des exemples d'utilisation de la notion que nous avons rencontrés peuvent être envisagés sous cet angle.

(25) C.I.J., Affaire de la *Barcelona Traction*, *Recueil 1964*, p. 23 ; v. d'autres expressions similaires dans C.P.J.I., Affaire de la *Commission européenne du Danube*, *Série B, n° 14*, p. 49 ; Affaire de l'*Interprétation du Statut du territoire de Mémel (fond)*, *Série AB, n° 49*, p. 336 ; C.I.J., Affaire du *Sud-Ouest africain*, *Recueil 1962*, op. diss. Van Wyk, p. 601 ; Affaire de la *Barcelona Traction*, *Recueil 1964*, op. indiv. Tanaka, p. 68. V. aussi Affaire de *Tacna-Arica*, sentence du 4 mars 1925, *R.S.A.*, vol. II, p. 935.

(26) C.I.J., Affaire du *Plateau continental de la Mer du Nord*, *Recueil 1969*, op. diss. Sorensen, p. 256.

(27) C.I.J., Affaire de la *Namibie*, *Recueil 1970*, op. indiv. Fitzmaurice, p. 89, § 41.

(28) Voy. encore C.P.J.I., Affaire des *Zones franches*, *Série AB, n° 46*, op. diss. Eugène Dreyfus, p. 206 ; C.I.J., Affaire du *Droit de passage*, exceptions préliminaires, *Recueil 1957*, pp. 149 et 150 ; Affaire du *Sud-Ouest africain*, *Recueil 1962*, op. indiv. Bustamante, p. 366 ; Affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*, *Recueil 1986*, pp. 388-389, § 259 et op. indiv. Oda, p. 472 ; Affaire de l'*Accord de siège*, *Recueil 1988*, op. indiv. Oda, p. 37, § 2 ; Affaire du *Différend frontalier, terrestre, insulaire et maritime*, requête à fin d'intervention, *Recueil 1990*, op. indiv. Oda, p. 143 ; Affaire du *Passage par le Grand Belt*, mesures conservatoires, *Recueil 1991*, op. indiv. Oda, p. 26.

(29) C.I.J., Affaire du *Sud-Ouest africain*, *Recueil 1950*, op. indiv. Alvarez, p. 178.

(30) C.I.J., Affaire du *Sud-Ouest africain*, *Recueil 1962*, op. indiv. Jessup, pp. 411-412.

(31) C.I.J., Affaire *ELSI*, *Recueil 1989*, p. 55, § 83.

(32) C.I.J., Affaire du *Sud-Ouest africain*, *Recueil 1962*, op. indiv. Jessup, p. 413.

(33) C.I.J., Affaire des *Réparations*, *Recueil 1949*, p. 181.

(34) C.I.J., Affaire du *Détroit de Corfou*, réparation, *Recueil 1949*, p. 249.

(35) C.I.J., Affaire de l'*Incident aérien*, exceptions préliminaires, *Recueil 1959*, op. diss. Lauterpacht *et alii*, p. 194.

(36) C.I.J., Affaire des *Pêcheries islandaises*, *Recueil 1974*, op. diss. Padilla Nervo, pp. 45 et 90.

(37) Voy. encore C.P.J.I., Affaire de l'*Interprétation des arrêts n° 7 et 8*, *Série A, n° 11*, p. 16, cité dans C.I.J., Affaire de l'*Interprétation de l'accord entre l'O.M.S. et l'Égypte*, *Recueil 1980*, op. indiv. Sette-Camara, p. 179 ; v. aussi C.I.J., Affaire des *Réparations*, *Recueil 1949*, op. diss. Hackworth, p. 197 ; Affaire des *Pêcheries norvégiennes*, *Recueil 1951*, op. diss. Mc Nair, p. 164 ; Affaire de l'*Anglo-Iranian Oil Company*, *Recueil 1952*, op. diss. Levi Carneiro, p. 166 ; Affaire du *Différend frontalier, terrestre, insulaire et maritime*, requête à fin d'intervention, ordonnance du 28 février 1990, *Recueil 1990*, op. diss. Shahabuddeen, p. 53.

(38) V. à ce sujet Affaire concernant le *Filetage à l'intérieur du Golfe de Saint-Laurent*, sentence du 17 juillet 1986, *R.S.A.*, vol. XIX, p. 242, § 28 ainsi que C.I.J., Affaire des *Pêcheries islandaises*, *Recueil 1974*, op. indiv. de Castro, p. 97, note 4.

3. *Raisonnable et probable*

372. Cette troisième caractéristique est plus spécifique que la précédente, même si on la rencontre fréquemment dans la pratique. On peut encore citer un extrait de l'affaire des *Minquiers et Ecréhous*, mais tiré cette fois d'une opinion individuelle, pour comprendre de quoi il s'agit :

> « Ainsi, le Royaume-Uni, à l'époque moderne et contemporaine, a tenu les îlots litigieux de sorte que l'hypothèse selon laquelle le Roi d'Angleterre les tenait autrefois apparaît comme raisonnable » (39).

En l'espèce on pourrait purement et simplement remplacer « raisonnable » par « probable » ou « vraisemblable », comme cela arrive dans un certain nombre de cas (40). Ces termes sont d'ailleurs occasionnellement associés dans le raisonnement juridictionnel (41), éventuellement par le biais d'une traduction (42).

Dans la plupart des cas, l'association est plus indirecte, mais reste tout à fait apparente. Les exemples ne concernent pas le « raisonnable » comme élément d'une règle primaire, mais comme élément d'une étape du discours juridictionnel. L'*établissement des faits* est évidemment un domaine d'application privilégié. Lorsqu'un juge déclare avoir atteint une « certitude raisonnable » ou « au-delà de tout doute raisonnable » (43), l'adjectif implique incontestablement un élément de probabilité. Cet élément concernera des faits passés, mais aussi des faits qui relèvent du futur antérieur, du futur, ou

(39) C.I.J., *Recueil 1953*, op. indiv. Basdevant, p. 83.

(40) V. C.P.J.I., Affaire *Oscar Chinn, Série AB, n° 63*, op. diss. Altamira, p. 97 (« Ces produits étant les plus nombreux et les plus importants dans la colonie, ils doivent raisonnablement couvrir une grande majorité des transports [...] ») ; C.I.J., Affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua, Recueil 1986*, op. diss. Schwebel, p. 83, § 153 (« [...] encore qu'il ne paraisse pas hautement déraisonnable de penser que [...] »).

(41) Pour « vraisemblable » et « raisonnable », C.I.J., Affaire du *Différend frontalier, terrestre, insulaire et maritime, Recueil 1992*, § 156. Pour « raisonnable » et « probable », v. C.I.J., Affaire de l'*Anglo-Iranian Oil Company, Recueil 1952*, p. 105 , Affaire de la *Sentence arbitrale, Recueil 1991*, pp. 122-123, §§ 9-10 ; Affaire du *Temple de Préah Vihéar*, exceptions préliminaires, *Recueil 1961*, op. indiv. Percy Spender, pp. 40-41 ; Affaire du *Temple de Préah Vihéar, Recueil 1962*, op. diss. Percy Spender, pp. 104 et s. ; Affaire du *Cameroun septentrional, Recueil 1963*, op. indiv. Percy Spender, p. 79 ; Affaire du *Sud-Ouest africain, Recueil 1966*, op. diss. Jessup, p. 367 ; Affaire de la *Namibie, Recueil 1970*, op. indiv. Fitzmaurice, p. 98, § 157. Pour le « vraisemblable » et le « probable » qui aboutissent au « raisonnable », C.I.J., Affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua, Recueil 1986*, pp. 82-83, §§ 151-152. Pour « plausible » et « raisonnable » ; Affaire *Naomi Russel*, sentence du 24 avril 1931, *R.S.A.*, vol. IV, p. 818.

(42) Ainsi, on a traduit « I do not find it credible that » par « Je ne pense pas que l'on puisse raisonnablement considérer que » ; C.I.J., Affaire de la *Barcelona Traction, Recueil 1970*, op. indiv. Jessup, p. 182, § 37.

(43) Voy. les exemples mentionnés *supra*, Chapitre I, section 2.

encore des faits hypothétiques (44). Pour ne reprendre qu'un exemple, la C.P.J.I., dans le cadre du calcul de la valeur d'une entreprise

> « [...] envisage l'usine telle que celle-ci aurait hypothétiquement, mais raisonnablement, dû être entre les mains de l'Oberschlesische et de la Bayerische si, au lieu d'être prise en 1922 par la Pologne, l'entreprise avait pu poursuivre son développement présumé » (45).

Le caractère hypothétique est tempéré par le « raisonnable » qui vise à l'appuyer sur une forte probabilité. Ce type d'association est aussi fréquemment opéré dans le cadre des mécanismes d'*interprétation*, ce qui n'est guère étonnant si on se rappelle qu'il s'agit théoriquement d'établir le fait juridique que constitue la volonté des auteurs du texte. Dans ce cadre, on a pu considérer que « l'interprétation raisonnable [est] celle qui correspond le mieux à l'intention probable des parties » (46). Dans l'affaire du *Sud-Ouest africain*, la Cour précise qu'elle

> « [...] doit se placer à l'époque où le système des mandats a été institué et où les actes de Mandat ont été rédigés. Elle doit tenir compte de la situation à cette date, qui est la date critique, et des intentions que les intéressés semblent bien avoir eues *ou que l'on peut raisonnablement leur attribuer en fonction de la situation* » (47).

On ne peut être assuré que l'interprétation correspond à la volonté des parties, mais on peut émettre l'hypothèse avec un fort degré de probabilité ou de vraisemblance, et c'est en ce sens qu'on utilise le « raisonnable » (48). Enfin, ce type d'association se retrouve dans une série d'inférences qui composent le *discours juridictionnel*. On peut ainsi reprendre les expressions suivantes (49) :

---

(44) V. not. C.I.J., Affaire du *Temple de Préah Vihéar*, *Recueil 1962*, op. diss. Percy Spender, p. 114 ; Affaire de la *Barcelona Traction*, *Recueil 1964*, op. indiv. Bustamante ; Affaire du *Sud-Ouest africain*, *Recueil 1966*, op. indiv. Van Wyk, p. 99, § 14 et op. diss. Tanaka, p. 258 ; Affaire des *Essais nucléaires*, *Recueil 1973*, Déclaration Barwick, p. 110 ; Affaire du *Différend frontalier, terrestre, insulaire et maritime*, requête à fin d'intervention, ordonnance du 28 février 1990, *Recueil 1990*, op. diss. Shahabuddeen, p. 19.

(45) C.P.J.I., Affaire de l'*Usine de Chorzow (fond)*, *Série A, n° 13*, p. 52.

(46) C.I.J., Affaire du *Sud-Ouest africain*, *Recueil 1966*, op. indiv. Van Wyk, p. 121, § 33

(47) C.I.J., *Recueil 1966*, p. 23, § 16.

(48) Pour d'autres exemples, v. C.P.J.I., Affaire du *Régime douanier austro-allemand*, *Série AB, n° 41*, p. 46, op. indiv. Anzilotti, pp. 66, 70 et 71, op. diss. Adatci *et alii*, pp. 82 et 83 ; v. encore C.I.J., Affaire du *Plateau continental de la Mer Egée*, *Recueil 1978*, p. 23-25, §§ 55-60 et p. 29, § 71 ; Affaire du *Sud-Ouest africain*, *Recueil 1962*, op. indiv. Jessup, p. 412 et op. diss. Percy Spender et Fitzmaurice, p. 546.

(49) Pour d'autres exemples, v. *Norwegian Shipowner's Claims*, 13 octobre 1922, *R.S.A.*, vol. I, p. 327 ; C.I.J., Affaire de l'*Audition des pétitionnaires*, *Recueil 1956*, op. indiv. Lauterpacht, p. 36 ; Affaire du *Sud-Ouest africain*, *Recueil 1966*, op. diss. Wellington Koo, p. 220. V. aussi les exemples ci-dessus.

— « il semble raisonnable de penser que, [...], on a voulu exprimer l'idée que » (50) ;

— « on ne pouvait pas raisonnablement s'attendre à ce que » (51) ;

— « il n'est pas raisonnablement permis d'espérer que » (52).

L'élément de probabilité découle bien d'une première lecture de nombreux exemples jurisprudentiels.

4. *Raisonnable et équilibré*

373. Ce dernier élément ressort du *dictum* énoncé par le tribunal arbitral dans l'affaire du *Filetage à l'intérieur du Golfe de Saint-Laurent*, selon lequel,

> « [...] à l'instar de l'exercice de toute compétence quelconque, l'exercice d'une compétence de réglementation est toujours liée par la règle du raisonnable, invoquée par la Cour internationale de Justice dans l'affaire de la *Barcelona Traction* [...]. *Cette règle commande à l'Etat de proportionner son comportement au but légalement poursuivi en tenant dûment compte des droits et libertés concédés à un autre Etat* » (53).

De manière générale, l'exercice d'un droit ou l'exécution d'une obligation pourra être considéré comme déraisonnable si un déséquilibre entre certains sujets de droit international en résulte. Dans l'affaire citée par le tribunal, la C.I.J. vérifie ainsi que la protection diplomatique n'entraîne pas une situation déséquilibrée à l'encontre des actionnaires, pour conclure en l'espèce par la négative (54). Dans l'affaire de l'*Interprétation de l'accord entre l'O.M.S. et l'Égypte*, la Cour admet que l'O.M.S. peut décider le transfert de son siège, pourvu qu'elle suive « une ligne de conduite raisonnable », ce qui suppose d'agir en consultation avec l'Egypte et, en particulier, de ne

> « [...] pas perdre de vue tous les accords relatifs à la cessation des services d'un certain nombre de fonctionnaires, tous les accords locaux relatifs aux bâtiments, les baux et autres arrangements du même ordre » (55).

(50) C.P.J.I., Affaire des *Intérêts allemands en Haute-Silésie, Série A, n° 7*, p. 21.

(51) C.I.J., Affaire *ELSI, Recueil 1989*, p. 65, § 108.

(52) C.I.J., Affaire du *Sud-Ouest africain, Recueil 1962*, p. 345.

(53) Nous soulignons ; Sentence du 17 juillet 1986, *R.S.A.*, vol. XIX, p. 259, § 54 ; v. aussi les commentaires *supra*, Chapitre II, section 2, § 112 et *infra*, Chapitre VIII, section 1, § 558.

(54) C.I.J., *Recueil 1970*, pp. 48 et s., §§ 92 et s. ; v. aussi les commentaires du juge Gros, C.I.J., Affaire du *Golfe du Maine, Recueil 1984*, op. diss., p. 384, § 40.

(55) C.I.J., *Recueil 1980*, p. 111 ; v. aussi op. indiv. El-Erian, pp. 175-176.

Le renvoi à une notion d'équilibre n'est pas limité à l'exercice de compétences discrétionnaires (56), mais se retrouve dans plusieurs obligations primaires spécifiques. Ainsi, il est incontestable qu'un « délai raisonnable » suppose le maintien d'un équilibre entre les intérêts du requérant et les exigences d'une bonne administration de la justice ou de la sécurité publique (57), de la même manière qu'une différenciation sera déraisonnable et donc discriminatoire si elle ne ménage pas un équilibre entre les groupes en présence (58). La C.E.D.H. a aussi considéré que l'exigence d'un « rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé » pouvait s'exprimer sous l'expression d'un « 'juste équilibre' à ménager entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs des droits fondamentaux de l'individu » (59). La notion de « rapport raisonnable de proportionnalité » ne concerne d'ailleurs pas uniquement le domaine des droits de la personne, à travers de nombreuses obligations (60), mais aussi le droit de la mer, où elle caractérise le « résultat raisonnable » auquel doit aboutir une délimitation opérée selon des « principes équitables » (61). Le lien avec

(56) Voy. encore C.I.J., Affaire des *Pêcheries norvégiennes*, *Recueil 1951*, pp. 140-142.

(57) V. not. Rusen ERGEC et Jacques VELU, « La notion de 'délai raisonnable' dans les articles 5 et 6 de la Convention européenne des droits de l'homme — Essai de synthèse —», *R.T.D.H.*, 1991, p. 139.

(58) Voy. à cet égard les nombreux arrêts déjà cités de la C.E.D.H., ainsi que la jurisprudence internationale générale, *supra*, Chapitre I, section 2. V. plus spécialement les réflexions du juge Percy Spender, dans le cadre de l'établissement d'un acquiescement par la Thaïlande de la frontière (par le fait de son silence, qui s'était poursuivi au-delà d'un délai raisonnable), selon lequel « je crois qu'il serait injuste d'appliquer à la conduite du Siam à cette époque des normes objectives comparables à celles qu'on pourrait raisonnablement appliquer aujourd'hui, ou qu'on aurait pu raisonnablement pu appliquer alors, à des États européens hautement développés » ; C.I.J., *Recueil 1962*, op. diss., p. 128.

(59) Voy. p. ex. C.E.D.H., Affaire *Lithgow et autres*, *Série A, n° 102*, 8 juillet 1986, § 120 ; Affaire *Hentrich*, *Série A, n° 296-A*, 22 septembre 1994, § 49 ; Affaire *Jersild*, *Série A, n° 298*, 23 septembre 194, § 28 ; Affaire *Les Saints Monastères*, *Série A, n° 301-A*, 9 décembre 1994, § 70 ; Affaire des *Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis*, *Série A, n° 301-B*, 9 décembre 1994, § 69 ; Affaire *Lopez Ostra*, *Série A, n° 303-C*, 9 décembre 1994, § 51 ; Affaire *Piermont*, *Série A, n° 314*, 27 avril 1995, § 77. Les arrêts cités concernent plusieurs articles de la Convention dans le cadre desquels on admet l'application du « rapport raisonnable de proportionnalité » (v. les exemples *supra*, Chapitre II, section 2). Ce dernier n'est par ailleurs pas systématiquement formulé de manière expresse.

(60) L'expression caractérise notamment les restrictions autorisées à l'usage de certains droits, pourvu qu'elles soient « nécessaires dans une société démocratique » ; v. les nombreuses références reproduites *supra*, Chapitre II, section 2, § 104. Par ailleurs, la Commission arbitrale considère dans l'affaire *Friedrich and Co.*, que, en l'espèce, « detention involves only the question of its *reasonableness* in point of time consumed, and for the court to act thereon was a necessary adjunct to the situation. If the conditions on both sides are regarded as producing an *equilibrium*, justice is done, in the opinion of the umpire ; and so holds » (Nous soulignons ; *R.S.A.*, vol. X, p. 54).

(61) On se reportera une fois encore *supra*, Chapitre II, section 2. Voy. aussi plus généralement C.I.J., Affaire des *Pêcheries islandaises*, *Recueil 1974*, pp. 23, § 53 et 192, § 45.

l'équilibre a été expressément opéré par la C.I.J. dans l'affaire du *Plateau continental de la Mer du Nord*,

> « Un dernier élément à prendre en considération est le *rapport raisonnable* qu'une délimitation effectuée selon des principes équitables devrait faire apparaître entre l'étendue du plateau continental relevant des Etats intéressés et la longueur de leur côtes ; on mesurerait ces côtes d'après leur direction générale afin d'établir l'*équilibre nécessaire* entre les Etats ayant des côtes droites et les Etats ayant des côtes fortement concaves ou convexes ou afin de ramener des côtes très irrégulières à des proportions plus exactes » (62).

Dans la même optique, l'octroi d'un montant raisonnable d'une réparation ou de dépens suppose le respect d'un certain équilibre entre les situations respectives des parties (63). Par ailleurs, en matière d'obligation de diligence, une vigilance raisonnable suppose que l'on tienne compte de la situation particulière des Etats concernés (64).

Ce critère se retrouve enfin dans les diverses étapes du syllogisme judiciaire, qui toutes supposent le respect du principe de l'égalité des parties, et par là, d'un certain équilibre, incidemment présent dans le discours juridictionnel (65).

374. Une première lecture des extraits qui forment notre matériau laisse donc ressortir quatre critères qui relèvent du « sens ordinaire » du « raisonnable ». A ce stade, nous nous sommes intentionnellement abstenu de préciser le contenu de chacun d'entre eux, ainsi que les rapports qu'ils entretiennent mutuellement. C'est à cette tâche que nous nous attellerons bientôt, mais il importe pour l'effectuer correctement de consulter les dictionnaires usuels afin de dégager des éléments supplémentaires de signification.

---

(62) Nous soulignons ; C.I.J., *Recueil 1969*, p. 52, § 98 ; v. aussi p. 50, § 93 ; op. indiv. Padilla Nervo, p. 90 et Affaire du *Plateau continental (Libye-Malte)*, *Recueil 1985*, p. 40, § 48 et op. indiv. Sette-Camara, p. 73. Dans l'affaire du *Golfe du Maine*, la Cour considère que la ligne d'équidistance « aboutit d'ordinaire à une partage raisonnablement égal entre les deux côtes », tandis que le juge Schwebel qualifie la ligne choisie de « très raisonnable », ce qui renvoie dans les deux cas à un élément d'équilibre (C.I.J., *Recueil 1984*, p. 387, § 44 et op. indiv., p. 355.

(63) V. p. ex. C.I.J., Affaire du *T.A.N.U.*, *Recueil 1973*, p. 194, §§ 57 et 59, et Affaire *LAFICO*, sentence du 4 mars 1991, *in R.B.D.I.*, 1990, p. 561, § 79.

(64) V. une application dans C.I.J., Affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*, *Recueil 1986*, p. 85, § 157.

(65) V. not. C.I.J., Affaire du *Plateau continental (Libye-Malte)*, *Recueil 1985*, op. diss. Schwebel, p. 179 ; Affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*, *Recueil 1986*, pp. 25-26, § 31 et op. diss. Schwebel, p. 324, § 136 et p. 373, § 222.

B. — *Les critères issus des dictionnaires*

375. La jurisprudence internationale fait occasionnellement usage de dictionnaires pour préciser le sens ordinaire d'un terme (66). La pratique est le fait tant d'institutions permanentes comme la C.P.J.I. (67), ou la C.I.J. (68) que de tribunaux arbitraux (69). Les dictionnaires utilisés sont soit usuels, soit juridiques. Nous les utiliserons donc pour préciser le sens du terme « raisonnable » mais, étant donné la connotation de la notion, nous recourrons aussi à des dictionnaires de terminologie philosophique (70). On déterminera, dans l'ordre de spécialisation :

— les éléments usuels de définition ;
— les éléments spécifiquement philosophiques de définition ;
— les éléments spécifiquement juridiques de définition.

1. *Les éléments usuels de définition*

376. Trois termes retiendrons notre attention : d'abord, « raisonnable » lui-même, ensuite, et dans l'espoir de découvrir quelque élément supplémentaire de définition, « raisonnablement », enfin, le terme « raison » auquel renvoient les deux précédents.

---

(66) Cette méthode est d'ailleurs reconnue par la doctrine, v. p. ex. Anne LAGNEAU-DEVILLÉ, « Questions sociologiques à propos de l'interprétation en droit », *in* Michel VAN DE KERCHOVE (sous la direction de), *L'interprétation en droit. Approche multidisciplinaire*, Bruxelles, F.U.S.L., 1978, p. 523.

(67) Plus exactement, c'est le juge Séfériades qui recourt au dictionnaire de l'Académie française ainsi qu'au Littré ; C.P.J.I., Affaire des *Phares en Crête, Série AB, n° 71*, op. diss., p. 135.

(68) Dans l'affaire du *Plateau continental de la Mer Egée*, la Grèce a invoqué l'autorité du dictionnaire Robert, du dictionnaire de l'Académie française, du dictionnaire Littré ainsi que du dictionnaire Basdevant (C.I.J., *Recueil 1978*, p. 21, § 51 et p. 34, § 81) ; la Cour reprend le dictionnaire Robert (*ibid.*, p. 22, § 54), tandis que le juge Stassinopoulos utilise quant à lui le Petit Larousse illustré (*id.*, op. diss., p. 74, note 1). Dans l'affaire de l'*Interprétation de l'accord entre l'O.M.S. et l'Égypte*, la Cour évoque « les dictionnaires de droit » (*Recueil 1980*, p. 91, § 40). Dans l'affaire de l'*Accord de siège*, le juge Shahabudeen cite dans son opinion individuelle le *West's Law and Commercial Dictionary in Five Languages*, le *Black's Law Dictionary*, le *Shorter Oxford English Dictionary* et le *Webster's Third New International Dictionary* (*Recueil 1988*, p. 63).

(69) V. *Opinion in the Questions of Procedure*, Italian-Venezualian Commission, 1903, *R.S.A.*, vol. X, p. 484 ; *The Kronprins Gustaf Adolf*, sentence du 18 juillet 1932, *R.S.A.*, vol. II, p. 1257 ; Affaire de la *Délimitation de la frontière maritime entre la Guinée et la Guinée Bissau*, sentence du 14 février 1985, *R.S.A.*, vol. XIX, p. 169, § 49.

(70) Nous utiliserons en priorité le dictionnaire Lalande (réf. ci-dessous), considéré comme la source de référence en la matière ; v. p. ex. Georges KALINOWSKI, « Logique et méthodologie juridique. Réflexion sur la rationalité formelle et non formelle en droit », *A.P.D.*, 1978, p. 59. Par contre, nous éviterons de reprendre des sources plus précises, et en particulier la doctrine extrêmement riche et diversifiée qui s'est penchée sur la définition de la « raison ». Notre souci est en effet de rester à un degré de généralité inhérent à un sens ordinaire, ce qui apparaît incompatible avec des approfondissements de ce type.

i) *« raisonnable »*

377. Parmi les multiples éléments de définition que l'on peut dégager d'une lecture des dictionnaires usuels (71), trois types de significations peuvent être distingués.

Tout d'abord, le *« raisonnable » renvoie à la raison*, comme en témoignent les éléments suivants :

— « qui possède la raison » (72), « doué de raison » (73) ;
— « conforme à la raison » (74), « conforme aux principes de la raison » (75) ;
— « qui se laisse guider par la raison » (76), « dont la pensée, les comportements, les choix sont guidés par la raison » (77), « agit selon les principes de la raison » (78), « agit selon la raison » (79), ou « se gouverne selon la raison » (80) ;
— « inspiré, dicté par la raison » (81).

(71) Les dictionnaires que nous avons consultés sont les suivants, auxquels correspondent les abréviations jointes :
— *Le nouveau Petit Robert 1*, Paris, éd. 1993, éd. entièrement revue et amplifiée du Petit Robert (ci-après *Petit Robert*) ;
— *Larousse*, Dictionnaire de la langue française, Paris, Lexis, 1992 (ci-après *Petit Larousse*) ;
— *Le Grand Robert de la langue française*, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française de Paul Robert, 2e éd. entièrement revue et enrichie par Alain Rey, Tome VIII, Paris, Robert, 1985 (ci-après *Grand Robert*) ;
— *Grand Larousse de la langue française*, Tome VI, Paris, Librairie Larousse, 1977 (ci-après *Grand Larousse*) ;
— Paul-Émile LITTRÉ, *Dictionnaire de la langue française*, tome IV, Monte-Carlo, Ed. du Cap, 1968 (ci-apprès *Littré*) ;
— *Dictionnaire de l'Académie française*, 8e éd., tome II, Paris, Librairie Hachette, 1935 (ci-après *Dictionnaire de l'Académie française*) ;
— *Dictionnaire Quillet de la langue française*, Bruxelles, Ed. Aristide Quillet, 1975 (ci-après *Quillet*) ;
— Jean GIRODET, *Dictionnaire de la langue française*, Paris, Bordas, 1976 (ci-après *Girodet*) ;
— *Trésor de la langue française*, Dictionnaire de la langue française du XIXe et du XXe siècle, Tome XIV, Paris, C.N.R.S., Gallimard, 1990 (ci-après *Trésor de la langue française*).
Nous renverrons à l'ordre du sens spécifique dans le cadre de chaque définition, plutôt qu'au numéro de page, afin de transcender les différences d'édition. A cet égard, des éditions différentes ont parfois été consultées pour les définitions de certains critères, et en particulier « excessif », « modéré », « probable », « déséquilibré », « approprié », « normal » et « mesuré ».

(72) *Grand Larousse* (1), *Grand Robert* (sens 1).

(73) *Petit Robert*, *Petit Larousse* (sens 1), *Grand Larousse* (sens 1) *Grand Robert* (sens 1), *Littré* (1), *Dictionnaire de l'Académie française* (sens 1), *Quillet* (sens 1), *Girodet* (sens 1), *Trésor de la langue française* (sens A1).

(74) *Petit Robert*, *Petit Larousse* (sens 3), *Littré* (sens 4), *Dictionnaire de l'Académie française* (sens 4), *Quillet* (sens 3), *Trésor de la langue française* (sens A2).

(75) *Grand Larousse* (sens 3).

(76) *Grand Larousse* (sens 2).

(77) *Trésor de la langue française* (sens B1a).

(78) *Grand Robert* (sens 2).

(79) *Littré*(sens 2) *Quillet* (sens 2).

(80) *Dictionnaire de l'Académie française* (sens 2).

(81) *Trésor de la langue française* (sens B1b).

Comme on le constate, l'adjectif qualifie tantôt une personne, tantôt une chose, tantôt une action. La compréhension de ce sens premier suppose une analyse du terme « raison » lui-même, de manière à mieux cerner ses différents aspects, qu'ils relèvent de la seule rationalité ou d'une dimension plus axiologique.

Une *deuxième acception* du « raisonnable » renvoie à l'idée de modération. Ainsi, on lui donne comme synonyme « modéré » (82), « moyen » (83), « normal » (84), « mesuré » (85), « convenable » (86) ou « acceptable » (87) et comme contraire « excessif » (88), « exorbitant » (89), « exagéré » (90), « impossible » (91), « démesuré » (92), ou « extravagant » (93). L'acception se confirme à la lecture de plusieurs éléments de définition :

— « qui n'est pas exagéré ; conforme à la moyenne » (94), « qui n'exagère en rien » (95) ;
— « qui manifeste de la modération » (96) ; « qui est naturellement porté à la mesure, à la modération » (97) ;
— « qui correspond à la mesure normale, suffisante » (98) ; « qui s'accorde avec la mesure, qui correspond aux normes en vigueur » (99).

Ces éléments cadrent à première vue avec l'utilisation de la notion par la jurisprudence internationale, et peuvent donc être retenus dans l'optique de notre analyse.

En revanche, nous n'utiliserons plus les éléments définitionnels que l'on peut regrouper dans une *troisième catégorie*, qui semble

(82) *Petit Robert* (sens 3), *Petit Larousse* (sens 4), *Grand Robert* (sens 3), *Quillet* (sens 3), *Trésor de la langue française* (sens 3a).
(83) *Grand Larousse* (sens 4).
(84) *Grand Larousse* (sens 4).
(85) *Girodet* (sens 2).
(86) *Quillet* (sens 3), *Trésor de la langue française* (sens 3a).
(87) *Petit Robert* (sens 3), *Petit Larousse* (sens 4), *Grand Robert* (sens 3), *Trésor de la langue française* (sens 3a).
(88) *Petit Larousse* (sens 4).
(89) *Petit Larousse* (sens 4), *Grand Larousse* (sens 4), *Quillet.*
(90) *Grand Larousse* (sens 4).
(91) *Grand Larousse* (sens 4).
(92) *Grand Larousse* (sens 4).
(93) *Quillet.*
(94) *Petit Larousse* (sens 4).
(95) *Trésor de la langue française* (sens 2a).
(96) *Trésor de la langue française* (sens 2b, et 3b).
(97) *Grand Larousse* (sens 2, et spécif. 5).
(98) *Grand Robert* (sens 3).
(99) *Girodet* (sens 4).

totalement étrangère à la pratique juridictionnelle exposée. Par exemple, certains dictionnaires mentionnent que le « raisonnable » qualifie aussi une personne « qui supporte avec résignation » (100), « qui est résigné[e] » (101), « docile, obéissant[e] » (102).

ii) « raisonnablement »

378. L'examen des définitions données à l'adverbe « raisonnablement » ne fait, comme on pouvait s'y attendre, que confirmer les enseignements relatifs au qualificatif qu'il comprend. Les dictionnaires renvoient soit au « raisonnable » (103), soit à la « raison » (104), le seul élément reproduit expressément sous l'adverbe se rattachant à l'idée de modération (105) telle que décrite ci-dessus, qui voit ainsi son importance confirmée. Cette remarque formulée, le terme ne sera plus analysé spécifiquement dans les lignes qui suivent.

iii) « raison »

379. Il s'agit assurément du terme le plus complexe puisque, tout en déterminant la portée décisive d'un grand nombre de concepts, dont les deux précédents, il recouvre une multitude de définitions, le dictionnaire Littré n'en dénombrant pas moins de vingt. Par ailleurs, les dictionnaires usuels intègrent dans leurs définitions l'acception philosophique de la notion, qui est entrée dans le langage courant, et que l'on ne peut donc ignorer à ce stade, tout en renvoyant aux dictionnaires philosophiques spécialisés pour le détail. Si on écarte les dénominations techniques ou issues d'une extension du sens original (106), les définitions peuvent être regroupées selon

(100) *Littré* (sens 3).

(101) *Dictionnaire de l'Académie française* (sens 3).

(102) *Trésor de la langue française* (sens 2a).

(103) *Grand Robert*, *Littré* (sens 1), *Quillet* (sens 1), *Trésor de la langue française*.

(104) *Petit Robert* (sens 1), *Grand Larousse* (sens 1), *Grand Robert* (sens 1), *Dictionnaire de l'Académie française* (sens 1), *Girodet* (sens 1).

(105) *Petit Robert* (sens 2), *Grand Larousse* (sens 2), *Grand Robert* (sens 2), *Quillet* (sens 2), *Girodet* (sens 2 et 3), *Trésor de la langue française* (sens B).

(106) Ainsi, le *Grand Robert* donne comme sens par extension la « réparation à un tort, une vengeance » (sens IV, 4), le *Dictionnaire de l'Académie française* (sens 4) ainsi que le *Grand Larousse* (sens B. II.4), le *Grand Robert* (sens IV, 4), le *Quillet* (sens 7), le *Girodet* (sens D) et le *Littré* (sens 9) reprennent une définition similaire. Le *Littré* expose par ailleurs plusieurs sens d'ordre technique · « raison » y est ainsi défini comme,

— « terme de banque et de commerce ; noms des associés rangés et énoncés de la manière déterminée par la société » (sens 14) ;

deux types de sens distingués par le dictionnaire Larousse (107), qui nous semblent pouvoir éclairer les utilisations du « raisonnable » que nous avons exposées ; il s'agit d'une part des définitions se rattachant à un sens qualifié de « subjectif » (§ 380), d'autre part, de celles réunies sous un sens dit « objectif » (§ 381).

380. Dans son sens subjectif, la raison renferme deux acceptions distinctes.

D'abord, c'est la faculté ou le mode de penser propre à la personne humaine, par opposition à l'instinct animal (108). On parle alors de « la » et non d'« une raison », ce qui marque le caractère unique du concept et son déploiement universel. Selon le dictionnaire Larousse, la notion se définit comme suit :

> « Au sens général, règle de la pensée et de l'action humaines, conçue comme la *faculté* et l'*ensemble des principes* qui permettent à l'homme d'établir des rapports nécessaires entre les choses, et rendent possibles la connaissance ainsi que l'accord des divers esprits sur cette connaissance » (109).

En tant que *faculté*, la raison s'apparente aux capacités intellectuelles (110) qui permettent à la fois de bien juger, « c'est-à-dire de distinguer le vrai du faux, le bien et le mal, le possible et l'impossible, le beau et le laid, etc. » (111), et de développer une intelligence discursive apte à saisir « les rapports logiques entre les notions ou les faits, établi[r] ses preuves et ses démonstrations » (112). Comme on le constate, la raison comme faculté se déploie dans le domaine des jugements de fait comme dans celui des jugements de valeur. Lorsqu'elle se conçoit comme l'« *ensemble des principes*, directeurs de la pensée, indépendants de l'expérience, considérés comme univer-

— « en termes de charpenterie, mettre les termes de bois en leur raison, les mettre à leur place respectivement » (sens 15) ;

— « terme de pratique ; raisons, au pluriel, se dit des titres et prétentions qu'une personne peut avoir » (sens 16 et *Dictionnaire de l'Académie française*, sens 7) ;

— « s'est dit, dans la marine, pour ration » (sens 17).

(107) Cette division est aussi celle du *Trésor de la langue française* ; les autres dictionnaires soit énumèrent une série de définitions sans les ordonner, soit opèrent d'autres types de division qui nous semblent moins pertinentes pour notre propos et que nous ne reproduirons donc pas.

(108) *Grand Larousse* (sens A, I.) ; *Petit Robert* (sens I, A.1).

(109) Nous soulignons ; *Grand Larousse* (sens AI.1).

(110) *Petit Robert* (sens I, A.3) ; *Grand Robert* (sens I, A3) ; *Dictionnaire de l'Académie française* (sens 1) ; *Girodet* (sens B3) ; *Trésor de la langue française* (sens A, 1 et 2).

(111) *Grand Larousse* (sens A, I. 3) ; v. aussi *Petit Robert* (sens I, A.2), *Petit Larousse* (sens 1, 1) ; *Grand Robert* (sens I, A2) ; *Littré* (sens 4) ; *Quillet* (sens 2) ; *Girodet* (sens B1) ; *Trésor de la langue française* (sens I, A3).

(112) *Grand Larousse* (sens A, I. 4) ; v. aussi *Grand Robert* (sens I, A1) ; *Dictionnaire de l'Académie française* (sens 2) ; *Trésor de la langue française* (sens I, A4).

sels et immuables, et dont l'homme prend connaissance par la réflexion » (113) (et non par la foi ou la révélation), la raison est ce qui permet aux facultés intellectuelles de se déployer. Elle s'apparente alors plutôt à un étalon à l'aune duquel seront appréciés les jugements opérés en application de la raison comme faculté.

Le deuxième sens subjectif de la raison est précisément issu de cette mesure puisqu'elle se définit alors comme « ce qui est conforme à la vérité ou à la réalité » (114) ou « à la justice, à l'équité, au droit, au devoir, etc. » (115). Alors que le premier sens subjectif était intimement lié à la personne, le second peut recouvrir des choses. Dans toutes les hypothèses, il consiste à apprécier le résultat de la mise en œuvre de la raison comme faculté, elle-même basée sur la raison comme ensemble de principes et ce, une fois encore, sur les plans tant factuel qu'axiologique.

381. Dans une acception objective, on parle d'« une » (ou « des ») raison(s), et non pas de « la » raison. Ici encore, deux sens peuvent être distingués. D'abord, une raison peut être un rapport ou une proportion, qui peut concerner des relations entre des choses (ainsi au sens mathématique : la raison de la progression 2, 4, 6, 8,... est de 2) (116) ou entre des personnes (au sens commercial, la raison comme part de chaque associé dans une société) (117). Ensuite, une raison est un principe explicatif, « ce qui rend compte de quelque chose, d'un fait, d'un événement, ce qui l'explique, le justifie de façon satisfaisante pour l'esprit » (118). Il peut alors s'agir d'une

(113) Nous soulignons ;*Grand Larousse* (sens A, I. 5) ; le *Grand Robert* définit la raison comme « une puissance stable, organisée, comme un système de principes appartenant à la nature même de l'homme et lui permettant d'accéder à la vérité, au bien, en s'opposant à la superstition et au fanatisme » (sens I, A5) ou comme un « pouvoir d'organisation, de synthèse, dont la valeur ne dépend que de la nature de l'esprit humain ; système de principes *a priori* qui règle la pensée et dont nous avons une connaissance réfléchie » (sens I, A6) ; v. aussi *Petit Robert* (sens I, A.5) ; *Littré* (sens 2) ; *Trésor de la langue française* (sens I, A5).

(114) *Grand Larousse* (sens A, II. 1) ; *Petit Robert* (sens I, B) ; *Trésor de la langue française* (sens I, B1).

(115) *Grand Larousse* (sens A, II. 2) ; v. aussi *Petit Robert* (sens I, C), *Grand Robert* (sens II) ; *Littré* (sens 6) ; *Dictionnaire de l'Académie française* (sens 3) ; *Quillet* (sens 5) ; *Trésor de la langue française* (sens I, B2).

(116) *Grand Larousse* (sens B, I. 3) ; *Petit Robert* (sens II, 3) ; *Petit Larousse* (sens 2,3) ; *Grand Robert* (sens III, 3) ; *Dictionnaire de l'Académie française* (sens 8) ; *Girodet* (sens A) ; *Trésor de la langue française* (sens II, B, 2).

(117) *Grand Larousse* (sens B, I. 2) ; *Grand Robert* (sens III, 2) ; *Girodet* (sens A) ; *Trésor de la langue française* (sens II, B, 1).

(118) *Grand Larousse* (sens B, II. 1) ; v. aussi *Petit Robert* (sens III, 1) ; *Petit Larousse* (sens 2,1) ; *Grand Robert* (sens IV, 1) ; *Littré* (sens 7) ; *Girodet* (sens C) ; *Trésor de la langue française* (sens II, A1).

cause, d'un motif (119), ou encore d'un argument ou d'une preuve (120). Dans tous les cas, c'est *la* raison (sens subjectif) qui permet de découvrir *une* raison (sens objectif), tant dans le domaine du fait que dans celui des valeurs.

382. En définitive, on peut schématiser la définition usuelle selon la séquence suivante (121). En tant que propriété spécifique à la personne humaine (acception subjective), on a

— la raison comme ensemble de principes (désignée ci-après comme le sens U1) ;
— la raison comme faculté, qui, basée sur la précédente, permet de juger, de raisonner (sens U2) ;
— la raison constituant le résultat de ce jugement (sens U3).

Sur le plan objectif, la raison est le résultat de la mise en œuvre du processus subjectif et peut recouvrir :

— un rapport entre des choses ou des personnes (sens U4) ;
— des causes, des motifs ou des arguments (sens U5).

On peut ainsi mesurer la diversité des significations possibles du « raisonnable » qu'entraîne le renvoi à la raison. On aura aussi constaté que bon nombre des aspects issus des dictionnaires ont été rencontrés lors de notre examen de la jurisprudence internationale, que ce soit lors de l'analyse des fonctions du « raisonnable » (universalité, cohérence, fondement,...) (122) ou de celle des éléments, notamment formels, de définition (critères d'un raisonnement formellement correct) (123). Il importe donc d'en tenir compte pour préciser le sens de la notion. Mais, avant de confronter les éléments de définition issus de la pratique à ceux qui découlent du sens théorique, il nous faut aussi appréhender la question dans une perspective plus philosophique.

(119) *Grand Larousse* (sens B, II. 2) ; *Petit Robert* (sens III, 2) ; *Petit Larousse* (sens 2,4) ; *Littré* (sens 11) ; *Dictionnaire de l'Académie française* (sens 6) ; *Quillet* (sens 8) ; *Trésor de la langue française* (sens II, A2).

(120) *Grand Larousse* (sens B, II. 3) ; *Petit Robert* (sens III, 3) ; *Petit Larousse* (sens 2,2) ; *Grand Robert* (sens IV, 2 et 3) ; *Littré* (sens 10) ; *Dictionnaire de l'Académie française* (sens 5) ; *Quillet* (sens 9) ; *Trésor de la langue française* (sens II, A3).

(121) Cette séquence a une vocation didactique, mais ne prétend évidemment pas refléter une opération se décomposant en étapes strictement chronologiques dont la première représenterait une sorte de fondement d'ordre métaphysique ; ainsi, la raison comme ensemble de principes peut elle-même être le résultat de la raison comme faculté : la dimension dialectique de ces différents aspects n'est donc pas niée.

(122) V. *supra*, Chap. III et IV.

(123) V. *supra*, Chap. V.

2. *Les éléments spécifiquement philosophiques de définition*

383. On a écrit que « le problème de la raison représente le moteur et le fil conducteur de la philosophie » (124). L'utilisation d'un terme comme « raisonnable » renferme donc une référence chargée à cette discipline. Nous tenterons de dégager des éléments supplémentaires qui peuvent intéresser notre démarche en analysant successivement les définitions de « raison » et de « raisonnable » dans les dictionnaires de philosophie.

i) « raison »

384. Les définitions de la « raison » sont sans doute aussi nombreuses que les philosophes, les variations s'observant tant à une époque donnée qu'au cours de l'évolution historique (125). Ce qui nous importe, dans le cadre limité de la présente étude, c'est de dégager un « sens commun » qui permette d'éclaircir la signification de certaines utilisations du « raisonnable » dans la jurisprudence internationale. Dans cette optique, nous schématiserons grossièrement le concept en distinguant deux types de sens, l'un s'apparentant à une raison entendue comme un moyen — ou raison discursive (§ 385), l'autre à une raison conçue comme fondement — ou raison-étalon (§ 386) (126).

(124) Éric WEIL, V° raison, *Encyclopedia Universalis*, Paris, éd. 1985, p. 641.

(125) André LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, P.U.F. — Quadrige, 3e éd., 1993, p. 882.

(126) Cette distinction n'est pas toujours opérée par les dictionnaires philosophiques qui reprennent souvent la distinction entre « raison-faculté » (sens subjectif) et « raison-objet de connaissance » (sens objectif) évoquée plus haut. Nous n'avons pas reproduit cette différenciation qui nous semble peu opérationnelle si l'on admet que la raison comme faculté confond des éléments de la raison entendue comme technique (raison discursive décrite ci-dessous) et de la raison entendue comme fondement (comme corps de principes et non plus comme moyen). Nous préférons donc adopter cette dernière division reprise peu ou prou par M. BLONDEL, pour qui la raison « [...] selon qu'on envisage surtout, soit le caractère analytique de ses opérations, soit la clarté de certaines de ses assertions, s'applique tantôt à la faculté essentiellement discursive, qui, capable d'organiser des expériences ou des preuves, établit ses démonstrations ; — tantôt à la faculté d'affirmer l'absolu, de connaître et pour ainsi dire de capter l'être tel qu'il est, et de fournir les principes, d'atteindre les vérités nécessaires et suffisantes à la pensée et à la vie. Dans le premier sens, la raison est un simple instrument [...] ; dans le second sens, elle prend le premier rôle ; elle prétend, plus ou moins délibérément, attribuer une valeur réaliste au travail discursif de l'esprit, et restituer le réel à l'aide des fragments artificiels de l'analyse » ; cité dans *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, *op. cit.*, p. 878. Dans la même perspective, le *Grand Larousse* définit les concepts de raison constituée et de raison constituante distingués par André LALANDE de la façon suivante : « d'une part, un corps de principes établis et formulés sur lesquels se fonde la pensée logique, et qui expriment un acquis temporaire, d'autre part, la tendance active et normative de la raison à former des principes universels et nécessaires » ; p. 4855 (sens A, I.5).

385. La raison discursive est celle qui permet la mise en relation et, par là, la compréhension, d'éléments *a priori* disparates. Elle s'apparente au sens subjectif évoqué plus haut de faculté (127) qui consiste à établir des raisons, entendues dans un sens objectif comme rapports ou comme causes, et ceci dans une perspective soit factuelle, soit axiologique (128). En ce sens, la raison est plutôt technique, indifférente au résultat de l'opération qu'elle soutient.

Il s'agit d'une conception très ancienne, qui se rattache au sens premier de l'expression, entendu comme un argument permettant de développer un discours cohérent (129). Cette conception s'est maintenue historiquement, et s'est développée sur des modèles issus de la logique, voire des mathématiques. Elle est basée sur des axiomes comme le principe d'identité ou de non-contradiction, ou encore le principe de raison suffisante (130). Nous avons déjà constaté l'importance de cette acception dans la jurisprudence internationale dans le chapitre consacré aux éléments formels de définition, tout entier imprégné de la raison discursive (131).

386. La Raison comme fondement (ci-après désignée comme correspondant au sens P1) a un sens radicalement différent, puisqu'elle constitue l'étalon à l'aide duquel le résultat de la mise en œuvre de la raison comme discours (sens P2) pourra être évalué : dans les dictionnaires usuels, elle se rattache à un corps ou à un système de principes (132). Ainsi délimitée, la Raison est dépourvue de son aspect technique ou strictement logique ou rationnel, et se rapproche des notions de vérité, de justesse, et de justice, ce qui en fait l'objet de contestations répétées portant soit sur la méthode qui permettrait de la définir, soit sur son contenu, soit sur son existence même. On peut très brièvement schématiser ces controverses dans une perspective historique.

---

(127) Voy. ci-dessus, sens U2 et les références indiquées.

(128) Voy. ci-dessus, sens U4 et U5, ainsi que Paul FOULQUIÉ, *Dictionnaire de la langue philosophique*, Paris, P.U.F., 1978, p. 604 (sens B1 et 2) ; *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, *op. cit.*, pp. 877-879, sp. p. 879 (sens A et B).

(129) *Encyclopedia Universalis*, *op. cit.*, p. 642.

(130) *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, pp. 886-887 ; *Grand Larousse encyclopédique*, vol. VIII, éd. 1963, p. 1014 ; *Grand Larousse*, p. 4856 ; v. aussi *supra*, Chapitre III, section 2 et Chapitre V, section 2.

(131) V. *supra*, Chapitre V, section 2.

(132) Voy. ci-dessus, sens U1 et les références indiquées. Voy. aussi *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, sens D (et dans une moindre mesure sens C).

On sait que la *philosophie des Modernes* a vu un renversement de la conception de la Raison par rapport à la philosophie des Anciens. L'étalon n'est plus lié à la Nature mais à l'Homme : c'est ce qu'on appelle la philosophie du sujet (133). La métaphysique se sépare radicalement de la physique, dans la mesure où elle n'obéit plus aux nouveaux critères scientifiques de validité que sont l'expérimentation et l'observation. Menacée dans son versant désormais strictement philosophique par le scepticisme, la Raison ne maintient l'universalité de son déploiement qu'au prix d'une différenciation, opérée par Kant, entre la raison théorique ou spéculative, qui régit *ce qui est* avec toute la rigueur scientifique, et la raison pratique, qui régit *ce qui doit être*, mais ne prétend plus à une connaissance scientifique de même nature, se limitant à un modèle qui guide l'action (134). Ainsi entendue, la raison pratique n'est pas immuable et fait l'objet de multiples définitions et conceptions historiquement situées, son universalité ne pouvant se réaliser que grâce à l'accord d'une communauté idéale (135).

Le *débat contemporain* peut grossièrement se décrire comme s'articulant autour de deux tendances (136). La première prétend ôter toute prétention fondatrice et universelle à la Raison, démystifiée comme un postulat caractéristique d'une philosophie absolutiste du sujet, et comme outil d'un véritable impérialisme culturel. Seule subsiste la raison discursive, dont la mise en œuvre peut aboutir à des résultats également valides à défaut d'étalon. La deuxième tendance s'oppose à ce relativisme axiologique en maintenant la Raison, y compris dans son aspect pratique, au moins comme axiome, posé conventionnellement (sans être imposé) (137).

387. Que retenir de cette description sommaire des éléments philosophiques de définition de la raison ? Essentiellement un certain nombre d'éclaircissements et de confirmations des enseignements

(133) *Encyclopedia Universalis*, *op. cit.*, p. 645.

(134) *Encyclopedia Universalis*, *op. cit.*, p. 645 ; *Dictionnaire de la langue philosophique*, *op. cit.*, p. 605 ; *Grand Larousse encyclopédique*, *op. cit.*, p. 1014 ; *Grand Larousse*, p. 4855.

(135) *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, *op. cit.*, p. 884.

(136) Divers aspects de ces deux tendances ont abondamment été évoqués dans les chapitres précédents, et on se reportera utilement aux passages consacrés au relativisme charrié par ce qu'on a appelé un courant « postmoderne » (v. *supra*, § 237), ainsi qu'aux développements relatifs à la raison procédurale dans le chapitre précédent. De manière plus générale, on consultera *Encyclopedia Universalis*, *op. cit.*, pp. 647-648 et Jean-Michel BESNIER, *Histoire de la philosophie contemporaine*, Paris, Grasset, 1993, sp. pp. 641 et s.

(137) Voy. à cet égard les différences d'approche entre Habermas et Apel, *supra*, Chapitre V, section 2.

tirés de l'analyse de la jurisprudence internationale. D'abord, la démarche du juge s'apparente plutôt à une acception moderne, dans la mesure où il utilise non seulement la raison comme moyen, mais aussi comme étalon, apte à départager des prétentions qui concernent l'être (le fait) mais aussi le devoir-être (le droit) (138). De même, nous avons relevé que le contenu de cette Raison renvoie à un accord, même si celui-ci prend des formes spécifiques dues au relativisme qui caractérise la théorie des sources en droit international (139). A cet égard, les éléments formels de définition de la raison nous ont amené à risquer un parallélisme avec le concept contemporain de raison procédurale, qui semble cadrer, moyennant certaines spécificités, aux exigences du débat judiciaire (140). On est bien loin tant d'une philosophie des Anciens, associée à une obéissance aux lois de la Nature, que d'un relativisme absolu émancipé de toute référence à un fondement, comme le confirme encore le sens donné philosophiquement au « raisonnable » lui-même.

ii) « raisonnable »

388. Dans sa première acception, le « raisonnable » s'identifie avec celui qui « possède la raison » ou qui est « doué de raison » (141), la même définition valant *mutatis mutandis* pour les objets. Les définitions d'ordre philosophique renvoient très généralement à la raison à la fois comme discours et comme fondement, et sans distinction tenant au caractère plutôt rationnel ou axiologique de ses composantes (142).

389. Une deuxième acception du terme insiste sur son application à des énoncés qui relèvent du devoir-être. Ainsi, selon le dictionnaire Foulquié, « raisonnable » se définit comme conforme « à la raison pratique, au bon sens » (143). Ainsi entendue, la notion s'oppose à la rigueur aveugle d'une raison mathématique ou d'un raisonnement trop strictement rationnel. C'est l'idée de modération

(138) Pour autant qu'il y ait une différence fondamentale entre le fait et le droit ; v. *supra*, conclusion du Chapitre V.

(139) V. *supra*, Chapitre V, section 1.

(140) V. *supra*, Chapitre V, section 2, §§ 342 et s.

(141) *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, *op. cit.*, p. 887 et *Dictionnaire de la langue philosophique*, *op. cit.*, p. 606.

(142) Voy. le *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, *op. cit.*, p. 887, et le renvoi opéré aux sens A, B, D et E du terme « raison », sens recouvrant notamment la raison comme ensemble de principes permettant la connaissance.

(143) *Dictionnaire de la langue philosophique*, *op. cit.*, p. 606.

que l'on retrouve à ce stade, et qui est exprimée dans le dictionnaire Lalande,

> « Le mot, en ce sens, implique surtout une conformité aux principes du sens commun et aux jugements de valeur généralement acceptés, une idée de modération et de juste mesure » (144).

Cette dernière acception cadre à première vue avec l'utilisation de la notion dans la jurisprudence internationale mais, avant de le vérifier, il importe de se tourner vers les éléments spécifiquement juridiques de définition.

3. *Les éléments spécifiquement juridiques de définition*

390. Aucun des dictionnaires spécifiquement consacrés à la terminologie du droit international ne reprend la définition de « raisonnable », et *a fortiori* de « raison » (145). Par contre, on peut retrouver des définitions de l'adjectif dans certains dictionnaires juridiques consacrés soit à la terminologie française (i), soit à la terminologie anglo-saxonne (ii).

i) dictionnaire juridique de terminologie française

391. Parmi les dictionnaires juridiques de terminologie française que nous avons consultés (146), seul le dictionnaire Cornu reprend une définition du « raisonnable » que voici :

> « 1. (d'une personne). Doué de discernement ; doté d'une capacité normale (moyenne) de compréhension (critère *in abstracto*).
>
> 2. (d'une mesure). Conforme à la raison (sens 2) ; qui répond plus encore qu'aux exigences de la rationalité (de la logique), à celles d'autres aspirations (usage, bon sens) sans exclure la considération des contingences (l'opportunité,

(144) *Vocabulaire technique et critique de la philosophie, op. cit.*, p. 887.

(145) Voy. Jules BASDEVANT, *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, Paris, Sirey, 1960, 755 p. ; Charles CALVO, *Dictionnaire de droit international public et privé*, Paris, Pédone, 1885, 374 p. ; Ph. FRANCESCAKIS (sous la direction de), *Répertoire Dalloz de droit international*, Paris, jurisp. gén. Dalloz, 1969, 1013 p. ; James R. FOX, *Dictionary of International and Comparative Law*, New York, Oceana, 1992, 495 p. ; Anthony PARRY, John P. GRANT (sous la direction de), *Encyclopedic Dictionary of International Law*, New York, Oceana Pub., 1986, 564 p. ; *A Dictionary of International Law*, Moscow, Progress Publishers, 1982.

(146) Les dictionnaires suivants ont été consultés et ne reprennent pas la définition : S. CORNIOT, *Dictionnaire de droit*, Paris, Dalloz, 1966 ; Raymond GUILLIEN et Jean VINCENT, *Lexique de termes juridiques*, Paris, Dalloz, 5e éd., 1981, 448 p. ; Roger REAU et Jean RONDEPIERRE, *Petit dictionnaire de droit*, Paris, Dalloz, 1951, 1360 p. ; R. SAVATIER, *Nouveau dictionnaire pratique du droit*, Paris, jurisp. gén. Dalloz, 1933.

le possible) ; par ext., en pratique, modéré, mesuré, qui se tient dans une juste moyenne. Ex. délai raisonnable » (147).

Quant à la première acception, elle semble principalement axée sur le droit interne, et renvoie au concept de « bon père de famille ». Retenons l'idée d'un standard de comportement, envisagé abstraitement comme conforme à une moyenne idéale.

La deuxième acception se réfère essentiellement à la notion de raison pratique, le 2e sens de « raison » (auquel la définition renvoie) étant défini comme « discernement de ce qui est juste et de ce qui est possible ; aptitude à choisir, dans ce qui est réalisable, ce qui est bon » (148).

On remarquera que l'obéissance à la rationalité ou à la logique, si elle n'est pas suffisante, est bien nécessaire. Plus généralement, on retrouve l'idée de modération, envisagée cette fois *in concreto*.

ii) dictionnaires juridiques de terminologie anglo-saxonne

392. Les dictionnaires juridiques de terminologie anglo-saxonne reprennent fréquemment le terme « reasonable », que ce soit de manière isolée ou, le plus souvent, dans le cadre d'expressions ayant un sens spécifique en droit national, comme « reasonable cause », « reasonable care », « reasonable diligence », « reasonable time »,... (149). On retrouve aussi les termes voisins non seulement de « reason » (150) mais aussi de « reasonably » ou « reasonableness » (151). Trois enseignements ressortent d'une lecture de ces définitions.

(147) Gérard CORNU (sous la direction de), *Vocabulaire juridique*, 2e éd., Association Henri Capitan, Paris, P.U.F, 1990, p. 663 ; exemples et renvois omis.

(148) *Ibidem*, renvoi omis.

(149) On ne retrouve pas moins de 54 expressions définies qui contiennent le terme dans un seul dictionnaire ; John S. JAMES, *Strud's Judicial Dictionary of Words and Phrases*, 5th ed., vol. 4, London, Sweet & Maxwell Limited, 1986 (ci-après *James*), pp. 2157-2170. Parfois, le dictionnaire ne reprend « reasonable » que dans le cadre d'expressions ; v. not. H.A. STURGESS, H.A.C. and Arthur R. HEWITT, *A Dictionary of Legal Terms. Statutory Definitions and Citations*, London, Sir Isaac Piman & Sons, LTD, 1940, p. 231 ; *Dictionary of Legal Words and Phrases*, vol. III, Durban, Butter Worths, 1976, pp. 260-266 , John B. SAUNDERS, *Mozley and Whiteley's Law Dictionary*, 8th ed., London, Butterworths, 1970, p. 291.

(150) Voy. p. ex. Clifford WALSH (sous la direction de), *The Dictionary of English Law*, vol. II, London, Maxwell Limited, 1959, p. 1480 et John BURKE (sous la direction de), *Jowitt's Dictionary of English Law*, vol. II, second ed., London, Sweet & Maxwell Limited, 1977, p. 1502.

(151) Voy. p. ex. le *James*, le *Dictionary of Legal Words and Phrases*, *op. cit.*

393. Une caractéristique du « raisonnable » que l'on retrouve presque systématiquement, est la liaison aux circonstances de la cause, comme en témoignent les définitions suivantes :

— « Reasonableness is relative, and must be proportioned to the circumstances of the case considered as a whole » (152) ;

— « What is reasonable depends upon a variety of considerations and circumstances. It is an elastic term which is of uncertain value in a definition » (153) ;

— « It would be unreasonable to expect an exact definition of the word 'reasonable'. Reason varies in its conclusions according to the idiosyncrasy of the individual, and the times and circumstances in which he thinks » (154) ;

— « 'Reasonable' is a relative terme, and the facts of the case must be considered before what constitues a reasonable contract can be determined » (155) ;

— « Fair, proper, just, moderate, suitable under the circumstances. Fit and appropriate to the end in view » (156).

L'élément se retrouve encore de manière moins directe dans d'autres expressions (157).

394. Un deuxième élément de définition se rattache au critère de modération, envisagé par rapport à un standard de comportement. Ainsi :

— « The word 'reasonable' has in law the prima facie meaning of reasonable in regard to thoses circumstances of which the actor, called on to act reasonably, knows or ought to know » (158) ;

— « Not extreme. Not arbitrary, capricious or arbitrary » (159) ;

— « Not immoderate or excessive, being synonymous with rational, honest, equitable, fair, suitable, moderate, tolerate » (160).

Comme dans le cas de la première acception donnée par le dictionnaire Cornu, on se trouve ici devant une idée de moyenne de référence abstraitement déterminée.

---

(152) John B. SAUNDERS (sous la direction de), *Words and Phrases Legally Defined*, Second Edition, London, Butterworths, 1969 (ci-après *Saunders*), p. 259.

(153) James A. BALLENTINE (sous la direction de), *Ballentine's Law Dictionary*, Third Edition edited by William S. ANDERSON, San Francisco, Bancroft-Whitney Co., 1969 (ci-après *Ballentine's*).

(154) *James*, v° « reasonable ».

(155) *Saunders*, p. 259.

(156) Henry CAMPBELL BLACK M.A., *Black's Law Dictionary*, Fifth Ed. by the Publisher's Editorial Staff, St paul, West Publishing Co., 1979 (ci-après *Black's*), p. 1138, v° reasonable.

(157) Voy. p. ex. *Ballentine's*, v° « reasonable care », « reasonable diligence », « reasonable excuse », *etc...*

(158) *Saunders*, p. 258

(159) *Ballentine's*, p. 1060, v° reasonable.

(160) *Black's*, p. 1138, v° reasonable.

395. Le troisième élément est tout simplement le renvoi général à la raison, que l'on retrouve assez fréquemment sous les définitions de « reasonable » :

— « According to reason, [...] having the faculty of reason » (161) ;
— « according to his reason, as contra-distinguished from 'caprice' » (162) ;
— « Having the Faculty of reason ; rational ; governed by reason ; under the influence of reason ; agreeable to reason » (163) ;
— « Thinking, speaking or acting according to the dictates of reason » (164).

En combinant cet élément avec les deux premiers, on constate que le « raisonnable », s'il se réfère en priorité à la raison pratique, se base également sur la raison sous son aspect le plus large, y compris son aspect rationnel ou logique.

396. En définitive, s'ils ressortissent chacun à une logique quelque peu différente, les éléments de définition usuels, philosophiques et spécifiquement juridiques convergent sur certaines acceptions du « raisonnable ». Leur prise en compte doit nous permettre à présent de mieux comprendre les enseignements tirés de la pratique jurisprudentielle et de les affiner en précisant leur signification et en établissant leurs relations respectives.

C. — *Les critères issus d'une confrontation des éléments pratiques et théoriques de définition*

397. Les multiples significations possibles de la raison, et donc du « raisonnable », peuvent être organisées de manière à préciser le sens conféré plus spécialement par la jurisprudence internationale. En dépit de la difficulté de l'entreprise, il nous semble permis de tenter d'élaborer un tel « sens ordinaire » en procédant en trois temps :

— partir des quatre critères exposés jusqu'ici de manière « brute », comme issus de la pratique, et les analyser à la lecture des définitions théoriques (1) ;
— tenter d'en induire deux critères plus généraux qui correspondent, l'un à l'aspect pratique (ou concret), l'autre à l'aspect

(161) Bryan A. GARNER, *A Dictionary of Modern Legal Usage*, New York, Oxford University Press, 1987, v° « reasonable ; rational ».
(162) *Saunders*, p. 258.
(163) *Black's*, p. 1138, v° reasonable.
(164) *Black's*, p. 1138, v° reasonable.

théorique (ou abstrait) du « raisonnable », critères que nous assimilerons respectivement aux adjectifs « approprié » et « normal » (2) ;

— finir par les regrouper sous un critère, que nous assimilerons à l'adjectif « mesuré », regroupant les aspects théoriques et pratiques du « raisonnable » dans une combinaison qui forme une définition opérationnelle dans tous les cas d'utilisation (3).

1. *Le sens des quatre critères issus de la jurisprudence internationale*

398. Pour chacun des quatre critères retenus, nous commencerons par vérifier leur rattachement avec le « raisonnable » tel que défini théoriquement, avant de préciser à quel type de « raison » il se rattache plus particulièrement.

i) le caractère circonstanciel du « raisonnable »

399. Comme on l'aura constaté, les citations de la jurisprudence internationale, selon lesquelles ce qui est « raisonnable » n'a pas de signification invariable mais dépend des circonstances de l'espèce, correspondent presque parfaitement aux définitions données par les dictionnaires juridiques spécialisés, en particulier de terminologie anglo-saxonne. Par contre, cet élément de définition n'apparaît pas tel quel dans les éléments usuels ou philosophiques de la notion.

Le constat n'est guère étonnant. Le juriste est amené à appliquer le concept de raisonnable et à en dégager une solution concrète, ce qui explique qu'il insiste sur la relativité du contenu de la notion en fonction des circonstances. Le philosophe ou le linguiste s'attelle par contre à préciser de manière générale et abstraite les limites du concept. Mais, si on reprend les critères qui en résultent pour évaluer leurs résultats concrets potentiels, on se rend immédiatement compte que la relativité est la règle. Ainsi, personne ne conteste que la raison discursive (165), si elle suppose le respect de certains prescrits, peut aboutir à une grande variété de solutions selon les applications. De même, on admet que la raison comme fondement (166), assimilée à un corps de principes (167) possède elle-même un

(165) V. *supra*, sens P2.
(166) V. *supra*, sens P1.
(167) V. *supra*, sens U1.

contenu variable qui dépend, nous l'avons vu, d'un accord de la communauté (168).

La jurisprudence internationale est donc sur ce point en parfaite conformité avec le sens ordinaire de la notion.

400. Ce premier critère montre par ailleurs que plusieurs affirmations que nous avons préalablement avancées correspondent bien au sens ordinaire du « raisonnable ».

Le caractère circonstanciel de la notion est d'abord en étroite liaison avec les fonctions de son utilisation. Ainsi, la raison est assimilée dans les dictionnaires à la fois à la vérité (169), au sens (170), et au discours (171), ce qui confirme la fonction technique latente de renvoi au fondement de chacune des opérations qui forment le syllogisme judiciaire, ainsi que les tours pléonastiques que représentent des expressions comme « certitude raisonnable », « sens raisonnable » ou « discours raisonnable » (172). Par ailleurs, la définition de la raison comme le critère unique qui caractérise l'universalité des personnes humaines (173), comme fondement unique de toute connaissance (174), et même l'assimilation de la raison à un système (175), confirment la fonction latente de systématisation décrite à partir de l'observation de la pratique, fonction qui suppose, notamment pour les mécanismes de comblement de lacunes, une variabilité de la notion (176). Sur le plan idéologique, la fonction de légitimation (177) est directement liée à l'un des sens de « raison » comme argument ou motif (178).

(168) V. *supra*, § 386.

(169) « Ordre, structure présente dans le monde ; absolu, vérité » ; *Grand Robert* (sens I, A8) et *supra*, raison comme étalon, sens P1 (raison comme étalon) et U3 (conformité à cet étalon conçu comme la vérité).

(170) La raison comme « sens, signification raisonnable », à laquelle correspondent des expressions comme « ni rime, ni raison » ; *Grand Robert* (sens I, A,4) et *Quillet* (sens 4). Cette acception particulière n'a pas été reprise plus haut ; on pourrait la rattacher à la raison comme explication (sens U5).

(171) Éthymologiquement, *logos* traduisait à la fois raison et discours (Alain REY (sous la direction de), *Dictionnaire historique de la langue française*, Paris, Dictionnaires Le Robert, 1992, p. 1708), alors que *raizun* (fin X^e^ siècle), renvoyait à « parole, langage, écrit » (*Trésor de la langue française*, p. 294) ; v. aussi *supra*, la raison discursive (sens P2).

(172) Voy. *supra*, Chapitre III, section 2.

(173) V. *supra*, la raison comme propre de l'Homme.

(174) V. *supra*, sens P1.

(175) V. la définition de la raison comme « un système de principes appartenant à la nature même de l'homme » ; *Grand Robert* (sens I, A5) et *supra*, sens U1.

(176) *Supra*, Chapitre III, section 3.

(177) V. *supra*, Chapitre IV, section 1.

(178) V. *supra*, sens U5.

Quant aux éléments formels de détermination du contenu, les définitions usuelles confirment à la fois que le « raisonnable » peut être assimilé à ce qui est conforme au droit (c'est un des premiers sens du mot « raison » (179)), et à ce qui est motivé rationnellement et selon une certaine logique (sens de raison comme motif, mais aussi raison de type discursif ou logique) (180).

Le lien entre fonctions, éléments formels et éléments de fond de définition est donc réalisé par cet aspect un peu particulier du sens ordinaire de la notion que l'on retrouve en première ligne à la fois dans la jurisprudence et dans les dictionnaires juridiques.

ii) le caractère modéré et non excessif du raisonnable

401. Cette deuxième caractéristique dégagée par la jurisprudence correspond indéniablement au sens ordinaire de la notion puisqu'elle est énoncée dans les définitions du « raisonnable » issues tant des dictionnaires usuels que des dictionnaires philosophiques et juridiques (181). L'association est d'ailleurs réciproque puisque le terme « modéré » est parfois assimilé à « raisonnable » ou opposé à « déraisonnable » (182), tandis que « excessif » est défini comme ce qui « dépasse la mesure permise, les limites raisonnables ou souhaitables » (183). Ici encore, la pratique est conforme à la théorie.

402. A quel type de « raison » correspond ce deuxième critère ? Ce qui est excessif ne peut se définir que par rapport à un étalon à partir duquel on détermine la valeur d'un acte ou d'une assertion : nous avons vu que la raison était, dans une de ses acceptions, assimilée à cet étalon (184). Dans cette perspective, le critère de modération empêche une utilisation sans limite de la raison discursive ou logique (185).

(179) Voy. les références reproduites plus haut, sens U3 (raison comme appréciation du résultat de la mise en œuvre de la raison comme faculté) ; ce qui est juste, conforme au droit,... L'usage est daté de 980 par le *Dictionnaire historique de la langue française*, *op. cit.*, p. 1708. Ce sens confirme les appréciations émises *supra*, Chapitre V, section 1.

(180) V. *supra* respectivement sens U5 et P2, à mettre en relation avec les développements opérés au Chapitre V, section 2.

(181) V. *supra*, § 371.

(182) V. *Petit Robert*, éd. 1994, et *Grand Robert*.

(183) *Girodet* (sens 1) ; v. aussi une définition similaire dans le *Grand Larousse* (sens 1).

(184) V. *supra*, sens P1, la raison comme fondement.

(185) Ainsi, le résultat d'un raisonnement ne sera « raisonnable », au sens de non excessif, que s'il ne s'écarte pas exagérément de la raison comme fondement, ce qu'on peut vérifier à l'aide de la raison au sens usuel de « faculté de bien juger, de discerner le vrai et le faux » (v. *supra*, sens U2).

iii) le caractère probable du raisonnable

403. Si on a pu s'étonner à première vue de l'assimilation entre ces deux adjectifs, une approche terminologique démontre qu'elle est en réalité peu surprenante, comme en témoigne cette définition du « probable » :

> « dont la réalisation, l'existence (dans le passé, le présent ou l'avenir), sans être certaine, peut ou doit cependant être affirmée plutôt que niée, compte tenu des informations qu'on possède, des règles de logique, etc. ; qu'il est *raisonnable* de conjecturer, de présumer, de prévoir » (186).

Ce type d'association est loin d'être isolé. Ainsi, ce qui est probable est ce « qui paraît fondé en *raison* » (187), ce qui est « fondé sur des *raisons* sérieuses, quoique non décisives » (188). D'autres définitions assimilent encore le probable à ce « qui a une apparence de vérité ; dont la vérité a plus de *raisons* d'être confirmée que d'être infirmée » (189), ou ce « qui, sans exclure la possibilité d'une autre opinion, ne présente cependant rien de contraire à la *raison*, à l'expérience, à l'autorité, *etc.* » (190). Enfin, une probabilité est une « apparence, raison, indice, qui laisse à penser qu'une chose est probable » (191). Rien d'étonnant dès lors à ce que l'on assimile occasionnellement le « raisonnable » au « probable » dans la pratique (192).

404. Plus précisément, ce critère renvoie à la raison comme cause, justification, motif, dans un sens usuel objectif (193) ou, au-delà se réfère à une approche de la raison comme étalon, comme fondement, et plus particulièrement à la notion de vérité (194). Ce qui est probable est donc fondé sur une raison, voire sur la Raison, ce que l'on peut établir en utilisant la raison discursive (195). L'adjectif indique ainsi les limites de la raison contemporaine, qui ne

(186) Nous soulignons ; *Grand Robert* (sens II, 1) ; v. encore des expressions similaires dans *Dictionnaire de l'Académie française* (sens 3) ; *Petit Robert* (sens 1) ; *Trésor de la langue française* (sens 1, B1) ; *Littré* (sens 1) ; *Quillet* (sens 2).

(187) Nous soulignons ; *Dictionnaire de l'Académie française* (sens 1) ; *Littré* (sens 2)

(188) Nous soulignons , *Petit Robert* (sens 1) ; v. aussi *Trésor de la langue française* (sens I, A2b) et *Grand Larousse* (sens 2).

(189) Nous soulignons ; *Trésor de la langue française* (sens I, A1) ; *Quillet* (sens 1).

(190) Nous soulignons ; *Grand Robert* (sens I, 1).

(191) *Grand Robert* (sens 4).

(192) En doctrine, v. Neil MAC CORMICK, « On Reasonableness », *in* Ch. PERELMAN et R. VANDER ELST (sous la direction de), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1984, p. 132.

(193) V. *supra*, sens U5.

(194) V. *supra*, sens P1.

(195) V. *supra*, sens P2.

peut prétendre à un savoir indéfectible, mais qui ne vaut que grâce à des critères empiriques de vérification et, au-delà, qui ne repose que sur une convention (196). C'est ce qui apparaît dans la racine étymologique du mot, *probare* signifiant à la fois « prouver », « éprouver » et « approuver » (197). La solution raisonnable, c'est celle qui, sans être absolument certaine, met fin à la controverse judiciaire (198) ou, plus généralement, qui représente le compromis provisoire reconnu comme une vérité scientifique (199).

iv) le caractère équilibré du raisonnable

405. La définition du dictionnaire Cornu du « raisonnable » comme « ce qui répond plus encore qu'aux exigences de la rationalité (de la logique), à celles d'autres aspirations (usage, bon sens)... » (200) indique une composante axiologique de la notion qui peut s'apparenter à un critère d'équilibre (201). On peut en dire de même de l'acception de la raison comme « ce qui est conforme à la justice ou à l'équité » (202). On relèvera à ce sujet que la jurisprudence qui associe le raisonnable à un critère d'équilibre concerne souvent aussi la notion d'équité ou d'équitable (203). Cette combi-

(196) V. not. Chaïm PERELMAN, « Le rôle de la décision dans la théorie de la connaissance » *in Justice et raison, op. cit.*, pp. 121 et s. ; René POIRIER, « Rationalité juridique et rationalité scientifique », *A.P.D.*, 1978, Tome XXIII, Formes de rationalité en droit, p. 17 ; Werner GOLDSCHMIDT, « La logique du droit », *A.P.D.*,1966, p. 217.

(197) *Grand Larousse*, v. aussi les termes *probabilis* — « qui peut être approuvé » (*Quillet*) et *proubable* — « que l'on peut prouver » (*Petit Robert, Grand Robert,*) ou « qui peut être prouvé » (*Girodet*). Certains dictionnaires relativisent le probable comme ce qui est « digne d'être approuvé » ; *Grand Larousse* (sens 1) ; v. aussi le probable comme ce qui « peut être *approuvé* (et non *prouvé*) » (*Trésor de la langue française*, sens I, A2a), qui « peut ou doit être tenu pour vrai plutôt que pour faux » (*Grand Robert* ; sens I2).

(198) V. Christophe GRIEGORCZYK, « La rationalité de la décision juridique », *A.P.D.*, 1978, pp. 238 et s. Voy. en matière d'interprétation, François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, « Interprétation », *A.P.D.*, 1990, p. 174. Cette signification est ancienne puisqu'on a évoqué à propos du Moyen-Age une *ratio probabilis* ; G. CHEVRIER, « Sur l'art de l'argumentation chez quelques Romanistes médiévaux », *A.P.D.*, 1966, p. 131.

(199) Chaïm PERELMAN, « Evidence et preuve » *in Justice et raison, op. cit.*, pp. 147 et s. Voy. aussi, plus généralement, Ludwig WITTGENSTEIN, *De la certitude*, Paris, Gallimard-tel, 1976, n° 135, n° 295 et n° 296 ainsi que Jean-Marc FERRY, *Philosophie de la communication. Tome I. De l'antinomie de la vérité à la fondation ultime de la raison*, Paris, Ed. Cerf, coll. « humanités », 1994, pp. 100 et s. et toutes les références cités Chapitre V, section 2 concernant l'épistémologie charriée par une raison procédurale.

(200) V. la citation complète *supra* § 391.

(201) On pourrait évidemment aussi reprendre d'autres expressions ; on a par exemple évoqué le mécanisme de la « pondération des intérêts » qui complète une méthode syllogistique ; Jacques VAN COMPERNOLLE, « Vers une nouvelle définition de la fonction de juger : du syllogisme à la pondération des intérêts », *in Mélanges François Rigaux*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 502.

(202) V. *supra*, sens U3.

(203) V. *supra*, § 373.

naison entre des aspects rationnels et axiologiques se retrouve dans les définitions données de l'équilibre. La racine du mot se compose de *aequus* (égal) et de *libra* (balance) (204), tandis que les dictionnaires renvoient à « Juste rapport, proportion harmonieuse entre des éléments opposés ou convenable pondération des parties d'un ensemble » (205) ou à « Rapport convenable, proportion heureuse entre des éléments opposés, ou juste distribution des parties d'un ensemble, qui produit la stabilité ou l'harmonie » (206). La doctrine a aussi relevé que le « raisonnable » était destiné à réaliser dans des situations concrètes l'équilibre entre les valeurs établies abstraitement par la règle (207).

406. Le critère renvoie indéniablement à la raison en tant que rapport, proportion (208), mais expurgée d'une acception mathématique étriquée au profit de la mise en œuvre de la raison comme faculté de distinguer le vrai, mais aussi le bien et le juste (209), et ce dans le but d'atteindre la raison dans le sens précité de ce qui est conforme à l'équité et à la justice (210).

407. Finalement, on constate que les quatre critères dégagés de la jurisprudence internationale correspondent bien au sens ordinaire du « raisonnable » issu des dictionnaires. Par ailleurs, ils témoignent chacun, et selon des modalités qui leur sont propres, de la mise en œuvre de la raison dans un de ses aspects, ce qui permet de mieux comprendre leur utilisation dans chaque cas particulier. On pourrait ainsi reprendre chacune des catégories d'exemples jurisprudentiels pour leur appliquer les enseignements théoriques issus d'une analyse de la raison. Cependant, une véritable méthode permettant de donner un contenu au « raisonnable » dans tout cas potentiel d'application nécessite un approfondissement de l'analyse, et nous amène d'abord à regrouper les quatre critères décrits, de manière à dégager

(204) V. *Grand Robert*, *Girodet*, *Trésor de la langue française*, *Grand Larousse*.

(205) *Trésor de la langue française* (sens 2a).

(206) *Grand Larousse* (sens II, 1) ; v. encore des expressions similaires dans *Petit Robert* (sens 3) ; *Grand Robert* (sens 3) ; *Littré* (sens 4) ; *Petit Larousse* (sens 3).

(207) Neil MAC CORMICK, « On Reasonableness », *loc. cit.*, p. 134. V. aussi Chaïm PERELMAN, « La philosophie du pluralisme et la nouvelle rhétorique », *Essais en hommage à Chaïm Perelman*, *Revue internationale de philosophie*, 1979, n° 127-128, p. 17.

(208) V. *supra*, sens U4.

(209) V. *supra*, sens U2.

(210) V. *supra*, sens U3. V. la reprise du critère d'équilibre dans cette perspective pour caractériser la raison dans Martin HEIDEGGER, *Le principe de raison*, Paris, Gallimard-tel, 1962, p. 224 et p. 253.

deux nouveaux critères qui caractérisent le « raisonnable », que nous désignerons comme ce qui est « approprié », d'une part, ou ce qui est « normal », d'autre part.

2. *Le « raisonnable » comme « approprié » et comme « normal »*

408. A la réflexion, il nous semble que les caractères de liaison aux circonstances et d'équilibre du « raisonnable » ressortissent tous deux d'une logique commune d'ordre plutôt pratique, que nous reprendrons sous l'adjectif « approprié » (i), tandis que les caractères de modération et de probabilité peuvent tous deux s'apparenter à ce qui est conforme à la norme sur un plan davantage théorique, c'est-à-dire « normal », au sens où nous le préciserons ci-dessous (ii).

i) Le « raisonnable » comme « approprié »

409. Le « raisonnable » est donc à la fois variable selon les circonstances de l'espèce, et équilibré dans le résultat auquel il aboutit. Il s'apparente donc à ce qui est approprié, c'est-à-dire « bien adapté, qui convient bien aux circonstances » (211). L'adjectif se distingue d'une conception abstraite de la raison en ce qu'il suppose une appréciation du résultat de la mise en œuvre d'un discours rationnel, de manière à le mettre en harmonie (l'équilibre comme juste proportion) avec la réalité. Le terme « approprié » convient parfaitement puisqu'il recouvrira l'établissement d'une juste proportion qui relie à la fois les choses, les personnes (ou plus généralement les objets et les sujets) ainsi que le but de la règle dans laquelle s'inscrit le « raisonnable » (212).

410. L'association entre « raisonnable » et « approprié » ressort d'ailleurs d'un examen de la jurisprudence. Non seulement les deux termes sont occasionnellement accolés (213), mais bon nombre d'ex-

(211) *Trésor de la langue française* (sens II, A2).

(212) En ce sens, équilibré est aussi ce qui est « adapté à un usage déterminé » ; *Trésor de la langue française* (sens II, A1) ; v. d'autres expressions similaires dans le *Grand Larousse* (sens 1).

(213) Voy. p. ex. C.I.J., Affaire de la *Demande en révision et en interprétation de l'arrêt du 24 février 1982*, *Recueil 1985*, p. 205, § 24 ; Affaire de l'*Interprétation de l'accord entre l'O.M.S. et l'Égypte*, *Recueil 1980*, op. indiv. Mosler, p. 130, et Affaire *Tacna-Arica*, décision du 4 mars 1925, *R.S.A.*, vol. II, p. 929 ; V. aussi indirect.*North Atlantic Coast Fisheries*, sentence du 7 septembre 1910, *R.S.A.*, vol. XI, p. 189 et Affaire de la *Délimitation du Plateau continental entre le Royaume-Uni et la République française*, décision du 30 juin 1977, vol. XVIII, p. 188, § 98. V. encore C.E.D.H., Affaire *Plattform « Ärzte für das Leben »*, *Série A, n° 139*, 21 juin 1988, § 39 ; Affaire *Chorherr*, *Série A, n° 266-B*, 25 août 1993, § 31.

pressions rencontrées pourraient donner lieu à la substitution du premier par le second. Ainsi :

« — the Commission deems that the competent authorities cannot be blamed for not having taken reasonable mesures to suppress the acts or to punish those responsible for the same » (214) ;

— « la Cour ne considère pas que l'unité de gisement constitue plus qu'un élément de fait qu'il est raisonnable de prendre en considération au cours d'une négociation sur une délimitation » (215) ;

— « la règle de proportionalité n'est pas une règle mécanique reposant sur les seuls chiffres traduisant la longueur des côtes. Elle doit intervenir dans une mesure raisonnable, compte dûment tenu des autres circonstances de l'espèce » (216) ;

— « [...] une telle relation entre les rapports superficies / côtes nous aurait paru plus raisonnable » (217).

On pourrait multiplier les exemples (218). Un délai, une mesure, une distinction, un prix, ou encore le résultat d'une interprétation sera « raisonnable » s'il est « approprié » tant à la situation qu'à la destination de la règle. Dans toutes ces hypothèses, le critère fait le lien entre la raison comme concept abstrait et les circonstances concrètes auxquelles ce concept s'applique.

411. Il reste à préciser quelque peu ce que recouvre ce critère de l'« approprié », qui combine adaptation aux circonstances et équilibre. Deux éléments peuvent être relevés à ce stade.

D'abord, il suppose de n'ignorer aucune information relative à la situation régie, ainsi qu'aux conséquences de l'application de la solution préconisée. C'est en ce sens que, dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, la Cour, ayant affirmé la nécessité d'une application raisonnable du droit international, précise qu'« il convient aussi de tenir compte à ce sujet des conséquences pratiques [...] » (219). Nous

(214) Affaire *Leonor Buckingham*, sentence du 3 août 1931, *R.S.A.*, vol. V, p. 288, § 3.

(215) C.I.J., Affaire du *Plateau continental de la Mer du Nord, Recueil 1969*, pp. 51-52, § 97 ; l'extrait est repris dans op. indiv. Bustamante y Rivero ainsi que dans C.I.J., Affaire du *Plateau continental (Libye-Tunisie), Recueil 1982*, op. diss. Evensen, p. 322. Le terme « approprié » est d'ailleurs occasionnellement utilisé dans le droit de la délimitation maritime ; v. C.I.J., Affaire du *Plateau continental de la Mer du Nord, Recueil 1969*, p. 52, § 99 et Affaire du *Golfe du Maine, Recueil 1984*, p. 315, § 163.

(216) *Délimitation de la frontière maritime entre la Guinée et la Guinée-Bissau*, sentence du 14 février 1985, *R.S.A.*, vol. XIX, p. 193, § 120.

(217) C.I.J., Affaire du *Plateau continental (Libye-Malte), Recueil 1985*, § 35.

(218) V. encore Affaire concernant l'*Accord relatif aux services aériens*, sentence du 9 décembre 1978, *R.S.A.*, vol. XVIII, p. 477, § 56 ; C.I.J., Affaire du *Plateau continental (Libye-Malte), Recueil 1985*, p. 41, § 50 ; Affaire de l'*Audition des pétitionnaires, Recueil 1956*, op. indiv. Lauterpacht, p. 54.

(219) C.I.J., *Recueil 1970*, p. 48, § 93.

avons déjà relevé que, dans l'affaire de l'*Interprétation de l'accord entre l'O.M.S. et l'Égypte*, la Cour considère à propos du transfert du Bureau de l'O.M.S. que

> « l'Organisation devra suivre une ligne de conduite raisonnable. En particulier, *il ne faudra pas perdre de vue tous les accords relatifs à la cessation des services d'un certain nombre de fonctionnaires, tous les accords locaux relatifs aux bâtiments, les baux et autres arrangements du même ordre* » (220).

C'est la même idée qu'exprime très bien aussi le juge Lachs dans une opinion dissidente relative à un autre arrêt :

> « [...] Là encore, l'application de la règle et la possibilité d'exceptions doivent être envisagées de façon raisonnable. Or, *la raison* [traduction *reasonableness*] *exige que l'on tienne pleinement compte de toutes les réalités d'une situation, dans ses effets pour toutes les parties* » (221).

Le caractère raisonnable d'un acte est donc incompatible avec l'ignorance, intentionnelle ou incidente, d'éléments factuels pertinents (222). Cela confirme ce que nous avons énoncé précédemment au sujet du caractère raisonnable du résultat auquel doit aboutir chaque étape du syllogisme judiciaire, qui suppose de pouvoir être justifié par rapport à n'importe quel élément non repris dans la méthode mise en œuvre (223). En particulier, nous avons constaté que le résultat d'une interprétation était déraisonnable lorsque la méthode, correcte selon les règles abstraites de la logique, menait à des conséquences pratiques injustifiables (224).

Ensuite, la proportion qui doit être réalisée par la mesure raisonnable ou appropriée n'est évidemment pas une opération mathématique rigoureuse, précisément parce qu'elle intègre la prise en compte des résultats (225). C'est en ce sens que s'est prononcée la jurisprudence relative au « rapport raisonnable de proportionnalité » en droit de la mer. L'extrait le plus caractéristique provient d'une opinion commune jointe à l'affaire du *Plateau continental (Libye-Malte)* :

---

(220) Nous soulignons ; C.I.J., *Recueil 1980*, p. 111.

(221) Nous soulignons ; C.I.J., Affaire du *Plateau continental de la Mer du Nord*, *Recueil 1969*, op. diss., p. 239.

(222) Pour Neil MAC CORMICK, « unreasonableness consists in ignoring some relevant factor or factors, in treating as relevant what ought to be ignored » ; « On Reasonableness », *loc. cit.*, p. 141 ; v. aussi V. Chaïm PERELMAN, « L'usage et l'abus de notions confuses », *in Le raisonnable et le déraisonnable en droit*, Paris, L.G.D.J., 1984, p. 160.

(223) V. *supra*, Chapitre I.

(224) V. *supra*, Chapitre I, section 1, § 45.

(225) V. Chaïm PERELMAN, « L'usage et l'abus de notions confuses », *loc. cit.*, p. 161.

> « [...] cette proportion ne doit pas être conçue comme une opération mathématique rigoureuse [...] Si la combinaison entre les longueurs de côtes est qualifiée de 'principe équitable', il faut prendre garde à ne pas donner à ce principe une expression aveugle, sous la forme d'un rapport arithmétique automatiquement appliqué. La recherche d'un résultat équitable veut que l'on tienne compte de ces différences de longueurs selon une formule souple et pratique, permettant de faire correspondre *raisonnablement* le rapport entre les longueurs de côte et le rapport entre les étendues de plateau attribuées à chaque partie » (226).

Certains ont été jusqu'à avancer que le « raisonnable » pourrait être incompatible avec une répartition mathématique, comme le juge Evensen, pour qui

> « [...] la Cour insiste sur le fait qu'elle a en vue un rapport *raisonnable. Cette conclusion de la Cour ne semble pas autoriser une répartition mathématique des zones de plateau continental* » (227).

D'autres considèrent au contraire qu'une répartition strictement égale, qui avait été écartée en l'espèce, aurait été « conforme au critère du rapport raisonnable, et aurait abouti à un résultat équitable » (228).

En réalité, un examen de la jurisprudence dans son ensemble montre que le caractère raisonnable ou approprié peut — mais ne doit pas — équivaloir à une égalité de fait ; il consiste en l'établissement d'une égalité de droit qui tend vers une répartition mathématique, sans nécessairement l'atteindre (229). Le caractère approprié contient donc toujours un caractère essentiellement variable et souple qui cadre mal avec une conception trop rigoureuse (230). C'est dans cette perspective que Chaïm Perelman distingue de manière générale « raisonnable » de « rationnel », ce dernier terme recouvrant essentiellement des règles relevant de la logique abs-

(226) C.I.J., *Recueil 1985*, op. conj., p. 88, § 31 ; v. aussi p. 89, § 32.

(227) Nous soulignons ; C.I.J., Affaire du *Plateau continental (Libye-Malte)*, op. diss. Evensen, p. 311, § 23.

(228) C.I.J., Affaire du *Plateau continental (Libye-Tunisie)*, *Recueil 1982*, op. indiv. Jimenez de Arechaga, p. 123.

(229) Voy. p. ex. Affaire du *Lac Lanoux*, sentence du 16 novembre 1957, *R.S.A.*, vol. XII, p. 305 ; v. aussi Affaire de la *Délimitation de la frontière maritime entre la Guinée et la Guinée-Bissau*, sentence du 14 février 1985, *R.S.A.*, vol. XIX, p. 192, § 118 ; C.I.J., Affaire du *Golfe du Maine, Recueil 1984*, p. 386, § 42.

(230) En d'autres termes, approprié n'est pas nécessairement adéquat, ce dernier terme étant entendu plus strictement, comme ce « qui convient, qui correspond exactement et exclusivement à » (*Quillet* (sens 1)), c'est-à-dire ce « qui est *exactement* approprié » (Nous soulignons ; *Trésor de la langue française* (sens B1) ; v. encore *Dictionnaire de l'Académie française* (sens 1), *Grand Robert* (sens 2) ; adéquat provient du latin *adaequatus*, « rendu égal » (*Girodet, Grand Robert*), ce qui indique une rigueur supplémentaire par rapport à approprié.

traite (231), le premier permettant aussi la prise en compte des éléments concrets (232).

ii) Le « raisonnable » comme « normal »

412. Le « raisonnable » recouvre dans d'autres circonstances tantôt une idée de modération, tantôt un caractère de probabilité. Ces deux caractéristiques ont ceci en commun qu'elles ne peuvent se définir que par rapport à une norme, à un standard.

La conclusion est évidente pour l'opposition modéré/excessif, le premier adjectif s'apparentant à un « milieu » (233), à ce qui est « moyen » (234), le second à ce qui « dépasse une moyenne » (235), « qui ignore [...] le juste milieu... » (236), « qui excède la règle, la mesure, le degré ordinaire ou convenable » (237), cela pour les choses physiques ou morales (238). « Normal » et « excessif » sont d'ailleurs cités comme antinomiques (239).

Pour ce qui concerne la probabilité, l'association est plus indirecte mais néanmoins indéniable. Un événement est probable s'il correspond au « type le plus fréquent, ou présumé tel » ce qui définit aussi le normal (240), fréquemment assimilé à régulier (241) ou à ce qui est « conforme [...] aux prévisions » (242).

Dans les deux cas, le normal se rattache à une raison conçue de manière abstraite comme étalon (243), ou comme ce qui est

(231) « Les conceptions concrète et abstraite de la justice » *in Le raisonnable et le déraisonnable en droit*, Paris, L.G.D.J., 1984, p. 198 ; v. aussi, du même auteur, « La justice réexaminée », *ibid.*, p. 169. Nous reviendrons sur les rapports entre les deux notions ; v. *infra*, Chapitre VIII, section 2.

(232) V. p. ex. « L'usage et l'abus des notions confuses », *in Le raisonnable et le déraisonnable en droit*, *op. cit.*, pp. 160 et 161.

(233) *Grand Larousse* (sens 2).

(234) *Grand Larousse* (sens 3).

(235) *Trésor de la langue française* (sens B3).

(236) *Dictionnaire de l'Académie française* (sens 1).

(237) *Ibid.*

(238) *Id.*

(239) V. *Trésor de la langue française*, v° normal (sens A2) ; *Grand Larousse*, v° normal (sens II) et *Petit Robert*, v° excessif.

(240) *Grand Robert* (sens 5) ; *Trésor de la langue française* (sens A, partie. A5 ; « qui correspond à un 'type' moyen dégagé statistiquement »). V. encore la « normale » comme « moyenne des cas, qu'on peut scientifiquement déterminer comme l'ensemble des cas situés, dans une projection à deux dimensions, à l'intérieur de la courbe de Gauss, dite *courbe en cloche* » ; *Girodet* (sens 4), v. enfin *Petit Robert* (sens 6)

(241) *Trésor de la langue française* (sens A, 3b) ;*Grand Robert* (sens 5) ; *Quillet* (sens 2).

(242) *Grand Larousse* (sens I, 3).

(243) V. *supra*, les définitions de la « raison » ; U1, ainsi que P1.

conforme à la loi, au droit (244), et se distingue de l'« approprié » qui est, comme nous venons de le constater, lié aux conséquences concrètes de la mise en œuvre de la raison.

413. L'association entre « raisonnable » et « normal », occasionnellement opérée dans la doctrine (245), se vérifie à l'examen de la jurisprudence internationale.

D'abord, les deux termes sont parfois joints de manière directe. Pour ne reprendre qu'un exemple, dans l'affaire du *Plateau continental de la Mer du Nord*, la C.I.J. considère à propos de l'équidistance que

> « l'emploi de cette méthode peut dans certains cas aboutir à des résultats de prime abord extraordinaires, anormaux ou déraisonnables » (246).

Dans l'affaire *Wipperman*, nous avons déjà relevé une formule selon laquelle « l'attaque [dommageable] était un de ces soulèvements occasionnels et inattendus, qu'une *prévoyance normale et raisonnable* ne saurait empêcher » (247). Dans l'affaire *Golder*, la C.E.D.H. évoque les conditions « normales et raisonnables » d'un emprisonnement (248) tandis qu'elle qualifie des délais « d'anormalement longs » avant de conclure à leur caractère déraisonnable (249). La doctrine a par ailleurs considéré que le caractère raisonnable des intervalles séparant des élections démocratiques au sens de l'article 3 du premier protocole devait s'entendre comme « conforme aux usages normaux des États démocratiques » (250).

---

(244) V. *supra*, U3.

(245) Pour Jean SALMON, la notion de normal est, parmi d'autres, à la base de la notion de raisonnable ; « Le concept de raisonnable en droit international public », *in Mélanges Paul Reuter*, Paris, Pédone, 1982, p. 476 ; v. encore Luc SILANCE, « La règle de droit dans le temps », *in* Ch. PERELMAN (sous la direction de), *La règle de droit*, Travaux du C.N.R.L., Bruxelles, Bruylant, 1971, p. 56 § 11 ; Chaim PERELMAN et Lucie OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation*, Bruxelles, Ed. de l'Université de Bruxelles, 5e éd., 1992, pp. 36-37 ; Alfred DUFOUR, « Droit naturel et droit positif », *A.P.D.*, tome XXXV, Vocabulaire fondamental du droit, 1990, p. 65.

(246) C.I.J., *Recueil 1969*, p. 23, § 24 ; v. aussi C.I.J., Affaire du *Plateau continental (Libye-Tunisie)*, *Recueil 1982*, op. diss. Gros, p. 149, § 12 ; Affaire du *Golfe du Maine*, *Recueil 1984*, op. diss. Gros, p. 373, § 320 ainsi que, dans d'autres domaines, C.I.J, Affaire du *Sud-Ouest africain*, *Recueil 1966*, p. 48, § 91 (« normalement » est traduit par « reasonably »), et op. diss. Tanaka, p. 274 ; Affaire du *T.A.N.U.*, *Recueil 1973*, Déclaration Forster et Nagendra Singh, p. 218.

(247) Nous soulignons, MOORE, *Arbitrations*, vol. III, p. 3041 ; v. *supra*, Chapitre II, section 2.

(248) C.E.D.H., *Série A, n° 18*, § 45.

(249) V. p. ex. C.E.D.H., Affaire *Karakaya*, *Série A, n° 289-B*, 26 août 1994, § 44 ; Affaire *Katte Klitsche de la Grange*, *Série A, n° 293-B*, 27 octobre 1994, § 61 ; v. aussi C.E.D.H., Affaire *Monnet*, *Série A, n° 273-A*, 27 octobre 1993, § 33.

(250) Jacques VELU et Rusen ERGEC, *La convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 666, n° 813, et les références citées.

Ensuite, certaines expressions usitées laissent place à des substitutions dont voici quelques exemples (251) :

— « the authorities proceeded with reasonable diligence in the investigation of the crime » (252)/ les autorités ont procédé avec une diligence normale à l'investigation du crime ;

— « un laps de temps déraisonnablement long » (253) ; un laps de temps anormalement long ;

— « au point de vue de ce qu'on doit considérer comme un degré raisonnable d'efficacité » (254) /... un degré normal d'efficacité ;

— « [on] peut raisonnablement s'attendre à » (255)/ il est normal, dans ces circonstances, de s'attendre à ;

Citons encore cet extrait de l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*, où la Cour relève que la réaction armée des Etats-Unis « s'est poursuivie longtemps après la période durant laquelle l'agression armée supposée de la part du Nicaragua pouvait *raisonnablement être envisagée* » (256). L'expression soulignée montre que le raisonnable s'oppose à la fois à l'excessif et à l'improbable, et se rapproche donc de ce qu'il est normal d'envisager dans les circonstances de l'espèce.

414. Il reste à déterminer plus précisément ce que l'on doit entendre par « raisonnable » en tant que « normal ». Trois éléments doivent à notre sens être retenus.

D'abord, le « raisonnable » est ce qui s'apparente à un modèle, à un *standard* à l'aune duquel l'appréciation est formulée, c'est-à-dire à une « norme » en tant que « 'type de référence' de sa catégorie, de son espèce » (257). L'établissement des faits avec une « certitude raisonnable », ou au-delà de tout « doute raisonnable » signifie que, dans ces circonstances, il est conforme à la norme d'être certain, de ne pas douter. Une interprétation de la volonté des parties « dans toute la mesure raisonnable du pos-

(251) Pour d'autres exemples, v. C.P.J.I., Affaire de l'*Interprétation du statut du territoire de Mémel (fond), Série AB, n° 49*, p. 330 ; C.I.J., Affaire du *Conseil de l'O.A.C.I., recueil 1972*, Déclaration Lachs, p. 75.

(252) Affaire *Sophie B. Sturtevant*, sentence du 5 novembre 1930, *R.S.A.*, vol. IV, p. 667.

(253) C.I.J., Affaire du *Droit d'asile, Recueil 1950*, op. diss. Read, p. 329.

(254) C.I.J., Affaire de l'*Audition des pétitionnaires, Recueil 1956*, op. indiv. Lauterpacht, p. 53.

(255) C.P.J.I., Affaire des *Colons d'origine allemande, série B N° 6*, p. 40.

(256) Nous soulignons ; C.I.J., *Recueil 1986*, p. 123, § 237 ; v. un exemple similaire dans C.I.J., Affaire de la *Namibie, Recueil 1971*, op. indiv. Dillard, p. 160, note 1.

(257) *Trésor de la langue française* (sens B3) ; v. des expressions similaires dans le *Littré* (sens 2), le *Dictionnaire de l'Académie française* (sens 2) ; le *Petit Robert* (sens 3).

sible » (258), c'est l'interprétation qui, selon les normes acceptées, peut être effectuée (259). Lorsqu'on affirme être apte à « raisonnablement » déduire, conclure, ou affirmer, cela signifie que, dans les circonstances dans lesquelles on se trouve, il est conforme à la norme d'opérer l'inférence. Une mesure, une diligence ou un délai est raisonnable s'il ne s'écarte pas excessivement du délai, de la mesure ou de la diligence que l'on s'attend normalement à retrouver dans les circonstances qui entourent le cas particulier. Il s'agit à chaque fois de se référer à un modèle abstrait de comportement qui caractérise soit l'État, soit une personne (organe de l'État ou juge lui-même). Nous avons à ce sujet déjà exposé des précédents où on se référait expressément à un modèle idéal d'homme raisonnable (260), et constaté par ailleurs que le critère du standard se reflétait directement dans les définitions issues des dictionnaires juridiques (261).

415. Ensuite, puisqu'un standard ou un étalon ne se réduit par définition pas à un acte précis ou particulier, l'utilisation du « raisonnable » dénote une idée d'*approximation*. Ce qui est raisonnablement certain, précis ou clair, c'est ce qui correspond au type « certain », « clair » ou « précis », ce qui n'est donc ni absolument certain, clair ou précis, ou en tout cas qui ne l'est pas *nécessairement* (critère de probabilité), ni manifestement incertain, confus ou imprécis (critère du non excessif) (262). On retrouve ici la marge d'appréciation laissée aux interprètes de la notion dans le sens ordinaire de la

(258) L'expression se retrouve dans C.I.J., Affaire du *Sud-Ouest africain*, *Recueil 1962*, op. diss. Van Wyk, p. 579.

(259) On évoque parfois un « sens normal » ou « raisonnable » ; Michel VAN DE KERCHOVE, « Le sens clair d'un texte : argument de raison ou d'autorité ? », *in* G. HAARSCHER, L. INGBER et R. VANDER ELST (sous la direction de), *Arguments d'autorité et arguments de raison en droit*, Travaux du C.N.R.L., Bruxelles, Nemesis, 1988, p. 309.

(260) V. *supra*, Chapitre III, section 3, les développements consacrés à la raison comme facteur d'unité et comme signe d'universalité.

(261) V. ci-dessus, §§ 391 et 394.

(262) Pour des exemples concrets, voy. C.I.J., Affaire du *Sud-Ouest africain*, *Recueil 1962*, op. diss. Percy Spender et Fitzmaurice, p. 494 (« raisonnablement certain ») ; Affaire de l'*Interhandel*, exceptions préliminaires, op. indiv. Percy Spender, p. 58 et Affaire de la *Namibie*, *Recueil 1971*, op. indiv. de Castro, p. 183 (« raisonnablement clair ») ; Affaire du *Plateau continental (Tunisie-Libye)*, *Recueil 1982*, p. 78, § 108 et *Demande en révision et en interprétation de l'arrêt du 24 février 1982*, *Recueil 1985*, p. 226, § 61 (« raisonnablement précise »). Pour d'autres exemples reprenant d'autres expressions, v. Affaire *Radio Corp. of America*, sentence du 13 avril 1935, *R.S.A.*, vol. III, p. 1628 (« reasonably exclusive ») et C.I.J., Affaire du *Sud-Ouest africain*, *Recueil 1962*, op. indiv. Van Wyk, p. 639 (« raisonnablement présent dans les mémoires »).

notion, qui définit non pas une signification mais une catégorie de significations (263).

416. Enfin, et cette dernière étape n'est assurément pas la moins importante, l'association de « raisonnable » à « normal » donne aussi des indications sur la méthode à utiliser pour élaborer, ou plutôt dégager, le standard en question.

On peut à cet égard partir de la définition de l'adjectif « normal » comme ce qui est « conforme *à l'habitude, à la moyenne* des cas, *aux règles établies* » (264). Les deux expressions soulignées doivent être distinguées.

Le dernier élément de définition (la conformité aux « règles établies ») montre d'abord que, si on a conventionnellement établi le type de référence, il suffit de consacrer la norme en tant que règle (265). *A contrario*, un acte ne sera pas raisonnable s'il s'écarte d'un modèle conventionnellement établi. Ainsi, l'exigence d'une « diligence raisonnable » ne sera pas respectée si l'on viole les dispositions conventionnelles applicables, par exemple dans le domaine de la protection diplomatique (266). L'hypothèse où le contenu de la norme est déterminé par une convention ne sera pas approfondie dans le cadre de la présente section, dans la mesure où elle suppose que l'on s'écarte du sens ordinaire du « raisonnable » pour soit le mettre en relation avec des énoncés contextuels et avec l'objet et le but de la convention, soit faire prévaloir un sens particulier, alternative dont les branches seront analysées ultérieurement (267).

Mais comment délimiter l'étalon en l'absence de précision conventionnelle ? C'est alors la pratique, non plus des seules parties à la règle, mais de l'ensemble de la communauté internationale qui devra être prise en compte. Une certitude est raisonnable si elle correspond à ce qui se produit, en pratique, et étant donné les indices dont on dispose, le plus fréquemment. La prise en compte de la pratique comme critère de détermination de la raison en tant qu'étalon ressort aussi de l'affaire de l'*Interprétation des traités de paix* où,

(263) V. *supra*, Chapitre V, section 2, §§ 339 et s.
(264) Nous soulignons ; *Girodet* (sens 3).
(265) V. not. *Trésor de la langue française* (sens C2).
(266) Pour d'autres exemples, v. *infra*, section 2.
(267) Pour le sens particulier, v. ci-dessous, section 2, A ; pour le contexte et l'objet et le but, v. section 2 et section 3, A.

évoquant la procédure de nomination des arbitres, la Cour estime que :

> « [...] Cet ordre de désignation est d'ailleurs l'ordre normal adopté dans la pratique arbitrale, et l'on ne saurait raisonnablement supposer, en l'absence d'indication en sens contraire, que les parties aient voulu s'en écarter ici » (268).

Dans la même perspective, le juge Read considère, dans l'affaire du *Droit d'asile*, qu'un délai de 48 jours ne constitue pas un laps de temps « anormalement long » parce qu'il correspond au délai suivi en pratique par les États de la région (269), tandis que le juge Jennings avance, dans une autre affaire, que « la pratique des Etats qui ont accepté la juridiction au titre de la clause facultative indique nettement qu'une notification avec effet immédiat est une notification raisonnable » (270). Dans le domaine de l'établissement de la compétence *prima facie* au stade des mesures conservatoires, la « possibilité raisonnable » de compétence retenue comme critère ne peut renvoyer qu'à un standard fondé sur une idéalisation de la pratique dans les circonstances similaires à celles de l'espèce, de manière à dégager un étalon combinant modération et probabilité dans la prévision (271). Dans le même ordre d'idées, lorsque la C.E.D.H. considère que la condition selon laquelle une restriction à certains droits n'est autorisée que si elle « prévue par la loi », ce qui suppose que le citoyen puisse prévoir « à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause », elle se réfère à un étalon fondé sur la pratique la plus fréquente (272). Nous verrons aussi que la même instance qualifie parfois des délais de *a priori* raisonnables ou déraisonnables sur la base d'un étalon de même nature (273). Enfin, et de manière plus générale, certains juges ont considéré qu'un standard objectif ne pouvait recevoir de contenu que par rapport à la pratique de l'ensemble des Etats (274). La jurisprudence consacre donc l'élément définitionnel de la normale comme moyenne, comme fré-

(268) C.I.J., 2e phase, *Recueil 1950*, p. 227.

(269) C.I.J., *Recueil 1950*, op. diss., p. 329.

(270) C.I.J., Affaire des *Activités militaire et paramilitaires au Nicaragua*, *Recueil 1984*, op. indiv., p. 553.

(271) Pour les expressions contenues dans la jurisprudence internationale, v. *supra*, Chapitre II, section 2 ; v. plus partic. C.I.J., Affaire du *Passage par le Grand-Belt*, mesures conservatoires, *Recueil 1991*, op indiv. Broms, p 37.

(272) Voy. les références reproduites *supra*, Chapitre II, section 2,§ 104 ainsi que les développements *infra*, Chapitre VII.

(273) V. *infra*, Chapitre VII.

(274) V. C.I.J., Affaire du *Sud-Ouest africain*, *Recueil 1966*, op. indiv. Jessup ; Affaire de la *Namibie*, *Recueil 1971*, op. indiv. Ammoun, pp. 88-89.

quence (275). Ce qui est normal est ce qui se produit en pratique de la manière la plus fréquente, la plus probable, dans la situation idéale qui correspond aux circonstances de l'espèce.

417. Il faut encore formuler trois remarques sur la détermination du caractère normal, et donc raisonnable, par référence à la pratique.

D'abord, cette construction idéale sera évidemment chaque fois appropriée aux circonstances de l'espèce. Elle devra être élaborée en prenant en compte chacune d'elles, sous peine de ne pas aboutir à une « norme » correspondant aux exigences de la situation (276).

Cette méthode est le signe du caractère relatif des étalons soutenus par la raison. Conformément aux enseignements de l'épistémologie contemporaine, la raison n'établit à la fois que du probable (le calcul de la fréquence n'établit qu'un type) (277), et du provisoire (rien ne dit que la pratique ne peut pas évoluer dans chacun des types potentiels) (278). Des expressions comme « raisonnablement possible » (279) ou « probable » (280) dénotent une raison qui est en quelque sorte consciente de ses limites.

Enfin, rappelons que la pratique n'est que l'une des deux méthodes permettant d'élaborer la norme comme étalon. Il faut insister sur la réserve relative à une détermination conventionnelle qui est loin d'être exceptionnelle, particulièrement dans notre champ de recherches. Pour ne reprendre qu'un exemple, certaines pratiques discriminatoires sont sans doute courantes et dans un certain sens « normales » (conformes à une norme déterminée par la pratique), mais elle ne sont pas normales juridiquement (conformes à une norme déterminée par une règle) parce que ce type de prati-

(275) V. p. ex. *Grand Robert* (sens 6), *Petit Robert* (sens 6) ; *Trésor de la langue française* (sens 4 et 5) ; *Quillet* (sens 1). Pour d'autres exemples, v. encore C.P.J.I., Affaire *Oscar Chinn*, *Série AB, n° 63*, op. indiv. Cecil Hurst, pp. 129-130 ; C.I.J., Affaire des *Emprunts norvégiens*, *Recueil 1957*, op. indiv. Lauterpacht, p. 39 ; Affaire du *Cameroun septentrional*, *Recueil 1963*, op. indiv. Wellington Koo, p. 48, § 23 ; Affaire de l'*Accord de siège*, *Recueil 1988*, op. indiv. Shahabuddeen, p. 61.

(276) Voy. l'exemple pratique reproduit ci-dessous, § 423.

(277) V. P. Haba, « Rationalité et méthode dans le droit », *A.P.D*, 1978, p. 276.

(278) V. not. A. Brimo, « Structuralisme et rationalisation du droit », *A.P.D.*, 1978, p. 211.

(279) V. p. ex. C.I.J., Affaire relative à *Certains phosphates à Nauru*, *Recueil 1992*, op. indiv. Shahabuddeen, p. 272.

(280) V. p. ex. C.I.J., Affaire de l'*Anglo-Iranian Oil Company*, mesures conservatoires, *Recueil 1951*, op. diss. Badawi Pacha, pp. 96 et 97.

ques est considéré conventionnellement comme anormal ; elles sont dès lors déraisonnables (281).

418. En définitive, les deux critères que nous venons d'analyser, le caractère approprié, d'une part, le caractère normal, d'autre part, correspondent à deux aspects différents et complémentaires de la raison. Différents puisque le premier est centré sur les conséquences concrètes de sa mise en œuvre, tandis que le second s'attache au concept abstrait envisagé comme étalon. Complémentaires puisqu'un effet ne peut être qualifié d'approprié en l'absence de référence, et donc de norme, d'étalon, tandis qu'un acte ne peut être qualifié de normal dans l'abstrait mais uniquement à la suite d'une élaboration fondée sur les circonstances de l'espèce, et notamment des conséquences concrètes de l'adoption de l'acte en cause. Cela pose le problème de la nature des relations entre les deux critères, que nous nous attellerons à clarifier dans la dernière étape de notre raisonnement.

3. *Le « raisonnable » comme renvoi à la « mesure »*

419. Tous les critères que nous avons rencontrés s'apparentent, tels que nous les avons définis, à une notion de mesure.

Rappelons tout d'abord que « raisonnable » est défini usuellement comme ce qui correspond à la mesure normale, suffisante (282), ou ce « qui s'accorde avec la mesure, qui correspond aux normes en vigueur » (283), tandis que « démesuré » et « raisonnable » sont cités comme contraires (284). La mesure renferme d'ailleurs une combinaison de plusieurs acceptions de la raison : on rappellera la raison comme rapport, comme proportion, mais aussi la raison comme fondement, comme étalon, c'est-à-dire comme unité de mesure. Sur le plan étymologique, « raison » renvoie à *ratio*, et indirectement à *reor*, compter, mesurer (285).

(281) On trouvera des développements approfondis sur cette importante distinction *infra*, Chapitre VIII, section 2.

(282) *Grand Robert* (sens 3).

(283) *Girodet* (sens 4) ; v. aussi les autres renvois à la mesure dans les définitions théoriques exposées plus haut, § 377.

(284) *Grand Robert*, v° démesuré. De même, « démesuré » est défini comme ce qui est déraisonnable ; *Grand Larousse* (sens 2).

(285) V. *Grand Larousse*, *Grand Robert* et *Dictionnaire historique de la langue française*, *op. cit.*, p. 1708. La raison a occasionnellement été analysée dans le cadre d'un compte, d'un calcul, v. p. ex. Martin HEIDEGGER, *Le principe de raison*, *op. cit.*, pp. 226 et s. ainsi que p. 253.

Les critères que nous avons rencontrés dans la jurisprudence peuvent aussi être envisagés dans cette perspective. Ainsi :

— « *modéré* » a pour racine *modus* (mesure) (286) et est défini comme ce « qui fait preuve de mesure » (287), avec pour synonyme mesuré, et contraire démesuré (288), tandis qu'*excessif* est ce « qui dépasse la mesure permise » (289), « qui excède la juste mesure » (290), et a pour synonyme démesuré (291) ;

— « *probable* » est ce « qui peut être mesuré par un indice de probabilité » (292) ;

— « *équilibré* » suppose, nous l'avons vu, le calcul d'une juste proportion et donc une certaine mesure (293) ;

— « *approprié* » est ce qui tend vers l'adéquat, c'est-à-dire ce qui correspond exactement, ce « qui est équivalent à... » (294) ;

— « *normal* » provient du latin *normalis* fait avec, à l'équerre (295), et se définit comme ce « qui sert de règle, de modèle, d'unité de mesure [...] » (296), « qui correspond à la mesure habituelle » (297), et a pour contraire démesuré (298), c'est-à-dire « qui dépasse la mesure normale » (299).

Une approche terminologique montre bien que les différents critères que nous avons rencontrés ont pour point commun non seulement la raison, mais aussi la mesure (v. schéma n° 1 ci-dessous, p. 488) (300).

(286) V. *Girodet.*

(287) *Grand Robert* (sens 2) ; *Petit Robert* (sens 1) ; *Girodet* (sens 2).

(288) *Grand Larousse.*

(289) *Girodet* (sens 1) ; v. aussi des expressions similaires dans *Grand Robert* (sens 1) ; *Petit Robert* (sens 1) ; *Trésor de la langue française* (sens 1) ; *Grand Larousse* (sens 1).

(290) *Quillet* (sens 1) ; v. aussi « qui excède la règle, la mesure » ; *Littré* (sens 1) et *Dictionnaire de l'Académie française* (sens 1).

(291) *Quillet, Grand Larousse, Petit Robert.*

(292) *Trésor de la langue française* (sens I, B2).

(293) Le caractère harmonieux s'entend aussi dans l'équilibre comme « répartition des lignes, des masses, des pleins et des vides ; agencement harmonieux de la composition » ; *Grand Robert* (sens 4) ; v. aussi *Grand Larousse* (sens II, 2).

(294) *Dictionnaire de l'Académie française* (sens 1).

(295) *Grand Larousse* ; v. aussi *Grand Robert* et *Grand Larousse* (sens 7).

(296) *Grand Robert* (sens 2).

(297) *Trésor de la langue française* (sens A, 1b).

(298) *Grand Larousse* (sens I, 1).

(299) *Trésor de la langue française*, v° démesuré (sens A) et *Quillet*, v° démesuré (sens 1).

(300) Selon Max HORKEIMER et Theodor ADORNO, « le nombre est devenu le canon de l'*Aufklärung*. Les mêmes équations dominent la justice bourgeoise. La société bourgeoise est dominée par l'équivalence. Elle rend comparable ce qui est hétérogène en le réduisant à des quantités abstraites » ; *La dialectique de la raison*, Paris, Gallimard — tel, 1974, p. 25.

On retrouve aussi un rapprochement incident entre raisonnable et mesure dans la doctrine (301).

420. L'association se reflète dans la jurisprudence, de manière plus ou moins directe selon les cas d'application. Ainsi, un délai, un prix, ou une mesure déraisonnables peuvent être qualifiés de démesurés. Ce passage d'une opinion du juge Gros est significatif d'une approche plus globale :

> « Lorsque le juge veut s'assurer une égalité ou une équivalence, l'égalité n'étant réalisable que sur un même plan, il peut s'inspirer de la formule souvent citée de l'arrêt du 15 décembre 1949 dans l'affaire du *Détroit de Corfou* : ce que la Cour a, en d'autres circonstances, appelé la *juste mesure* de la réparation, le *chiffre raisonnable* de celle-ci » (302).

Le juge affirme bien de manière générale un lien entre la mesure et le raisonnable, et il poursuit :

> « il [le juge] lui faut mesurer en effet les éléments de fait et les conséquences juridiques qu'il peut en tirer pour que sa décision puisse assurer une équivalence entre des prétentions ramenées à leur juste valeur » (303).

On retrouve là plusieurs critères évoqués à l'analyse du « raisonnable » : prise en compte des éléments de fait, équilibre, modération. Quant à la référence à une norme en tant que type, ou étalon, elle a été mise en exergue par le juge Armand-Ugon,

> « Si le prolongement de cette admission s'étend dans le temps de *façon démesurée*, une telle interprétation peut conduire à des *résultats déraisonnables*, qui doivent s'examiner avec la plus grande prudence. Quand une telle suspension cesse-t-elle d'être raisonnable ? *La difficulté réside dans la recherche d'unités de mesure. Quelle est l'unité du raisonnable ?* [...] » (304).

---

(301) V. la citation de G. Tixier opérée par Jean SALMON, « Le concept de raisonnable en droit international public », *loc. cit.*, p. 448. L'auteur cité se base cependant exclusivement sur le concept de « reasonableness » en droit national (anglais et américain). V. aussi, indir., Stéphane RIALS, « Les standards, notions critiques du droit » *Les notions à contenu variable en droit, op. cit.*, p. 43.

(302) Les expressions sont soulignées par le juge lui-même ; C.I.J., Affaire du *Golfe du Maine, Recueil 1984*, op. diss. Gros, p. 383, § 39 ; la formule citée est d'ailleurs reprise par la Cour ainsi que par plusieurs juges dans des affaires diverses ; v. p. ex. C.I.J., Affaire du *Tribunal administratif de l'O.I.T., Recueil 1956*, p. 100 ; Affaire du *Plateau continental de la Mer du Nord, Recueil 1969*, pp. 48-49, § 48 , Affaire du *T.A.N.U* , Déclaration Forster et Nagendra Singh, p. 220 et op. indiv. de Castro, p. 290, § 39.

(303) C.I.J., Affaire du *Golfe du Maine, Recueil 1984*, op. diss. Gros, p. 383, § 39

(304) Nous soulignons ; C.I.J., Affaire de la *Barcelona Traction, Recueil 1964*, op. diss., p. 152. La doctrine a énoncé de manière plus générale que les standards juridiques sont des « instruments de mesure, en termes de normalité » ; Stéphane RIALS, « Les standards, notions critiques du droit » *loc. cit.*, p. 43.

Au-delà des considérations liées au cas d'espèce, le lien est clairement établi (305). Il est vrai que, dans toute une série de citations du terme « raisonnable », le rapport avec la notion de mesure n'apparaît pas directement, mais seulement par l'intermédiaire des critères cités plus haut. Il faut donc, pour comprendre la généralité de l'application de l'élément de la mesure, mieux cerner ce qu'il recouvre précisément.

421. Le terme « mesure » recouvre trois types de significations qui correspondent à l'appréciation de ce qui est raisonnable dans un cas donné, et que l'on peut schématiser comme suit (v. schéma n° 2 ci-dessous, p. 488).

Il y a d'abord la mesure comme « élément de référence, critère d'appréciation » (306), indiquant une « dimension déterminée considérée comme normale » (307), et qui se rattache donc à la notion de norme (308) telle que nous venons de la décrire. Le contenu est donc déterminé soit de manière conventionnelle (mais on s'écarte alors d'un sens strictement ordinaire) soit à l'aune de la pratique par la formation d'un type, résultat d'une expérimentation idéale fondée sur la fréquence et donc la probabilité. Cette première acception de mesure fait donc un lien entre la raison comme fondement (dans une acception philosophique), la normale, la probabilité et la modération.

Il y a ensuite la mesure envisagée comme l'action de comparer les circonstances de l'espèce à la mesure comme étalon. En ce sens, mesurer, c'est « déterminer, évaluer (d'après un étalon, à l'aide d'un instrument) » (309) ou encore « déterminer l'importance (d'une chose) proportionnelle à (une autre chose) ; juger (quelque chose) d'après (quelque chose) » (310). Cette acception se rattache à la raison comme faculté de juger (au sens usuel) ou à la raison discursive (sens philosophique), et renvoie aux critères formels de définition analysés dans le chapitre précédent. La mesure doit ainsi s'opérer

(305) V. aussi certains arrêts de la C.E.D.H., dans lesquels la Cour qualifie un délai de « démesuré » à l'issue de l'examen de sa compatibilité avec le délai raisonnable prescrit à l'article 6 § 1 ; v. p. ex. Affaire *Foti et autres*, *Série A, n° 56*, 10 décembre 1982, § 65.

(306) *Trésor de la langue française* (sens B, 1a) ; *Dictionnaire de l'Académie française* (sens 3).

(307) *Trésor de la langue française* (sens B, 2) ; *Petit Robert* (sens III, 1).

(308) La mesure est aussi une « norme » ou « règle » ; *Girodet* (sens 8).

(309) *Trésor de la langue française* (sens A,1) ; v. d'autres expressions similaires dans *Petit Robert* (sens I, 3) ; *Grand Robert* (sens I, 3) ; *Girodet* (sens 3) , *Grand Larousse* (sens 4).

(310) *Trésor de la langue française* (sens I, 1b) ; v. d'autres expressions similaires dans *Petit Robert* (sens III, 3) ; *Grand Robert* (sens III, B1) ; *Grand Larousse* (sens 5) ; *Dictionnaire de l'Académie française* (sens 3) ; *Littré*.

selon les règles d'un raisonnement rationnel, revêtant une certaine logique (qui repose sur la notion d'incompatibilité) et s'appuyant sur certaines autorités (notamment la mesure comme étalon).

Il y a enfin la mesure comme résultat, issue de la mesure (comme action), elle-même effectuée à l'aide de la mesure (comme étalon). On peut la définir comme le « résultat de la comparaison d'une grandeur à une autre grandeur de la même espèce, exprimé par leur rapport » (311), ou simplement comme une « proportion », un « rapport » (312). On retrouve ici la raison au sens objectif comme rapport, proportion entre différents éléments, ainsi que le « raisonnable » comme approprié et donc équilibré.

Cette méthode associe donc les aspects abstraits (le raisonnable comme normal) et concrets (le raisonnable comme approprié) de la notion.

422. Trois exemples permettront d'illustrer ce schéma, que nous pouvons nommer « méthode de la mesure ». Le premier est théorique, et est exposé en raison de sa simplification à l'extrême, qui a une vocation didactique. Les deux suivants sont des exemples tirés de la jurisprudence.

Le prix de cette pomme est-il d'un montant raisonnable ? Pour répondre à l'interrogation, il convient de reproduire les trois étapes que nous venons d'exposer, soit :

— 1° établissement d'une mesure comme étalon : en pratique, le prix moyen d'une pomme de ce type est de 15 FB environ (résultat d'une expérimentation idéale par laquelle sont mesurées toutes les pommes avec prise en compte de l'élément de fréquence et par conséquent d'approximation) ;
— 2° action de mesurer : déterminer le prix de la pomme que j'ai devant les yeux, la comparer au prix modèle ;
— 3° détermination de la mesure comme résultat : cette pomme coûte 17 FB ; les deux grandeurs sont donc équivalentes, le prix n'est pas « déraisonnable ».

Comment ce schéma théorique fonctionne-t-il dans la pratique ? Dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, la C.I.J. se demande si l'Albanie a eu connaissance de la pose des mines qui ont endommagé les

(311) *Dictionnaire de l'Académie française* (sens 1).
(312) *Petit Robert* (sens I, 4) ; *Grand Robert* (sens I, 4).

navires britanniques et blessé ou tué leurs occupants (313). Aucune preuve directe n'est à sa disposition, mais est-il possible de conclure par l'affirmative au-delà de tout doute « raisonnable » ? Sa manière de procéder peut être envisagée de la façon suivante :

— 1° la Cour élabore une mesure comme étalon, et procède à une expérimentation qui consiste à déterminer si, en général, dans les circonstances qui correspondent à celles qui entouraient le moment de la pose de mines, on aperçoit le minage à partir des côtes albanaises ; l'envoi d'une équipe sur le bord des côtes et la reconstitution d'une pose simulée de mines permet de répondre par l'affirmative ;

— 2° on applique cette norme au cas d'espèce, c'est l'action de mesurer ; en l'occurrence, on se demande notamment si des agents de l'Albanie ont dû se trouver sur les côtes au moment de la pose de mines ; il s'agit donc de comparer les faits de la cause au modèle élaboré préalablement ;

— 3° le résultat de la comparaison donne une équivalence ; il y a correspondance entre les faits réels (évalués en 2°) et la norme (élaborée en 1°) ; la certitude peut donc être qualifiée de « raisonnable ».

Dans l'affaire *Irlande c. Royaume-Uni*, la C.E.D.H. se demande si des Irlandais emprisonnés dans les prisons britanniques ont bien été victimes de mauvais traitements (314). Ici encore, la « certitude raisonnable » peut être obtenue en trois temps :

— 1° la Cour élabore un type idéal par expérimentation : en général, lorsque des prisonniers irlandais soupçonnés de terrorisme séjournent dans des prisons britanniques et que l'on constate des lésions dont il est avéré qu'elles ont été infligées par des mauvais traitements survenus pendant la période d'incarcération, on peut déduire une relation de cause à effet entre le passage en prison et les lésions (cette fois, et contrairement à l'exemple précédent, l'expérimentation est purement idéale — elle n'a pas, et on le comprend, fait l'objet d'une reconstitution —, le résultat revêtant aussi une composante de probabilité) ;

— 2° on applique cette norme au cas d'espèce : est-ce que, en l'espèce, les circonstances correspondent bien (équivalent bien) au

(313) L'affaire a été examinée à plusieurs reprises ; v. not. *supra*, Chapitre I, section 2 et les références citées.

(314) Ici aussi, on se reportera *supra*, Chapitre I, section 2.

type construit préalablement ? Y a-t-il eu incarcération ? des lésions sont-elles bien apparues pendant cette incarcération ?,... ;
— 3° le résultat de la comparaison donne une équivalence ; il y a correspondance entre les faits établis et la norme construite ; la certitude peut donc être qualifiée de « raisonnable ».

On pourrait reprendre d'autres exemples dans cette perspective, et leur appliquer, plus ou moins facilement, cette « méthode de la mesure ». Cela ne signifie évidemment pas que le juge expose son raisonnement en respectant formellement ce moule. Celui-ci est lui-même un modèle tentant de rendre compte du contenu du sens ordinaire du « raisonnable », et ce en l'absence de tout autre élément d'appréciation. A ce sujet, il faut encore apporter plusieurs précisions.

423. D'abord, on aura relevé que les étapes de ce modèle sont interdépendantes.

En particulier, la construction de la norme se fait toujours en fonction d'une idéalisation des circonstances de l'espèce, et donc de la situation concrète qui sera l'objet de la mesure. Le risque le plus évident est l'omission d'une des circonstances pertinentes, ce dont on ne peut s'apercevoir qu'au moment de l'appréciation du résultat. Ainsi, pour reprendre l'exemple de l'affaire du *Détroit de Corfou*, la certitude n'aurait pu être qualifiée de raisonnable s'il s'était avéré que la pose des mines s'était effectuée de nuit et par temps de brouillard (hypothèse évoquée par des juges dissidents pour contester les conclusions de la Cour) (315). Cela ne signifie pas que le critère de la norme doit être écarté, mais que la norme a été mal élaborée. En l'occurrence, l'opération devrait être renouvelée en modifiant les données de l'expérience de manière à y intégrer l'élément supplémentaire des conditions difficiles de visibilité. Comme on le voit, il est impossible, dans le cadre de l'appréciation du caractère raisonnable d'un acte, d'isoler une raison conçue abstraitement des conséquences de son application. En d'autres termes, le critère de l'approprié intervient dès la formation de l'étalon (316).

Cela a pour conséquence que, en principe, tous les critères exposés doivent être réunis cumulativement : ainsi le « raisonnable » ne doit être ni rigide, ni excessif, ni improbable, ni déséquilibré, ni

(315) Voy. les références reproduites *supra*, Chapitre I, section 2, § 50.
(316) V. *supra*, § 418.

impropre, ni anormal. Encore convient-il de préciser que ces critères sont définis restrictivement et qu'il ne saurait être question d'exiger qu'une solution raisonnable réunisse toutes les propriétés d'une solution « modérée » ou « équilibrée » ; il importe de restreindre le sens de ces termes comme nous l'avons fait ci-dessus.

424. Par ailleurs, on aura remarqué la prégnance d'un certain modèle d'objectivité : l'étalon choisi se rattache surtout à un critère de vérité, essentiellement factuel, puisqu'il est destiné à représenter ce qui, en pratique, se produit effectivement dans certaines conditions. Il s'agira ensuite de mesurer la correspondance entre les faits observés et le type construit. Dans tous les cas, le but de l'opération est d'atteindre la vérité — entendue comme la conformité à des faits qui se sont produits —, et non par exemple la « justice » conçue comme une norme transcendant les éléments factuels. Idéalement, on se trouve débarrassé de tout jugement de valeur (317). Max Weber considère, à propos de l'utilisation de la raison en droit, que « le devoir être est identique à l' »être« , c'est-à-dire avec ce qui effectivement existe en moyenne » (318).

Cela ne signifie pas que l'opération ne soit pas exempte de choix et encore moins que l'on se trouve dans le cadre d'un modèle mathématique ou formalisé, puisque chaque « mesure » consiste à évaluer une équivalence entre deux éléments, et nous avons vu qu'il ne s'agissait pas là d'une opération mathématique (319). Sans même parler du choix de la norme elle-même comme référence, et des évaluations qui jalonnent l'« expérimentation idéale », la simple énonciation d'une réalité suppose le choix de termes du langage courant et le placement de la réalité observée dans la catégorie recouverte par ce terme (comme, dans notre exemple théorique, la qualification de cette chose comme une « pomme »). Cependant, ces choix seront, idéalement, ceux qui seraient effectués par toute personne placée dans la même situation. Si ces choix sont contestés, le départage se fera sur le terrain de la mesure, et donc du fait : par la démonstra-

(317) La notion de proportion, déjà assimilée à la raison dans la philosophie des Anciens, est sans doute un des signes de cette conception ; v. p. ex. Dominique DURABLE, « Esquisse du problème contemporain de la raison », *in La crise de la raison dans la pensée contemporaine*, Paris, Recherches de philosophie, V, Desclée de Brouwer, 1960, pp. 66-67 ; Jacques LENOBLE et François OST, *Droit, mythe et raison. Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique*, Bruxelles, F.U.S.L., 1980, pp. 365 et s.

(318) *Sociologie du droit*, Paris, P.U.F., 1re éd., 1986, pp. 211-212.

(319) V. ci-dessus, § 411.

tion d'un décalage — ou au contraire par celle de la correspondance — entre la solution proposée et la moyenne idéale.

425. Il pourra paraître étonnant que, parti d'un souci de déterminer un sens ordinaire du raisonnable, on aboutisse à une méthode apparemment expurgée d'une composante axiologique qui semble pourtant inhérente à la notion. Nous reviendrons sur ce point ultérieurement (320). Relevons à ce stade que l'utilisation de cette méthode telle que nous venons de la décrire est circonscrite à un certain nombre d'hypothèses qui s'avèrent en pratique limitées. On se trouve en effet dans le cadre d'un sens ordinaire « pur », qui n'admet la prise en compte d'aucun autre élément que le terme « raisonnable » lui-même.

Or, en pratique, la règle dans laquelle on retrouve la notion fourmille d'indices qu'il importe de prendre en considération. En particulier, les parties ont souvent précisé quelles sont les valeurs qui doivent présider à la détermination de ce qui est raisonnable dans un cas donné, et cela ne fût-ce qu'en formulant un objet et un but à l'instrument juridique concerné. Ainsi, nous verrons que, si la détermination du caractère « raisonnable » d'un délai de jugement au sens de l'art. 6 § 1er de la Convention européenne des droits de l'homme laisse une certaine place à un standard fondé sur la pratique des Etats membres du Conseil de l'Europe, la pratique est fréquemment écartée sur base de certains critères qui découlent de l'ensemble de la convention (321). Par ailleurs, la construction de la mesure comme étalon, si elle peut se faire par une expérimentation idéale basée sur la pratique, peut aussi avoir été effectuée conventionnellement, comme nous le précisions plus haut. Et cette hypothèse est loin d'être exceptionnelle, de sorte que ce qui est normal (et donc en un certain sens juste) est le plus souvent non pas ce que les personnes accomplissent le plus fréquemment, mais ce qui a été conventionnellement établi comme normal (ou juste). Si on prend le cas de l'interdiction d'un « usage déraisonnable » de leurs droits par les Etats, la règle ne signifie pas que les Etats ont le devoir de se conformer en toute circonstance à un standard de comportement fondé sur la pratique, mais qu'ils doivent s'abstenir de causer aux

(320) V. *infra*, Chapitre VIII, section 2.
(321) V. *infra*, section 3 ainsi que Chapitre VII.

autres Etats des désavantages excessifs (322). Il arrive ainsi fréquemment que ce qui est « normal », ou, comme dans cet exemple, ce qui est a-normal, est déterminé dans une règle primaire.

426. Quelle est alors la portée de la méthode de la mesure telle que nous venons de la définir ?

Elle vaut en l'absence de précision conventionnelle de ce qui est normal (abstraitement) ou raisonnable (concrètement). Cela recouvre en définitive peu de cas où le « raisonnable » est contenu dans une règle, pour les raisons que nous venons d''exposer, mais cela peut en revanche souvent concerner le « raisonnable » comme élément du discours juridictionnel. Il suffit de penser aux cas de la « certitude raisonnable » (ce n'est pas un hasard si des exemples ont été puisés dans cette situation), de la qualification ou de l'interprétation raisonnable (dans la mesure où il s'agit théoriquement (323) de découvrir l'intention des parties, c'est-à-dire un fait), ou encore de figures discursives comme « raisonnablement » considérer, conclure,... qui se prêtent aussi à une comparaison à un étalon de référence fondé sur une idéalisation de la pratique. Dans toutes ces matières, on peut affirmer que, en l'absence de la possibilité d'atteindre une certitude absolue (324), et étant donné les principes d'économie et d'inertie qui limitent les développements de la motivation (325), il existe une présomption générale — évidemment susceptible d'être renversée — selon laquelle il se produit ce qui se produit « normalement », dans les mêmes circonstances (326).

En revanche, pour tous les cas où le « raisonnable » est contenu dans une règle, cette méthode ne peut être utilisée seule mais doit être adaptée, surtout au stade de l'élaboration de la mesure comme étalon, en tenant compte d'autres éléments que ceux qui relèvent d'un sens ordinaire, éléments qu'il importe à présent d'examiner.

---

(322) V. *supra*, Chapitre II, section 2. Dans cette perspective, plusieurs auteurs ont considéré que l'abus de droit supposait la création d'un dommage au préjudice d'un autre État ; v. C.I.J., Affaire *Nottebohm*, *Recueil 1953*, op. diss. Read, p. 37 ; Elisabeth ZOLLER, *La bonne foi en droit international public*, Paris, Pédone, 1977, p. 114. Cet auteur cite aussi Brigitte BOLLECKER-STERN, *Le préjudice dans la théorie de la responsabilité internationale*, Paris, 1973, p. 39.

(323) Même si l'établissement du fait s'effectue selon des modes de preuve qui ne sont pas axés en priorité sur la vérité historique ; v. *supra*, Chapitre III, section 2.

(324) V. *supra*, Chapitre III, section 2.

(325) V. *supra*, Chapitre V, section 2, § 360.

(326) V. à ce sujet les réflexions contenues dans les chapitres précités, ainsi que l'Affaire *John W. Browne*, décision du 36 juin 1933, *R.S.A.*, vol. VI, p. 334.

Schéma n° 1

critères issus du « sens ordinaire » de « raisonnable »

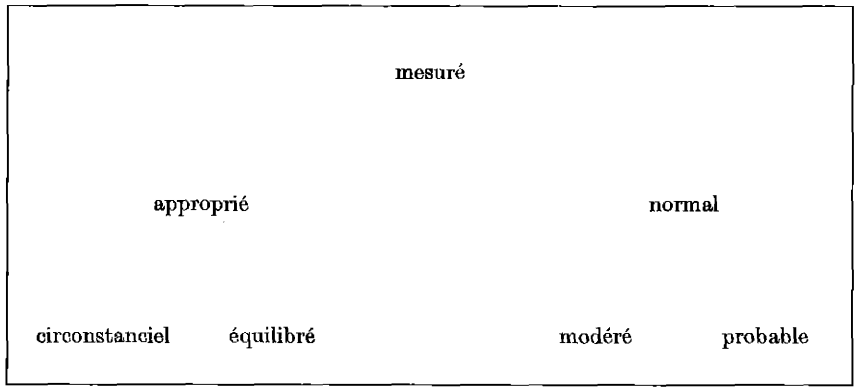
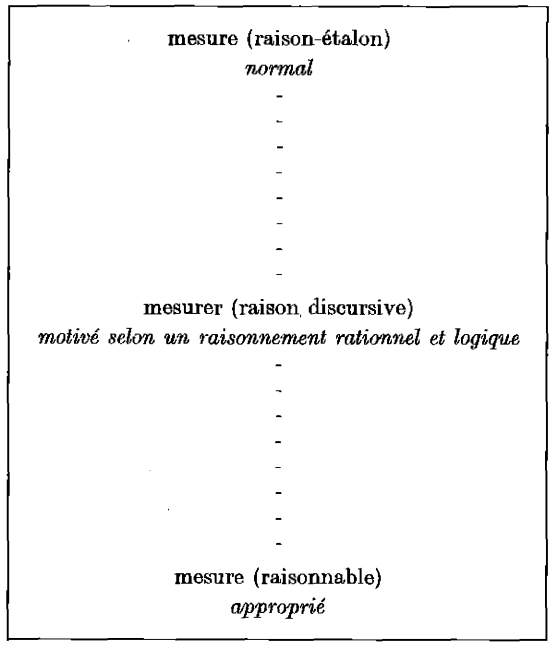


Schéma n° 2

méthode dite de la mesure



SECTION 2. — LE SENS CONTEXTUEL DE « RAISONNABLE »

427. Nous avons déjà insisté sur l'importance du contexte dans l'interprétation, pour les linguistes comme pour les juristes (1). Le contexte revêt plus d'importance encore pour des notions comme le « raisonnable », qui se prêtent par définition à une grande variété d'interprétations possibles. La présence éventuelle d'éléments ou de critères expressément reproduits dans la règle où se retrouve la notion est donc particulièrement précieuse (2).

En droit international, l'article 31 de la Convention de Vienne spécifie que les termes d'un traité doivent être interprétés « dans leur contexte », celui-ci recouvrant l'ensemble du texte du traité, préambule et annexe inclus, ainsi que tout accord ou instrument accepté par les parties, à l'occasion de la conclusion du traité, en tant qu'accord ou instrument ayant rapport au traité (3).

La disposition peut donc être utilisée lorsque le terme est contenu dans un traité. Mais le « raisonnable » est aussi utilisé comme locution dans le discours juridictionnel. Dans cette perspective, il faut prendre en compte le contexte de manière plus générale selon le principe suivant :

> « une expression change de sens suivant le passage où elle se trouve : on doit donc interpréter chaque mot et chaque phrase non pas isolément, mais en tenant compte du sens général du morceau (le *contexte*). C'est la *règle du contexte*, règle fondamentale de l'interprétation » (4).

Ainsi, on peut préciser la méthode de détermination du contenu d'une notion comme le « raisonnable » en distinguant selon que les éléments contextuels sont repris dans la règle dans lequel le terme se retrouve (A), ou qu'ils découlent d'une analyse des expressions utilisées par la jurisprudence (B). Dans le premier cas, il s'agit de

(1) V. not. la citation de Roberto Ago introduisant la section précédente, ainsi que les références citées *supra*, Chapitre III, section 2. V. not. Louis DUPRÉ, « Postmodernité ou modernité tardive ? », *in* G. HOTTOIS et M. WEYEMBERGH (sous la direction de), *Richard Rorty. Ambiguïtés et limites du postmodernisme*, Paris, Vrin, 1994, pp. 43 et s.

(2) V. Neil MAC CORMICK, « On Reasonableness », *in* Ch. PERELMAN et R. VANDER ELST (sous la direction de), *Les notions à contenu variable en droit*, Travaux du C.N.R.L., Bruxelles, Bruylant, 1984, p. 137.

(3) Voy. le texte complet de l'Art. 31, § 2.

(4) LANGLOIS et SEIGNOBOS, *Introduction aux études historiques*, cité dans André LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, P.U.F.-Quadrige, éd. 1993, v° contexte, p. 181. V. aussi François RÉCANATI, *La transparence et l'énonciation. Pour introduire à la pragmatique*, Paris, Seuil, 1979, p. 27.

donner des exemples de problèmes auxquels le juge a été — ou pourrait être — confronté, dans le second, de reprendre le discours juridictionnel lui-même.

A. — *Les éléments contextuels conventionnels*

428. Nous avons déjà constaté que la jurisprudence recourait effectivement au contexte pour donner une signification au « raisonnable » dans des cas particuliers, ce qui confirmait le caractère formellement juridique de l'interprétation de la notion (5). Quels sont les éléments qui découlent de la prise en compte du contexte ? Par définition, ils varient selon chaque règle en cause, et il ne saurait donc être question de fournir des critères qui peuvent être utilisés de manière générale. Par contre, nous pouvons classer les exemples en différentes catégories qui confirment des critères que nous avons dégagés précédemment, en même temps qu'elles permettent de bien comprendre ce qu'ils peuvent recouvrir en pratique. On peut ainsi reprendre la distinction que nous avons opérée entre éléments formels et éléments de fond de définition.

1. *Les définitions contextuelles reprenant des éléments formels*

429. Dans le chapitre précédent, nous avons relevé deux grandes exigences formelles présidant à la détermination du « raisonnable » dans un cas particulier. D'une part, nous avons constaté que l'interprétation devait être opérée conformément au droit international positif. D'autre part, nous avons décrit l'équilibre départageant la marge d'appréciation de l'interprète et le contrôle marginal du juge. Ces deux éléments se reflètent occasionnellement dans des contextes d'énonciation.

430. Il arrive qu'on puisse déduire de la lecture de dispositions que ce qui est raisonnable devra se faire conformément au droit international, mais l'hypothèse est exceptionnelle. On peut citer l'article 9 de la Convention de Barcelone du 9 décembre 1923, en vertu de laquelle

> « Les installations des ports situés sur une voie navigable d'intérêt international et les facilités offertes dans ceux-ci à la navigation ne pourront être sous-

(5) V. *supra*, Chapitre V, section 1re, § 316.

traites à l'usage public que dans une mesure raisonnable *et pleinement compatible avec le libre exercice de la navigation* » (6).

L'expression soulignée témoigne de la nécessité du respect d'une règle de droit positif dans l'interprétation de ce qui est raisonnable. Dans le même ordre d'idées, ce qui est « raisonnable » est parfois associé à ce qui est coutumier (7), parfois opposé à ce qui est arbitraire (8), sans plus de précisions.

431. En revanche, bon nombre d'exemples aménagent l'équilibre entre les marges d'appréciation respectives des interprètes de la notion.

Dans une série d'exemples, le *pouvoir unilatéral d'interprétation est limité* par une procédure de contrôle expressément prévue. Ce contrôle peut être subordonné à une contestation, et est alors conféré à un organe neutre (9). Il peut aussi découler d'une clause juridictionnelle ou de règlement de différends qui s'applique à l'ensemble de la convention (10) ou, encore plus indirectement, il peut être établi sur base de compétences plus générales conférées à des juridictions ou à des organes internationaux (11). Exceptionnellement, on peut considérer que le « contrôle » est exercé par les États eux-mêmes, lorsqu'il est prévu que des intervalles raisonnables seront « à convenir » entre les parties, à partir d'une certaine

(6) Nous soulignons ; COLLIARD et MANIN, *Droit international et histoire diplomatique*, Paris, Montchréstien, 1970, tome II (ci-après COLLIARD et MANIN), p. 89.

(7) V. p. ex. Article IV du « traité entre le Royaume-Uni *with the Alafin of Oyo and Head of Yorubaland* » du 23 juillet 1888, *C.T.S.*, vol. 170, 1887-1888, p. 397 ; Art. IV du Traité entre le Royaume-Uni *with the King, Chiefs, Elders, and People of Igbessa*, du 15 mai 1888 ; *ibid.*, p. 383, l'art. IV du Traité entre le Royaume-Uni *with the King, Chiefs, Elders, and People of Ife*, du 22 mai 1888 ; *ibid.*, p. 388 ; Art. IV du Traité entre le Royaume-Uni *with the King, Chiefs, Authorities, and People of Itebu*, du 28 mai 1888 ; *ibid.*, p. 389, Art. IV du Traité entre le Royaume-Uni *with the King, Chiefs, Elders, and People of Ketu*, du 29 mai 1888 ; *ibid.*, p. 390.

(8) Art. 12, § 2 *d*) du Traité de paix entre les Puissances alliées et le Japon du 8 septembre 1951, *in* COLLIARD et MANIN, Tome premier, II, p. 1079.

(9) V. p. ex. Art. 75 de la Convention de Chicago relative à l'aviation civile internationale du 7 décembre 1944 ; COLLIARD et MANIN, Tome premier, I, p. 105 ou, plus anciennement, Art. 11 du Traité entre les Pays-Bas et la Prusse pour le passage des troupes de La Haye du 28 juillet 1714, *in* PARRY, *C.T.S.*, vol. 29, 1714-1716, p. 140.

(10) Ainsi, le caractère raisonnable des délais de jugements prévus aux art. 5, § 3 et 6, § 1er de la Convention européenne des droits de l'homme doit s'apprécier en tenant compte de la compétence éventuelle conférée par les États à la Cour de Strasbourg pour en assurer le respect.

(11) Dans cette perspective, il faut tenir compte des déclarations éventuelles de juridiction obligatoire auprès de la C.I.J. par les États qui s'engagent à respecter le caractère raisonnable d'un acte, d'un délai,...

date (12). Dans les cas les plus fréquents, c'est plutôt l'organe d'une organisation internationale qui se voit conférer une marge d'appréciation renforcée pour déterminer le contenu du raisonnable (13).

Le juge interprète parfois un texte qui ne contenait pas expressément une procédure de contrôle en ce sens. Dans l'affaire des *Pêcheries de l'Atlantique nord*, le tribunal arbitral considère que la Grande-Bretagne a le droit de mettre en œuvre une réglementation raisonnable du droit de pêche régi par le traité applicable, tout en précisant que

> « Pour décider si un règlement est ou non raisonnable comme étant ou non d'accord avec les dispositions du traité et n'en contenant violation, le traité de 1818 ne contient pas de clause spéciale. Le règlement des différends y relatifs qui pouvaient surgir en conséquence était abandonné aux moyens ordinaires des relations diplomatiques. A raison, toutefois, de la forme dans laquelle la question I [du compromis d'arbitrage] est posée et pour cette autre raison que la Grande-Bretagne a, par ses conseils près de ce Tribunal, admis qu'il n'appartient maintenant ni à l'une ni à l'autre des parties au traité de déterminer le caractère raisonnable d'un règlement fait par la Grande-Bretagne, le Canada ou Terre-Neuve, le caractère raisonnable d'un semblable règlement, s'il est contesté, doit être décidé non par l'une ou l'autre des parties, mais par une autorité impartiale [...] » (14).

Ainsi, le tribunal interprète la pratique des parties au traité de manière à y déceler une obligation de soumettre l'interprétation du « raisonnable » à un organe tiers.

La *marge d'appréciation de certains États parties peut aussi être renforcée*, comme en témoigne le libellé de l'article 11, § 1er de la Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques, cité en d'autres circonstances (15), mais que nous pouvons reprendre ici, selon lequel

> « A défaut d'accord explicite sur l'effectif de la mission, l'État accréditaire peut exiger que cet effectif soit maintenu dans les limites de *ce qu'il considère*

(12) Art. II, § 5, de l'Accord pour l'utilisation des eaux du Nil du 8 novembre 1959, COLLIARD et MANIN, Tome premier, II, p. 535. V. par ailleurs article 8*a*) (en combinaison avec l'al. *b*) de l'Accord entre le Royaume-Uni et la Turquie relatif aux services de transports aériens du 12 février 1946 ; *R.T.N.U.*, vol. 6, p. 104.

(13) Voy. p. ex. section 4, § 4 de l'Accord relatif à la B.I.R.D. du 27 décembre 1945, *R.T.N.U*, vol. 2, p. 145 (v. aussi *id.*, p. 187, art. X), l'art. 48 de la Convention interaméricaine relative aux droits de l'homme du 22 novembre 1969, COLLIARD et MANIN, Tome premier, II, p. 973.

(14) *R.G.D.I.P.*, 1912, p. 462.

(15) V. *supra*, Chapitre IV, section 2, § 273.

comme raisonnable et normal eu égard aux circonstances et conditions qui règnent dans cet État et aux besoins de la mission en cause » (16).

En l'espèce, c'est une catégorie d'États (les États accréditaires) qui bénéficie de ce large pouvoir d'interprétation, de sorte que chaque État partie au traité est potentiellement désigné. Mais certains traités réservent l'avantage à des parties déterminées, comme l'illustre une lecture de l'article 24a) de l'Accord établissant l'Autorité internationale sur la Ruhr du 28 avril 1949 :

« Au cas où le Gouvernement allemand ne prendrait pas les mesures requises [...], les représentants des Gouvernements signataires au sein de l'autorité pourront en adresser signification écrite au Gouvernement allemand ; cette signification accordera au Gouvernement allemand la possibilité, dans un délai *que lesdits représentants fixeront comme raisonnable*, de comparaître et d'exposer les raisons pour lesquelles il ne devrait pas être déclaré en défaut » (17).

432. Ces dispositions conventionnelles confirment ainsi l'importance de la marge d'appréciation dans l'interprétation du « raisonnable », en aménageant l'équilibre que l'on a désigné sous l'expression de « contrôle marginal » (18).

On peut toutefois se demander si l'équilibre n'est pas rompu lorsqu'un article laisse à l'un ou l'autre État le soin de déterminer lui-même ce qui est raisonnable. En pareilles circonstances, on voit mal sur base de quel critère le contrôle juridictionnel pourrait encore s'effectuer. Cette interrogation peut aussi s'appuyer sur l'attitude de la C.I.J. dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua* qui a affirmé la possibilité d'exercer un contrôle de l'interprétation du terme « nécessaire » en relevant que le traité en cause ne visait pas « ce qu'une partie estime » nécessaire (19). *A contrario*, et en appliquant par analogie l'enseignement à l'interprétation du « raisonnable », on pourrait prétendre qu'aucun contrôle n'est possible lorsque le traité désigne « ce qu'une partie estime » raisonnable.

(16) Nous soulignons. ; COLLIARD et MANIN, Tome Premier, I, p. 265. La disposition est citée par le professeur SALMON comme reflétant la possiblité de pouvoir accru de qualification étatique ; « Quelques observations sur la qualification en droit international public », *in* Ch. PERELMAN et P. FORIERS (sous la direction de), *La motivation des décisions de justice*, Travaux du C.N.R.L., Bruxelles, Bruylant, 1978, p. 356, et « Le fait dans l'application du droit international », *R.C.A.D.I.*, t. 175, 1982-II, p. 369. Voy. un autre exemple en matière consulaire dans l'art. IV du Traité d'amitié, de commerce et de navigation entre le Dannemark et le Siam, 21 mai 1858, *R.G.T.*, 46-17, 1861, p. 118.

(17) Nous soulignons ; COLLIARD et MANIN, Tome II, p. 278.

(18) V. *supra*,Chapitre V, section 2, §§ 339 et s.

(19) C.I.J., *Recueil 1986*, p. 141, § 282.

Nous ne pouvons souscrire à pareil raisonnement, qui nous paraît incompatible tant avec d'autres précédents qu'avec les termes mêmes des traités concernés.

Dans l'affaire des *Actions armées frontalières et transfrontalières*, la Cour s'est prononcée sur une réserve selon laquelle elle était incompétente si, de l'avis du Honduras, le différend pouvait être résolu au moyen de négociations, avis que le Honduras avait effectivement émis. On avait là aussi une marge d'appréciation très large conférée à un État, qui l'avait en l'occurrence utilisée pour rejeter la compétence de la Cour. Celle-ci ne s'est néanmoins pas estimée tenue par la simple formulation de l'avis, et a exercé son contrôle en vérifiant s'il avait été émis de bonne foi, pour conclure par la négative et rejeter l'exception d'incompétence (20). Dans la même perspective, nous avons relevé au début de cette étude que la Cour vérifie si l'État qui invoque une réserve lui conférant une compétence discrétionnaire (cas de la « réserve automatique ») n'a pas exercé cette compétence de manière abusive (21). Ces précédents peuvent parfaitement être transposés à l'hypothèse d'une disposition prévoyant un critère laissant à l'État le soin de déterminer « ce qu'il estime » raisonnable. Un contrôle marginal est toujours possible sur base de la limite de l'usage déraisonnable d'un droit, qui s'applique également à l'interprétation du raisonnable lui-même. Le précédent de l'affaire des *Activités militaires* ne contredit nullement ce constat, la Cour n'ayant fait que constater l'absence d'une marge d'appréciation renforcée en l'espèce, sans pour autant en déduire une impossibilité totale de contrôle dans l'hypothèse contraire.

Semblable affirmation serait d'ailleurs le plus souvent incompatible avec les termes des dispositions concernées, qui seraient dépourvus d'effet utile s'ils laissaient la place à une possibilité d'interprétation totalement unilatérale. Si on reprend le cas de l'art. 11 de la Convention de Vienne sur le droit diplomatique, l'appréciation de ce qui est raisonnable doit d'ailleurs se faire conformément à certains critères, nommément cités, en l'occurrence les « circonstances et conditions qui règnent dans l'État accréditaire » et les « besoins de la mission en cause ». Ces précisions n'ont de sens que si l'État qui exerce son pouvoir d'appréciation doit pouvoir se justifier à leur égard. Tout dépend évidemment du libellé exact de chaque disposi-

(20) C.I.J., *Recueil 1988*, p. 95, § 65.
(21) V. *supra*, Chapitre II, section 2, et les références citées.

tion. Si on reprend l'art. 24a) de l'Accord établissant l'Autorité internationale sur la Ruhr, on ne trouve ainsi aucun critère objectif puisqu'on évoque seulement le délai « que les représentants fixeront comme » raisonnable. On se trouve ici très proche d'une compétence discrétionnaire absolue, qui ne peut plus être limitée que par le principe général de la bonne foi. Répétons toutefois que, en vertu du principe de l'effet utile, on peut affirmer qu'il ne s'agit pas seulement du « délai que les représentants fixeront », mais bien de celui qu'ils fixeront « comme raisonnable », la reproduction de l'expression ne pouvant que refléter une volonté, même faible, de poser une limite (22).

Ces réflexions montrent toute l'importance de la prise en compte du contexte pour interpréter la signification du « raisonnable » dans un cas particulier.

433. Un dernier élément formel qui peut être retrouvé dans le contexte concerne les techniques de raisonnement à utiliser dans le cadre de la motivation appuyant le contenu du « raisonnable » dans un cas donné. Ainsi, l'établissement d'une « certitude raisonnable » suppose le respect des règles de preuve applicables, tout comme le développement d'une « interprétation raisonnable » s'opérera conformément aux principes généraux d'interprétation (23). Le contexte, même s'il s'agit ici d'un contexte élargi, est donc aussi essentiel lorsque le « raisonnable » se retrouve dans une des étapes du syllogisme judiciaire.

2. *Les définitions contextuelles reprenant des éléments de fond*

434. Dans bon nombre de cas, les dispositions conventionnelles contiennent des critères de fond qui devront présider à la détermination de ce qui est raisonnable, critères qui, comme nous le détaillerons ultérieurement, sont pris en compte par le juge (24). Ces critères sont très variés. Ici encore, on se contentera d'identifier quelques grandes catégories.

435. Les critères observés dans la pratique ne font parfois que répéter certains enseignements que nous avons tirés de l'analyse du

(22) Voy. à ce sujet les références reproduites *supra*, Chapitre V, section 1, §§ 318-320.
(23) V. à ce sujet *supra*, Chapitre I, section 1.
(24) V. de manière générale *supra*, Chapitre V, section 1re et, de manière plus spécifique, *infra*, Chapitre VII, section 1.

sens ordinaire de la notion, comme lorsqu'il est précisé que le contenu du raisonnable sera fixé « compte tenu des circonstances relatives à chaque espèce » (25) ou « avec modération » (26). Plus fondamentalement, la méthode de détermination d'un étalon par référence à la pratique se retrouve occasionnellement, comme dans l'art. 4 § 10 du Traité relatif à l'utilisation des eaux de l'Indus du 19 septembre 1960 :

> « Chaque partie [...] convient de prendre toutes mesures raisonnables à l'effet d'assurer que, avant de rejeter tout déchet industriel ou toutes eaux d'égouts dans les fleuves et rivières, ces usages n'en seront pas matériellement affectés. *Il est entendu que le critère du caractère raisonnable desdites mesures sera déterminé en fonction de la pratique coutumière suivie dans des circonstances analogues sur les voies d'eau* » (27).

On remarquera néanmoins que la pratique doit en l'occurrence s'accompagner d'une *opinio juris*, ce qui n'est pas nécessairement le cas dans le cadre du sens ordinaire (28).

436. Dans d'autres cas, plusieurs éléments de fond précis sont cités et agencés de manière particulière. Le libellé de l'article 8b) de l'Accord entre le Royaume-Uni et la Turquie relatif aux services de transport aériens du 12 février 1946 est à cet égard particulièrement significatif :

> « Les tarifs [...] seront fixés à des taux raisonnables, compte dûment tenu de tous les éléments d'appréciation et notamment des nécessités d'une exploitation économique, de la réalisation d'un bénéfice raisonnable, des différences qui existent entre les caractéristiques du service (en particulier les normes relatives à la vitesse commerciale et au confort) ainsi que des tarifs pratiqués par toutes autres entreprises exploitant la route en question. Les tarifs appliqués aux passagers et marchandises embarqués ou débarqués en des points d'une route donnée (autres que les passagers et marchandises voyageant à destination du pays par le Gouvernement duquel l'entreprise de transports aériens a été désignée ou pris à bord dans ledit pays) devront être plus élevés que les tarifs correspondants

(25) Art. 48 de la Convention interaméricaine des droits de l'homme, *op. cit.*

(26) Art. 17 du Traité de paix, d'amitié et de commerce entre le Royaume de Suède et de Norvège et la Chine, 20 mars 1847, *R.G.T.*, vol. 46-17, 1861, p. 199.

(27) Nous soulignons ; COLLIARD et MANIN, Tome premier, II, p. 1155.

(28) V. à ce sujet *supra*, section 1 du présent chapitre, §§ 416-417.

pratiqués pour le transport de chargements analogues par des services locaux ou régionaux exploitant la partie correspondante de la route en question » (29).

Cette disposition montre toute l'importance des précisions contextuelles, même si le sens donné au « raisonnable » ne déroge nullement au sens ordinaire du terme. Le traité ne fait que préciser certaines (le terme « notamment » en atteste) des circonstances à prendre en considération (dont le « bénéfice raisonnable », qui suppose une détermination parallèle), et renvoie lui aussi à la pratique pour la constitution d'une norme comme étalon, tout en ajoutant une limite par comparaison avec d'autres tarifs qui forment en quelque sorte un étalon spécifique supplémentaire.

La fixation d'une limite constituée par un étalon est relativement courante, comme en témoigne par exemple cette autre disposition tirée d'un accord relatif à des services aériens :

« Chacune des Parties Contractantes pourra imposer ou permettre d'imposer des droits justes et raisonnables pour l'utilisation des aéroports publics et autres services et installations soumis à son contrôle. Chacune des Parties Contractantes convient toutefois que ces droits ne seront pas plus élevés que ceux qui seraient payés pour l'utilisation d'aéroports, services et installations de ce genre par ses aéronefs nationaux employés à des services internationaux similaires » (30).

Dans d'autres cas, l'étalon ne constitue pas une limite, mais une référence directe, par exemple lorsqu'on évoque un « montant raisonnable correspondant aux frais de vente et aux bénéfices » (31).

437. D'autres catégories peuvent encore être désignées.

(29) *R.T.N.U.*, vol. 6, p. 104 ; v. aussi Accord entre le Royaume-Uni et la Norvège relatif aux communications aériennes à destination, au travers et en provenance de Grande-Bretagne et de Norvège du 31 août 1946, *R.T.N.U.*, vol. 6, p. 257 ; Accord entre le Royaume-Uni et la Chine relatif aux transports aériens du 23 juillet 1947, *R.T.N.U.*, vol. 9, p. 248 ; Section IV A) de l'Accord entre les Etats-Unis et la Nouvelle-Zélande relatif aux transports aériens du 3 décembre 1946, *R.T.N.U.*, vol. 7, p. 193. Voy. encore l'art. 81 du Traité de Rome ; COLLIARD et MANIN, Tome II, p. 681.

(30) Art. 4 de l'Accord entre les Etats-Unis et le Portugal relatif aux services de transport aériens du 6 décembre 1945, *R.T.N.U.*, vol. 3, p. 151 ; v. aussi Art. 3a) de l'Accord entre les Etats-Unis et la Tchécoslovaquie relatif aux transports aériens du 3 janvier 1946, *R.T.N.U.*, vol. 6, p. 321. La section 3 de l'Accord relatif au transit des servives aériens internationaux du 7 décembre 1944 prévoit plus généralement, après avoir autorisé les Etats à exiger que des entreprises offrent un « service commercial raisonnable », que « cette exigence ne devra entraîner aucune distinction entre les entreprises de transports aériens exploitant la même route [...] ». La section 5 du même accord reprend une méthode de comparaison plus similaire à l'exemple cité ; v. COLLIARD et MANIN, Tome premier, I, pp. 111 et 112 ; v. aussi, *mutatis mutandis*, sections 3 et 4 de l'Accord relatif au transport aérien international du 7 décembre 1944, *id.*, p. 114.

(31) Art. 12 du Traité général d'intégration économique de l'Amérique centrale de Managua, 13 décembre 1960, COLLIARD et MANIN, Tome premier, II, p. 860.

Le « raisonnable » est parfois défini par référence à d'autres notions à contenu variable, auxquelles nous le comparerons dans les lignes qui suivent. Ainsi, on détermine qu'une utilisation « à des conditions justes et raisonnables » ne pourra s'opérer que « pourvu que cette utilisation soit nécessaire [...] » (32). En matière de droit international fluvial, on admet un principe d'« utilisation raisonnable et équitable » des eaux (33).

Dans de nombreuses hypothèses, on précise la notion en y accolant un but, un objectif qu'il faudra prendre en compte pour l'interpréter. Pour ne reprendre qu'un exemple, l'art. 26 de la Convention de Genève sur la haute mer permet à l'État de prendre des « mesures raisonnables pour l'exploration et l'exploitation du plateau continental et de ses ressources naturelles » (34). C'est par rapport aux objectifs spécifiquement indiqués qu'il conviendra de déterminer le contenu de la notion. Nous spécifierons ultérieurement quelles sont les modalités de semblable démarche (35). Il suffira à ce stade de souligner son importance.

Enfin, il arrive exceptionnellement que le contenu de ce qui est raisonnable soit précisé par l'énumération de mesures spécifiques. Ainsi, l'art. 8 du Traité d'alliance entre l'Égypte et le Royaume-Uni du 26 août 1936, prévoit que,

> « [...] pour agrémenter raisonnablement le séjour des troupes, [...], on plantera des arbres, on aménagera des jardins et des terrains de jeu, etc. ; en outre, un emplacement sera fourni pour la construction d'un camp de convalescence sur le littoral de la Méditerranée » (36).

On mesure à travers cet exemple la diversité des conséquences entraînées par la prise en compte des éléments contextuels.

438. En définitive, les dispositions que nous venons d'exposer témoignent du souci des États de préciser le contenu du « raisonnable » de diverses manières, et de la variété des cas auxquels le

(32) Accord spécial sur le système commercial mondial de télécommunications par satellites signé à Washington le 20 août 1964, COLLIARD et MANIN, Tome Premier, I, p. 312 ; v. aussi, *mutatis mutandis*, Art. 5 de l'Accord d'assistance mutuelle entre les Etats-Unis et le Pakistan, COLLIARD et MANIN, Tome Premier, II, p. 1107.

(33) Voy. les développements reproduits *infra*, Chapitre VIII, section 1, §§ 573 et s., et les références citées.

(34) COLLIARD et MANIN, Tome Premier, I, p. 238 ; v. aussi, p. ex. l'art. 29 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques du 18 avril 1961, COLLIARD et MANIN, Tome Premier, I, p. 268.

(35) V. ci-après, section 3.

(36) COLLIARD et MANIN, Tome Premier, II, p. 468.

juge est — ou pourrait être — confronté. Les seuls enseignements généraux que l'on peut en inférer sont les suivants :

1° il est indispensable de consulter attentivement le contexte dans lequel le terme intervient, au sens donné à ce moyen d'interprétation par la Convention de Vienne ; ce contexte permet de moduler le sens ordinaire, voire de déterminer un sens particulier qui s'en écarte ;

2° les éléments que l'on retrouve peuvent être intégrés dans la méthode de détermination du contenu que l'on a dégagée à partir du sens ordinaire de la notion ; dans certains cas ils préciseront les éléments concrets à prendre en compte pour déterminer si la solution préconisée est appropriée, dans d'autres ils serviront à établir la norme, l'étalon de référence utilisé pour mettre en œuvre ce que nous avons appelé la « méthode de la mesure » (37) ;

3° dans le cas où la marge d'appréciation de l'interprète a été conventionnellement renforcée, le contrôle marginal ne consiste plus en une détermination de ce qui est « raisonnable » de manière générale, mais de ce qui est raisonnable selon l'interprète lui-même ; il s'agit donc plus que jamais d'un contrôle de motivation, avec pour différence que les vues subjectives de l'interprète sont considérées comme des autorités admissibles (38).

B. — *Les éléments contextuels jurisprudentiels*

439. Dans les lignes qui précédent, les éléments contextuels ont été puisés dans l'énoncé de la règle dans laquelle s'insère le « raisonnable ». Une autre démarche consiste à analyser le texte de la jurisprudence elle-même. Il s'agit de déceler les associations les plus souvent opérées entre le terme en cause et des termes apparemment considérés comme voisins (39), et de préciser les relations qu'elles peuvent recouvrir, notamment par une appréciation comparée des sens usuels respectifs. Certains ont d'ailleurs estimé que seule une comparaison entre concepts était susceptible de produire une véri-

(37) V. *supra*, section 1, §§ 422 et s.

(38) V. sur cette méthode formelle, *supra*, Chapitre V, section 2.

(39) L'utilisation de plusieurs termes apparemment synonymes révèle une incertitude sur les signifiés qu'ils recouvrent, et méritent à ce titre une attention particulière ; v. Pierre CATALA, « L'informatique et la rationalité du droit », *A.P.D.*, 1978, p. 302.

table définition (40). Les enseignements obtenus permettent en tout état de cause de mieux délimiter le contenu du « raisonnable », et ce non dans le cadre d'un contexte d'énonciation particulier mais de manière générale. Les associations qui apparaissent les plus fréquemment dans notre matériau, et qui formeront l'objet de l'analyse, sont les suivants :

— « raisonnable » et « juste » ;
— « raisonnable » et « équitable » ;
— « raisonnable » et « bonne foi » ;
— « raisonnable » et « naturel » ;
— « raisonnable » et « nécessaire ».

1. *« raisonnable » et « juste »*

440. L'association entre les deux adjectifs a été opérée par la jurisprudence dans diverses matières.

D'abord, on la retrouve à travers l'énoncé de règles spécifiques. Ainsi, en matière de discrimination, on a pu considérer que

> « la différence de traitement est licite lorsqu'elle peut se justifier d'après le critère de justice. On peut d'ailleurs remplacer la notion de justice par celle de *comportement raisonnable* ('reasonableness') qu'invoque en général l'école juridique anglo-américaine » (41),

et que, sur cette base, « la pratique de l'*apartheid* est fondamentalement déraisonnable et injuste » (42). Par ailleurs, nous avons déjà relevé que la C.I.J. avait établi le critère de la « juste mesure de la réparation, le chiffre raisonnable de celle-ci » (43) tandis, que, dans un tout autre domaine, la C.E.D.H. considère qu'un « rapport raisonnable de proportionnalité » suppose que l'on ménage un « juste équilibre » (44) entre les exigences de l'intérêt général et les droits de l'individu.

(40) Charles EISENMANN, « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », *A.P.D.*, 1966, p. 30.

(41) C.I.J., Affaire du *Sud-Ouest africain*, *Recueil 1966*, op. diss. Tanaka, p. 306 ; v. aussi C.P.J.I., Affaire du *Traitement des nationaux polonais à Dantzig*, *Série AB, n° 44*, op. diss. Guerrero, Rostworowski, Fromageot et Urritia, p. 40.

(42) Opinion citée, p. 314 ; v. encore p. 313 (« un traitement différencié ne doit pas être appliqué arbitrairement ; il doit avoir un caractère raisonnable ou bien se conformer à la justice [...] »), p. 309.

(43) C.I.J., Affaire du *Tribunal administratif de l'O.I.T.*, *Recueil 1956*, p. 100 ; Affaire du *Plateau continental de la Mer du Nord*, *Recueil 1969*, pp. 48-49, § 48 ; la Cour cite l'Affaire du *Détroit de Corfou*, réparation, *Recueil 1949*, p. 249.

(44) V. p. ex. C.E.D.H., Affaire *Lithgow et autres*, *Série A, n° 102*, 28 juillet 1986, § 120 et *supra*, section 1, § 373

Les deux notions se retrouvent également en matière d'interprétation, une interprétation particulière étant parfois qualifiée de « raisonnable et juste » (45) et, plus généralement, dans certaines étapes du discours juridictionnel, émaillé d'expressions reprenant les deux termes (46).

Cependant, et comme on l'aura incidemment constaté, la jurisprudence ne donne le plus souvent aucun élément de définition permettant de préciser les notions de « juste » ou de « justice ». On est donc amené à se tourner vers leur sens ordinaire si l'on veut les comparer utilement au « raisonnable ». Ajoutons cependant que les réflexions qui suivent doivent évidemment être complétées en fonction des contextes particuliers d'énonciation qui peuvent conférer des sens très différents à ce qui est « juste » (47).

441. Une consultation des dictionnaires usuels ou philosophiques (48) confirme d'abord l'association entre les deux termes. Ainsi, « juste » se dit notamment de ce qui est « conforme à la vérité ou à la raison », avec pour synonyme « raisonnable » (49). Mais que recouvre plus spécifiquement ce qui est « juste » ? On peut regrouper les diverses significations en deux catégories, selon que l'adjectif renvoie à la justice ou à la justesse.

(45) C.P.J.I., Affaire du *Lotus*, *Série A, n° 9*, op. diss. Moore, p. 71 ; C.I.J., Affaire de la *Convention de 1902 sur la tutelle*, *Recueil 1958*, p. 100 ; Affaire de l'*Interhandel*, *Recueil 1959*, op. diss. Lauterpacht, p. 117 ; Affaire du *Sud-Ouest africain*, *Recueil 1962*, op. diss. Van Wyk, p. 582 ; v. aussi Affaire *Alsop*, décision du 5 juillet 1911, *R.S.A.*, vol. XI, p. 372.

(46) Comme celle selon laquelle il est « hautement souhaitable qu'une décision juridictionnelle apparaisse comme raisonnable et juste grâce à une compréhension pédagogique de la démarche du juge » C.I.J., Affaire de la *Sentence arbitrale*, *Recueil 1991*, p. 123, § 10. Pour d'autres exemples, v. C.I.J., Affaire du *Temple de Préah Vihéar*, *Recueil 1962*, op. diss. Percy Spender, p. 128 ; Affaire du *Plateau continental de la Mer du Nord*, *Recueil 1969*, op. indiv. Ammoun, p. 111 § 9 (indirect.) ; Affaire de la *Barcelona Traction*, *Recueil 1970*, pp. 100-101, § 62 ; Affaire des *Essais nucléaires*, *Recueil 1974*, op. indiv. Gros, p. 290, § 25 ; Affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*, *Recueil 1986*, op. diss. Schwebel, p. 617 § 23.

(47) V. Ilmar TAMMELO, « Treaty Interpretation and Considerations of Justice », *R.B.D.I.*, 1969-I, pp. 82 et s.

(48) Les dictionnaires usuels consultés sont le *Petit Robert*, le *Petit Larousse*, le *Grand Robert*, le *Grand Larousse*, le *Littré*, le *Quillet*, le *Girodet*, le *Dictionnaire de l'Académie française* et le *Trésor de la langue française*. Les dictionnaires philosophiques sont le *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, et le *Dictionnaire de la langue philosophique*. Pour les références exactes de ces ouvrages, on se reportera *supra*, section 1, note 71. On utilisera en outre le *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, sous la direction de André-Jean ARNAUD, Paris, L.G.D.J., Bruxelles, Story-Sciencia, 1988.

(49) *Grand Larousse* (sens II, 2) ; *Grand Robert* (sens I, 4) ; *Dictionnaire de l'Académie française* (sens 1).

Le premier sens de juste renvoie en effet à ce qui est « conforme à la justice » (50). Qu'est-ce, alors, que la justice ? Le point commun qui recouvre l'ensemble des définitions de ce terme se réduit au principe d'une répartition des droits (subjectifs) de chacun, répartition à opérer selon une norme, que l'on retrouvera dans le droit (objectif) (51). Étymologiquement, le concept se rattache d'ailleurs au droit (52), mais il ne contient aucune indication permettant de désigner s'il s'agit du droit positif (et si oui, lequel) ou du droit naturel (53). En conséquence, les critères susceptibles de présider à la répartition sont multiples (54). On distingue généralement justice commutative, fondée sur l'égalité, et justice distributive, fondée sur la qualité des personnes (55), qualité pouvant à son tour renvoyer aux mérites, aux besoins, à l'ordre naturel,... (56). Retenons le principe d'une répartition fondée sur une norme (57).

(50) *Grand Larousse* (sens I, 2) ; *Grand Robert* (sens I, 2) ; *Littré* (sens 1) ; *Dictionnaire de l'Académie française* (sens 1) ; *Quillet* (sens 1) ; *Girodet* (sens 2) ; *Trésor de la langue française* (sens I, a2).

(51) V. p. ex. « règle de ce qui est conforme au droit de chacun, volonté constante et perpétuelle de donner à chacun ce qui lui appartient » *Littré* (sens 1) ; v. des expressions similaires dans *Girodet* (sens 1) ; *Trésor de la langue française* (sens A, 1) ; *Grand Larousse* (sens I, 4) ; *Dictionnaire de l'Académie française* (sens 1) ; *Quillet* (sens 1) ; *Dictionnaire de la langue philosophique* (sens B, 1) et *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, op. cit.*, p 211. La justice se distingue ainsi de la morale par le fait qu'elle recouvre un traitement qui s'adresse à des catégories, et non un ou des traitements individuels ; v. Herbert L.A. HART, *Le concept de droit*, Bruxelles, F.U.S.L., 1976, pp. 192 et s.

(52) V. *Grand Larousse Quillet*, *Dictionnaire de la langue philosophique*. V. les commentaires de François TERRÉ et René SÈVE, « Droit », *A.P.D.*, tome XXXV, Vocabulaire fondamental du droit, 1990, pp. 43-44 et de Michel VILLEY, v° « justice », *in Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, op. cit.*, p. 212. V. aussi ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, V, 3, Paris, Vrin, 1990, pp. 217 et s.

(53) Ainsi, la justice est définie comme un « principe moral de conformité au droit, positif ou naturel » *Grand Robert* (sens 2) ; v. aussi *Grand Larousse* (sens I, 1) ; juste « qui est conforme à ce qui doit être, soit en droit positif, soit en droit naturel ou équité », syn. raisonnable ; *Dictionnaire de la langue philosophique* (sens A1). Selon Lalande, c'est plutôt le droit naturel qui prévaudrait dans l'acception contemporaine, même si la conformité au droit positif reste possible ; *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, p. 550. En droit international, v. les réflexions de Ilmar TAMMELO, « Treaty Interpretation and Considerations of Justice », *loc. cit.*, pp. 80 et s., de Charles ROUSSEAU, « Le droit international et l'idée de justice », *in Mélanges Michel Virally*, Paris, Pedone, 1991, pp. 399-400 et 403 et de Monique CHEMILLIER-GENDREAU, *Humanité et souverainetés. Essai sur la fonction du droit international*, Paris, La découverte, 1995, pp. 56-57

(54) V. les réflexions sur la justice de Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, Neuchâtel, éd. de la Baconnière, 2e éd., 1988, pp. 60 et s.

(55) V. *Dictionnaire de la langue philosophique, op. cit.*, p. 394.

(56) Chaïm PERELMAN, *Justice et raison*, Bruxelles, P.U.B., 1963, pp. 13 et s. ; Herbert L.A. HART, *Le concept de droit, op. cit.*, p. 198.

(57) Herbert L.A. HART, *ibid.*, pp. 193-194.

Dans une seconde acception, juste est « ce qui a de la justesse ». Le terme signifie simplement ce qui convient, ce qui est adapté (58), avec une idée de précision, d'exactitude (59). Ici encore, « justesse » renvoie donc à un modèle, à une norme (60), mais ne la désigne pas, et donne moins d'indication encore que ne le fait le terme « justice ». Le modèle de référence peut en effet concerner un principe de répartition — auquel cas justesse et justice se confondent — mais aussi d'autres types d'étalons, comme la vérité, l'esthétique (le juste comme harmonie) ou, plus généralement, la raison elle-même (61). L'adjectif est donc ici moins connoté axiologiquement, et se rapproche d'épithètes en apparence neutres comme « adéquat, approprié, exact » (62).

Ces précisions terminologiques nous permettront de mieux comprendre et expliquer les associations opérées par la jurisprudence internationale entre « juste » et « raisonnable ».

442. Dans son premier sens, « juste » est un qualificatif dont on peut dire à la fois qu'il se rapproche et qu'il se distingue du « raisonnable ».

D'abord, il s'y s'apparente puisque, dans les deux cas, il s'agit de se conformer à un principe abstrait, une norme, un modèle. C'est ce qui ressort tant de la jurisprudence (63) que des définitions usuelles (64). Le juge Wellington Koo considère par exemple que

(58) « Juste » est d'abord ce « qui a de la justesse, qui convient bien, est bien tel qu'il doit être » *Grand Robert* (sens I, 3), et *Littré* (sens 8) *Dictionnaire de l'Académie française* (sens 5), *Quillet* (sens I, 5).

(59) Juste comme « exactement, précisément » ; *Grand Robert* (sens II, 3) ; *Littré* (sens 13) ; *Dictionnaire de l'Académie française* (sens 9) ; « qui est exact, qui s'ajuste bien » *Littré* (sens 6) ; *Quillet* (sens 3) ; justesse comme « qualité qui rend une chose parfaitement appropriée ou adaptée à sa destination » *Grand Robert* (sens 1) ; v. aussi *Littré* (sens 1) ; *Grand Larousse* (sens 4), *Dictionnaire de l'Académie française* (sens 1) ; *Quillet* (sens 1).

(60) *Grand Larousse* (sens II, 4). La justesse est aussi définie comme « conformité à une norme idéale ou à un modèle » ; *Grand Larousse* (sens 5) ; « conformité précise à une intention ou à une règle » ; *Girodet* (sens 2). V. aussi Chaïm PERELMAN, « Les trois aspects de la justice », *in Justice et raison*, *op. cit.*, p. 156.

(61) Dans cette deuxième acception également, juste renvoie à la « raison », comme « caractère de ce qui est conforme à la vérité ou au bon sens, à la raison » ; *Girodet* (sens 2) ; v. aussi *Quillet* (sens 3).

(62) *Grand Robert* (sens I, 3) ; v. aussi syn. « approprié » ; *Grand Larousse* (sens II, 2).

(63) V. p. ex. C.I.J., Affaire des *Conditions d'admission Recueil 1947-1948*, op. indiv. Alvarez, p. 71 ; Affaire du *Sud-Ouest africain*, *Recueil 1966*, op. diss. Tanaka, p. 308 (ainsi que l'extrait reproduit ci-dessus, § 440) ; Affaire du *Plateau continental de la Mer du Nord*, *Recueil 1969*, op. diss. Tanaka, pp. 195-196 ; Affaire des *Pêcheries islandaises*, *Recueil 1974*, op. indiv. de Castro, p. 99, § 7.

(64) V. p. ex. *Girodet* (sens 2) ; *Trésor de la langue française* (sens I) ; *Dictionnaire de la langue philosophique*, p. 394 (sens A).

l'existence d'un droit de passage est fondé « sur la raison, en même temps que sur le principe élémentaire de justice » ou encore que c'est « un principe de justice, fondé sur la raison » (65). Comme cet extrait le laisse paraître, la raison est cependant un modèle plus large que la justice ou, en d'autres termes, la justice n'est qu'une des facettes de la raison (66). Conformément aux éléments définitionnels exposés, la justice met l'accent sur la répartition, et donc sur l'équilibre à ménager entre les différents sujets du système juridique, équilibre qui, comme nous l'avons montré précédemment, est un des critères qui caractérisent le sens ordinaire du raisonnable (67). On peut d'ailleurs relever plusieurs extraits de discours juridictionnels assimilant l'injuste, le déséquilibré et le déraisonnable (68). Quant au critère apte à réaliser cet équilibre, il est à rechercher dans le droit international lui-même, si l'on admet que ce qui a été dit sur la méthode juridique de détermination du contenu du « raisonnable » vaut aussi, *mutatis mutandis*, et en l'absence d'indication contraire dans le discours juridictionnel concerné, pour le juste (69). Il faudra donc analyser précisément la règle dans le cadre de laquelle le juste s'inscrit, pour y déceler le critère de répartition. Sans qu'il soit possible de se prononcer sur chacun de ces critères,

(65) C.I.J., Affaire du *Droit de passage, Recueil 1960*, op. indiv., p. 67.

(66) Comme en témoignent aussi les définitions de la justice comme « bon droit, raison ». De même, le dictionnaire Basdevant définit la justice comme suit : « Terme qui, pris dans le sens le plus large, désigne l'ensemble des données idéales révélées par la conscience et la raison, auxquelles il convient que les États se conforment et vers lesquelles doit tendre le droit » ; *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, Paris, Sirey, 1960, p. 360. V. aussi les réflexions de Ilmar TAMMELO, « Treaty Interpretation and Considerations of Justice », *loc. cit.*, pp. 85-86. V. encore Chaïm PERELMAN, *Justice et raison, op. cit.*, pp. 56-57.

(67) V. ci-dessus, section 1. V. aussi Charles ROUSSEAU, « Le droit international et l'idée de justice », *loc. cit.*, pp. 400-401 (l'auteur évoque la notion d'« équivalence »). On a aussi considéré que la justice se caractérisait par le maintien d'une « balance » ou d'une « proportion » ; Herbert L.A. HART, *Le concept de droit, op. cit.*, p. 193. Ce lien entre justice et proportion est déjà opéré par ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, V, 6, 1131a, *op. cit.*, p. 228. Pour une référence directe directe à l'« équilibre », v. p. ex. Jean-Marc FERRY, *Philosophie de la communication. Tome II. Justice politique et démocratie procédurale*, Paris, Cerf, 1994, p. 17.

(68) V. C.I.J., Affaire du *Plateau continental de la Mer du Nord, Recueil 1969*, op. indiv. Ammoun, p. 111, § 9 ; v. les associations entre justice et équilibre dans C.P.J.I., Affaire des *Zones franches de Haute-Savoie et du pays de Gex, Série AB, n° 46*, p. 163 ; C.I.J., Affaire de la *Sentence arbitrale, Recueil 1991*, op. indiv. Shahabuddeen, p. 118.

(69) V. *supra*, Chapitre V, section 1. V. aussi Karl STRUPP, « Le droit du juge international de statuer selon l'équité », *R.C.A.D.I.*, tome 33, 1930-III, p. 458. Il s'agit en quelque sorte d'une application de la théorie du « législateur rationnel » (v. *supra*, Chapitre III) à la notion de juste, application déjà évoquée par Aristote, pour qui il sera juste « de se faire l'interprète de ce qu'eût dit le législateur lui-même s'il avait été présent à ce moment, et de ce qu'il aurait porté dans sa loi s'il avait connu le cas en question », *Ethique à Nicomaque*, V, 14, 1137 b, Paris, Vrin, 1990, p. 267 ainsi que Chaïm PERELMAN, « Les trois aspects de la justice », *in Justice et raison, op. cit.*, p. 159.

on peut énoncer de manière générale que la justice dont il est question est moins commutative que distributive (70) ou, pour reprendre les termes utilisés à propos du caractère équilibré d'une solution raisonnable, il s'agit plus d'une égalité de droit que d'une égalité de fait ou mathématique (71).

L'exposé des rapprochements entre les deux notions laisse en même temps paraître leurs nuances de significations. « Juste » semble ainsi à la fois plus précis (accent sur l'équilibre qui n'est qu'un des critères du « raisonnable ») et plus abstrait que « raisonnable » (ce dernier terme ayant un aspect de prise en compte des circonstances de l'espèce plus marqué). L'association des deux adjectifs indique donc un souci d'atteindre une solution basée sur l'équilibre, et appropriée aux circonstances les plus variées (et pas seulement à la situation des parties). Elle peut aussi témoigner du souci de démontrer que la solution est non seulement appropriée aux faits (raisonnable) mais aussi conforme à une norme abstraite de justice (juste).

443. Si le « juste » est entendu dans sa deuxième acception, par référence à la justesse, l'association terminologique prend un sens différent.

Dans cette hypothèse, les deux termes sont bien plus proches encore, puisque le « juste » ne se réfère plus spécialement à la notion d'équilibre, mais à une norme ou un modèle quelconque (72). Le parallélisme se renforce si l'on rappelle le rôle essentiel de la mesure dans le raisonnable, mesure auquel le « juste » renvoie (73). Comme la mesure et le raisonnable, le « juste » est à la fois un modèle, un étalon (critère du normal), le résultat de la comparaison de la réalité avec cet étalon (critère de l'approprié) et l'action de comparer (« mesurer » ou, en l'occurrence, « ajuster »). Pour les trois qualificatifs également, l'accent est placé sur l'évaluation des faits que

(70) V. p. ex. C.I.J., Affaire du *Plateau continental de la Mer du Nord*, *Recueil 1969*, p. 21, § 17 (thèse de la R.F.A.), et les nuances apportées par le juge Sorensen, op. diss., p. 255. ; Affaire des *Pêcheries islandaises*, *Recueil 1974*, op. indiv. Dillard, pp. 70-71, ainsi que par Charles ROUSSEAU, « Le droit international et l'idée de justice », *loc. cit.*, p. 402.

(71) V. *supra*, section 1, not. § 411.

(72) « Juste » est très généralement défini comme ce « qui est tout à fait conforme à la réalité, à la norme (qui a de la justesse) » ; *Dictionnaire de terminologie philosophique* (sens A, 2).

(73) « Juste » est occasionnellement défini comme ce « qui est conforme à une certaine mesure » ; *Littré* (sens 5).

constituent les rapports ou proportions entre les circonstances de l'espèce et l'étalon de référence (74).

La nuance entre les adjectifs est la plus grande précision charriée par le juste (75), la marge de manœuvre laissée par le raisonnable restant plus importante (76).

Dans cette perspective, une association des deux termes indique une insistance sur l'exactitude que doit revêtir la mesure, ce qui se prêtera davantage à des applications de type quantitatif comme le calcul d'un prix, d'un montant,... C'est en ce sens que l'on peut lire l'extrait précité indiquant que la réparation devait équivaloir à une « juste mesure », à un « montant raisonnable » (77).

444. En définitive, le contexte déterminera si l'on doit se placer dans l'hypothèse d'une combinaison de la raison avec la justice ou avec la justesse, avec les conséquences différentes que nous venons de décrire. Il se peut aussi que l'association soit double, et que l'expression renvoie à une solution à la fois équilibrée dans le chef des parties, et déterminée avec exactitude, dans la mesure du possible. Une démarche terminologique explique en tout état de cause l'association opérée par la jurisprudence entre les deux notions, en même temps qu'elle renforce les conclusions tirées à l'issue de l'analyse du sens ordinaire de « raisonnable ».

2. *« raisonnable » et « équitable »*

445. L'association entre « raisonnable » et « équitable » est fréquemment effectuée par le juge, et ce dans plusieurs domaines distincts.

Les exemples sont nombreux dans les litiges territoriaux. La délimitation de plateaux continentaux doit aboutir à un résultat équitable ou raisonnable (78), sur base d'un « rapport raisonnable de proportionnalité » ; la règle des « principes équitables » combine des

(74) Ainsi, « juste » est assimilé à « proportionné », *Grand Larousse* (sens II, 5) ; *Dictionnaire de l'Académie française* (sens 8) ; *Quillet* (sens II, 1), la justesse étant la « qualité de ce qui offre exactitude dans les rapports, dans les proportions » ; *Littré* (sens 5).

(75) La justesse est la « qualité de choses qui se rapportent l'une à l'autre avec une grande exactitude » ; *Littré* (sens 2).

(76) V. ci-dessus, section 1re, l'aspect d'approximation qui résulte d'une combinaison des critères de probabilité et de modération, § 415.

(77) V. ci-dessus, § 440.

(78) C.I.J., Affaire du *Plateau continental de la Mer du Nord, Recueil 1969*, p. 49, § 90 ; v. aussi op. indiv. Padilla Nervo, p. 90.

critères qui sont à la fois équitables et raisonnables (79), *etc.* (80). En matière terrestre également, une ligne frontalière fondée sur l'équité *infra legem* est qualifiée de « solution raisonnable et équitable » (81).

Les rapprochements terminologiques ont encore été opérés dans d'autres matières. Ainsi :

— dans le domaine du traitement des étrangers, on a pu énoncer un devoir « d'accorder un traitement raisonnable et équitable » (82) ;
— le droit international des droits de la personne établit le droit à un « procès équitable », qui implique le respect de modalités dans lesquelles intervient le « raisonnable » (83) ;
— l'usage raisonnable d'un droit a été considéré comme impliquant le respect de conditions équitables (84) ;
— l'octroi de réparation fait souvent l'objet d'une association entre les deux adjectifs (85) ;
— nous avons déjà mentionné la règle de l'« utilisation raisonnable et équitable » des eaux fluviales (86).

On peut aussi la retrouver dans le cadre des différentes étapes du discours juridictionnel (87), et en particulier dans les principes d'interprétation (88). Nous avions d'ailleurs souligné un certain parallélisme entre les fonctions de l'utilisation de l'« équitable » et du « raisonnable », notamment en ce qui concerne l'adaptation aux circonstances, ou l'aspect de légitimation de la solution choisie (89).

Les deux termes apparaissent donc fort proches à première vue, au point que l'un est occasionnellement traduit par l'autre (90).

(79) V. C.I.J., Affaire du *Golfe du Maine*, *Recueil 1984*, p. 313, § 158 ; Affaire du *Plateau continental (Tunisie-Libye)*, *Recueil 1982*, p. 60, § 72.

(80) V. encore les autres références données *supra*, Chapitre II, section 2.

(81) C.I.J., Affaire du *Différend frontalier, terrestre, insulaire et maritime*, *Recueil 1992*, § 263.

(82) C.I.J., Affaire *Notteböhm*, *Recueil 1955*, op. diss. Read, p. 47.

(83) Il s'agit de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme ; texte *supra*, Chapitre II, section 1.

(84) C.I.J., Affaire du *Droit de passage*, *Recueil 1960*, op. diss. Percy Spender, pp. 107-108.

(85) V. p. ex. Affaire *LAFICO*, sentence du 4 mars 1991, *in R.B.D.I.*, 1990-2, p. 561, § 79. Voy. encore C.I.J., Affaire du *Conseil de l'O.A.C.I.*, *Recueil 1972*, op. indiv. de Castro, p. 135.

(86) V. les développements et références *infra*, Chapitre VIII, section 1re, §§ 573 et s.

(87) V. C.I.J., Affaire du *Golfe du Maine*, *Recueil 1984*, op. diss. Gros, p. 384, § 40 ; v. aussi C.I.J., Affaire des *Pêcheries islandaises*, *Recueil 1974*, op. diss. Padilla Nervo, pp. 39 et 84 ; Affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*, *Recueil 1984*, op. indiv. Oda, p. 511.

(88) V. C.I.J., Affaire du *Sud-Ouest africain*, *Recueil 1962*, op. diss. Van Wyk, p. 604.

(89) V. *supra*, conclusion de la première partie, § 299.

(90) V. p. ex. C.I.J., Affaire de la *Demande de réformation du jugement n° 333 du T.A.N.U.*, *Recueil 1987*, pp. 28, § 21, 35, § 30, 38, § 36, 40, § 40, 45, § 48, 48, § 55 ; Affaire *ELSI*, *Recueil 1989*, p. 63, § 103.

446. Le sens usuel de « équitable » renvoie directement à l'équité (91), et indirectement à la justice (92). Ce que nous avons énoncé en interprétant l'adjectif « juste », dans son aspect de référence à la justice reste donc, à première vue, valable et les deux adjectifs sont occasionnellement cités comme synonymes (93). Les dictionnaires soulignent toutefois l'existence de trois différences entre « équitable » et « juste ».

D'abord, le premier terme revêt un caractère plus concret que le second. Le dictionnaire Lalande définit ainsi l'équité comme un

> « Sentiment sûr et spontané du juste et de l'injuste ; *en tant surtout qu'il se manifeste dans l'appréciation d'un cas particulier* » (94).

Le dictionnaire Basdevant se prononce dans le même sens, en citant cet extrait d'un article consacré à la notion :

> « L'équité est, à notre avis, *la réalisation de la justice dans un cas d'espèce*. La notion de justice nous apparaît comme une donnée de la conscience humaine... L'équité est essentiellement une affaire d'espèce : c'est là son caractère distinctif [...] » (95).

Généralement absente des dictionnaires usuels, cette distinction est souvent reprise dans les dictionnaires juridiques (96) et consacrée par la jurisprudence internationale (97) ainsi que par la doc-

---

(91) V. not. le *Grand Robert*, le *Grand Larousse*, le *Littré*,...

(92) Pour les dictionnaires usuels, voy. *Quillet* (sens 1) ; *Trésor de la langue française* (sens I) ; pour les dictionnaires juridiques, v. Charles CALVO, *Dictionnaire de droit international public et privé*, Paris, Pédone, 1885 (sens 1) ; Bryan A. Garner, *A Dictionary of Modern Legal Usage*, New York, Oxford University Press, 1987, p. 219. Pour la jurisprudence, v. p. ex. C.I.J., Affaire du *Plateau continental de la Mer du Nord*, *Recueil 1969*, p. 48, § 88 et op. indiv. Padilla Nervo, p. 94. Pour la doctrine, v. not. Monique CHEMILLIER-GENDREAU, « La signification des principes équitables dans le droit international contemporain », *R.B.D.I.*, 1981-1982-2, p. 512 ainsi que Karl STRUPP, « Le droit du juge international de statuer selon l'équité », *loc. cit.*, pp. 403 et s. (l'auteur fait mention de la pratique arbitrale dans laquelle les deux termes sont occasionnellement associés). De manière plus générale, v. Herbert L.A. HART, *Le concept de droit*, *op. cit.*, p. 193.

(93) *Grand Larousse* (sens 2).

(94) Nous soulignons ; *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, *op. cit.*, p. 295 (sens A).

(95) Jules BASDEVANT, *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, *op. cit.*, p. 261.

(96) V. encore Gérard CORNU (sous la direction de), *Vocabulaire juridique*, 2e éd., Association Henri Capitan, Paris, P.U.F., 1990, p. 663, ainsi que Dominique MANAÏ, v° « équité », *in Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, *op. cit.*, p. 145.

(97) La C.I.J. considère ainsi que « l'équité en tant que notion juridique procède directement de l'idée de justice » ; Affaire du *Différend frontalier*, *Recueil 1986*, p. 633, § 149 et Affaire du *Plateau continental (Tunisie-Libye)*, *Recueil 1982*, p. 60, § 71. V. aussi la citation de Charles DE VISSCHER opérée par le juge Ammoun, C.I.J., Affaire du *Plateau continental de la Mer du Nord*, *Recueil 1969*, op. indiv., p. 142, note 2, et le passage de l'arrêt de la Cour, pp. 46-47, § 85, de même que C.I.J., Affaire du *Plateau continental (Tunisie-Libye)*, *Recueil 1982*, op. indiv. Jimenez de Arechaga, p. 106, § 25. On peut encore distinguer « équitable », la composante concrète indiscutée, et l'« équité », parfois qualifiée de notion abstraite ; v. C.I.J., Affaire du *Plateau continental de la Mer du Nord*, *Recueil 1969*, op. diss. Tanaka, pp. 195-196.

trine (98). Elle est en effet le reflet de la fonction juridique d'adaptation aux circonstances de la règle abstraite, particulièrement en matière d'interprétation, remplie par l'équité (99).

La deuxième nuance avec la justice apparaît en revanche dans tous les dictionnaires. Comme l'étymologie du terme le laisse entendre (100), l'équité est une forme de justice basée avant tout sur le critère de l'égalité (101). Le dictionnaire Cornu définit ainsi l'équité comme une « justice fondée sur l'égalité » (102), tandis que, selon la jurisprudence,

> « Bien que 'l'équité n'implique pas nécessairement l'égalité' (*Plateau continental de la Mer du Nord*, C.I.J. *Rec. 1969*, p. 49, § 91), il reste qu'en l'absence de circonstances spéciales c'est en général celle-ci qui traduit le mieux celle-là » (103).

Cette citation laisse apparaître que le respect des proportions impliqué par l'équité (104) doit s'envisager comme conduisant si

(98) Voy. p. ex. Magdi Sami ZAKI, « Définir l'équité », *A.P.D.*, 1990, p. 88 ; Chaïm PERELMAN, *Justice et raison*, *op. cit.*, p. 46 et « Les trois aspects de la justice », *id.*, p. 156 ainsi que les commentaire de Hermann PETZOLD-PERNIA, *in Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, *op. cit.*, p. 214 ; Paul FORIERS, « Réflexion sur l'équité et la motivation des jugements », *in La pensée juridique de Paul Foriers*, Travaux du C.N.R.L., Bruxelles, Bruylant, 1982, p. 227 ; cette distinction était déjà opérée par ARISTOTE, *Ethique à Nicomaque*, *op. cit.*, V, 14, pp. 267 et s. ; v. par ailleurs Michel VIRALLY, « Le phénomène juridique », *in Le droit international en devenir. Essais écrits au fil des ans*, Paris, P.U.F., 1990, pp. 66-67 et, du même auteur, « L'équité dans le droit. A propos des problèmes de délimitation maritime », *id.*, p. 406 ; v. aussi Charles DE VISSCHER, *De l'équité dans le règlement arbitral ou judiciaire des litiges en droit international public*, Paris, Pédone, 1972, pp. 3 et s. ; Charles ROUSSEAU, « Le droit international et l'idée de justice », *loc. cit.*, p. 400 et Vladimir-Djuro DEGAN, « 'Equitable principles' in Maritime Delimitations », *in Mélanges Roberto Ago*, Molan, Giuffré, 1987, p. 110.

(99) Voy. les références reproduites *supra*, conclusion de la I^re^ Partie, § 299.

(100) « Equitable » vient du latin *aequitas*, égalité ; *Petit Larousse*, *Petit Robert*, *Dictionnaire de la langue philosophique*.. « Équité » provient de *aequus*, « égal juste » ; *Girodet*.

(101) Voy. *Grand Larousse* (sens 1) ; *Littré* (sens 1). V. les commentaires de Magdi Sami ZAKI, « Définir l'équité », *loc. cit.*, pp. 87-88 ainsi que les réflexions de Monqiue CHEMILLIER-GENDREAU, « La signification des principes équitables dans le droit international contemporain », *loc. cit.*, pp. 515 et s.

(102) *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*

(103) C.I.J., Affaire du *Différend frontalier*, *Recueil 1986*, p. 633, § 150. On remarquera que, en l'espèce, la Cour procède effectivement à une application de l'équité *infra legem* strictement limitée à l'égalité puisque, en l'absence de titre juridique en sa disposition, elle décide de partager la « mare de Soum », qui formait une partie de la frontière à délimiter, entre les deux États parties au litige.

(104) V. le *Trésor de la langue française* qui fait la différence entre l'équité appliquée à un objet, fondée sur la justice, et l'équité appliquée à des individus, fondée sur la proportionnalité. V. par ailleurs Michel VIRALLY, « L'équité dans le droit. A propos des problèmes de délimitation maritime », *loc. cit.*, p. 407.

possible à la réalisation d'une justice égalitaire, les autres formes de justice n'étant applicables qu'à titre subsidiaire (105).

La dernière différence avec la justice est relevée par l'ensemble des dictionnaires. Si le juste se réfère au droit (*jus*), l'équité s'y oppose, à tout le moins dans une de ses acceptions (106). Le dictionnaire Foulquié donne même pour seule définition à l'équité, « justice naturelle, supérieure à la justice déterminée par la loi positive et plus souple qu'elle » (107). En droit international, on distingue l'équité comme critère permettant d'appliquer une règle de droit positif à une situation particulière (*infra legem*), l'équité comme moyen de suppléer une lacune du droit positif (*praeter legem*), et l'équité comme moyen d'atténuer, de contourner ou de s'opposer au droit positif (*contra legem*) (108).

Finalement, le sens ordinaire de l'« équitable » apparaît comme une forme du juste, se référant à une justice particulière basée sur les caractères concret, égalitaire et éventuellement émancipé du droit positif.

447. La prise en compte de ces éléments définitionnels permet de mieux comprendre l'association opérée par la jurisprudence entre « raisonnable » et « équitable ». *A priori*, il convient de lui donner la même signification que lorsque « raisonnable » est associé à « juste » (109), mais moyennant les quatre aménagements suivants.

(105) Voy. encore les extraits relatifs à cette question dans C.P.J.I., Affaire des *Prises d'eau à la Meuse, Série AB, n° 70*, op. indiv. Hudson, p. 77 ; C.I.J., Affaire du *Plateau continental de la Mer du Nord, Recueil 1969*, pp. 49, § 91, op. indiv. Ammoun, p. 112, § 10 et pp. 139-140, § 38 ; Affaire du *Plateau continental (Tunisie-Libye), Recueil 1982*, op. indiv. Ammoun, pp. 138 et s. et op. diss. Evensen, p. 298, § 16 ; Affaire du *Plateau continental (Libye-Malte), Recueil 1985*, pp. 39-40, § 46. V. enfin Affaire de la *Délimitation du Plateau continental entre le Royaume-Uni et la République française*, décision du 30 juin 1977, *R.S.A.*, vol. XVIII, pp. 228-229, § 195. La justice est certes reliée formellement à une notion d'égalité (principe du traitement égal de personnes placées dans des situations identiques), mais certains critères concrets définissant les situations, comme le mérite ou l'ordre, peuvent éloigner considérablement le juste de l'égal. V. Chaïm PERELMAN, « Égalité et justice », *in Le raisonnable et le déraisonnable en droit, op. cit.*, p. 171 et *Justice et raison, op. cit.*, pp. 21 et s.

(106) Voy. *Petit Robert* (sens 2) ; *Grand Larousse* (sens 2) ; *Littré* (sens 2) ; *Girodet* (sens 3) ; *Trésor de la langue française* (sens A, 2) ; *Littré* (sens C) ; CORNU, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, (sens 3 à 5) ; Charles CALVO, *Dictionnaire de droit international public et privé, op. cit.* ; Dominique MANAÏ, v° « équité », *in Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, op. cit.*, pp. 145-146.

(107) *Dictionnaire de terminologie philosophique, op. cit.*, p. 219.

(108) V. C.I.J., Affaire du *Différend frontalier, Recueil 1986*, p. 567. V. aussi les réflexions de Charles DE VISSCHER, *De l'équité dans le règlement arbitral ou judiciaire des litiges en droit international public, op. cit.*, pp. 5-6 et 12, et de Michel VIRALLY, « L'équité dans le droit. A propos des problèmes de délimitation maritime », *loc. cit.*, pp. 410 et s.

(109) V. *supra*, §§ 443-444.

D'abord, on ne retrouve plus l'opposition entre un terme plutôt abstrait et l'autre à vocation concrète. « Équitable » et « raisonnable » supposent tous deux une solution appropriée aux circonstances de l'espèce (110).

Ensuite, si le juste insistait déjà sur le critère de l'équilibre contenu dans le raisonnable, la tendance est encore accentuée avec l'équitable. L'équité équivaut à un type particulier de norme qui doit guider la mesure, en introduisant une priorité à l'égalité, dont il importe donc de se préoccuper tout particulièrement.

A cet égard, « équitable » ne se rapproche de « juste » qu'en ce que cette dernière épithète se rapporte à la justice, et non à la justesse. Tout l'aspect du juste comme calcul, comme adéquation, comme précision est atténué, même si la notion de proportion n'y est pas étrangère (111).

Une dernière différence avec l'association précédente concerne l'éventuel renvoi au droit naturel inhérent à l'équité. L'analyse du droit applicable doit déterminer si le juge a le pouvoir d'aller au-delà d'une équité *infra legem* et, si cela est bien le cas, l'interprétation du « raisonnable » sera modifiée radicalement puisque la notion permettra de s'émanciper du système juridique, contrairement à l'une des principales fonctions de son utilisation (112). Cette dernière hypothèse reste toutefois exceptionnelle (113).

448. L'association entre « raisonnable » et « équitable » est fondamentale. Au-delà des nuances, parfois importantes, à apporter en fonction de chaque contexte d'énonciation, on peut quelque peu préciser les relations entre les deux notions. L'« équitable » a une vocation plus limitée puisqu'il ne comprend presque exclusivement qu'une dimension égalitaire, ou d'équilibre, qui n'est qu'un des aspects du « raisonnable ». Celui-ci recouvre aussi, nous l'avons vu, des critères qui se rattachent à ce que l'on pourrait appeler la rationalité, et qui comprennent notamment des normes basées sur la logique, le raisonnement, le discours, et ce sans être dépourvu d'une

(110) V. à ce sujet C.I.J., Affaire du *Plateau continental (Tunisie-Libye)*, *Recueil 1982*, p. 60, § 72 ; Affaire du *Golfe du Maine*, *Recueil 1984*, p. 313, § 158.

(111) V. *supra*, § 441.

(112) Voy. *supra*, Chapitre III, section 3, la fonction d'assurer complétude, cohérence et unité au système juridique. V. aussi les réflexions développées dans la conclusion de la Ière partie.

(113) Voy. à ce sujet l'étude de Karl STRUPP, « Le droit du juge international de statuer selon l'équité », *loc. cit.*, pp. 420 et s.

composante plus axiologique (114). Dans cette perspective, ce qui est « raisonnable » ne peut être inéquitable (sous peine de ne pas rencontrer le critère de l'équilibre), mais une solution équitable peut éventuellement se révéler déraisonnable (parce qu'insuffisamment rationnelle). Pour reprendre la méthode de la mesure décrite en conclusion de l'analyse du sens ordinaire du « raisonnable » (115), elle permet d'intégrer d'autres éléments que l'équilibre à la fois dans l'élaboration de la raison comme étalon (nous avons constaté notamment l'importance de la pratique) et dans la prise en compte des circonstances de l'espèce, qui ne sera pas limitée à la situation des parties, mais pourra recouvrir par exemple des préoccupations afférentes à la cohérence du système juridique dans son ensemble. Les critères dégagés à partir du sens ordinaire gardent toute leur pertinence, même s'ils doivent être adaptés en fonction des contextes rencontrés.

3. *« raisonnable » et « bonne foi »*

449. L'association entre « raisonnable » et « bonne foi » est opérée par la jurisprudence internationale principalement dans deux matières.

D'abord, ces notions sont utilisées pour limiter le pouvoir discrétionnaire des États. La limite apparaît souvent applicable de manière générale. Nous avons déjà relevé plusieurs exemples en ce sens en commençant la présente étude (116), parmi lesquels le pouvoir de dénonciation d'un instrument (117), l'utilisation d'un droit de restriction (118), l'évaluation de droits de douane (119), l'exercice d'un droit de passage (120), l'invocation d'une réserve (121), qui

(114) V. *supra*, Introduction de la présente étude, § 17 et Chapitre V, section 2 ainsi que l'ensemble des critères exposés dans la section précédente.

(115) V. *supra*, §§ 422 et s.

(116) V. *supra*, Chapitre II, section 2, et notamment les références à la jurisprudence ainsi qu'à la doctrine, § 117.

(117) C.I.J., Affaire de l'*Interprétation de l'accord entre l'O.M.S. et l'Egypte*, *Recueil 1980*, p. 95, § 47 ; Affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*, *Recueil 1984*, pp. 419-420, § 63.

(118) C.E.D.H., Affaire *Handyside*, *Série A, n° 24*, 7 décembre 1976, § 47 ; Affaire *Sunday Times*, *Série A, n° 30*, 26 avril 1979, § 59 et op. diss. commune, § 8 ; Affaire *Observer et Guardian c. Royaume-Uni*,*Série A, n° 216*, 26 novembre 1991, § 59.

(119) C.I.J., Affaire des *Ressortissants des Etats-Unis au Maroc*, *Recueil 1952*, p. 212.

(120) C.I.J., Affaire du *Droit de passage*, *Recueil 1960*, op. diss. Percy Spender, p. 107.

(121) C.I.J., Affaire de l'*Interhandel*, exceptions préliminaires, *Recueil 1959*, op. indiv. Lauterpacht, p. 111 ; Affaire de la *Convention de 1902 sur la tutelle*, *Recueil 1958*, op. indiv. Lauterpacht, p. 99 ; op. indiv. Percy Spender, p. 130.

doivent tous être exercés « raisonnablement et de bonne foi » (122). L'association renvoie parfois aussi à la notion d'abus de droit (123). Ce type de limitation intervient encore dans le cadre d'obligations spécifiques. Ainsi, l'obligation de négocier suppose que les parties se conduisent « dans un esprit tel que chacune doive, de bonne foi, tenir raisonnablement compte des droits de l'autre [...] » (124). Par ailleurs, l'arrestation d'un étranger peut donner lieu à réclamation en droit international, mais cette réclamation ne sera pas justifiée « si ces mesures ont été prises de bonne foi et sur des soupçons raisonnables [...] » (125).

Le deuxième domaine de prédilection de l'association entre les deux adjectifs renvoie aux mécanismes d'application des règles primaires. On connaît la fameuse formule du tribunal dans l'affaire du *Lac Lanoux* selon laquelle « il appartient à chaque État d'apprécier, raisonnablement et de bonne foi, les situations et les règles qui les mettent en cause » (126). On se trouve essentiellement dans le cadre de la qualification et de l'interprétation, pour laquelle les règles de la Convention de Vienne et la jurisprudence reprennent conjointement les principes de la « bonne foi » et du « raisonnable » (127).

450. Quelle signification donner à ces associations ? Il importe pour répondre à l'interrogation de préciser le sens donné à la notion de bonne foi par les dictionnaires usuels, mais aussi par les sources spécialisées en droit international. Sur cette base, on peut distinguer deux sens distincts de la bonne foi, en tout cas si on envisage la

(122) Voy. encore d'autres exemples dans C.I.J., Affaire de l'*Interprétation des traités de paix*, *Recueil 1950*, op. diss. Winiarski, p. 94 ; Affaire de l'*Audition des pétitionnaires*, *Recueil 1956*, Déclaration Winiarski, p. 33 ; Affaire du *T.A.N.U.*, *Recueil 1973*, op. indiv. Dillard, pp. 232-233.

(123) C.I.J., Affaire des *Emprunts norvégiens*, *Recueil 1957*, op. indiv. Lauterpacht, pp. 53-54 ; Affaire des *Essais nucléaires*, *Recueil 1974*, op. diss. de Castro, p. 390.

(124) C.I.J., Affaire des *Pêcheries*, *Recueil 1974*, p. 33, § 78 (Royaume-Uni c. Islande) et p. 202, § 69 (R.F.A. c. Islande) ; v. en ce sens Affaire du *Lac Lanoux*, décision du 16 novembre 1957, *R.S.A.*, vol. XII, p. 317 et, par ailleurs, C.I.J., Affaire de la *Namibie*, *Recueil 1971*, op. indiv. Dillard, p. 159.

(125) Affaire *Chevreau*, décision du 9 juin 1931, *R.S.A.*, vol. II, p. 1123.

(126) Décision du 16 novembre 1957, *R.S.A.*, vol. XII, p. 310.

(127) Voy. *supra*, Chapitre I, section 1, ainsi que C.I.J., Affaire des *Conditions d'admission*, *Recueil 1947-1948*, p. 63 ; Affaire de l'*Audition des pétitionnaires*, *Recueil 1956*, op. indiv. Lauterpacht, pp. 45 et 56 ; Affaire de l'*Incident aérien*, *Recueil 1959*, op. diss. Lauterpacht *et alii*, p. 189. V. encore Affaire *Georges Pinson*, sentence du 18 octobre 1928, *R.S.A.*, vol. V, p. 422. En doctrine, v. not. Elisabeth ZOLLER, *La bonne foi en droit international public*, Paris, Pédone, 1977, pp. 229 et s.

notion comme limite au pouvoir discrétionnaire ou comme critère d'interprétation (128).

Le sens ordinaire de l'expression renvoie d'abord à une acception subjective, attachée au critère de l'intention. La définition la plus usuelle désigne la

> « qualité de celui qui parle, agit avec une intention droite, avec la conviction d'obéir à sa conscience, d'être fidèle à ses obligations » (129),

ou l'

> « attitude ou qualité de celui qui croit vraiment ce qu'il affirme, qui est entièrement sincère, qui ne cherche pas à ruser avec la vérité, à dissimuler ou à se dissimuler ce qu'il sait » (130).

Ces éléments fortement teintés de psychologie ont été repris en droit (131), et même en droit international, le dictionnaire Basdevant définissant par exemple la bonne foi comme l'

> « esprit de loyauté, de respect du droit, de fidélité aux engagements de celui dont l'action est en cause, absence de dissimulation, de tromperie, de dol dans les relations avec autrui » (132).

La jurisprudence applique le principe de façon différenciée selon que l'on se trouve dans le cas d'une limite au pouvoir discrétionnaire ou dans celui de l'interprétation. Dans le premier cas, le juge sanctionne l'intention malveillante (133), l'intention de nuire dans l'exercice d'un droit (auquel cas on rapproche la bonne foi de l'interdiction de l'abus de droit) (134) ou l'exécution d'une obligation (135). Dans le second, le principe de bonne foi revient à écarter

---

(128) Il y a en effet d'autres acceptions de la bonne foi (v. à ce sujet l'ouvrage de Elisabeth ZOLLER, *La bonne foi en droit international public*, *op. cit.*, qui reprend les diverses utilisations de la notion) que nous n'approfondirons pas ici puisque le « raisonnable » n'y a pas été directement associé dans la jurisprudence. Ainsi en est-t-il de la bonne foi en tant qu'obligation de respecter la parole donnée, ou la croyance erronée dans l'existence d'une situation particulière (erreur de bonne foi, .) ; v. p. ex. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, sens 1 et Jule BASDEVANT, *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, *op. cit.*, sens B ou C.

(129) V° « foi » *Grand Robert* (sens 3).

(130) *Girodet* (sens 3) ; v. aussi *Grand Larousse* (sens 9) ; *Littré* (sens 4) ; *Quillet* (sens 3) ; *Trésor de la langue française* (sens A2).

(131) V. p. ex. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, sens 2.

(132) *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, *op. cit.*, p. 91 (sens A) ; la définition est reprise par Mustapha YASSEEN, « L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le droit des traités », *R.C.A.D.I.*, t. 151, 1976-III, p. 21 ; v aussi Charles CALVO, *Dictionnaire de droit international public et privé*, *op. cit.*, sens 1.

(133) V. Stevan JOVANOVIC, *Restriction des compétences discrétionnaires des Etats en droit international*, Paris, Pédone, 1988, p. 205.

(134) V. à ce sujet les réflexions de Elisabeth ZOLLER, *La bonne foi en droit international public*, *op. cit.*, pp. 111 et s.

(135) V. *R.S.A*, vol. IV, p. 101 ; *R.S.A.*, vol. VI, p. 321, vol. VI, p. 343, vol. III, p. 1446.

toute interprétation dictée par une volonté autre que la découverte de l'intention des parties (136). Dans les deux situations, il s'agit de sanctionner une intention prohibée.

Toute différente est la deuxième acception de la bonne foi, que l'on ne retrouve pas dans les dictionnaires usuels, mais qui a été développée par la doctrine spécifiquement sur base de la jurisprudence internationale. Cette conception est généralement qualifiée d'objective, dans la mesure où elle ne consiste plus en la démonstration d'une intention malveillante, basée sur la « psychologie » — pour autant que ce terme ait un sens pour régir le comportement des États —, mais en un contrôle de la conformité des motivations effectivement données à la finalité sociale de la compétence exercée (137). En matière de compétence discrétionnaire, on préférera dès lors à la notion large d'abus de droit celle de détournement de pouvoir (138). Pour ce qui concerne l'interprétation, on vérifie si la version proposée est justifiable au regard du but de la règle et plus généralement de certains standards d'interprétation (139). Dans les deux situations, il s'agit de vérifier l'adéquation entre les moyens employés et le but légitime reconnu.

Les deux acceptions de la bonne foi entraînent des conséquences très différentes, même si elles ont pour point commun le principe d'un contrôle de motivation (140).

451. Revenons à l'association entre la bonne foi et le raisonnable. Comme on l'aura incidemment remarqué, les deux concepts se distinguent fondamentalement, ou au contraire se rapprochent fortement, selon que l'on adopte respectivement la première ou la seconde acception de la bonne foi. En effet, nous n'avons rencontré aucun critère de définition du « raisonnable » qui se rattache à l'exi-

(136) Voy. p. ex. C.I.J., Affaire des *Conditions d'admission, Recueil 1947-1948*, p. 63 ; Affaire de l'*Audition des pétitionnaires, Recueil 1956*, op. indiv. Lauterpacht, p. 45.

(137) Il semble que l'on puisse interpréter de cette manière les précédents cités où la bonne foi est citée conjointement avec le « raisonnable » ; v. partic. C.I.J., Affaire de l'*Interprétation de l'accord entre l'O.M.S. et l'Égypte, Recueil 1980*, p. 96, § 49.

(138) L'abus de droit est en effet souvent défini par référence à l'intention de nuire ; Stevan JOVANOVIC, *Restriction des compétences discrétionnaires des Etats en droit international, op. cit.*, pp. 177 et s. Il est vrai que cet élargissement de la signification de la bonne foi a aussi été soutenu pour la notion d'abus de droit ; v. p. ex. C.I.J., Affaire des *Conditions d'admission, Recueil 1947-1948*, op. indiv. Azevedo, p. 80, § 6. L'abus de droit se confond alors avec le détournement de pouvoir ; Elisabeth ZOLLER, *La bonne foi en droit international public, op. cit.*, pp. 115 et s.

(139) Mustapha YASSEEN, « L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le droit des traités », *loc. cit.*, p. 21.

(140) Stevan JOVANOVIC, *Restriction des compétences discrétionnaires des Etats en droit international, op. cit.*, pp. 207-208.

gence d'une intention particulière dans le chef du destinataire de la règle en cause. Sur le plan formel, nous avons au contraire souligné que le contrôle de motivation restait marginal, en ce qu'il consistait à prendre pour base la motivation exprimée, sans chercher à montrer qu'elle ne correspondait pas à une motivation réelle, mais en vérifiant le respect de certains critères objectifs qui consistent soit en des éléments relevant de la logique discursive, soit en le respect d'autorités établies (141). Quant à l'analyse du sens ordinaire du « raisonnable », nous en avons inféré une méthode dite de la mesure qui se caractérise par une appréciation totalement dénuée d'aspects psychologiques, puisqu'il s'agit d'apprécier l'adéquation entre une norme de référence et les circonstances de l'espèce (142). Dans toutes ces hypothèses, les intentions réelles ou dissimulées importent peu. On est dans une situation fort proche de la bonne foi conçue dans sa deuxième acception : il s'agit de contrôler des rapports, des proportions, des raisons. C'est sans doute pourquoi les exemples jurisprudentiels d'association peuvent tous être replacés dans ce cadre (143).

452. Ces précisions effectuées, on constate qu'une expression dans laquelle on retrouve associés la bonne foi et le raisonnable laisse place à trois possibilités d'interprétation.

D'abord, on peut limiter la notion de bonne foi à sa première acception (144). Dans cette hypothèse, l'expression reprenant les deux notions (comme par exemple l'exigence pour un droit d'être exercé « raisonnablement et de bonne foi ») permettra à la fois une sanction de l'intention malveillante et une vérification des motifs, les deux possibilités de contrôle restant totalement imperméables. L'option reste toutefois difficilement soutenable, dans la mesure où la jurisprudence reste pauvre en matière de sanction de l'intention de nuire, et où, au contraire, elle a comme nous l'avons constaté, élargi la notion dans sa deuxième acception (145).

(141) V. *supra*, Chapitre V, section 2.

(142) V. *supra*, section 1re du présent chapitre, §§ 422 et s.

(143) Elisabeth ZOLLER analyse plusieurs de ces exemples dans cette perspective, en relevant l'utilisation systématique de ce qu'elle appelle des critères objectifs ; *La bonne foi en droit international public*, *op. cit.*, p. 105.

(144) Telle semble être la position du juge Tanaka, lorsqu'il affirme que « la pratique de l'*apartheid* est fondamentalement déraisonnable. Ce caractère déraisonnable et injuste n'est pas fonction de l'intention des mobiles du mandataire, donc de sa mauvaise foi » ; C.I.J., Affaire du *Sud-Ouest africain*, *Recueil 1966*, op. diss., p. 314.

(145) V. les exemples mentionnés ci-dessus, § 450.

Une deuxième tendance consisterait à tirer les conséquences de cette évolution en n'admettant la bonne foi, au moins en tant que limite de la compétence discrétionnaire des États (comme dans notre exemple), qu'en sa seconde acception. La conséquence de cette interprétation est le caractère pléonastique d'une association entre raisonnable et bonne foi, qui recouvrent alors deux méthodes fortement similaires de contrôle, au point de rendre l'une d'elles inutile. C'est en tout cas l'opinion d'Elisabeth Zoller, pour qui

> « Le recours à la notion de bonne ou mauvaise foi n'est pas nécessaire pour juger de la licéité ou de l'illicéité de l'exercice d'une compétence. La juridiction internationale ne peut d'ailleurs trancher un tel litige que par recours aux critères objectifs et notamment au regard du critère de raisonnable, qui exclut logiquement tout arbitraire [...]. L'analyse des mobiles s'avère tout-à-fait superfétatoire » (146).

Le pléonasme n'est certes pas exceptionnel dans le discours juridique, qui regorge de tours rhétoriques visant à légitimer une assertion par des techniques de répétition. Une limitation de la bonne foi à son acception objective est donc concevable. Toutefois, il semble que l'on puisse soutenir que le critère de l'intention de nuire reste bel et bien présent dans le cadre de certaines obligations particulières, et que la bonne foi soit effectivement évoquée à cette occasion (147).

On peut dès lors suivre une troisième tendance, selon laquelle la bonne foi peut être entendue comme recouvrant simultanément les deux acceptions exposées (l'une subjective, l'autre objective), et ce selon des modalités et des proportions variables en fonction des règles spécifiques dans lesquelles la notion intervient. L'association avec le « raisonnable » permettrait dès lors une certaine complémentarité entre les deux notions. Il serait d'abord possible d'opérer un contrôle de type subjectif si la règle le spécifie (148) et si les éléments de preuve sont suffisants (149). En tout état de cause, le contrôle de type objectif permettrait éventuellement d'écarter une prétendue correspondance entre les moyens employés et le but légitime reconnu, ce qui revient implicitement à démontrer, en quelque

(146) *La bonne foi en droit international public*, *op. cit.*, pp. 108 et 109.

(147) Stevan JOVANOVIC, *Restriction des compétences discrétionnaires des États en droit international*, *op. cit.*, pp. 209 et s. et les références citées ; v. aussi p. 216.

(148) V. à ce sujet Jean SALMON, « L'intention en matière de responsabilité internationale », *in Mélanges Michel Virally*, Paris, Pédone, 1991, pp. 416 et s.

(149) On connaît les difficultés rencontrées dans la démonstration de la preuve d'une intention ; v. Elisabeth ZOLLER, *La bonne foi en droit international public*, *op. cit.*, p. 108.

sorte par élimination, la poursuite d'un but inavouable (150). Dans cette perspective, le « raisonnable » consacre un élargissement de la conception usuelle et traditionnelle de la bonne foi, et y ajoute un accent particulier sur la prise en compte des circonstances de l'espèce (par l'intermédiaire du critère de l'« approprié ») (151).

453. En définitive, la comparaison avec la bonne foi est doublement enrichissante. D'abord, elle met l'accent sur le caractère objectif (ou à tout le moins intersubjectif) des techniques de contrôle charriées par le « raisonnable », qu'il s'agisse des éléments formels qui encadrent la motivation, ou des éléments qui en constituent le fondement. Ensuite, et de manière complémentaire, on constate l'exclusion de ces techniques de tout contrôle direct des intentions subjectives de l'auteur de l'acte en cause. Nous utiliserons et approfondirons ces enseignements lorsque nous développerons une autre méthode de détermination du contenu de la notion basée sur la jurisprudence de la C.E.D.H. (152). A ce stade, il suffit d'en prendre acte.

4. *« raisonnable » et « naturel »*

454. Contrairement à celles que nous avons rencontrées jusqu'ici, l'association entre « naturel » et « raisonnable » ne se retrouve que dans un domaine particulier, celui de l'interprétation (153).

Le *dictum* le plus significatif ressort de l'affaire de l'*Anglo-Iranian Oil Company*, où la C.I.J. avance qu'elle

> « [...] ne saurait se fonder sur l'interprétation purement grammaticale du texte. Elle doit rechercher l'interprétation qui est en harmonie avec le manière naturelle et raisonnable de lire le texte » (154).

(150) Voy. à ce sujet *infra*, Chapitre VIII, section 1re, not. § 555.

(151) V. *supra*, section 1 du présent chapitre, §§ 409 et s. V. aussi, en matière d'interprétation, l'association entre la bonne foi et le raisonnable opérée par Mustapha YASSEEN, « L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le droit des traités », *loc. cit.*, p. 23.

(152) V. *infra*, Chapitres VII et VIII.

(153) L'un ou l'autre exemple pourrait certes être replacé dans la catégorie plus large du discours juridictionnel (v. C.I.J., Affaire du *Temple de Préah Vihéar*, *Recueil 1962*, op. diss. Wellington Koo, p. 91). Mais aucun, à tout le moins dans les limites de notre matériau, ne concerne l'énoncé d'une règle primaire.

(154) C.I.J., *Recueil 1952*, p. 104 ; v. le commentaire de ce passage *supra*, Chapitre I, section 1, § 42.

L'expression a été reprise par plusieurs juges par la suite (155). L'un d'entre eux a par ailleurs considéré que son interprétation était « l'interprétation naturelle de l'article 7 [de la Convention applicable] et peut-être la seule raisonnable » (156). Enfin, la Cour a énoncé de manière plus classique que

> « [...] si les mots, lorsqu'on leur attribue leur *signification naturelle* et ordinaire, sont équivoques ou conduisent à des *résultats déraisonnables*, c'est alors — et alors seulement — que la Cour doit rechercher par d'autres méthodes ce que les Parties avaient en réalité à l'esprit quant elles se sont servies des mots dont il s'agit » (157).

Les autres associations entre les deux termes apparaissent moins directement (158).

455. Quelle est le sens du terme « naturel » ? Il ne saurait évidemment être question de reprendre l'ensemble des éléments définitionnels de l'adjectif et du substantif auquel il renvoie, mais de sélectionner ceux qui peuvent se rattacher à la matière de l'interprétation, et plus largement du sens. Dans cette perspective, on peut relever deux types pertinents de signification.

Les seules allusions à l'expression de « sens naturel » que l'on retrouve dans les dictionnaires se réfèrent à ce « qui s'offre de soi-même à l'esprit » (159), « qui se trouve dans la nature, n'est pas le fruit de la pensée » (160) ou encore « qui est ou semble produit sans l'intervention de la pensée réfléchie et du vouloir » (161). Il s'agit donc d'un sens premier, que l'on identifie presque instinctivement,

---

(155) V. C.I.J., Affaire de la *Convention de 1902 sur la tutelle*, *Recueil 1958*, op. indiv. Moreno Quintana, p. 109 ; Affaire de la *Sentence arbitrale*, *Recueil 1991*, Déclaration Tarassov, p. 78 et op. diss. Weeramantry, p. 137 ; v. encore C.I.J., Affaire du *Temple de Préah Vihéar*, exceptions préliminaires, *Recueil 1961*, op. indiv. Spency Spender, p. 41.

(156) C.I.J., Affaire de la *Convention de 1902 sur la tutelle*, *Recueil 1958*, op. diss. Cordova, p. 143.

(157) Nous soulignons ; C.I.J., Affaire de la *Compétence de l'Assemblée générale pour l'admission*, *Recueil 1950*, p. 8 ; repris dans C.I.J., Affaire de l'*Interprétation des Traités de paix (2e phase)*, *Recueil 1950*, op. diss. Read, p. 244-245 ; Affaire du *Sud-Ouest africain*, *Recueil 1962*, op. diss. Van Wyk, p. 581 ; v. aussi p. 586.

(158) V. p. ex. C.I.J., Affaire de l'*Interprétation des Traités de paix (2e phase)*, *Recueil 1950*, p. 227 ; Affaire de l'Affaire du *Sud-Ouest africain*, *Recueil 1955*, op. indiv. Lauterpacht, p. 96 ; Affaire du *Plateau continental de la Mer du Nord*, *Recueil 1969*, p. 49, cité dans C.I.J., Affaire du *Plateau continental (Tunisie-Libye)*, *Recueil 1982*, op. diss. Oda, pp. 195-196, § 62.

(159) *Grand Larousse* (sens 7) ; *Littré* (sens 14) ; *Dictionnaire de l'Académie française* (sens 9) ; v. aussi *Quillet* (sens I, 6).

(160) *Grand Robert* (sens I, 5).

(161) *Dictionnaire de la langue philosophique* (sens B).

en dehors de toute réflexion consciente (162) et de toute convention (163).

Une deuxième acception de l'adjectif peut aussi s'appliquer au sens. Ainsi, « naturel » est ce qui est

— « conforme à l'ordre normal » (164), « qui est dans l'ordre des choses » (165), « conforme à la nature des choses » (166), « normal, ordinaire,... » (167) ;
— « qui est conforme à la raison ou à l'usage », avec pour synonyme « ordinaire », « normal », et pour contraire « déraisonnable » (168) ;
— « qui correspond à l'ordre habituel, à la 'nature' des choses et des êtres, est considéré comme un reflet de l'ordre de la nature [...] v. normal, raisonnable » (169).

Dans cette perspective, le « sens naturel » est plutôt celui qui équivaut au sens commun, de sorte que tout homme raisonnable l'identifierait comme tel, non plus sur seule base de son impression subjective ou son instinct, mais à la suite d'une prise en compte des usages et conventions.

456. Si on confronte ces définitions au sens ordinaire de « raisonnable », on peut tirer une conclusion en trois temps.

D'abord, il apparaît immédiatement que l'adjectif se distingue fondamentalement de « naturel » dans sa première acception, dans la mesure où le sens naturel ainsi désigné s'oppose à la réflexion, et donc à la mise en œuvre de la raison. Les deux adjectifs sont alors presque antinomiques.

Par contre, ils deviennent presque synonymes — et sont d'ailleurs occasionnellement désignés comme tels — si on reprend la deuxième acception de « naturel ». Il s'agit en effet de prendre en compte une norme, un étalon, une mesure, déterminé en fonction de la pratique la plus fréquente. Nous avons constaté que la méthode induite par

(162) V. « naturel » par opposition à « réfléchi » ; *Littré*, p. 673.
(163) V. *Trésor de la langue française* (sens B, 2).
(164) *Petit Larousse* (sens 2) *Petit Robert* ; v. normal (sens 8).
(165) *Trésor de la langue française* (sens D, 1).
(166) *Dictionnaire de la langue philosophique* (sens D).
(167) Dictionnaire *Cornu* (sens 4) ; v. aussi les réflexions de Lucien FRANÇOIS, *Le problème de la définition du droit*, Liège, Ed. Collection scientifique de la Faculté de Droit, 1978, pp. 45 et s.
(168) *Grand Larousse* (sens 6) ; v. aussi *Littré* (sens 11) ; *Dictionnaire de l'Académie française* (sens 8) ; *Quillet* (sens I, 3).
(169) *Grand Robert* (sens I, 7).

le sens ordinaire du « raisonnable » supposait parfois le passage par cette étape (170).

On peut cependant nuancer l'assimilation puisque le « raisonnable » implique non seulement la prise en compte de la norme (critère du « normal ») mais aussi des conséquences de son application aux circonstances de l'espèce (critère de l'« approprié ») (171). Il se peut donc qu'une solution à première vue conforme à une norme soit écartée en raison de ses répercussions et en particulier du déséquilibre qu'elle entraînerait en défaveur de l'une des personnes concernées (172). Cette dimension manque au « naturel » qui se limite à la conformité à une norme abstraitement conçue.

En tout état de cause, on peut comprendre que l'association soit fréquemment opérée entre les adjectifs par la jurisprudence.

457. Ces précisions terminologiques permettent de saisir les parentés entre « raisonnable », « naturel » mais aussi « ordinaire », occasionnellement cité dans les passages pertinents. Le processus interprétatif codifié par la Convention de Vienne peut ainsi être décrit comme recouvrant trois étapes envisagées chronologiquement.

Le « sens naturel » est celui qui vient immédiatement à l'esprit de l'interprète (173), en dehors de la prise en compte à la fois de toute norme (que celle-ci résulte de la pratique ou d'une convention), et des conséquences de l'application de cette norme (que ce soit sur les parties ou plus largement par rapport au système juridique dans son ensemble). C'est bien ce sens (première acception) qui a été rejeté lors des travaux préparatoires de l''article 31 de la Convention de Vienne puisque, présent dans un premier temps (« sens naturel et ordinaire »), l'adjectif a été exclu parce qu'une nouvelle formulation (« sens ordinaire »)

> « permettrait d'éliminer aussi le mot 'naturel', que M. Ago aurait de la peine à accepter car le sens d'un terme est une convention créée par l'esprit humain » (174).

(170) V. *supra*, section 1, §§ 422 et s.

(171) V. *supra*, section 1, §§ 409 et s.

(172) En réalité, nous avons vu que la norme n'était pas écartée mais reconstituée en intégrant les répercussions constatées ; v. *supra*, section 1, § 423.

(173) C'est pourquoi on l'associe occasionnellement à un « sens clair », v. *Case concerning Claims arising out of decisions of the mixed graeco-german arbitral tribunal set up under Article 304 in Part X of the Treaty of Versailles*, décision du 26 janvier 1972, *R.S.A.*, vol. XIX, p. 55.

(174) *A.C.D.I.*, 1964, vol. I, p. 294, § 80 ; v. aussi la réticence de M. Briggs, p. 288, § 11.

Ainsi, le « naturel » est rejeté en raison de son caractère trop strictement subjectif, qui empêche tout contrôle et qui laisse place à la mise en œuvre de conceptions personnelles que la référence à la nature ne réussit pas à occulter (175). Dans cette perspective, il n'y a que *des* sens naturels, dépendant de la nature (notamment psychologique) de chaque interprète, et non pas *un* sens naturel, de type intersubjectif (176).

En revanche, on peut tenter d'élaborer *un* « sens ordinaire », qui intègre la prise en compte réfléchie des usages et conventions, et qui peut à ce titre faire l'objet d'une certaine vérification (177). C'est d'ailleurs ce qui peut expliquer l'utilisation de dictionnaires par la jurisprudence (178), destinée à corriger une éventuelle première impression erronée — mais néanmoins « naturelle » (179). Dans ce cadre, l'expression de sens « naturel et ordinaire », que l'on retrouve fréquemment (180), peut signifier que ce sens subjectif correspond à un sens intersubjectif consacré par l'usage, à un « sens normal » (181).

(175) Voy. à cet égard les propos du juge Van Wyk qui, s'exprimant à propos de la Namibie, avance que « si l'on songe en outre que l'économie tribale était démantelée et la zone de police sous-peuplée, on se rendra compte qu'*une politique d'immigration blanche n'était que naturelle, voire quasi inévitable* » (nous soulignons ; C.I.J., Affaire du *Sud-Ouest africain*, *Recueil 1966*, op. indiv., p. 177, § 10). L'appel à la nature relève, on en conviendra, pour le moins d'une appréciation toute personnelle.

(176) Il reste que certains précédents reprennent le terme « naturel » de manière isolée, sans le combiner avec un autre adjectif. Sans doute doit-on alors comprendre le terme dans sa deuxième acception, comme équivalant à « ordinaire ». V. p. ex. C.I.J., Affaire des *Conditions d'admission*, *Recueil 1947-1948*, pp. 62 et 63, ainsi que l'Affaire de la *Délimitation du plateau continental entre le Royaume-Uni et la République française*, décision du 30 juin 1977, *R.S.A.*, vol. XVIII, p. 167, § 51 et p. 168, § 53 ; v. aussi p. 155, § 3.

(177) Voy. p. ex. la citation de l'expression dans C.I.J., Affaire du *Différend frontalier, terrestre, insulaire et maritime*, *Recueil 1992*, § 109. V. aussi Jean SALMON, « Le fait dans l'application du droit international », *loc. cit.*, p. 281. Bien entendu, le « sens ordinaire » se distingue aussi de tout système formalisé ; v. H. Ph. VISSER'THOOFT, « La philosophie du langage ordinaire et le droit », *A.P.D.*, tome XVII, L'interprétation dans le droit, 1972, p. 275. Par ailleurs, v. les réflexions de François RIGAUX, « Le juge, ministre du sens », *in* G. HAARSCHER et L. INGBER (sous la direction de), *Justice et argumentation. Essais à la mémoire de Chaïm Perelman*, Bruxelles, Ed. U.L.B., 1986, p. 90.

(178) Voy. les références indiquées *supra*, section 1re, note 68.

(179) Le professeur SALMON relève à cet égard que le sens « ordinaire » ou « usuel » s'oppose à un sens « naturel » ; « Le fait dans l'application du droit international », *loc. cit.*, p. 281.

(180) V. p. ex. C.I.J., Affaire du *Sud-Ouest africain*, *Recueil 1955*, p. 72 ; Affaire du *Temple de Préah Vihéar*, exceptions préliminaires, *Recueil 1961*, p. 32 ; Affaire du *Plateau continental de la Mer du Nord*, *Recueil 1969*, op. diss. Sorensen, p. 254.

(181) L'expression de « sens ordinaire, normal, naturel » est reprise par le juge Van Wyk, C.I.J., Affaire du *Sud-Ouest africain*, *Recueil 1962*, op. diss., p. 580. On retrouve encore l'expression « sens naturel, ordinaire et courant » utilisée par la Grèce dans C.I.J., Affaire du *Plateau continental de la Mer du Nord*, *Recueil 1978*, p. 22, § 51. La doctrine assimile occasionnellement « sens normal » et « sens usuel » ; Anne LAGNEAU-DEVILLÉ, « Questions sociologiques à propos de l'interprétation en droit », *loc. cit.*, p. 523.

Le « sens raisonnable » correspond alors à une interprétation plus élaborée encore, qui prendra en compte les résultats d'un sens déterminé par une réflexion, d'abord abstraite (182), pour l'adapter aux conséquences de son application (183). C'est en ce sens que, nous l'avons vu, le « raisonnable » s'oppose dans la jurisprudence à une interprétation strictement grammaticale (184). En revanche, lorsque l'adjectif est associé au « sens ordinaire », ou même au « sens naturel », le résultat de l'interprétation est conforme non seulement au sens grammatical (et donc normal) mais aussi au sens initial propre à l'interprète.

L'interprète n'opère bien entendu pas systématiquement en distinguant ces trois étapes, et il est probable que le choix des termes ne correspond pas toujours strictement à chacune d'entre elles (185). La combinaison d'un examen des dictionnaires et de la pratique permet toutefois d'opérer une distinction de principe, opérationnelle dans bien des situations.

458. En définitive, la comparaison avec l'adjectif « naturel » rappelle les enseignements tirés de l'analyse de la notion de « bonne foi ». La méthode de détermination du contenu du « raisonnable » se caractérise par une certaine objectivité, qui se manifeste formellement par des exigences tenant à la rationalité de la motivation (et en l'occurrence par le rejet d'une autorité purement subjective comme l'esprit, ou l'instinct), et sur le fond par la nécessité d'une mesure à la fois dans l'élaboration d'un étalon, d'une norme, et dans son application concrète. L'opposition de l'adjectif à une trop grande abstraction, que nous avions déjà constatée à l'analyse comparée avec un adjectif comme « juste », se voit en même temps confirmée.

Rappelons enfin que la comparaison s'est limitée au domaine de l'interprétation. Une analyse des relations entre « raisonnable » et

(182) Par abstraite, nous entendons grammaticale, sans qu'il soit évidemment question de nier la nécessité de replacer le terme dans son contexte ; v. à ce sujet Mustapha YASSEEN, « L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne », *loc. cit.* p. 26.

(183) V. Michel VAN DE KERCHOVE, « Le sens clair d'un texte : argument de raison ou d'autorité ? », *in* G. HAARSCHER, L. INGBER et R. VANDER ELST (sous la direction de), *Arguments d'autorité et arguments de raison en droit*, Travaux du C.N.R.L., Bruxelles, Nemesis, 1988, pp. 308-309.

(184) Voy. ci-dessus, l'extrait reproduit de l'affaire *Compétence de l'Assemblée générale pour l'admission*, § 455, ainsi que l'expression de « sens grammatical ordinaire » reprise par le juge Van Wyk, C.I.J., Affaire du *Sud-Ouest africain*, *Recueil 1962*, op. diss., pp. 615 et 616.

(185) V. p. ex. Mustapha YASSEEN, qui semble ne pas les distinguer ; « L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne », *loc. cit.* p. 26.

« naturel » sous l'angle d'une alternative positiviste ou jusnaturaliste a déjà été opérée par ailleurs (186).

5. *« raisonnable » et « nécessaire »*

459. L'association entre « raisonnable » et « nécessaire » peut être observée dans plusieurs domaines, et s'opère selon des modalités diverses.

D'abord, les deux adjectifs sont parfois accolés, sans aucune précision sur la nature des relations qu'ils entretiennent. Ainsi, un tribunal arbitral considère qu'une mesure « was not necessary nor it was reasonable » (187). Dans des matières fort différentes, des juges ont estimé tantôt qu'un État pouvait prendre des « mesures raisonnables et nécessaires » pour faire cesser une agression (188), tantôt qu'il est « raisonnable et nécessaire que les représentants consultent leurs administrations sur les questions nouvelles soulevées en plaidoiries » (189), tantôt qu'un État ne pouvait justifier une déviation de l'une de ses lignes de base que s'il démontre que cette déviation est « nécessaire et raisonnable » (190). D'autres expressions, comme « reasonably necessary to accomplish that end » (191), « raisonnablement être considéré comme nécessaire » (192) ou « nécessité raisonnable » (193), peuvent être épinglées dans la pratique juridictionnelle.

Certains exemples semblent indiquer que, pour qu'une mesure soit raisonnable, il faut qu'elle soit nécessaire. Les propos du juge Tanaka sont à cet égard significatifs :

> « L'égalité étant la règle et la différence de traitement l'exception, il incombe à ceux qui appliquent un traitement différencié d'en prouver la raison d'être et le caractère raisonnable [...]. Ce qui importe, c'est de savoir si, pour les besoins de la justice, il est nécessaire de faire exception au principe de l'égalité ; *il*

(186) V. *supra*, conclusion de la I^re^ partie (sp. §§ 296-298), ainsi que conclusion du Chapitre V (sp. §§ 365-366).

(187) Affaire *Cunningham and Thomson Co. and others*, *R.S.A.*, vol. VI, p. 172.

(188) C.I.J., Affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*, *Recueil 1986*, op. diss. Schwebel, p. 364, § 203.

(189) C.I.J., Affaire du *Conseil de l'O.A.C.I.*, *Recueil 1972*, op. diss. Nagendra Singh, p. 177.

(190) C.I.J., Afaire des *Pêcheries norvégiennes*, *Recueil 1951*, op. indiv. Hsu Mo, p. 154.

(191) Affaire *The Home Insurance Co.*, décision du 31 mars 1926, *R.S.A.*, vol. IV, p. 52, § 17.

(192) C.E.D.H., Affaire *Barthold*, *Série A, n° 90*, Avis de la Commission § 80.

(193) C.E.D.H., Affaire *Matznetter*, *Série A, n° 10*, op. diss. Cremona.

incombe au défendeur de prouver cette nécessité, c'est-à-dire de démontrer le caractère raisonnable du traitement différencié qu'il applique » (194).

Si la différenciation n'est pas nécessaire, elle sera déraisonnable et donc discriminatoire. Dans la même perspective, la prolongation d'un emprisonnement au-delà de ce qui est nécessaire est considéré comme excédant un « délai raisonnable » au sens de la Convention européenne des droits de l'homme (195) alors que des dépens dont on n'a pas montré qu'ils s'étaient révélés nécessaires ne seront pas qualifiés de raisonnables (196).

A la lecture d'autres passages, il apparaît plutôt que, pour qu'une mesure soit nécessaire, il faut au moins qu'elle soit raisonnable. On connaît la formule de la C.E.D.H. qui, se prononçant sur la nécessité de mesures restrictives à certains droits à la Convention, avance que

« [...] l'adjectif nécessaire n'a pas dans ce contexte la souplesse de mots tels qu''utile', 'raisonnable' ou 'opportun' ; il implique l'existence d'un besoin social impérieux de recourir à l'ingérence considérée » (197).

La jurisprudence de l'instance européenne confirme que, si la mesure n'est pas raisonnable, elle ne sera, *a fortiori*, pas nécessaire, ou encore qu'il ne suffit pas qu'une mesure soit raisonnable pour qu'elle soit nécessaire (198). Ce type de relation est également illustré par cet extrait d'un arrêt de la C.P.J.I. :

« Sans doute l'affectation de la propriété à l'entreprise doit être réelle et raisonnable, mais il n'est aucunement exigé qu'elle présente un caractère de nécessité » (199).

(194) Nous soulignons ; C.I.J., Affaire du *Sud-Ouest africain*, *Recueil 1966*, op. diss., p. 309 ; v. aussi l'op. diss. du juge Jessup, pp. 437-439.

(195) V. p. ex. C.E.D.H., Affaire *Matznetter*, *Série A, n° 10*, op. diss. Zekia, et les nombreuses références *infra*, Chapitre VII, section 2.

(196) Même si la nécessité concerne les dépens en général, tandis que le caractère raisonnable qualifie usuellement le montant ; v. C.E.D.H., Affaire *Campbell et Cosans (Art. 50)*, *Série A, n° 60*, § 14 ; Affaire *Eckle (Art. 50)*, *Série A, n° 65*, 21 juin 1983, § 26 ; *Zimmerman et Steiner*, *Série A, n° 66*, 13 juillet 1983, § 36.

(197) C.E.D.H., Affaire *Dudgeon*, *Série A, n° 45*, 22 octobre 1981, § 51 ; v. aussi C.E.D.H., Affaire *Handyside*, *Série A, n° 24*, 7 décembre 1976, § 48 ; Affaire *Silver et autres*, *Série A, n° 61*, 25 mars 1983, § 61 ; Affaire *Berthold*, *Série A, n° 90*, 25 mars 1985, § 55.

(198) Voy. encore C.E.D.H., Affaire *James et autres*, *Série A, n° 98*, 21 février 1986, § 51 ; Affaire *Müller et autres*, *Série A, n° 133*, 24 mai 1988, § 36.

(199) C.P.J.I., Affaire des *Intérêts allemands en Haute-Silésie*, *Série A, n° 7*, p. 49.

Ces exemples, auxquels on pourrait en ajouter d'autres encore (200), montrent la complexité des relations entres les deux adjectifs. Dans certains cas, on semble considérer que, pour qu'un acte soit raisonnable, il faut à tout le moins qu'il soit nécessaire, dans d'autres, que pour qu'il soit nécessaire, il faut à tout le moins qu'il soit raisonnable. L'explication de ces apparentes divergences suppose une analyse des définitions données au terme « nécessaire ».

460. Le terme « nécessaire » recouvre deux types de significations.

Le premier sens mentionné par les dictionnaires dénote une acception stricte basée notamment sur l'étymologie, le latin *necessarius* signifiant « inévitable, inéluctable, impérieux, indispensable » (201). Ainsi, « nécessaire » « se dit d'une condition, d'un moyen dont la présence ou l'action rend seule possible une fin ou un effet » (202) ou encore « qui est absolument indispensable pour obtenir un résultat » (203). La citation du terme « indispensable » comme synonyme se retrouve du reste fréquemment (204). Cette acception rigoureuse se reflète dans le domaine philosophique, où « nécessaire » est ce « qui ne peut pas ne pas être » (205) (par opposition à contingent), ainsi qu'en mathématiques où l'adjectif indique un enchaînement logique de cause à effet (206). Elle se retrouve aussi à certains égards en droit international. De manière générale, on relève dans le discours juridictionnel certaines expressions comme une « implication nécessaire » (207) qui s'assimilent à des pléonasmes. Plus spécifiquement, dans le cadre des règles qui forment le système du G.A.T.T., l'adoption de mesures « nécessaires » à la protection de certains buts (comme la protection de l'environnement) est permise, même si elles sont incompatibles avec certaines dispositions, pourvu que l'on démontre qu'il n'existe pas d'autres mesures moins incom-

(200) V. d'autres relations, moins directes, établies entre les deux adjectifs dans C.I.J., Affaire du *Plateau continental (Tunisie-Libye)*, *Recueil 1982*, op. diss. Oda, p. 235, § 131 ; Affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*, *Recueil 1986*, p. 117, § 224 ; v. aussi C.E.D.H., Affaire *Markt intern Verlag Gmbh et Klaus Beerman*, *Série A, n° 165*, § 37.

(201) *Grand Larousse*.

(202) *Grand Robert* (sens I, 1) ; *Petit Robert* (sens I, 1) ; *Littré* (sens 1) ; *Dictionnaire de l'Académie française* (sens 1) ; *Quillet* (sens 1) ; *Grand Larousse* (sens I, 1).

(203) *Girodet* (sens 1).

(204) V. p. ex. *Quillet* et *Trésor de la langue française* (sens I, A).

(205) *Dictionnaire de la langue philosophique* (sens 1).

(206) *Girodet* (sens 4).

(207) V. p. ex. C.I.J., Affaire *Ambatielos*, *Recueil 1952*, p. 44 ; Affaire du *Droit de passage*, *Recueil 1960*, op ; diss. Fernandes, p. 138 ; v. aussi C.I.J., Affaire de la *Namibie*, *Recueil 1971*, op. diss. Fitzmaurice, p. 234, § 21.

patibles et aptes à atteindre le même but (208). Enfin, la notion d'état de nécessité comme circonstance excluant l'illicéité en responsabilité internationale suppose l'exclusivité du moyen (209). Dans toutes ces hypothèses (210), l'adjectif « nécessaire » est pratiquement assimilé à « indispensable ».

La deuxième acception du terme en cause apparaît davantage comme un sens atténué. Ainsi, les dictionnaires définissent occasionnellement « nécessaire » de manière plus souple comme « ce qui est essentiel, important » (211) ou, sur le plan juridique, « qui répond en fait à un besoin primordial et souvent urgent, par opposition à voluptuaire ou même à utile » (212). Ces formules ont été consacrées dans plusieurs domaines du droit international. Ainsi, la C.E.D.H. a considéré que l'adjectif « nécessaire » ne pouvait entraîner « un critère de stricte nécessité » (213) et se distinguait d'« indispensable » par une plus grande marge de manœuvre laissée à son interprète (214). Par ailleurs, la notion de « nécessités militaires » confère, en droit des conflits armés, une certaine marge d'appréciation aux forces armées en campagne (215). Enfin, il semble que la formule utilisée par la Conseil de sécurité dans certaines résolutions, qui contiennent une autorisation de prendre « toutes les mesures nécessaires » pour atteindre certains objectifs, soit interprétée assez largement, à tout le moins par certains États (216). Dans toutes ces

(208) Le critère a été énoncé dans le *Rapport du Groupe spécial : « Thaïlande — Restrictions à l'importation et taxes intérieures touchant les cigarettes »*, adopté le 7 novembre 1990, *I.B.D.D.*, suppl. n° 37, p. 239, § 75. Voy. à ce sujet Olivier PAYE, « La protection de l'environnement dans le système du GATT », *R.B.D.I.*, 1992, p. 96, n° 52.

(209) Voy. l'art. 33 § 1a) du projet de la C.D.I. sur la responsabilité internationale, ainsi que les commentaires dans *A.C.D.I.*, 1980, vol. II, 2e partie, p. 48, § 33, et la jurisprudence citée.

(210) Voy. encore C.I.J., Affaire du *Plateau continental de la Mer du Nord, Recueil 1969*, p. 32, § 46.

(211) *Petit Larousse* (sens II, 2).

(212) *Dictionnaire Cornu* (sens 2) ; v. aussi la définition du *Garner* : « *Necessary*, the more common word, means essential », p. 371.

(213) C.E.D.H., Affaire *James et autres, Série A, n° 98*, 21 février 1986, § 51.

(214) V. not. C.E.D.H., Affaire *Handyside, Série A, n° 24*, 7 décembre 1976, § 48.

(215) Il faut évidemment nuancer l'affirmation en fonction des contextes d'énonciation, puisque les conventions pertinentes évoquent tantôt des « nécessité militaires », tantôt des « nécessités militaires impérieuses » ; v. à ce sujet, en fonction de chacune des règles en cause, les commentaires de Éric DAVID, *Principes de droit des conflits armés*, Bruxelles, Bruylant, 1994.

(216) La matière est extrêmement délicate, dans la mesure où aucune instance juridictionnelle ne s'est prononcée ni sur l'interprétation à donner à semblables autorisations, ni sur certaines des actions militaires qui ont été effectuées en application — à tout le moins sur le plan des discours officiels — de ces résolutions. Nous avons pour notre part défendu une interprétation restrictive du terme, eu égard notamment au contexte, et en particulier au caractère exceptionnel de l'admission d'un recours à la force dans les relations internationales ; v. notre ouvrage, écrit en collaboration avec Pierre KLEIN, *Droit d'ingérence ou obligation de réaction ?*, Bruxelles, Bruylant, 2ème éd., 1996, pp. 203-204, n° 149.

hypothèses (217), l'adjectif « nécessaire » se situe, comme le *dictum* de la C.E.D.H. évoqué plus haut le laisse entendre, entre « utile ou opportun » et « indispensable » (218).

Le contexte dans lequel se retrouve le terme prend dès lors une importance particulière, et permet seul de déterminer dans quelle mesure il faut adopter une interprétation stricte.

461. On peut toutefois tirer certains enseignements généraux sur les relations entre « nécessaire » et « raisonnable ». En effet, les paradoxes qui semblaient caractériser les expressions jurisprudentielles reprenant les deux termes s'éclairent lorsqu'on les replace sur deux axes distincts.

Si on envisage le problème sous l'angle de l'efficacité par rapport au but à atteindre, « nécessaire » est, quelle que soit l'acception qu'il recouvre, plus exigeant que « raisonnable » (219). On peut expliquer de la sorte tous les exemples où l'on considère qu'une mesure raisonnable n'est pas toujours nécessaire, parce que le lien n'est pas assez strict entre le moyen utilisé et le but poursuivi. Nous avons cité à cet égard les possibilités de restrictions à certains droits contenus dans la Convention européenne des droits de l'homme, qui entraînent parfois une démonstration rigoureuse en termes d'efficacité (220).

Par contre, si on met l'accent sur les circonstances concrètes de l'espèce, et en particulier sur la prise en compte de la situation des sujets impliqués par une mesure, « raisonnable » est plus exigeant que « nécessaire ». Ce dernier terme fait en effet théoriquement abstraction des conséquences de la mise en œuvre de la mesure, puisqu'il se limite à une notion d'efficacité par rapport à l'objectif poursuivi et ce, une fois encore, quelle que soit l'acception qu'il recouvre. C'est pour cette raison que le libellé des articles de la Convention européenne des droits de l'homme autorisant des restrictions à certains droits tempèrent l'adjectif « nécessaire » en y ajoutant l'expres-

(217) Voy. encore l'utilisation du terme dans C.I.J., Affaire des *Otages*, *Recueil 1980*, p. 32, § 65 ; Affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*, *Recueil 1986*, p. 141, § 282.

(218) Voy. aussi C.I.J., Affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*, *Recueil 1984*, op. indiv. Jennings, p. 546.

(219) La nécessité s'apparente alors plutôt à une raison renvoyant à un rationalisme entendu strictement ; v. les réflexions de Chaïm PERELMAN, « Raison éternelle, raison historique », *in Justice et raison*, *op. cit.*, p. 95 et s.

(220) Pour un approfondissement de cette notion d'efficacité, v. *infra*, Chapitre VII.

sion « dans une société démocratique » (221). On peut également expliquer de la sorte des tours rhétoriques comme « raisonnablement nécessaire » qui jalonnent la jurisprudence (222). L'adjectif « raisonnable » n'a quant à lui nullement besoin d'être complété dans cette perspective, puisqu'il recouvre non seulement des aspects que l'on peut rattacher à ceux contenus dans « nécessaire », mais aussi un critère fondamental de prise en compte des conséquences concrètes d'un acte que nous avons notamment traduit par la notion d'équilibre (223), notablement absente du terme « nécessaire ».

*
* *

462. Plus généralement, ces comparaisons montrent que le « raisonnable » comprend deux types de critères, encore mis en relief dans cet extrait d'une opinion déjà citée du juge Tanaka :

> « A propos du comportement raisonnable, deux considérations entrent en ligne de compte. Il faut, d'une part, savoir s'il était indispensable de faire exception sur le plan individuel au principe général de l'égalité devant la loi et de l'égalité des chances. En ce sens, la nécessité peut être conçue comme étant de même nature que celle à laquelle répondent les traités de minorités qui visent à assurer certaines protections et à accorder certains avantages. Il faut, d'autre part, savoir si le traitement différencié est ou non préjudiciable à la dignité de l'individu » (224).

Ces deux ordres de considérations permettent de le reprendre et de classer une série de termes auxquels nous l'avons confronté jusqu'ici.

D'abord, un certain nombre de critères se rattachent à une idée de rationalité, de calcul, d'efficacité, et ce en dehors de toute considération concrète liée aux conséquences sur la situation des personnes intéressées. On a ainsi un axe que l'on peut grossièrement schématiser comme suit pour les besoins de l'exposé :

(221) V., dans cette perspective, C.E.D.H., Affaire *H. c. Royaume-Uni*, *Série A, n° 120*, Avis de la Commission, § 120.

(222) V. les exemples exposés ci-dessus, § 459.

(223) V. *supra*, section 1 du présent chapitre.

(224) C.I.J , Affaire du *Sud-Ouest africain*, *Recueil 1966*, op. diss. Tanaka, p. 309.

\+ 1 -------- 2 -------- 3 -------- 4 -------- 5 –

1 = nécessaire

2 = raisonnable

3 = équitable

4 = juste (renvoyant à justice)

5 = naturel

En termes de rationalité, le degré d'exigence est de moins en moins élevé, selon qu'une règle oblige à des « mesures nécessaires » ou à des « mesures naturelles » en vue d'un certain but.

Le « raisonnable » recouvre par ailleurs d'autres critères qui visent à assurer un équilibre entre la situation des parties, qui se rattachent plus à des considérations de justice ou d'équité qu'à une stricte rationalité. On peut cette fois proposer le schéma suivant

\+ 1 -------- 2 -------- 3 -------- 4 -------- 5 –

1 = équitable

2 = juste (renvoyant à justice)

3 = raisonnable

4 = naturel

5 = nécessaire

Dans l'optique du respect d'une égalité, une règle prescrivant des « mesures équitables » est plus exigeante que si elle prescrit des « mesures nécessaires » pour atteindre un but indiqué par ailleurs.

463. L'intérêt de ces comparaisons est de préciser le sens du « raisonnable » tel que nous l'avons délimité à l'issue d'une analyse consacrée à son « sens ordinaire ». Nous venons de constater une certaine dualité de perspectives inhérente à la notion, dualité dont nous poursuivrons l'analyse dans les chapitres suivants. Nous avons par ailleurs insisté sur l'importance du contexte d'énonciation, qui, nous l'avons vu en commençant cette section, peut donner lieu à d'importants aménagements de significations. Par ailleurs, nos derniers développements ont incidemment montré l'importance que revêtent l'objet et le but de la règle dans le cadre de laquelle l'adjectif s'inscrit. Nous touchons là à l'analyse d'autres moyens d'interprétation de droit international, analyse qui fera l'objet de la section suivante.

SECTION 3. — LES ÉLÉMENTS DÉCOULANT DES AUTRES MOYENS D'INTERPRÉTATION

464. Dans son énumération des moyens d'interprétation, la Convention de Vienne reprend, outre le sens ordinaire et le contexte, le principe de l'interprétation de bonne foi en fonction de l'objet et du but de la règle, la prise en compte de la pratique interprétative, de l'ensemble des règles du droit international, ainsi que le recours aux moyens complémentaires que constituent les travaux préparatoires et les circonstances dans lesquelles le traité a été conclu (1). D'autres moyens ne sont pas reproduits tels quels dans la Convention mais ressortent de la jurisprudence (2). Citons la règle de l'effet utile ou encore le principe *contra proferentem* (3).

Nous ne reprendrons pas ces moyens un à un et de manière méthodique. Ce qui nous importe à ce stade, c'est de confirmer et de compléter la méthode de définition du « raisonnable » obtenue à la suite d'une analyse du sens ordinaire de la notion et précisée à l'aide de comparaisons contextuelles. Nous analyserons ainsi essentiellement le recours à l'objet et au but de la règle (A) et à la pratique interprétative des parties (B) qui, nous le constaterons, revêtent une importance particulière dans la méthode de définition du « raisonnable » qui prévaut dans le discours juridictionnel international. Nous terminerons en évoquant brièvement les moyens complémentaires d'interprétation (C).

A. — *La prise en compte de l'objet et du but de la règle*

465. Lorsque nous avons insisté sur le caractère strictement juridique de la définition du « raisonnable », nous avons déjà relevé que le juge se référait à des moyens juridiques d'interprétation, parmi lesquels l'objet et le but de la règle en cause, pour donner un

(1) Rappelons que l'ensemble des moyens a évidemment été conçu comme relevant d'un processus unique ; v. les références aux discussions qui se sont déroulées au sein de la C.D.I. *supra*, Chapitre I, section 1, ainsi que les commentaires de Serge SUR, *L'interprétation en droit international public*, Paris, L.G.D.J., 1974, pp. 270 et s.

(2) La règle de l'effet utile est par exemple généralement considérée comme découlant du principe de la prise en compte de l'objet et du but de la convention ; v. Mustapha Kamil YASSEEN, « L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le droit des traités », *R.C.A.D.I.*, 1976-III, t. 151, pp. 73 et s. not. les références citées aux travaux de la C.D.I.

(3) Pour des références relatives à ces principes, on se reportera *supra*, Chapitre I, section 1.

contenu à la notion dans un cas particulier (4). L'exemple classique en la matière est la notion de délai raisonnable de jugement contenue d'une part dans l'article 5 § 3, d'autre part dans l'article 6 § 1er de la Convention européenne des droits de l'homme. La jurisprudence de la C.E.D.H. montre en effet qu'un même délai peut être qualifié de raisonnable au sens de l'article 6, mais de déraisonnable au sens de l'article 5 (5). Cette différence s'explique essentiellement par l'objet et le but des dispositions en cause. Dans le premier cas, l'objectif est d'assurer à toute personne jugée le droit d'obtenir une décision dans un délai raisonnable afin de ne pas subir les désagréments psychologiques, et éventuellement matériels, d'une attente de l'issue de l'instance. Dans le second, l'objectif est différent puisque, la personne étant momentanément privée de sa liberté, le désagrément causé par l'attente est beaucoup plus grave encore, de sorte que l'on apprécie plus strictement la manière dont sont conduites les procédures judiciaires (6). On constate que le terme de « raisonnable » recouvrira des solutions très diverses essentiellement sur base de la différence d'objectif que recèle la règle dans laquelle il prend place.

466. On pourrait multiplier les exemples.

Pour rester dans le domaine du « délai raisonnable », la jurisprudence européenne prend aussi en compte l'objectif de la règle pour justifier des conclusions très diverses dans le cadre d'un seul et même article de la Convention. Le cas de l'article 6 est à cet égard révélateur. On peut ainsi penser à toutes les affaires où la C.E.D.H. apprécie très strictement le caractère raisonnable du délai de jugement lorsque l'enjeu du litige est fondamental pour le requérant. Ainsi, une diligence particulière des autorités sera requise lorsque

(4) V. *supra*, Chapitre V, section 1, § 316.

(5) Pour des références précises, on se reportera *supra*, § 316.

(6) V. p. ex. la distinction opérée par la Cour dans C.E.D.H., Affaire *Stögmüller*, *Série A, n° 9*, 10 novembre 1969, § 5 ; v. aussi C.E.D.H., Affaire *Wemhoff*, *Série A, n° 7*, 27 juin 1968, § 5 ; v. à ce sujet Jacques Velu et Rusen Ergec, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1990, n° 343 et, des mêmes auteurs, « La notion de 'délai raisonnable' dans les articles 5 et 6 de la Convention européenne des droits de l'homme — Essai de synthèse — », *R.T.D.H.*, 1991, p. 159 ; Michèle Picard et Patrick Titiun, « Commentaire de l'article 5 § 3 », *in* L.E. Pettiti, E. Decaux et P.H. Imbert (sous la direction de), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1995, pp. 220-221 ; G. Sperduti, « De la notion de 'délai raisonnable' qualifiant la durée de la détention préventive selon l'article 5, § 3 de la Convention européenne des droits de l'homme », *R.D.H.*, 1975, p. 867 ; Pierre Lambert, « Les notions de 'délai raisonnable' dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *R.T.D.H.*, 1991, p. 6.

« tout retard dans la procédure risque de trancher en fait, avant les débats, la question dont le tribunal se trouve saisi » (7).

L'hypothèse se rencontre dans le cas de personnes blessées (8) ou, plus généralement, dont l'état de santé prête à préoccupation. Les cas les plus remarquables concernent des requérants atteints du virus du sida, dans lesquels la Cour a taxé de déraisonnable des délais habituellement admis (9) sur la base suivante :

« Avec la Commission, la Cour estime que l'enjeu de la procédure litigieuse revêtait une importance extrême pour le requérant, eu égard au mal incurable qui le minait et à son espérance de vie réduite : séropositif lors de l'introduction de son recours préalable devant le ministre et la saisine du tribunal, il avait évolué vers le SIDA avéré [...]. *Tout retard risquait donc de priver d'objet utile la question à trancher par le tribunal.* Bref, une diligence exceptionnelle s'imposait en l'occurrence, nonobstant le nombre des litiges à traiter, d'autant qu'il s'agissait d'un débat dont le gouvernement connaissait les données depuis plusieurs mois et dont la gravité ne pouvait lui échapper » (10).

L'expression soulignée se retrouve dans le rapport de la Commission, et n'est par ailleurs pas restée sans lendemain (11). Dans l'affaire *Vallée c. France*, qui concernait une autre personne hémophile infectée par le virus du sida, la Cour a jugé de la même manière et a repris les mêmes motifs (12). La même conclusion peut être tirée à propos de l'affaire *Karabaya c. France*, jugée le 26 août 1994 (13). La jurisprudence n'est évidemment pas limitée aux personnes séropositives (14).

Dans toutes ces hypothèses, c'est bien le but de la règle interprétée qui représente le facteur primordial permettant de donner un contenu au caractère raisonnable du délai (15).

(7) Affaire *H. c. Royaume Uni*, 8 juillet 1987, *Série A, n° 120-B*, § 85.

(8) C.E.D.H., Affaire *Martins Moreira*, 26 octobre 1988, *Série A, n° 143*, § 59.

(9) Dans l'affaire *X c. France*, le délai était de moins de deux ans. A titre de comparaison, la Cour a admis un délai de plus de 4 ans dans une situation de détention préventive, pour laquelle la jurisprudence est théoriquement plus stricte, v. C.E.D.H., Affaire *W c. Suisse*, 26 janvier 1993, *Série A, n° 254-A*, §§ 29 et s.

(10) Nous soulignons ; C.E.D.H., Affaire *X c. France*, 31 mars 1992, *Série A, n° 234-C*, §§ 32, 44 et 47.

(11) *Ibid.*, Avis de la Commission, § 49.

(12) C.E.D.H., 26 avril 1994, *Série A, n° 289*, §§ 34 et 47.

(13) C.E.D.H., *Série A, n° 289-B*, § 43.

(14) C.E.D.H., Affaire *Abdoella c. Pays-Bas*, 25 novembre 1992, *Série A, n° 248-A*, § 24.

(15) On a d'ailleurs relevé de manière générale l'importance du critère de l'objet et du but dans la jurisprudence de la C.E.D.H. ; v. p. ex. Walter GANSHOF VAN DER MEERSCH, « le caractère autonome des termes et la marge d'appréciation des gouvernements dans l'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme », *in Mélanges Wiarda*, Cologne, Carl Heymanns, p. 202 ; Heribert GOLSONG, « Interpreting the European Convention on Human Rights Beyond the Confines of the Vienna Convention on the Law of Treaties », *in* R.St. MACDONALD, F. MAT-

467. Les précédents recouvrent en réalité l'ensemble de la jurisprudence internationale.

Ainsi, dans tous les cas où un « délai raisonnable » est prévu dans une règle, que celle-ci soit conventionnelle ou coutumière, c'est le but de la règle qui dictera son appréciation. Dans l'affaire du *Temple de Préah Vihéar*, lorsque la Cour considère que le silence de la Thaïlande consécutif à la réception de la carte plaçant le temple en territoire cambodgien se poursuit au-delà d'un délai raisonnable (16), c'est par rapport à l'objet de la règle qui est de déterminer les prétentions respectives des parties sur le territoire formant l'objet du litige. C'est bien au vu de cet objectif que le silence ne peut être interprété que comme un consentement à la revendication du Cambodge.

Lorsque la jurisprudence considère que le montant d'une réparation doit être raisonnable, c'est au regard du but de l'institution, qui est de rétablir la situation qui aurait existé en l'absence de violation de la règle primaire. Dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, le montant raisonnable est déterminé sur base d'une évaluation des coûts de reconstruction du matériel endommagé, en particulier le *Saumarez* et le *Vollage* (17).

L'obligation de déployer une « diligence raisonnable » doit s'apprécier au regard de son but, qui est tantôt la protection des étrangers, tantôt la protection de personnes bénéficiant d'un statut spécifique, comme les diplomates (18).

On pourrait poursuivre l'aperçu d'une jurisprudence déjà analysée sous d'autres angles. On constate que l'objet et le but de la règle primaire en cause sont des critères fondamentales pour l'interprétation de la notion.

468. A cet égard, il faut rappeler le principe selon lequel une interprétation ne sera admise que si elle n'aboutit pas à un résultat

---

SCHER, H. PETZOLD (sous la direction de), *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, p. 148 ; v. aussi F. MATSCHER, « Methods of Interpretation of the Convention », *in The European System..., ibid.*, pp. 68 et s. ; Olivier JACOT-GUILLARMOD, « Règles, méthodes et principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *in La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article, op. cit.*, p. 45.

(16) C.I.J., *Recueil 1962*, pp. 23 et s. ; v. le commentaire de ce passage *supra*, Chapitre II, section 2.

(17) C.I.J., *Recueil 1949*, p. 249.

(18) Pour des exemples particuliers, on se reportera aux nombreuses références *supra*, Chapitre II, section 2.

déraisonnable. Comme nous l'avions constaté lors de l'examen de la place du « raisonnable » dans l'interprétation, ce résultat s'apprécie en premier lieu par rapport au but de la règle (19). C'est bien dans cette perspective que les premiers projets de la Commission du droit international codifiant le principe du résultat déraisonnable reprenaient expressément le critère du but, sa suppression ne s'expliquant que par la circonstance que d'autres éléments peuvent aussi être pris en compte (20). En tout état de cause, un lien entre le résultat déraisonnable d'une interprétation et le but de la règle interprétée a bien été reconnu de manière générale comme la démarche principale à effectuer.

469. La référence à l'objet et au but d'une règle, si elle constitue un guide utile, est évidemment loin de résoudre toutes les questions d'interprétation. Ainsi, il se peut fort bien que la règle recouvre plusieurs objectifs apparemment divergents. Lorsque la jurisprudence de la C.E.D.H. exige que soit établi un « rapport raisonnable de proportionnalité » entre des mesures restrictives des droits de la personnes et certains buts légitimes (21), la notion renvoie à un objectif ambivalent. D'un côté, il s'agit de protéger la vie privée, la liberté d'expression, d'association, ou encore le droit de propriété d'un individu particulier (22). De l'autre, les actes répondent à des impératifs s'apparentant à la défense des droits de la collectivité représentés par l'État (23). En semblable hypothèse, l'objet et le but de la règle renvoient à deux objectifs qui ne peuvent être réalisés simultanément que grâce à un subtil équilibre qui dépendra des circonstances de chaque espèce.

470. On peut dans ce contexte opérer un lien avec certains critères dégagés à l'analyse du sens ordinaire de « raisonnable », et en particulier le critère de l'équilibre, qui doit lui-même être intégré dans l'élaboration d'un standard de comportement issu d'une idéalisation de toutes les circonstances de la cause (24). L'objet et le but de la règle doivent ainsi présider à l'élaboration de la norme de référence. Si on reprend l'exemple du « délai raisonnable » de jugement

(19) V. *supra*, Chapitre I, section 1, § 46.
(20) V. *supra*, § 46 et les références citées.
(21) Voy. les nombreux exemples particuliers *infra*, Chapitre VII.
(22) V. resp. les articles 8, 10, 11 et 1 du premier protocole de la Convention.
(23) V. les pouvoirs de restriction prévus dans le cadre de buts énumérés dans les articles précités de la Convention.
(24) V. la section 1 du présent chapitre.

lorsque le requérant est atteint du virus du sida, la norme devra représenter le délai normal à respecter dans des circonstances similaires. Le but de la règle, qui est d'assurer effectivement au requérant le concours de la justice, transcendera indéniablement toute l'élaboration. On pourrait reprendre un à un les exemples exposés et leur appliquer ce que nous avons appelé la « méthode de la mesure » (25). A chaque fois, la prise en compte de l'objet et du but interviendrait dans l'élaboration de la mesure comme étalon.

471. La doctrine qui s'est penchée sur la définition à donner au « raisonnable » par l'intermédiaire d'autres pistes de réflexion s'accorde également à reconnaître l'importance de l'objet et du but de la règle pour interpréter la notion.

Ainsi, les auteurs de droit international se sont appuyés sur la pratique pour démontrer que le « raisonnable » était utilisé pour préciser, compléter voire dépasser un sens littéral d'une norme au nom de l'objectif de cette norme. Plusieurs exemples jurisprudentiels et doctrinaux ont été analysés antérieurement et ne seront pas repris à ce stade (26). Il suffit de souligner l'importance du critère téléologique dans la définition de la notion.

En théorie du droit, plusieurs auteurs ont également mis l'accent sur ce critère. Pour caractériser le contenu du « raisonnable », Chaïm Perelman prend, pour illustrer le concept d'une interprétation raisonnable, comme situation hypothétique une interdiction d'entrée dans un endroit public, surveillé par un agent de la force publique (27). Si les chiens sont interdits et qu'un ours se présente, il est vraisemblable que l'entrée lui sera refusée. Dans une autre hypothèse, si tous les véhicules sont interdits et qu'une ambulance se présente afin d'évacuer une personne en danger à l'intérieur du parc, elle obtiendra certainement l'autorisation de s'y rendre. Dans les deux cas, la lettre de l'interdiction est dépassée grâce à la prise en compte de son objectif, qui dicte une interprétation raisonnable.

(25) Voy. *supra*, § 422 et s.

(26) V. *supra*, Chapitre I, section 1re.

(27) V. « A propos de la règle de droit. Réflexions de méthode », *in* Ch. PERELMAN (sous la direction de), *La règle de droit*, Travaux du C.N.R.L., Bruxelles, Bruylant, 1971, p. 315 et « Science du droit et jurisprudence », *in Éthique et droit*, Bruxelles, Ed. U.L.B., 1990, pp. 499-500 ; v. aussi un autre exemple similaire dans « Droit, logique et épistémologie », *in Le raisonnable et le déraisonnable en droit*, Paris, L.G.D.J., 1984, p. 61. Nous nous sommes permis d'adapter l'exemple à notre propos.

Plus généralement, le raisonnable est unanimement considéré comme ce qui est apte à recouvrir tant la lettre que l'esprit d'une norme. Il ne s'agit en réalité qu'une des manifestations du critère de l'« approprié » qui, comme nous l'avons souligné, prescrit la prise en compte de toutes les conséquences concrètes de l'application de la règle (28).

472. En conclusion, tant la pratique que la théorie placent la notion d'objet et de but au centre de la méthode de détermination du contenu du raisonnable. Cet enseignement doit être intégré dans la méthode dégagée dès l'analyse du sens ordinaire du raisonnable. Il dictera également, comme nous le verrons dans les chapitres qui suivent, les contours d'autres méthodes d'interprétation de la notion (29).

B. — *La prise en compte de la pratique comme moyen d'interprétation*

473. C'est surtout la C.E.D.H. qui, dans le cadre de dispositions contenant expressément le terme, s'est référée à la pratique pour donner un contenu au « raisonnable ». La détermination d'un « délai raisonnable » au sens des articles 5 § 3 ou 6 § 1er de la Convention a ainsi donné lieu à l'utilisation de ce critère de diverses façons.

D'un côté, la pratique peut constituer un paramètre dont ne peuvent s'écarter exagérément les États parties. Dans l'affaire *Toth*, la Cour relève que le rythme de l'instruction a souffert de retards dus à la communication de dossiers. L'État aurait pourtant pu éviter ces lenteurs en envoyant des copies, « ce qui se fait dans d'autres États du Conseil de l'Europe » ; l'article 5 § 3 n'a donc pas été respecté (30). Dans cet exemple, le contenu du caractère raisonnable du délai a bien été déterminé en fonction de la pratique interprétative des États parties à la Convention (31). Certains juges ont d'ailleurs considéré qu'il importait de fixer une limite déterminée à partir de la pratique des États membres du Conseil de l'Europe, au-delà de laquelle aucun État ne pourrait prétendre que le délai de

(28) V. la section 1re ci-dessus, §§ 409 et s.

(29) V. les chapitres VII et VIII.

(30) C.E.D.H., *Série A, n° 224*, 12 décembre 1991, § 77.

(31) Il ne peut évidemment s'agir de la pratique d'un seul des États membres ; v. à ce sujet les réserves de Rusen Ergec et Jacques Velu, « La notion de 'délai raisonnable' dans les articles 5 et 6 de la Convention européenne des droits de l'homme — Essai de synthèse — », *loc. cit.*, p. 149.

jugement est raisonnable, quelles que soient les circonstances de la cause (32).

D'un autre côté, la Cour refuse d'établir un « délai raisonnable » par référence à une moyenne observée dans tous les États du Conseil de l'Europe. Ainsi, à un Gouvernement qui invoquait semblable moyenne pour justifier la longueur d'une procédure, la Cour rétorque que

> « Pareil argument, du reste non accompagné de données précises, ne saurait convaincre. Il pourrait aboutir à l'acceptation de pratiques contestables mais suffisamment générales, tandis que selon la jurisprudence de la Cour il faut tenir compte des circonstances de chaque espèce et, en tout cas, veiller au respect de l'article 6 § 1 de la Convention » (33).

L'interprétation de l'article 3 du Protocole I de la Convention, prescrivant notamment l'organisation d'élections à des « intervalles raisonnables », a également donné lieu à l'utilisation de la pratique interprétative pour justifier un régime électoral particulier (34). Rappelons à ce sujet que la doctrine considère au sujet de la longueur des intervalles qu'« il s'agit naturellement de se conformer aux usages normaux des États démocratiques [...] » (35). Enfin, le pouvoir de restriction de certains droits est occasionnellement jugé par des références à la pratique (36).

474. Ce moyen d'interprétation apparaît encore dans la jurisprudence concernant d'autres dispositions où le « raisonnable » occupe une place importante.

Ainsi, amenée à juger de la compatibilité de mesures défavorisant les enfants nés hors mariage avec l'article 14 de la Convention qui interdit la discrimination — entendue comme une distinction manquant de base objective et raisonnable — la Cour rappelle

> « [...] que la Convention est un instrument vivant, à interpréter à la lumière des conditions actuelles. Or les États membres du Conseil de l'Europe attachent de nos jours de l'importance à l'égalité, en matière de droits de caractère civil,

(32) C.E.D.H., Affaire *Wemhoff, Série A, n° 7*, 27 juin 1968, op. diss. Zekia ; Affaire *Matznetter, Série A, n° 10*, 10 novembre 1969, op. diss. Cremona. La Cour s'est refusée à aller aussi loin dans cette voie. Elle se contente de prendre la pratique en compte pour refuser des délais excessifs même s'ils paraissent justifiés par les circonstances à première vue ; v. *infra*, Chapitre VII, section 2.

(33) C.E.D.H., Affaire *Martins Moreira, Série A, n° 143*, 26 octobre 1988, § 54.

(34) C.E.D.H., Affaire *Mathieu-Mohin et Clerfayt, Série A, n° 113*, 2 mars 1987, § 57.

(35) Silvio Marcus Helmons, « Commentaire de l'article 3 du premier Protocole », *in La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article, op. cit.*, p. 1016.

(36) Voy. p. ex. C.E.D.H., Affaire *Cosado Coca, Série A, n° 285*, 24 février 1994, § 54.

entre enfants issus du mariage et nés hors mariage. En témoigne la Convention européenne de 1975 sur le statut juridique des enfants nés hors mariage, qui lie présentement 9 d'entre eux [dont l'État défendeur]. Seules donc de très fortes raisons pourraient amener à estimer compatible avec la convention une distinction fondée sur la naissance hors mariage » (37).

Dans une autre affaire relative à une distinction opérée entre une mère et son mari pour les délais relatifs à la contestation d'une filiation paternelle d'un enfant né hors mariage, la Cour reconnaît que chaque État dispose d'une marge d'appréciation, mais ajoute que celle-ci varie selon les circonstances, les domaines et le contexte et que « la présence ou l'absence d'un dénominateur commun aux systèmes juridiques des États contractants, peut constituer un facteur pertinent à cet égard » (38). En l'espèce, les mesures incriminées ne diffèrent guère de celles qui sont prises dans d'autres États membres, où « la situation respective de la mère et du mari obéit à des règles dissemblables » ; la Cour en déduit que l'article 14 n'a pas été violé. Ces précédents, auxquels on pourrait en ajouter d'autres (39), sont significatifs. Le caractère objectif et raisonnable d'une distinction s'apprécie à l'aune d'un standard formé sur base de la pratique, sans que ce standard représente un critère absolu, la Cour laissant la porte ouverte à une adaptation exigée par les circonstances de la cause.

Un autre champ d'application similaire est l'appréciation de mesures « nécessaires dans une société démocratique » à la poursuite de certains buts énumérés, qui se confond avec le respect d'un « rapport raisonnable de proportionnalité » entre les moyens employés et l'objectif poursuivi (40). Le concept même de « société démocratique » renvoie à une norme induite de la pratique des États du Conseil de l'Europe (41). La Cour prend dès lors en compte les normes existant au sein des États parties à la Convention dans les matières concernées, tout en précisant que chacun d'eux dispose

(37) C.E.D.H., Affaire *Inze, Série A, n° 126*, 28 octobre 1987, § 41.

(38) C.E.D.H., Affaire *Rasmussen, Série A, n° 87*, 28 novembre 1984, § 40 ; v. aussi § 41.

(39) C.E.D.H., Affaire *Marckx, Série A, n° 31*, 13 juin 2979, § 33 ; Affaire *Lithgow et autres, Série A, n° 102*, 8 juillet 1986, Avis de la Commission, § 374 ; v. aussi C.E.D.H., Affaire du *Sunday Times, Série A, n° 30*, 26 avril 1979, § 59.

(40) V. les nombreuses références *supra*, Chapitre II, section 2, § 104.

(41) V. p. ex. les affirmations très générales de la Cour sur ce qui est requis dans une société démocratique ; C.E.D.H., Affaire *Castells, Série A, n° 236*, 23 avril 1982, §§ 43 et 46 ; v. aussi Vincent COUSSIRAT-COUSTÈRE, Commentaire de l'article 10 § 2 *in La Convention européenne des droits de l'homme, op. cit.*, p. 398.

d'un pouvoir d'appréciation apte à réaliser l'équilibre qu'il juge approprié aux circonstances de l'espèce (42).

Dans la même perspective, lorsque la Cour a estimé que l'article 8 de la Convention obligeait les États à adopter des « mesures raisonnables » protégeant le droit à la vie privée, elle s'est référée à la pratique pour apprécier quelles mesures étaient généralement prises par les États dans les circonstances similaires à celles de la cause (43).

On pourrait multiplier les exemples. La pratique est fréquemment utilisée de manière à apprécier le contenu de certaines notions laissant une marge d'appréciation aux États, sans que le critère ne puisse s'imposer de manière absolue (44).

475. Cette ambivalence a aussi été mise en exergue par la doctrine qui s'est penchée sur les notions à contenu variable.

D'un côté, ces notions laissent par définition à l'interprète une infinité de possibilités. Certains sémiologues ont montré que, même moyennant le respect d'une certaine cohérence, la mise en œuvre d'un processus interprétatif pouvait aboutir à une signification qui n'a plus rien de commun avec le texte initial. Umberto Eco donne un exemple formalisé (45). Si un texte est symbolisé par la séquence ABCD, on pourra avancer une interprétation consistant à reformuler une séquence BCDE, celle-ci pouvant à son tour être interprétée comme signifiant CDEF, et ainsi de suite, de sorte qu'on obtiendra DEFG et, enfin, EFGH. Chaque passage d'une étape à l'autre est cohérent, puisque les mêmes propriétés sont reprises, moyennant un léger aménagement, mais la première et dernière séquence n'ont plus de propriété commune. Cet exemple montre que les possibilités d'interprétation de notions à contenu variable sont théoriquement illimitées. La prise en compte d'une norme fondée sur la pratique apparaît comme une possibilité de limiter le phénomène. Pour reprendre les termes de Umberto Eco,

(42) Voy. not. C.E.D.H., Affaire *Eriksson, Série A, n° 156*, 22 juin 1989, § 69 ; Affaire *Observer et Guardian, Série A, n° 216*, 26 novembre 1991, § 59 ; Affaire *Open Door et Dublin Well Woman, Série A, n° 246*, 29 octobre 1992, § 68. V. par ailleurs Jacques VELU et Rusen ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme, op. cit.*, p. 152, n° 195 et Olivier JACOT-GUILLARMOD, « Règles, méthodes et principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *loc. cit.*, p. 47 et R.St. MACDONALD, « The Margin of Appreciation », *in The European System for the Protection of Human Rights, op. cit.*, p. 105 ; v. aussi pp. 107-108.

(43) C.E.D.H., Affaire *Powell et Rayner, Série A, n° 172*, 21 juillet 1990, § 44.

(44) V. encore, concernant l'article 3 de la Convention (interdiction de la torture, des traitements inhumains et dégradants), C.E.D.H., Affaire *Soering, Série A, n° 161*, 7 juillet 1989, § 102.

(45) *Les limites de l'interprétation*, Paris, Grasset, 1992, pp. 372-373.

« [...] l'interprétation n'est pas issue de la structure de l'esprit humain mais de la réalité construite par la sémiosis. En tout cas, dès que la communauté s'est accordée sur une interprétation donnée, on a la création d'un signifié qui, s'il n'est pas objectif, est du moins *intersubjectif* et est, de toute façon, privilégié par n'importe quelle autre interprétation obtenue sans le consensus de la communauté » (46).

En théorie du droit, Chaïm Perelman considère aussi que le contenu du raisonnable dépend de l'accord de la communauté (47), et est suivi par plusieurs auteurs, notamment en droit international (48). Dans tous ces cas, c'est la pratique qui fournit un critère permettant de préciser le sens d'une notion « à contenu variable ».

D'un autre côté, personne ne présente la pratique comme un élément réellement contraignant, puisque le contenu de telles notions dépend par définition des circonstances de l'espèce. Il suffit de se reporter aux définitions que l'on retrouve dans les dictionnaires juridiques pour se rendre compte de la relativité de tout critère général (49).

476. Cette ambivalence peut parfaitement se comprendre si on replace le critère de la pratique dans le cadre de ce que nous avons appelé la « méthode de la mesure », dégagée à partir d'une analyse du sens ordinaire du « raisonnable » (50). On se rappellera que la pratique est utilisée pour élaborer la mesure comme étalon, la norme à l'aune de laquelle est appréciée le caractère raisonnable de l'acte en cause. Il s'agit en principe de la pratique générale, recouvrant l'ensemble de la communauté envisagée, et qui seule permet de formuler un sens ordinaire distinct du sens naturel par son caractère intersubjectif (51). En tant que moyen d'interprétation, la pratique intervient cependant à un second stade, puisque, conformément aux principes admis en droit international, elle se limite à la pratique des États parties à l'instrument dans lequel on retrouve le raisonnable (52). Ainsi délimitée, elle permettra d'élaborer une norme plus précise qui, on s'en rappellera également, devra déjà

(46) *Les limites de l'interprétation*, *op. cit.*, p. 382.

(47) V. not. Chaïm PERELMAN, « Le raisonnable et le déraisonnable en droit », *in Le raisonnable et le déraisonnable en droit*, Paris, L.G.D.J., 1984, p. 19 et, du même auteur, « Ontologie juridique et sources du droit », *ibid.*, p. 43.

(48) V. Jean SALMON, « Le concept de raisonnable en droit international public », *in Mélanges Paul Reuter*, Paris, Pédone, 1982, pp. 448-449.

(49) V. les références reproduites *supra*, section 1re du présent chapitre, §§ 390 et s.

(50) V. la section 1re ci-dessus, §§ 422 et s.

(51) V. *supra*, section 2 ci-dessus, les liens avec « naturel » et « ordinaire », §§ 454-458.

(52) V. l'article 31, § 3 de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

intégrer l'ensemble des circonstances de la cause sous forme d'une idéalisation : on se demandera dans les exemples mentionnés quels sont les délais normalement suivis dans des circonstances qui correspondent à celles de la cause, ou quelles sont les mesures normalement aptes à poursuivre les buts légitimes énumérés dans la Convention.

477. En définitive, la pratique revêt une importance fondamentale dans l'interprétation du « raisonnable ». On la retrouve utilisée explicitement par des juridictions qui ont interprété en profondeur des règles contenant le terme en cause. Elle l'est plus indirectement par les juridictions internationales qui n'ont fait qu'aborder occasionnellement la question, comme en témoignent les exemples jurisprudentiels mentionnés dans les sections précédentes qui renvoient à la pratique. Comme dans le cas de toute notion à contenu variable, elle seule permet de poser une limite aux interprétations unilatérales. Correctement utilisée, elle doit se limiter aux actes des États parties à la règle interprétée démontrant un accord sur un standard à respecter en application de la convention en cause (53).

C. — *La prise en compte des moyens complémentaires d'interprétation*

478. Les moyens complémentaires d'interprétation sont essentiellement, aux termes de la convention de Vienne, les travaux préparatoires ainsi que les circonstances dans lesquelles le traité a été conclu. Ces moyens sont peu utiles pour interpréter des notions comme le « raisonnable ». Il est significatif de constater que le juge n'y fait jamais appel dans cette perspective. Si les travaux préparatoires sont occasionnellement utilisés pour interpréter certaines dispositions dans lesquelles on retrouve le « raisonnable », ils ne servent jamais à préciser la signification du terme lui-même (54).

(53) Voy. encore nos développements *infra*, Chapitre VIII, section 2.

(54) Il est significatif de relever que la C.E.D.H. ne recourt que rarement aux travaux préparatoires d'une convention qui comprend de nombreuses notions à contenu variable ; v. Olivier JACOT-GUILLARMOD, « Règles, méthodes et principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *loc. cit.*, pp. 46-47 et, incidemment, Louis-Edmond PETTITI, « Réflexions sur les principes et les mécanismes de la Convention. De l'idéal de 1950 à l'humble réalité d'aujourd'hui », *in La Convention européenne...*, *op. cit.*, p. 28 ; F. MATSCHER, « Methodes of Interpretation of the Convention », *loc. cit* , p. 66.

479. Le constat n'est guère étonnant si l'on se réfère aux travaux préparatoires que nous avons nous-mêmes consultés. Ces documents donnent en effet extrêmement peu d'éléments de définition.

Lors des discussions présidant à l'élaboration de la Convention européenne des droits de l'homme, le droit à des élections à des « intervalles raisonnables » a été perçu comme requérant la tenue d'élections « régulièrement » ou « périodiquement ». Quant à la longueur de l'intervalle, la seule précision est qu'« il y a lieu d'entendre des intervalles ni trop longs, ni trop courts » (55).

Pour le reste, et à l'une ou l'autre exception près (56), les travaux préparatoires, et plus largement les circonstances dans lesquelles le traité est conclu, servent bien plus à préciser les fonctions de l'utilisation du « raisonnable » qu'à en déterminer le contenu. C'est d'ailleurs en ce sens que nous avons utilisé précédemment plusieurs extraits pertinents (57).

480. A cet égard, on se rappellera que les fonctions tant techniques (comme l'adaptation) qu'idéologiques (comme l'occultation des contradictions primitives) sont incompatibles avec la détermination d'un contenu précis dès l'origine (58). Au contraire, elles supposent le maintien d'une marge d'appréciation importante pour les utilisateurs. Dans ce contexte, la recherche dans les travaux préparatoires ou les circonstances entourant la conclusion d'éléments définitionnels est vaine. Tout au plus pourrait-on y déceler soit la confirmation de certains critères relevant du sens ordinaire (comme la modération), soit l'existence de certaines limites au pouvoir d'appréciation à travers les revendications maximales des parties. Pour le reste, ces moyens d'interprétation servent essentiellement à préciser l'objet et le but de l'introduction de la notion à travers l'affinement de ses fonctions aux yeux des États qui ont choisi de l'introduire dans la règle primaire.

---

(55) Voy. *Recueil des travaux préparatoires de la Convention européenne des droits de l'homme*, Conseil de l'Europe, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 8 volumes, 1975 à 1985 (selon les volumes) ; Vol. III, p. 265.

(56) Le critère de modération se retrouve par exemple dans les discusssions relatives à une proposition du C.I.C.R. requérant des États parties au Premier Protocole aux Conventions de Genève de 1949 de prendre « toutes les dispositions raisonnables » pour éviter des pertes civiles, expression non retenue dans le texte final. Voy. les propos du délégué canadien, Vol. XV, p. 202, § 16.

(57) V. *supra*, Chapitre III, section 1, §§ 133 et 147.

(58) Voy. *supra*, Chapitre III.

481. En définitive, c'est essentiellement la prise en compte de l'objet et du but ainsi que de la pratique interprétative qui permet de préciser le contenu du « raisonnable » par une intégration dans la méthode de la mesure issue du sens ordinaire de la notion. L'élaboration du standard de référence suppose en effet l'intégration de ces deux moyens d'interprétation selon les modalités décrites ci-dessus. En revanche, l'analyse des moyens complémentaires est par définition d'un secours limité.

Conclusion

482. Nous avons tenté dans les lignes qui précèdent de dégager, à partir du discours juridictionnel international, des critères permettant de conférer un contenu au « raisonnable » dans une situation particulière. Ces critères sont désignés comme des critères « de fond », qui se distinguent des critères formels en ce qu'ils concernent essentiellement le contenu du discours juridictionnel, et non sa seule forme. Faut-il en déduire qu'il s'agit de critères fondés sur des valeurs (1), par opposition à des critères procéduraux ? En réalité, c'est plus le fait que la valeur qui est à la base de la détermination du raisonnable. En effet, de deux choses l'une :

— soit les États ont précisé conventionnellement ce qu'il fallait entendre par « raisonnable » dans la règle primaire qui le contient ; c'est l'hypothèse — exceptionnelle il est vrai — d'une définition contextuelle expresse ; dans ce cas, il suffira de consacrer le fait juridique que représente la volonté des parties ;

— soit les États n'ont rien précisé dans la règle où est énoncé le « raisonnable » ; dans ce cas, la méthode que nous avons dégagée consiste à élaborer un étalon qui renvoie au fait, que ce soit directement lorsqu'on procède à une idéalisation des circonstances de l'espèce afin de déterminer ce qui se produit le plus fréquemment dans la pratique en pareil cas, ou indirectement lorsque les États ont donné des éléments permettant d'établir cet étalon dans d'autres instruments que celui dans lequel on retrouve le « raisonnable ». Nous reviendrons sur cette dernière

(1) Par « valeur », on peut entendre ce qui ne se réfère pas à des faits simplement observables, mais plutôt des « entités qui appartiennent au monde des fins de l'action humaine, du domaine du devoir-être » ; Valentin Petev, « Jugement juridique et jugement moral », *A.P.D.*, tome XXXIX, Le procès, 1995, p. 213.

hypothèse, que l'on peut assimiler à la prise en compte d'un contexte élargi (2).

483. Les valeurs n'ont-elles dès lors aucun rôle dans la définition du « raisonnable » ? Il faut évidemment répondre par la négative. On aura relevé les choix qui jalonnent la méthode que nous avons décrite tout au long de ce chapitre, que ce soit lors de l'élaboration de la norme de comportement ou lors de son application au cas d'espèce. A ce titre, la détermination du « raisonnable » est axiologiquement marquée. Mais ces choix sont formalisés par l'intermédiaire de techniques de raisonnement aptes à les départager dans une perspective intersubjective. En d'autres termes, si, conformément aux fonctions idéologiques qui caractérisent son utilisation, le subjectivisme reste prégnant dans l'interprétation de la notion, ces choix ne seront admis dans le système juridique que s'ils s'accompagnent d'une motivation répondant à certaines exigences prêtant au contrôle (3). Le lien est ici opéré entre éléments formels et éléments de fond de définition. Comme nous le laissions déjà apparaître dans le chapitre précédent, l'essentiel pour l'interprète est de respecter certaines techniques de raisonnement qui aboutissent, au terme d'un enchaînement de justifications — de raisons — à des autorités admises dans le système considéré. Ces autorités ont été précisées tout au long de ce chapitre, et renvoient donc, directement ou indirectement, au fait, même si celui-ci formalise des valeurs (4).

484. On peut à cet égard rappeler le concept de raison procédurale en le replaçant dans une perspective historique pour mesurer son importance (5). Dans la philosophie des Anciens, la raison fonde l'être et le devoir-être, les deux notions n'étant d'ailleurs pas fondamentalement différenciées. La philosophie des Modernes voit la scission entre être et devoir-être, en même temps qu'entre raison théori-

(2) V. à ce sujet les développements *infra*, Chapitre VIII, section 2, § 607.

(3) V. not. ce sujet Jerzy WROBELWSKI, « L'interprétation en droit : théorie et idéologie », *A.P.D.*, 1972, pp. 63 et s.

(4) Voy. les réflexions de Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, Neuchâtel, 2d. de la Baconnière, 2e éd., 1988, pp. 28 et 58. On se reportera pour plus de détails à nos développements reproduits *infra*, Chapitre VIII, section 2.

(5) Les références à ce sujet sont évidemment extrêmement nombreuses, v. p. ex. Dominique DUBARLE, « Esquisse du problème contemporain de la raison », *in La crise de la raison dans la pensée contemporaine*, Paris, Recherches de philosophie, V, Desclée de Brouwer, 1960, pp. 64 et s.

que et raison pratique (6). L'aboutissement du processus ouvre une période que l'on peut qualifier de contemporaine, qui se caractérise par un désenchantement de la raison (7). De la raison pratique, en premier lieu, que l'on a mise en doute parce qu'elle ne répond plus aux critères scientifiques de vérification et d'expérimentation (8). De la raison théorique également, les sciences dites exactes étant bientôt dénoncées comme traversées de choix axiologiques par des théories récentes relevant notamment de la psychologie ou des sciences du langage (9). Ce désenchantement laissait la place à une alternative qui a pour point commun une solidarité entre sciences exactes et sciences humaines (10). Soit la raison ne fonde plus ni être, ni devoir-être ; c'est l'option de certains auteurs parfois qualifiés de postmodernistes (11). Soit la raison fonde tant l'un que l'autre, mais de manière radicalement nouvelle. C'est ici que trouve place la « raison procédurale » telle que développée par des auteurs comme Apel ou Habermas (12).

L'interprétation du « raisonnable » par les juridictions internationales se rattache plutôt, moyennant certains aménagements, à cette dernière tendance. Elle n'ouvre en effet pas la voie à des possibilités infinies de déterminations subjectives mais, tout en laissant place à une grande variété de solutions, limite la marge d'appréciation de l'interprète par le respect d'une procédure fondée à la fois sur des

(6) V. p. ex. Jean-Marc FERRY, « Raison théorique et raison pratique », *A.P.D.*, tome XXXVI, Droit et science, 1991, pp. 11 et s. ; Jürgen HABERMAS, *Raison et légitimité. Problèmes de légitimation dans le capitalisme avancé*, Paris, Payot, 1978, pp. 142 et s.

(7) Comme le relève Jean-Marc FERRY, « c'est la modernité qui s'autodétruit » ; « Raison théorique et raison pratique », *loc. cit.*, p. 13.

(8) V. à ce sujet les réflexions de Chaïm PERELMAN, « Jugements de valeur, justification et argumentation », *in Justice et raison*, Bruxelles, P.U.B., 1963, p. 234 ainsi que, avec Lucie OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation*, Bruxelles, Ed. de l'Université de Bruxelles, 5e éd., 1992, pp. 1 et s. Relevons que certains courants ont au contraire considéré que les sciences humaines étaient plus susceptibles de connaissance que les sciences de la nature ; Philippe RAYNAUD, « 'Faire' et 'connaître' dans la philosophie politique moderne », *in* P. AMSELEK (sous la direction de), *Théorie du droit et science*, Paris, P.U.F., 1994, pp. 27 et s.

(9) Voy. les références citées dans le chapitre précédent, et not. Jean-Marc FERRY, « Les limites du contextualisme », *in* M. WEYMBERG et G. HOTTOIS (sous la direction de), *Richard Rorty. Ambiguïtés et limites du postmodernisme*, Paris, Vrin, 1994, pp. 96 et s.

(10) Voy. à ce sujet René SÈVE, « Avant-propos », *A.P.D.*, tome XXXIII, La philosophie du droit aujourd'hui, 1988, p. 20 et René POIRIER, « Rationalité juridique et rationalité scientifique », *A.P.D.*, tome XXIII, Formes de rationalité en droit, 1978, pp. 11-34.

(11) V. les références reproduites *supra*, not. dans la conclusion du chapitre III.

(12) René SÈVE, « Avant-propos », *loc. cit.*, pp. 20-21 ; Jacques LENOBLE, « La théorie de la cohérence narrative en droit. Le débat Dworkin-Mc Cormick », *A.P.D.*, tome XXXIII, La philosophie du droit aujourd'hui, 1988, pp. 125-126. V. l'ensemble des références reproduites dans le chapitre V., et spéc. Jean-Marc FERRY, *Philosophie de la communication. Tome I. De l'antinomie de la vérité à la fondation ultime de la raison*, Paris, Ed. du Cerf, 1994.

techniques de raisonnement et sur des autorités juridiquement admises (13).

485. En ce sens, l'interprétation du « raisonnable » renvoie bien à la raison, à une raison dont on pourrait dire qu'elle est à la fois ambitieuse et modeste.

Ambitieuse puisqu'elle s'étend à la sphère de l'être et du devoir-être, et refuse donc de laisser les jugements de valeur dans la sphère de l'irrationnel. On se rapproche ici de l'option des philosophes de la raison pratique dont Chaïm Perelman est un des représentants les plus renommés (14). Encore que la raison que nous venons d'évoquer soit peut-être plus ambitieuse que celle prônée par le philosophe belge, dont on a remarqué la confiance parfois excessive qu'il plaçait dans la personne du juge pour corriger les rigidités ou les imperfections de la loi (15). Pour ce qui concerne le droit international, le juge est lui aussi soumis aux exigences de la raison procédurale puisqu'il devra justifier sa solution selon les mêmes critères que les premiers interprètes de la règle que sont le plus souvent les États (16).

Mais cette raison est surtout modeste, selon l'expression retenue par plusieurs auteurs (17). La solution qu'elle fonde n'est, comme nous l'avons déjà souligné, ni autoritaire, ni définitive (18). On a ainsi évoqué une raison du raisonnable par préférence à une raison

(13) Voy., outre les développements qui ont formé le chapitre V ci-dessus, Valentin PETEV, « Structures rationnelles et implications sociologiques de la jurisprudence », *A.P.D.*, 1985, p. 186.

(14) Voy. not. William KLUBACK, « Raymond Aron and Chaïm Perelman : men for the same cause », *in* G. HAARSCHER et L. INGBER (sous la direction de), *Justice et argumentation. Essais à la mémoire de Chaïm Perelman*, Bruxelles, Ed. U.L.B., 1986, not. p. 220 ; Guy HAARSCHER, « Qu'est-ce que le perelmanisme ? », *in* G. HAARSCHER (sous la direction de), *Chaïm Perelman et la pensée contemporaine*, Bruxelles, Bruylant, 1993, pp. 7 et s. ; Tomas GIL, « La 'Diskursethik' et la théorie de l'argumentation de Chaïm Perelman : deux conceptions différentes de la rationalité pratique », *in Chaïm Perelman...*, *ibid.*, pp. 336 et s.

(15) Voy. partic. François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, « De la théorie de l'argumentation au paradigme du jeu. Quel entre-deux pour la pensée juridique ? », *in Chaïm Perelman et la pensée contemporaine*, *op. cit.*, p. 145 et Jacques LENOBLE et François OST, *Droit, mythe et raison. Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique*, Bruxelles, F.U.S.L., 1980, pp. 208-209. Cette glorification du juge semble du reste avoir été reprise par plusieurs auteurs contemporains ; v. les remarques de Marie-Anne FRISON-ROCHE, « La philosophie du procès, propos introductifs », *A.P.D.*, 1995, p. 19 et de Guy HAARSCHER, « Le procès chez Perelman », *A.P.D.*, 1995, pp. 209-210.

(16) V. aussi, de manière générale, Christophe GRIEGORCZYK, « La rationalité de la décision juridique », *A.P.D.*, 1978, pp. 240-241.

(17) V. p. ex. Monique CHEMILLIER-GENDREAU, *Humanité et souverainetés. Essai sur la fonction du droit international*, Paris, La découverte, 1995, p. 90 ; v. aussi p. 344, et Eve SÉGUIN, « A Modest Reason », *Theory, Culture & Society*, vol. 11, Nber 3, 1994, pp. 55-75.

(18) V. not. Jean-Marc FERRY, *Philosophie de la communication. Tome II. Justice politique et démocratie procédurale*, Paris, Cerf, 1994, p. 39.

du rationnel (19). Le résultat auquel elle parvient ne représente qu'une possibilité parmi d'autres, une possibilité susceptible d'être bientôt complétée ou même remplacée en fonction des circonstances de chaque espèce et de l'évolution de l'opinion des sujets du système juridique (20). Le critère procédural se caractérise avant tout par son ouverture (21). Il ne s'agit ni de droit naturel, ni de tout autre concept que l'on présenterait comme s'imposant au juriste par quelque nécessité transcendante ou immanente. Nous pensons ici à la motivation par référence à la « nature des choses » (22), au « bon sens » ou au « sens commun » qui relève à notre sens d'une même démarche autoritaire (23) incompatible avec le « raisonnable ».

486. En définitive, l'ensemble des éléments de définition dégagés confirment les conclusions tirées par Jean Salmon à l'issue de son étude sur le raisonnable en droit international public. L'auteur mettait en exergue l'importance de la motivation appuyant toute interprétation du « raisonnable » (24). Nous pouvons compléter l'enseignement en insistant sur la nécessité de formuler la motivation dans des formes qui assurent la possibilité d'un contrôle intersubjectif de la solution choisie, selon les modalités décrites dans les lignes qui précèdent.

(19) Antonio PIERETTI, « A la recherche d'une raison plurivalente », *in Chaïm Perelman et la pensée contemporaine*, *op. cit.*, p. 424.

(20) Voy. not. Marijan PAVNICK, « One or More Possible Solutions ? (Contribution to Legal Reasoning) », *in Chaïm Perelman et la pensée contemporaine*, *op. cit.*, pp. 243-244 et Jacques LENOBLE, *Droit et communciation. La transformation du droit contemporain*, Paris, Ed. du Cerf, 1994, pp. 24-25.

(21) V. not. Louis DUPRÉ, « Postmodernité ou modernité tardive ? », *in Richard Rorty. Ambiguïtés et limites du postmodernisme*, *op. cit.*, p. 50 ; Robert ALEXY, « Idée et structure d'un système du droit rationnel », *A.P.D.*, 1988, pp. 29-30.

(22) V. à ce sujet Paul FORIERS, « La motivation par référence à la nature des choses », *in* Ch. PERELMAN et P. FORIERS (sous la direction de), *La motivation des décisions de justice*, Travaux du C.N.R.L., Bruxelles, Bruylant, 1978, pp. 234 et s. Nous ne pouvons à cet égard suivre l'auteur lorsqu'il distingue la notion de celle de droit naturel, en évoquant une « pure exigence de rationalité » qui s'imposerait de manière distincte, ce genre d'expression nous semble au contraire fortement teintée de jusnaturalisme. En tout état de cause, il est vrai que la référence s'observe essentiellement en droit interne, en l'occurrence belge.

(23) La nature des choses est, par définition, ce qui s'impose, v. Les commentaires sur l'œuvre de Gény puis de Dabin dans Jacques LENOBLE et François OST, *Droit, mythe et raison. Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique*, *op. cit.*, pp. pp. 243 et s. ; v. aussi Magdi Sami ZAKI, « Définir l'équité », *A.P.D.*, tome XXXV, Vocabulaire fondamental du droit, 1990, p. 109.

(24) « Le concept de raisonnable en droit international public », in *Mélanges Paul Reuter*, Paris, Pédone, 1982, pp. 477-478.

TITRE IV

ÉLÉMENTS POUR UNE DÉFINITION POSITIVE DU « RAISONNABLE »

487. Dans les lignes qui précèdent, nous nous sommes attelé à montrer qu'un certain nombre d'interprétations s'écartaient du sens conféré au « raisonnable »; c'est en ce sens que les éléments de définition ont été qualifiés de « négatifs ». Cette optique se justifie dans la mesure où la définition d'une notion à contenu variable se dégage plus aisément par élimination, comme nous le soulignions en entamant le titre III. Cela ne signifie évidemment pas que toute définition positive s'avère impossible. Si, sur le plan sémantique, on s'accorde à considérer que la détermination du sens d'un concept consiste avant tout à déceler les différences le séparant d'autres concepts (ce qui est le propre d'une définition négative), le principe même d'une définition générale positive n'est nullement exclu, pour autant que l'on ne prétende pas fixer de limites précises et intangibles (1). On pense à la métaphore avancée par Karl Marx comparant les classes sociales à des nuages, que l'on peut apercevoir sans difficulté, mais dont on ne peut fixer précisément les limites. L'enseignement peut être transposé à une définition du « raisonnable ».

Comment, dans cette perspective, mettre en œuvre une définition positive ? Nous n'opérerons plus en relevant des exemples de définition puisés dans la pratique juridictionnelle, pour tenter d'en induire des caractéristiques générales. Nous partirons plutôt de l'analyse d'une interprétation particulière du « raisonnable », celle effectuée par la Cour européenne des droits de l'homme, qui constitue à notre connaissance la seule instance internationale qui ait développé des motivations très détaillées à ce sujet (Chapitre VII). Nous tenterons ensuite de vérifier si les enseignements obtenus à partir de ce matériau déterminé peuvent être appliqués à d'autres cas d'interprétation du « raisonnable » et, dans l'affirmative, selon quelles modalités (Chapitre VIII).

(1) Ferdinand de SAUSSURE, *Cours de linguistique générale*, Paris, Payot, 1972, pp. 166 et s.

CHAPITRE VII

LA SIGNIFICATION DU « RAISONNABLE » DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

488. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (1) relative au « raisonnable » concerne toute une série de dispositions de la Convention, comme nous l'avons déjà souligné (2).

Les exemples les plus souvent cités, maintes fois évoqués dans les pages précédentes, sont les articles 5, § 3 et 6, § 1er prescrivant un jugement dans un « délai raisonnable ». Mais, pour rappel, la notion a également été évoquée, entre autres :

— de manière directe, dans le cadre des articles 5, § 1er, c) de la Convention (« motifs raisonnables » de croire à la nécessité d'empêcher de commettre une infraction ou de s'enfuir après l'accomplissement de celle-ci) et 3 du premier protocole (organisation d'élections à des « intervalles raisonnables ») ;

— de manière incidente dans les articles 8 à 11, § 2 et 1er du premier protocole (notion de « rapport raisonnable de proportionnalité ») et 14 (interdiction de toute différenciation manquant de « base objective et raisonnable »).

La liste n'est pas exhaustive : on peut encore penser à l'obligation positive, découlant de l'article 8 protégeant le droit à la vie privée, de prendre des « mesures raisonnables », ou à l'exigence concernant les restrictions autorisées à certains droits d'être « prévues par la loi », ce qui implique l'existence d'un « degré raisonnable » de prévisibilité.

---

(1) Notre matériau recouvre la totalité des arrêts rendus par la C.E.D.H. jusqu'en février 1995, y compris les opinions individuelles ou dissidentes ; les rapports de la Commission n'ont été examinés que dans la mesure où ils se rapportaient à une affaire traitée devant la Cour. Par ailleurs, rappelons que les décisions des juridictions nationales ne font pas l'objet de la présente étude, qui reste limitée à l'analyse du discours des juridictions internationales ; v. *supra*, Introduction, § 6.

(2) Voy. les exemples repris *supra*, Chapitre II, section 2, § 104.

489. La doctrine n'a, à notre connaissance, jamais tenté de systématiser l'interprétation du « raisonnable » à partir de l'ensemble de ce matériau jurisprudentiel. Les études concernent soit le « délai raisonnable », soit des notions comme la proportionnalité ou la marge d'appréciation qui, comme nous le savons déjà, sont intimement liées à l'interprétation de la notion (3). Mais elles restent souvent confinées à une analyse article par article et à des développements essentiellement empiriques, démarche fondée sur les affirmations de la Cour selon lesquelles chaque cas d'espèce est, en semblables matières plus encore que dans d'autres, un *unicum* (4).

Nous tenterons pour notre part de dépasser une analyse de type empirique en tentant de systématiser les enseignements par l'élaboration inductive d'une méthode générale. Il ne s'agit évidemment pas de nier les spécificités qui caractérisent chaque disposition et, au-delà, chaque cas porté devant les organes de Strasbourg, mais de tenter de déterminer les points communs, et, par là, une logique qui puisse constituer une grille commune de lecture (5). La condition même de l'acceptation de l'ensemble des arrêts analysés comme de la jurisprudence suppose en effet, si pas une prévisibilité absolue, la possibilité d'une justification *a posteriori* qui s'appuie sur le respect de critères revêtant une certaine stabilité. C'est dans cette perspective que nous procéderons dans les lignes qui suivent, en commençant par dégager les solutions particulières apportées dans le cadre de chacune des dispositions concernées (section 1) avant de tenter, sur la base de ces enseignements, d'en induire une méthode générale (section 2).

La démarche est donc centrée sur la pratique juridictionnelle, et ne s'appuie pas sur d'autres moyens d'interprétation, et en particulier les travaux préparatoires qui, comme nous l'avons constaté, n'apportent pas d'élément décisif à cet égard (6).

---

(3) Voy. *supra*, Chapitre V, section 2, §§ 339 et s., ainsi que les nombreuses références reproduites dans la section 1 ci-dessous.

(4) Les exemples sont presque innombrables ; v. not., pour le caractère raisonnable du délai prévu à l'article 5 § 3 ; C.E.D.H., Affaire *Zimmerman et Steiner*, *Série A, n° 66*, 13 juillet 1983, § 24, et les autres références citées dans Jacques VELU et Rusen ERGEC, *La convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1990, p. 441, n° 519.

(5) Voy. à ce sujet les réflexions du juge Jambrek, C.E.D.H., Affaire *Fischer*, *Série A, n° 312*, 26 avril 1995, opinion concordante.

(6) Voy. l'analyse opérée *supra*, Chapitre III, section 1, §§ 133 et 147 et Chapitre IV, section 2, § 273 ; v. aussi nos commentaires Chapitre VI, section 3, §§ 478 et s.

SECTION 1re. — LES SOLUTIONS PARTICULIÈRES

490. Comme nous venons de le constater, le « raisonnable » se retrouve dans diverses dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme. La jurisprudence la plus abondante concerne le « délai raisonnable » de jugement (articles 5, § 3 et 6, § 1er de la Convention), et sera analysée en premier lieu (A). Les précédents concernant les autres dispositions dans lesquelles on trouve le « raisonnable » seront examinés ensuite (B). Une remarque préliminaire s'impose. La doctrine spécialisée a abondamment commenté la jurisprudence européenne relative à chacune des dispositions que nous allons rencontrer (1). Dans notre perspective, il ne s'agira pas de détailler encore ces considérations, mais plutôt de montrer que, en dépit de la diversité des règles concernées, on retrouve toujours ce que nous appellerons une « méthode », à savoir une manière constante et rationnelle de donner un contenu au caractère raisonnable tantôt d'un délai, tantôt d'une mesure.

A. — *Le caractère raisonnable de certains délais*

491. Nous avons déjà souligné les différences entre le délai raisonnable de l'article 5, § 3 de la Convention, qui concerne le cas spécifique de la détention préventive, et celui de l'article 6, § 1er, de portée plus générale (2). Nous les envisagerons donc séparément.

1. *Le « délai raisonnable » de l'article 5, § 3*

492. L'interprétation de la notion de « délai raisonnable » a été le fait d'une évolution jurisprudentielle qui s'est initialement basée sur les travaux de la Commission. Celle-ci a, dès l'origine (3), tenu à préciser que l'expression devait être entendue par référence à certains critères qu'elle a définis dans un premier temps comme :

— *l'imputation de la durée de la détention préventive sur la durée de la peine*. En vertu de ce premier critère, un délai sera plus facile-

(1) V. p. ex. Jacques VELU et Rusen ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1990 et Louis-Edmond PETTITI, Emmanuel DECAUX, Pierre-Henri IMBERT (sous la direction de), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1995.

(2) V. *supra*, Chapitre VI, section 3, § 465.

(3) De nombreuses références, que nous ne reproduirons pas ici, sont apportées par Jacques VELU, Note sous Cass., arrêt du 15 avril 1981, *Pasicrisie*, 1981-I, p. 931. Les premières affaires citées datent de 1958.

ment considéré comme raisonnable si la durée de la détention subie a été imputée sur la durée de la peine ;

— *les initiatives procédurales prises par l'inculpé*. Des délais relativement longs peuvent être justifiés s'ils sont dus à de multiples recours introduits par l'inculpé qui ont pour effet d'enrayer l'exercice de l'action publique ;

— *la complexité de l'affaire*. La difficulté rencontrée par les autorités pour rassembler des preuves de culpabilité ou obtenir les résultats d'une expertise peut entraîner un allongement du délai de détention admissible.

Cette première méthode a été critiquée (4) en raison de la sévérité qu'elle entraînait à l'égard des requérants, une série de délais relativement longs (dont certains s'étendaient sur plus de deux ans) ayant été jugés compatibles avec les exigences de l'article 5, § 3 (5).

493. C'est peut-être en tenant compte de ces critiques que, le 1er avril 1966, dans son rapport portant sur les deux premières affaires relatives à la portée du « délai raisonnable » au sens de l'article 5, § 3 portées devant la Cour, la Commission a énoncé ce qu'on a appelé la « méthode des sept critères » (6). Ces critères ont été abondamment commentés par la doctrine (7). Il nous suffira ici d'en rappeler la teneur :

1° *La durée en elle-même de la détention*. Envisagée *in abstracto*, la durée matérielle de la détention subie apporte un premier indice sur le caractère raisonnable du délai. Il n'existe évidemment pas de limite absolue mais, au-delà d'un certain délai (qui n'est pas fixé une fois pour toutes), la Commission est amenée à considérer que seules des considérations exceptionnelles pourraient justifier une détention préventive.

(4) V. p. ex. Jacques VELU, *ibid.*, pp. 931-932.

(5) Rusen ERGEC et Jacques VELU, « La notion de 'délai raisonnable' dans les articles 5 et 6 de la Convention européenne des droits de l'homme », *R.T.D.H.*, 1991, p. 142. Voy. les exemples précis cités par Jacques VELU, *op. cit.*, p. 931, note 27.

(6) On retrouve l'énoncé de ces critères dans l'arrêt de référence que nous utiliserons abondamment dans les lignes qui suivent : il s'agit de l'affaire *Wemhoff*, C.E.D.H., *Série A, n° 7*, 27 juin 1968, « Arguments de la Commission et du Gouvernement », §§ 2 et s. La méthode a également été utilisée dans les affaires *Stögmüller* et *Matznetter*.

(7) Voy. p. ex. l'exposé détaillé de Stefan TRECHSEL, « La durée raisonnable de la détention préventive (Article 5, paragraphe 3 de la Convention européenne des droits de l'homme) », *R.D.H.*, 1971, pp. 131 et s., ainsi que celui de Jacques VELU, note précitée, pp. 930 et s.

2° *La durée relative de la détention* (8). Il s'agit de prendre en compte la nature de l'infraction, la gravité de la peine (aussi bien la peine prévue par la loi que la peine qui serait vraisemblablement administrée en cas de condamnation (9)) ainsi que les règles permettant l'imputation de la durée de la détention préventive sur la peine privative de liberté. Une infraction grave, sanctionnée par une peine lourde, mais dont la durée sera amputée de la détention déjà subie, est l'exemple même où un délai plus long pourrait le cas échéant être justifié (10).

3° *Les effets personnels sur le détenu.* La situation de chaque plaignant devra être prise en compte pour apprécier le caractère raisonnable du délai de détention. Un délai sera d'autant moins justifié qu'il entraîne des effets matériels (sur le plan financier par exemple) ou moraux (comme la destruction de liens matrimoniaux) pour le requérant. La Commission apprécie si ces effets excèdent les effets normaux d'une détention (11).

4° *La conduite de l'inculpé.* La Commission a subdivisé ce critère en trois questions (12), un délai étant d'autant moins facilement qualifié de déraisonnable que les réponses aux deux premières questions sont positives et la troisième négative :

— l'inculpé a-t-il contribué à retarder l'instruction ou les débats ?

— la procédure a-t-elle été retardée par suite d'introduction de demandes de libérations provisoires, d'appels ou d'autres recours ? (13) ;

— l'inculpé a-t-il demandé sa liberté sous caution ou offert d'autres garanties assurant sa comparution à l'audience ?

En répondant à ces questions, la Commission ne remettait pas en cause le droit de l'inculpé de refuser sa coopération ou d'introduire

(8) Le critère est désigné sous cette expression par Rusen ERGEC et Jacques VELU, « La notion de 'délai raisonnable' dans les articles 5 et 6 de la Convention européenne des droits de l'homme », *loc. cit.*, p. 142 ; v. aussi la note de Jacques VELU précitée, p. 933.

(9) Jacques VELU, *ibidem.*

(10) Voy. les critiques émises par Stefan TRECHSEL, « La durée raisonnable de la détention préventive (Article 5, paragraphe 3 de la Convention européenne des droits de l'homme) », *loc. cit.*, p. 134 et Robert PELLOUX, « Les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme dans les affaires Wemhoff et Neumeister », *A.F.D.I.*, 1969, p. 282.

(11) Note VELU, *op. cit.*, p. 934.

(12) V. C.E.D.H., Affaire *Wemhoff, Série A, n° 7*, 27 juin 1968, § 2.

(13) Stefan TRECHSEL, « La durée raisonnable de la détention préventive (Article 5, paragraphe 3 de la Convention européenne des droits de l'homme) », *loc. cit.*, p. 140.

les recours à sa disposition, mais recherchait s'il n'avait pas agi « abusivement ou avec outrance » (14).

5° *Les difficultés de l'instruction de l'affaire*. La Commission admettait que les difficultés rencontrées notamment dans la récolte des preuves, ou l'enregistrement des témoignages, pouvaient entraîner un allongement du délai.

6° *La façon dont l'instruction a été conduite*. La Commission vérifiait la diligence dont avaient fait preuve les magistrats concernés, dans le cadre du système légal national. Des lenteurs injustifiées pouvaient constituer un élément permettant de qualifier le délai de détention de déraisonnable.

7° *La conduite des instances judiciaires*. Ce critère se rattache au précédent : il concerne tant les demandes de mise en liberté pendant l'instruction que le jugement de l'affaire (15).

494. Ces sept critères, dont le caractère non limitatif était au demeurant admis (16), devaient être envisagés dans leur ensemble, l'un ou l'autre pouvant prévaloir au gré des circonstances de l'espèce (17). Selon la Commission,

> « Certains pourront tendre vers la conclusion que la durée de la détention est restée dans les limites du raisonnable, tandis que d'autres pourront avoir une tendance contraire. Le résultat dépend de leur importance relative. Ceci n'exclut nullement, le cas échéant, qu'un seul des éléments ait une importance décisive malgré une tendance contraire des autres éléments dans le cas d'espèce » (18).

La souplesse de la méthode ne remettait pas en cause, toujours selon la Commission, son caractère rationnel (19). C'est ce caractère qui retiendra, au-delà de l'intérêt historique de la méthode, notre attention dans les lignes qui suivent. Dénoncée par certains auteurs comme un « processus mystique d'intuition » difficilement contrôlable (20), la méthode des sept critères n'en représente pas moins une tentative de déterminer le contenu du « raisonnable » en

(14) V. les références citées par Jacques VELU, *op. cit.*, p. 935, notes 44 et 45.

(15) Note VELU, *op. cit.*, p. 936.

(16) C.E.D.H., Affaire *Stögmüller*, *Série A, n° 9*, 10 novembre 1969, « Arguments de la Commission », § 2 ; v. aussi les commentaires de Robert PELLOUX, « Les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme dans les affaires Wemhoff et Neumeister », *loc. cit.*, p. 282.

(17) Il semble cependant que la Commission accordait une importance plus grande aux quatre premiers ; C.E.D.H., Affaire *Matznetter*, *Série A, n° 10*, 10 novembre 1969, « Arguments de la Commission », § 1.

(18) C.E.D.H., Affaire *Wemhoff*, *Série A, n° 7*, 27 juin 1968, § 3 de l'arrêt, « en droit ».

(19) *Ibid.* ; v. aussi note VELU, *op. cit.*, p. 937.

(20) Stefan TRECHSEL, « La durée raisonnable de la détention préventive (Article 5, paragraphe 3 de la Convention européenne des droits de l'homme) », *loc. cit.*, p. 144.

excluant une subjectivité prétorienne débridée, par l'établissement de « critères » dont la mise en œuvre est conçue dans le cadre de ce que nous avons désigné comme un discours rationnel obéissant à une certaine logique et reposant sur certaines autorités (21).

495. La jurisprudence de la Cour, si elle s'est démarquée de la méthode de la Commission, expressément rejetée dès les premiers arrêts sur la question, ne représente qu'une tentative renouvelée d'interprétation rationnelle. Dans un arrêt de principe, la Cour considère que

> « ce caractère raisonnable du maintien en détention d'un accusé doit s'apprécier dans chaque cas suivant les circonstances de la cause. Les circonstances susceptibles d'être prises en considération sont d'une extrême variété. De là dans l'appréciation du caractère raisonnable d'une détention, la possibilité de fortes divergences d'opinion » (22).

C'est sur base de cette réflexion que « la Cour ne croit pas devoir faire sienne la méthode de la Commission » (23). Relevant que la détention préventive fait toujours l'objet de « décisions motivées de la part des autorités nationales » devant lesquelles le requérant a fait valoir les éléments de fait qui militaient pour sa libération, la Cour ajoute que

> « C'est à la lumière de ces indications [qu'elle] *doit apprécier si les motifs donnés par les autorités nationales sont pertinents et suffisants pour faire admettre que la détention n'a pas dépassé les limites du raisonnable* et, dès lors, n'a pas contrevenu à l'article 5, § 3 de la Convention » (24).

Ainsi, la Cour, tout en paraissant rejeter la méthode proposée par la Commission en raison de sa trop grande rigidité (25), propose une autre méthode qui obéit elle aussi à certains critères agencés de manière rationnelle. Nous ne reviendrons pas sur les caractéristiques de la marge d'appréciation qui ressort du *dictum* précité, qui confirme bien l'importance de la motivation et la limitation du rôle juridictionnel à un contrôle marginal *a posteriori*, mécanisme ample-

(21) V. *supra*, Chapitre V, section 2.

(22) C.E.D.H., Affaire *Wemhoff*, *Série A, n° 7*, 27 juin 1968, § 10.

(23) *Ibid.*, § 12.

(24) Nous soulignons ; *id.*, § 13 ; v. aussi, e.a. C.E.D.H., Affaire *Neumeister*, *Série A, n° 8*, 27 juin 1968, § 5 ; Affaire *Stögmüller*, *Série A, n° 9*, 10 novembre 1969, § 3 ; Affaire *Ringeisen*, *Série A, n° 13*, 16 juillet 1971, § 104 ; v. encore C.E.D.H., Affaire *Letellier*, *Série A, n° 207*, 26 juin 1991, § 35 ; Affaire *Olsson (N° 2)*, *Série A, n° 250*, 27 novembre 1992, § 87 ; Affaire *W. c. Suisse*, *Série A, n° 254-A*, 26 janvier 1993, § 30.

(25) Jacques VELU et Rusen ERGEC qualifient ainsi la méthode de la Cour de « plus empirique » ; *La Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 294, n° 344.

ment détaillé dans le cadre de cette étude (26). En dehors même de ces éléments formels, on peut synthétiser la méthode de la Cour en précisant l'exigence tenant aux caractères « pertinents » et « suffisants » des motifs contrôlés.

496. Quant à la *pertinence* des motifs de détention, les autorités nationales sont tenues de démontrer « une véritable exigence d'intérêt public justifiant, eu égard à la présomption d'innocence, une exception à la règle de la liberté individuelle » (27). C'est sur cette base que les éléments suivants ont été admis par la jurisprudence européenne :

— l'existence d'indices graves de culpabilité. Il s'agit d'un facteur classique de motivation d'une détention préventive (28) ;

— la préservation de l'ordre public. Dans l'affaire *Tomasi*, les autorités françaises ont considéré à bon droit que la libération immédiate d'une personne soupçonnée d'être l'auteur d'un attentat terroriste en Corse était susceptible de provoquer un trouble social grave (29) ;

— le danger de fuite de l'inculpé (30). Dans l'affaire *Kemmache*, ce danger a pu être déduit de la circonstance que l'inculpé avait négligé par deux fois de se rendre chez le juge d'instruction (31). La Cour considère par ailleurs qu'un véritable danger suppose un ensemble de circonstances (32), comme la possibilité d'une lourde peine (33), les liens qu'entretenait le requérant avec l'étranger (34), et non pas un simple risque de passer la frontière (35) ;

— le risque de pressions sur les témoins ou de collusion avec des complices (36) et les besoins de l'enquête (37). Ce risque ne se justi-

(26) Voy. *supra*, Chapitre V, section 2.

(27) C.E.D.H., Affaire *Tomasi, Série A, n° 241-A*, 27 août 1992, § 84 ; v. aussi C.E.D.H., Affaire *Stögmüller, Série A, n° 9*, 10 novembre 1969, § 4 ; Affaire *Kemmache, Série A, n° 218*, 27 novembre 1991, § 45 ; Affaire *Toth, Série A, n° 224*, 12 décembre 1991, § 67.

(28) V. p .ex. C.E.D.H., Affaire *Tomasi, Série A, n° 241-A*, 27 août 1992, § 89.

(29) C.E.D.H., *Série A, n° 241-A*, 27 août 1992, § 91.

(30) V. p. ex. C.E.D.H., Affaire *Tomasi, Série A, n° 241-A*, 27 août 1992, § 98.

(31) C.E.D.H., Affaire *Kemmache, Série A, n° 218*, 27 novembre 1991, § 55.

(32) V. C.E.D.H., Affaire *Neumeister, Série A, n° 8*, 27 juin 1968, § 10.

(33) Cette circonstance ne peut toutefois suffire à elle seule ; v. C.E.D.H., Affaire *B. c. Autriche, Série A, n° 175*, 28 mars 1990, § 44.

(34) C.E.D.H., Affaire *Matznetter, Série A, n° 10*, 10 novembre 1969, § 8.

(35) C.E.D.H., Affaire *Stögmüller, Série A, n° 9*, 10 novembre 1969, § 15.

(36) V. p. ex. C.E.D.H., Affaire *Tomasi, Série A, n° 241-A*, 27 août 1992, § 95 ; Affaire *Kemmache, Série A, n° 218*, 27 novembre 1991, § 54.

(37) C.E.D.H., Affaire *Clooth, Série A, n° 225*, 12 décembre 1991, §§ 41 et s.

fie évidemment plus si l'instruction est arrivée à son terme, les témoins et coaccusés ayant déjà fait leurs dépositions (38) ;

— le risque de répétition des infractions. Dans l'affaire *Toth*, ce risque a été admis du fait que l'inculpé avait déjà été antérieurement condamné pour des délits similaires (39). Plus généralement, la Cour tient compte de la continuation prolongée d'actes répréhensibles, de l'énormité du dommage subi par les victimes et de ce qu'elle appelle la « nocivité » de l'inculpé (40).

La Cour a apporté plusieurs précisions sur la manière dont doivent être combinés ces différents éléments. D'abord, certains d'entre eux, comme la préservation de l'ordre public, ne sont jamais pertinents à eux seuls ; ils doivent toujours être associés à d'autres davantage liés à la personne du requérant (41). Dans la même perspective, l'existence de raisons plausibles de soupçonner la personne est une condition nécessaire, mais qui doit s'accompagner après un certain temps d'autres motifs (42). De manière plus générale, ces motifs ne sont pas établis une fois pour toutes. Les autorités nationales doivent démontrer leur persistance pendant toute la durée de la détention (43) ; nous avons du reste relevé que, dans toute une série de précédents, un délai avait été qualifié de déraisonnable parce que l'État ne pouvait justifier une phase particulière de la longueur de la procédure (44). A ce sujet, la motivation ne doit pas consister en un simple appel à la nécessité de préserver l'ordre public ou en une simple reformulation des éléments préalablement avancés : les autorités doivent fonder leurs allégations sur des éléments concrets (45).

497. Mais les motifs ne doivent pas seulement se révéler pertinents. Encore faut-il qu'ils soient admis comme *suffisants* pour jus-

(38) C.E.D.H., Affaire *Kemmache*, *Série A, n° 218*, 27 novembre 1991, § 54.

(39) C.E.D.H., *Série A, n° 224*, 12 décembre 1991, §§ 69-70 ; v. aussi C.E.D.H., Affaire *Clooth*, *Série A, n° 225*, 12 décembre 1991, § 40.

(40) C.E.D.H., Affaire *Matznetter*, *Série A, n° 10*, 10 novembre 1969, § 9.

(41) v. aussi C.E.D.H., Affaire *Kemmache*, *Série A, n° 218*, 27 novembre 1991, § 50.

(42) C.E.D.H., Affaire *B. C. Autriche*, *Série A, n° 175*, 28 mars 1990, § 42 ; Affaire *Letellier*, *Série A, n° 207*, 26 juin 1991, § 35 ; Affaire *Yagci et Sargin*, *Série A, n° 319*, 8 juin 1995, § 50 ; Affaire *Mansur*, *Série A, n° 321*, 8 juin 1995, § 52 ; Affaire *Van der Tang*, *Série A, n° 326*, 13 juillet 1995, § 55.

(43) V. p. ex. C.E.D.H., Affaire *Tomasi*, *Série A, n° 241-A*, 27 août 1992, § 91.

(44) V. *supra*, Chapitre V, section 2, § 335 et les références citées.

(45) V. p. ex. C.E.D.H., Affaire *Ringeisen*, *Série A, n° 13*, 16 juillet 1971, § 108 ; Affaire *Kemmache*, *Série A, n° 218*, 27 novembre 1991, § 52 ; Affaire *Clooth*, *Série A, n° 225*, 12 décembre 1991, § 44 ; v. par ailleurs Michèle PICARD et Patrick TITIUN, Commentaire de l'article 5, § 3 in *La Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 222.

tifier la totalité de la longueur du délai eu égard à la situation particulière du détenu. C'est pourquoi la Cour a précisé que, même en la présence de motifs pertinents,

> « l'article 5, § 3 implique qu'une diligence particulière doit être apportée à la poursuite de la procédure » (46).

En conséquence, même si un accusé est maintenu en détention provisoire par suite de nécessités d'ordre public,

> « il peut y avoir violation de l'article 5, § 3 si, *pour quelque cause que ce soit*, la procédure se prolonge pendant un laps de temps considérable » (47).

Les motifs doivent donc suffire à justifier un délai au regard de l'équilibre qui parcourt toute la Convention entre les intérêts de l'individu et les exigences de l'ordre public. Ce caractère suffisant est évidemment beaucoup plus difficile à apprécier que le caractère pertinent du motif, puisque, au contraire de celui-ci, celui-là est à première vue réfractaire à toute tentative de systématisation. Nous y reviendrons (48).

498. L'analyse de la jurisprudence relative à l'article 5, § 3 montre le souci constant de la part des organes de la Convention d'utiliser une méthode visant à assurer une sécurité juridique dans l'interprétation du caractère raisonnable du délai. Cette méthode a été très brièvement décrite, et on se reportera utilement à la littérature spécialisée pour prendre connaissance des détails relatifs à tel ou tel élément. Ce qui nous semble intéressant dans le cadre de la présente étude, c'est le déploiement d'une rationalité commune au travers des diverses méthodes dont, certains auteurs l'ont relevé, les

(46) C.E.D.H., Affaire *Wemhoff*, *Série A, n° 7*, § 17. La Cour semble parfois considérer que cette exigence de diligence s'envisage *après* la vérification des caractères pertinents et suffisants des motifs (v. p. ex. Affaire *Letellier*, *Série A, n° 207*, 26 juin 1991, § 35 ; Affaire *Herczlgfalvy*, *Série A, n° 244*, 24 septembre 1992, § 71 ainsi que G. SPERDUTI, « De la notion de 'délai raisonnable' qualifiant la durée de la détention préventive selon l'article 5 § 3 de la Convention européenne des droits de l'homme », *R.D.H.*, 1975, p. 865). Il nous semble plus adéquat de considérer que cette exigence se confond en réalité avec le caractère suffisant de motifs déjà acceptés comme pertinents en principe. La Cour a d'ailleurs, dans le cadre d'autres dispositions de la convention, considéré que le caractère suffisant renvoyait au critère de proportionnalité, ce qui semble bien recouvrir un critère d'équilibre (v. C.E.D.H., Affaire *Dudgeon*, *Série A, n° 45*, 22 octobre 1981, § 59).

(47) C.E.D.H., Affaire *Wemhoff*, *Série A, n° 7*, § 16. Voy. aussi Jacques VELU et Rusen ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 293, n° 343.

(48) V. *infra*, section 2.

composantes se recoupent largement (49). Nombre de critères avancés par la Commission puis par la Cour sont du reste occasionnellement confondus par certaines autorités judiciaires nationales (50). En tout état de cause, le praticien dispose, au regard de la jurisprudence, d'une méthode relativement élaborée pour l'aider à interpréter le « raisonnable » dans le cadre de l'article 5, § 3, qui combine critères — eux-mêmes précisés par certains éléments — et indications sur la manière de les mettre en œuvre. Il reste à présent à déterminer si des conclusions similaires peuvent être induites d'une analyse de la jurisprudence relative au délai raisonnable prévu à l'article 6, § 1er de la Convention.

2. *Le « délai raisonnable » de l'article 6, § 1er*

499. Nous n'insisterons plus sur la différence, qui tient surtout aux objets et aux buts des deux dispositions, entre les délais raisonnables qui relèvent respectivement des articles 5, § 3 et 6, § 1er. Une conséquence importante de cette distinction doit être relevée ici. Alors que, dans les hypothèses de détention, les organes de Strasbourg disposent de décisions des autorités juridictionnelles nationales susceptibles de faire l'objet d'un contrôle, tel n'est pas le cas lorsqu'on apprécie le caractère raisonnable de délais antérieurs à un jugement au fond. Il n'est dès lors pas envisageable de transposer purement et simplement la méthode relevant de l'article 5, § 3 à l'article 6, § 1er. Nous verrons cependant que les deux méthodes présentent des similarités que les particularités ne suffisent pas à occulter. Ainsi, la Cour a encore dégagé plusieurs critères dont elle s'impose systématiquement la vérification.

500. Quatre critères ont progressivement été dégagés par la jurisprudence. Une brève présentation suffira pour comprendre la manière dont ils s'agencent :

1° *La complexité de l'affaire*. On peut admettre des délais relativement longs en pareille hypothèse. La complexité peut être le fait des circonstances particulières de la cause, comme la multiplicité des

(49) Stefan TRECHSEL, « La durée raisonnable de la détention préventive (Article 5, paragraphe 3 de la Convention européenne des droits de l'homme) », *loc. cit.*, p. 148 ; v. aussi les réflexions de Robert PELLOUX, « Les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme dans les affaires Wemhoff et Neumeister », *loc. cit.*, p. 283.

(50) V. Rusen ERGEC et Jacques VELU, « La notion de 'délai raisonnable' dans les articles 5 et 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Essai de synthèse », *loc. cit.*, pp. 143 et s.

suspects (51), l'incertitude de la règle de droit (52), le caractère international du délit (53), le nombre de juridictions amenées à connaître du litige (54), ... La jurisprudence considère par ailleurs que certains types de délits sont complexes par nature. Le cas le plus souvent cité est celui des délits d'ordre financier, mais la Cour a aussi évoqué des affaires relatives au démembrement foncier (55), ou d'autres affaires encore (56).

2° *Le comportement du requérant.* Le droit à un procès équitable, combiné à celui d'exercer des voies de recours, laisse la possibilité à chacun d'user de toutes les voies judiciaires disponibles à son avantage (57). Un comportement abusif et dilatoire (58), qui s'écarte de la diligence que l'on est en droit d'attendre d'un plaideur dans un litige similaire à celui de l'espèce (59), peut toutefois amener les organes de Strasbourg à admettre un allongement du délai de jugement. Les exemples suivants peuvent être avancés en guise d'illustration :

— les retards à communiquer des pièces nécessaires (60) ou à se rendre à des audiences (61), ou encore à introduire un recours (62), ce dernier point revêtant une importance particulière en matière civile (63) ;

(51) V. p. ex. C.E.D.H., Affaire *Boddaert, Série A, n° 235-D*, 12 octobre 1992, §§ 37-38.

(52) V. C.E.D.H., Affaire *Pretto et autres, Série A, n° 71*, 8 décembre 1983, 32 ; Affaire *Baranoa, Série A, n° 122*, 8 juillet 1987, § 50.

(53) C.E.D.H., Affaire *Manzoni, Série A, n° 195-B*, 19 février 1991, § 18.

(54) C.E.D.H., Affaire *Salerno, Série A, n° 245-D*, 12 octobre 1992, § 21 ; Affaire *Hokkanen, Série A, n° 299-A*, 23 septembre 1994, § 72.

(55) C.E.D.H., Affaire *Erckner et Hofauer, Série A, n° 117*, 23 avril 1987, § 67 ; Affaire *Poiss, Série A, n° 117*, 23 avril 1987, § 56 ; Affaire *Wiesinger, Série A, n° 213*, 30 octobre 1991, § 55.

(56) V. encore d'autres cas dans C.E.D.H., Affaire *Verrasi, Série A, n° 230-E*, 27 février 1992, § 17. V. aussi Jacques VELU et Rusen ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme, op. cit.*, pp. 444-445, n° 523.

(57) C.E.D.H., Affaire *Erckner et Hofauer, Série A, n° 117*, 23 avril 1987, § 68 ; Affaire *Poiss, Série A, n° 117*, 23 avril 1987, § 57 ; Affaire *Wiesinger, Série A, n° 213*, 30 octobre 1991, § 56.

(58) V. C.E.D.H., Affaire *Dobbertin, Série A, n° 256-D*, 25 février 1993, § 44 ; v. aussi C.E.D.H., Affaire *Union Alimentaire Sanders S.A., Série A, n° 157*, 7 juillet 1989, § 35 et les références citées par Jacques VELU et Rusen ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme, op. cit.*, p. 446, n° 525 et Jean-Claude SOYER et Michel de SALVIA, Commentaire de l'article 6 in *La Convention européenne des droits de l'homme, op. cit.*, p. 268.

(59) C.E.D.H., Affaire *Deumeland, Série A, n° 100*, 29 mai 1986, § 80. L'exigence vaut essentiellement en matière civile, l'accusé n'étant tenu à aucune coopération particulière en matière pénale ; v. Jacques VELU et Rusen ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme, op. cit.*, p. 445, n° 524 et les références citées.

(60) C.E.D.H., Affaire *Martins Moreira, Série A, n° 143*, 26 octobre 1988, § 50.

(61) C.E.D.H., Affaire *Kemmache, Série A, n° 218*, 27 novembre 1991, § 64.

(62) C.E.D.H., Affaire *Capuano, Série A, n° 119*, 25 juin 1987, § 28.

(63) C.E.D.H., Affaire *Pretto et autres, Série A, n° 71*, 8 décembre 1983, § 33.

— le refus de signer un procès-verbal d'instruction (64) ;

— la provocation d'incidents de procédure (comme une demande de récusation) (65) ; *etc...*

En réalité, et comme nous le préciserons plus loin, ces éléments peuvent toujours être pris en compte, dans la mesure où ils expliquent objectivement la longueur d'un délai (66).

3° *Le comportement des autorités nationales.* Les autorités judiciaires, mais aussi exécutives, voire législatives (si le respect de la convention implique une modification des lois) (67) sont tenues de déployer une diligence propre à satisfaire aux exigences de l'article 6, § 1er, notamment en matière de délai raisonnable de jugement. Comme nous l'avons incidemment relevé, l'encombrement structurel (à l'inverse d'un engorgement imprévisible et passager, admissible si des mesures palliatives adéquates sont immédiatement mises en œuvre) du rôle ne dispense pas l'État de remplir cette obligation de résultat (68). L'affaire doit être menée en évitant les longueurs dans la transmission des dossiers, l'inscription au rôle, le traitement du dossier, ... (69).

4° *L'enjeu du litige pour le requérant.* Ce dernier critère a été ajouté par la jurisprudence, pour être envisagé en combinaison avec le précédent (70). Les autorités nationales sont tenues de déployer une diligence spéciale si le requérant est particulièrement touché par un allongement du délai de jugement. La situation se présente à propos de certaine matières, comme l'état ou la capacité des per-

(64) C.E.D.H., Affaire *Lechner et Hess, Série A, n° 118*, 23 avril 1987, § 47.

(65) C.E.D.H., Affaire *Ringeisen, Série A, n° 13*, 16 juillet 1971, § 110.

(66) V. p. ex. C.E.D.H., Affaire *Erckner et Hofauer, Série A, n° 117*, 23 avril 1987, § 68 ; Affaire *Poiss, Série A, n° 117*, 23 avril 1987, § 57 ainsi que Jacques Velu et Rusen Ergec, *La convention européenne des droits de l'homme, op. cit.*, p. 446, n° 524.

(67) La Cour rappelle occasionnellement le principe de l'unité de l'État dans le cadre de l'interprétation de l'article 6 § 1 ; v. not. C.E.D.H., Affaire *Foti et autres, Série A, n° 56*, 10 décembre 1982, § 63 ; Affaire *Martins Moreira, Série A, n° 143*, 26 octobre 1988, § 60 ; Affaire *B. c. Autriche, Série A, n° 175*, 28 mars 1990, § 54 ; Affaire *Moreira de Azevedo, Série A, n° 189*, 23 octobre 1990, § 73.

(68) V. *supra*, Chapitre V, l'affaire dont une partie du texte est reproduit, § 305, § 17 de l'arrêt.

(69) V. p. ex. C.E.D.H., Affaire *Martins Moreira, Série A, n° 143*, 26 octobre 1988, § 50 ; Affaire *Diana, Série A, n° 229-A*, 27 février 1992, § 17 ; Affaire *Ridi, Série A, n° 229-B*, 27 février 1992, § 18 ; Affaire *Manifattura, Série A, n° 230-B*, 27 février 1992, § 18 ; Affaire *Pnadolfelli et Palumbo, Série A, n° 230-K*, 27 février 1992, § 17 ; Affaire *Abdoella, Série A, n° 248-A*, 25 novembre 1992, § 23.

(70) V. p. ex. C.E.D.H., Affaire *O c. Royaume-Uni, Série A, n° 120*, 8 juillet 1987, § 85.

sonnes (71), le contentieux du travail (72), *etc.* (73). Elle peut aussi concerner des aspects plus personnels, comme la détention ou encore l'état de santé du requérant (74). L'exemple le plus remarquable est sans doute constitué par la jurisprudence condamnant l'État français pour des délais relativement brefs en comparaison avec la jurisprudence antérieure, pour le motif que les retards risquaient de priver les recours de tout objet puisque les requérants étaient atteints par le virus du sida, certains ayant déjà développé la maladie (75). A noter que, en cette occasion, la Cour a considéré que l'existence de sa propre jurisprudence constituait un critère renforçant l'exigence de célérité (76), critère qui pourrait être généralisé à toutes les hypothèses où l'on peut clairement comparer une nouvelle affaire à des précédents déjà tranchés par les instances de Strasbourg. Enfin, relevons que, dans de tout autres circonstances, la Cour a occasionnellement considéré que l'enjeu du litige pour le requérant s'étendait à la société nationale tout entière en raison de ses répercussions économiques et sociales importantes (77).

Chacun de ces critères, à l'exception de l'enjeu du litige pour le requérant qui ne concerne que certains cas spécifiques, fait l'objet d'un examen presque systématique (78) qui forme la méthode de détermination du caractère raisonnable du délai de jugement au sens de l'article 6, § 1er. C'est ce qui a fait écrire au sujet de la jurisprudence relative à l'article 6 que « sous une ondoyante diversité, l'on voit apparaître des principes précis et la cohérence d'une inspiration générale » (79).

(71) V. p. ex. C.E.D.H., Affaire *Bock*, *Série A, n° 150*, 29 mars 1989, § 49 ; Affaire *Taireti*, *Série A, n° 229-I*, 27 février 1992, § 18 ; Affaire *Maciarello*, *Série A, n° 229-J*, 27 février 1992, § 18 ; Affaire *Maciariollo*, *Série A, n° 230-A*, 27 février 1992, § 18 ; v. aussi les commentaires de Jacques VELU et Rusen ERGEC, *La convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 444, n° 522.

(72) C.E.D.H., Affaire *Ruotolo*, *Série A, n° 230-C*, 27 février 1992, § 17.

(73) V. un autre exemple dans C.E.D.H., Affaire *Silva Pontes*, *Série A, n° 285*, 23 mars 1994, § 39.

(74) C.E.D.H., Affaire *Abdoella*, *Série A, n° 248-A*, 25 novembre 1992, § 24.

(75) Voy. C.E.D.H., Affaire *X c. France*, *Série A, n° 234-C*, 31 mars 1992, §§ 32 et s. ; v. nos commentaires *supra*, chap. VI, section 3.

(76) C.E.D.H., Affaire *Vallée*, *Série A, n° 289*, 26 avril 1994 ; Affaire *Karakaya* , *Série A, n° 289-B*, 26 août 1994.

(77) C.E.D.H., Affaire *Ruiz-Mateos*, *Série A, n° 262*, 23 juin 1993, § 52.

(78) Exceptionnellement, la Cour se contente d'une évaluation globale qui ne reprend pas chacun des critères un à un ; v. p. ex. C.E.D.H., Affaire *Obermeier*, *Série A, n° 179*, 28 juin 1990, § 72.

(79) Jean-Claude SOYER et Michel de SALVIA, Commentaire de l'article 6, *loc. cit.*, p. 241.

501. Finalement, dans le cas tant de l'article 6, § 1er que de l'article 5, § 3, la jurisprudence européenne a établi une véritable méthode permettant d'apprécier le caractère raisonnable d'un délai. Dans le cas de la détention préventive, les motifs contrôlés sont, en principe (80), contenus dans les décisions juridictionnelles tandis que, dans les autres hypothèses, l'État avance ses motifs ultérieurement, devant les organes de la Convention ; il s'agit bien à chaque fois, comme nous le relevions à l'analyse d'éléments formels de définition du raisonnable, d'un contrôle marginal de motivation (81). Ce contrôle s'effectue à l'aide de critères de fond dont la souplesse permet de préserver l'exigence d'un examen *in concreto* adapté à chaque situation particulière, et dont la permanence assure la prévisibilité et la sécurité juridique propres à l'interprétation de toute règle de droit (82). La doctrine a d'ailleurs relevé que ces critères se recoupaient pour certains d'entre eux et que, en tout état de cause, on se trouvait devant une méthode qui présentait toujours une certaine rationalité (83). Il reste à déterminer dans quelle mesure on peut également aboutir à ce constat à l'analyse de la jurisprudence concernant les autres dispositions de la Convention dans lesquelles intervient le « raisonnable ».

B. — *Le caractère raisonnable de certaines mesures*

502. Pour rappel, le champ d'application du « raisonnable » dans la convention européenne des droits de l'homme s'étend bien au-delà des articles 5, § 3 et 6, § 1er, puisqu'on le retrouve notamment dans le cadre :

— des mesures restreignant le droit à la vie privée (art. 8, § 2), la liberté de pensée, de conscience ou de religion (art. 9, § 2) d'expression (art. 10, § 2), de réunion ou d'association (art. 11, § 2), ou

(80) La Cour examine à l'occasion des motifs qui n'étaient pas reproduits dans les décisions concernées, mais qui sont avancés pour la première fois devant les organes de la Convention (v. C.E.D.H., Affaire *Stogmüller*, *Série A, n° 9*, 10 novembre 1969, § 16). La différence entre les articles 5, § 3 et 6, § 1er n'est donc pas significative, même sur ce point procédural particulier.

(81) V. *supra*, Chapitre V, section 2, § 335.

(82) Michèle PICARD et Patrick TITIUN, Commentaire de l'article 5, § 3, *loc. cit.*, p. 226.

(83) Voy. p. ex. Pierre LAMBERT, « Les notions de 'délai raisonnable' dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *loc. cit.*, p. 15 ; Stefan TRECHSEL, « La durée raisonnable de la détention préventive (Article 5, paragraphe 3 de la Convention européenne des droits de l'homme) », *loc. cit.*, p. 148 ; Michèle PICARD et Patrick TITIUN, Commentaire de l'article 5, § 3, *loc. cit.*, pp. 221 et 224 ; v. aussi les propos de la Commission dans C.E.D.H., Affaire *Wemhoff*, *Série A, n° 7*, 27 juin 1968, § 13.

de circulation et d'établissement sur le territoire (art. 2, § 3 du IV[e] Protocole) ;

— des mesures de discrimination interdites par l'article 14 ;

— des mesures limitant le droit de propriété en application de l'article 1[er] du premier protocole ;

— des mesures adoptées en vue de l'organisation d'élections démocratiques en application de l'article 3 du premier protocole.

Nous ne reviendrons pas sur les diverses manières dont intervient la notion à l'intérieur de chacune de ces dispositions (84). Il suffira de constater qu'un point commun peut être dégagé de la jurisprudence : la Cour européenne considère en effet, qu'il incombe toujours de vérifier d'abord si l'État peut invoquer un but légitime pour, dans un second temps, apprécier l'existence d'un « rapport raisonnable de proportionnalité » entre les moyens employés et le but visé. Ainsi, le « raisonnable », qui caractérise aussi les mesures visées de manière générique (85), intervient dans le cadre d'une méthode plus large qu'il incombe de détailler pour comprendre la manière dont on lui donne un contenu. Nous reprendrons donc successivement les deux éléments de cette méthode.

1. *La légitimité du but*

503. Une mesure ne sera admise que si l'État peut justifier de la poursuite d'un but légitime dans le cadre de la disposition en cause. La jurisprudence est constante à ce sujet. Cette première condition pose en pratique très peu de problèmes. L'État pourra évidemment toujours *invoquer* un but légitime. Tout au plus peut-on identifier les buts qui relèvent de chacune des dispositions de la convention.

504. Dans bon nombre de cas, ces buts sont explicitement énumérés. Ainsi :

— les mesures restrictives de la vie privée sont permises en vue de la protection de la sécurité nationale, de la sûreté publique, du bien-être économique du pays, de la défense de l'ordre et la prévention des infractions pénales, de la protection de la santé et de la morale, ainsi que des droits et libertés d'autrui (art. 8, § 2) ;

(84) V. à ce sujet *supra*, Chapitre II, section 2.
(85) V. p. ex. C.E.D.H., Affaire *Chorherr*, *Série A, n° 266-B*, 25 août 1993, § 31.

— les mesures restrictives de la liberté de manifester sa religion doivent viser à la protection de la sécurité publique, de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques, ou des droits et libertés d'autrui (art. 9, § 2) ;

— les mesures restrictives de la liberté d'expression doivent assurer la protection de la sécurité nationale, de l'intégrité territoriale ou de la sûreté publique, de la défense de l'ordre et la prévention du crime, la protection de la santé ou de la morale, de la réputation ou des droits d'autrui, ou doivent viser à empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou à garantir l'autorité ou l'impartialité du pouvoir judiciaire (art. 10, § 2) ;

— les mesures restrictives de la liberté de réunion pacifique ou d'association ne peuvent être prises qu'en vue de la protection de la sécurité nationale, la sûreté publique, la défense de l'ordre et la prévention du crime, la protection de la santé et de la morale, des droits ou libertés d'autrui (art. 11, § 2) ;

— les mesures restrictives de l'exercice du droit de propriété doivent viser à la réglementation de l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou au paiement de l'impôt ou autres contributions ou amendes (art. 1 du Protocole I).

La longueur de l'énumération traduit bien l'ampleur de la marge d'appréciation laissée aux États en la matière (86). Il suffit en effet que la mesure soit tournée vers « un ou plusieurs buts » reproduits de manière limitative dans la disposition (87). En théorie, il doit s'agir des buts légaux qui ont inspiré la mesure au moment de son adoption, et non d'objectifs reconstruits *a posteriori* par les autorités pour les besoins de l'instance devant les organes de la Convention (88). En pratique, l'hypothèse du défaut de la poursuite d'un but légitime ne se réalise pratiquement jamais. La jurisprudence a même exceptionnellement admis la poursuite de buts non repris

(86) Frédéric SUDRE, *Droit international et européen des droits de l'homme*, Paris, P.U.F., 2e éd., 1995, p. 139 ; Prédon Th. VEGLERIS, « Valeur et signification de la clause 'dans une société démocratique' dans la Convention européenne des droits de l'homme », *R.D.H.*, 1968, p. 226.

(87) Vincent COUSSIRAT-COUSTÈRE, Commentaire de l'article 8, § 2, *in Commentaire de la Convention européenne des droits de l'homme*,*op. cit.*, p. 336. Pour Prédon Th. VEGLERIS, « on peut penser que ce que les rédacteurs de la convention ont cherché par ces analyses pour ainsi dire spectrales de l'idée d'intérêt public et variant d'un droit à l'autre, c'est de *prévoir* ce que pourraient être les restrictions que chaque droit appelle par sa nature et peut subir dans l'intérêt général, plutôt que de *limiter* le pouvoir d'intervention des États à cet effet » ; « Valeur et signification de la clause 'dans une société démocratique' dans la Convention européenne des droits de l'homme », *loc. cit*, p. 227.

(88) *Ibid.*

dans les dispositions (89) ou, dans d'autres hypothèses, a elle-même présumé que l'État — qui ne l'avait pas invoqué explicitement — poursuivait un des buts énoncés (90). Il est enfin significatif de constater que l'article 18 de la Convention prescrit que les restrictions « ne peuvent être appliquées que dans *le but pour lequel elles ont été prévues* », sans mentionner d'exigence particulière, de sorte que l'on est renvoyé à une conformité très générale aux buts admis par la convention (91).

505. D'autres articles de la convention ne reprennent d'ailleurs pas une énumération des buts légitimes admis. La jurisprudence jugera dès lors de la légitimité des buts avancés par les autorités au cas par cas.

Dans le cadre de l'interprétation de l'article 14, la Cour estime dans l'affaire *Abdulaziz et autres* qu'« une distinction est discriminatoire si elle manque de justification objective et raisonnable, *c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un but légitime* [...] » (92). En l'espèce, les autorités britanniques expliquaient des restrictions à l'entrée sur leur territoire de ressortissants étrangers par la nécessité de protéger le marché de l'emploi. La Cour a admis en principe la légitimité de ce but (93).

Dans l'affaire *Clerfayt*, la Cour, amenée à se prononcer sur la conformité de réglementations électorales avec l'article 3 du premier protocole, estime qu'elle doit d'abord s'assurer que les autorités « poursuivent un but légitime » (94). En l'espèce, les mesures, qui consistaient à restreindre l'exercice du droit de vote des francophones dans certaines communes de la périphérie situées en terri-

(89) V. C.E.D.H., Affaire *Gillow*, *Série A, n° 109*, 24 novembre 1986, §§ 53-54 ; v. aussi Vincent COUSSIRAT-COUSTÈRE, Commentaire de l'article 8 § 2, *loc. cit.*, p. 337 ainsi que R. St. MACDONALD, « The Margin of Appreciation », *in* R. St. MACDONALD, F. MATSCHER, H. PETZOLD (sous la direction de), *The European System for Protection of Human Rights*, Dordrecht-Boston-London, Martinus Nijhoff, 1993, p. 96.

(90) C.E.D.H., Affaire *Castells*, *Série A, n° 236*, 23 avril 1982, § 39.

(91) Nous soulignons ; l'article 18 n'est du reste plus guère invoqué devant les organes de la Convention, tant il apparaît quelque peu superfétatoire au regard des dipositions auxquelles il renvoie, telles qu'interprétées par la jurisprudence ; v. Vincent COUSSIRAT-COUSTÈRE, Commentaire de l'article 18 in *La Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, pp. 523 et s.

(92) C.E.D.H., Affaire *Abdulaziz, Cabales et Balkandali*, *Série A, n° 94*, 28 mai 1985, § 72. V. aussi Frédéric SUDRE, *Droit international et européen des droits de l'homme*, *op. cit.*, pp. 248-249.

(93) *Ibid.*, § 78. V. les réflexions de Marc BOSSUYT, Commentaire de l'article 14 in *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, *op. cit.*, p. 486.

(94) C.E.D.H., Affaire *Mathieu-Mohin et Clerfayt*, *Série A, n° 113*, 2 mars 1987, § 52.

toire flamand, visaient à l'unité linguistique dans une région linguistique. La Cour admet la légitimité de cet objectif (95).

Ces deux exemples montrent à la fois la nécessité de justifier une mesure par la poursuite d'un but légitime, et l'extrême souplesse laissée à l'appréciation de l'État en la matière. Au vu de ces applications, on ne conçoit guère que des objectifs publics, quels qu'ils soient, soient qualifiés d'illégitimes (96). Sans doute en serait-il ainsi si, pour reprendre les deux cas évoqués, les autorités avaient ouvertement déclaré vouloir discriminer respectivement les étrangers ou les francophones. On en conviendra, semblable hypothèse est toute théorique (97).

506. La condition de la légitimité du but ne pose donc en pratique aucun problème particulier. Finalement, il apparaît que seuls les buts expressément interdits (comme ceux qui découlent des critères de distinction énoncés dans l'article 14) pourraient donner lieu à un refus. Pour le reste, la Cour se contente de prendre acte des buts invoqués. Tout au plus s'estime-t-elle habilitée à choisir parmi les buts celui qui lui semble déterminant en l'espèce, ce qui ne sera pas sans conséquence pour l'appréciation du respect de la deuxième condition (98).

2. *L'existence d'un rapport raisonnable de proportionnalité*

507. L'exigence d'un « rapport raisonnable de proportionnalité » entre les moyens employés et le but visé a été formulée pour chacune des dispositions que nous venons d'examiner et, au-delà, est parfois considérée comme un principe général s'appliquant à toute

(95) Pour d'autres exemples similaires, v. C.E.D.H., Affaire *linguistique, Série A, n° 6*, 23 juillet 1968, § 12 ; Affaire du *Syndicat national de la police belge, Série A, n° 19*, 27 octobre 1975, § 48 ; Affaire *Hoffmann, Série A, n° 255-C*, 23 juin 1993, §§ 34-36.

(96) V. Jacques Velu et Rusen Ergec, *La Convention européenne des droits de l'homme, op. cit.*, p. 121, n° 152.

(97) C.E.D.H., Affaire *Open Door et Dublin Well Woman, Série A, n° 246*, 29 octobre 1992, op. diss., § 3.

En tout état de cause, il faut ajouter que le juge Matscher a expressément contesté la possibilité de principe de juger de la légitimité du but, laissée à l'appréciation de l'État.

(98) Vincent Coussirat-Coustère, Commentaire de l'article 8, § 2, *loc. cit.*, p. 337.

la convention (99). La jurisprudence est donc abondante à ce sujet. Que peut-on en tirer comme élément de précision ? De manière générale, la Cour vérifie d'abord l'existence d'un lien entre le moyen employé et le but visé (100), et ce de manière plus ou moins stricte (§§ 508-510). Elle apprécie ensuite si la mise en œuvre de ce moyen aboutit à un « juste équilibre » entre les droits du requérant et les intérêts de la communauté (§ 511).

508. Le lien entre le moyen employé et le but visé sera apprécié différemment selon que l'on se trouve dans le cadre de l'usage de droits ou de la mise en œuvre de restrictions par les autorités publiques.

Dans la première hypothèse, le lien sera apprécié assez souplement. Dans l'affaire *Engel et autres*, des militaires s'étaient vu infliger des sanctions qu'ils estimaient discriminatoires (101). La Cour rejette leur prétention en considérant que le maintien de la discipline est, en matière militaire, accepté comme but légitime, et que les sanctions infligées étaient proportionnées. La Cour ne se demande pas si d'autres moyens, moins contraignants pour les soldats concernés, auraient pu être mis en œuvre pour atteindre ce but. Le choix est entièrement laissé au jugement des autorités compétentes (102). De même, dans l'affaire *Clerfayt* précitée, la Cour n'envisage pas les autres possibilités qui auraient pu être explorées pour atteindre l'objectif d'une unité linguistique dans la région flamande, laissant une entière liberté aux autorités locales sur ce point (103). Dans l'affaire *James et autres*, la Cour rejette un argument du requérant selon lequel

> « le correctif extrême de l'expropriation ne pourrait se concilier avec l'article 1 [du Protocole I] qu'à défaut d'un mode moins radical de redressement ».

(99) V. p. ex. Marc-André EISSEN, « Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence de la Convention européenne des droits de l'homme », *in La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, *op. cit.*, pp. 65 et s. et, du même auteur, « The Principle of Proportionality in the Case-Law of the European Court of Human Rights », *in The European System for the Protection of Human Rights*, *op cit.*, pp. 125 et s. ; cette doctrine s'appuie sur une jurisprudence abondante ; la Cour invoque en effet le principe dans le cadre de l'interprétation de dispositions les plus diverses (v. p. ex., pour l'article 15, C.E.D.H., Affaire *Brannigan et Mc Bride*, *Série A, n° 258-B*, 26 mai 1993, § 54).

(100) Le terme de « lien » a occasionnellement été énoncé (v. C.E.D.H., Affaire *James et autres*, *Série A, n° 98*, 21 février 1986, Rapport de la Commission, § 122). Nous le reprenons ici pour la neutralité qu'il recouvre.

(101) V. C.E.D.H., *Série A, n° 22*, 8 juin 1976, §§ 72 et s.

(102) Voy. un autre exemple dans C.E.D.H., Affaire *Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs et Gubi*, *Série A, n° 302*, 19 décembre 1994, § 36.

(103) C.E.D.H., *Série A, n° 113*, 2 mars 1987, §§ 52 et s.

En effet,

> « Pareille thèse revient à dégager du texte un critère de stricte nécessité, interprétation que la Cour ne juge pas fondée. En elle-même, l'existence de solutions de rechange ne rend pas injustifiée la législation litigieuse ; elle représente un facteur parmi d'autres [...] » (104).

On pourrait multiplier les exemples (105). Le pouvoir discrétionnaire de l'État est particulièrement étendu lorsque les mesures en cause relèvent de l'exercice de ses droits, même si ceux-ci sont régis par la Convention (106).

Il en va autrement lorsque l'on se trouve dans le cadre de restrictions aux droits des individus reconnus dans plusieurs des dispositions précitées (107). En semblable hypothèse, l'État doit démontrer de manière plus contraignante l'existence d'un lien entre les moyens mis en œuvre et le but poursuivi. Jusqu'à quel point ? La jurisprudence est extrêmement difficile à interpréter à cet égard. Des arguments peuvent être avancés en faveur d'une interprétation stricte ou, au contraire, d'une interprétation souple.

509. Les éléments qui militent en faveur d'une interprétation stricte sont les suivants :

— de manière générale, la jurisprudence reconnaît que les restrictions ou les dérogations à la convention doivent être interprétés restrictivement (108), ce qui ne fait que consacrer un principe général de droit incontesté ;

(104) C.E.D.H., *Série A, n° 98*, 21 février 1986, § 51.

(105) V. C.E.D.H., C.E.D.H., Affaire *linguistique*, *Série A, n° 6*, 23 juillet 1968, § 13 ; Affaire *Rasmussen*, *Série A, n° 87*, 28 novembre 1984, § 41 ; Affaire *Powell et Rayner*, *Série A, n° 172*, 21 février 1990, §§ 41 et s. ; v. aussi, impl., C.E.D.H., Affaire *Mellacher et autres*, *Série A, n° 169*, 19 décembre 1989, § 53.

(106) Dans des cas exceptionnels, la Cour semble adopter une démarche plus stricte en déclarant certaines mesures de différenciation incompatibles avec l'article 14 parce que d'autres types de mesures auraient pu être adoptées ; v. C.E.D.H., Affaire *Inze*, *Série A, n° 126*, 28 octobre 1987, § 44.

(107) C'est en ce sens que la Commission, se prononçant sur l'article 1 du Protocole I, avance que, au contraire des dispositions autorisant des mesures restrictives, il « ne fixe aucun impératif de nécessité » (C.E.D.H., Affaire *James et autres*, *Série A, n° 98*, 21 février 1986, Rapport de la Commission, § 134).

(108) Voy. not. C.E.D.H., Affaire *Silver et autres*, *Série A, n° 61*, 25 mars 1983, § 97 ; Affaire *Thorgeir Thorgeirson*, *Série A, n° 239*, 25 juin 1992, § 63 ; Affaire *Funke, Crémieux et Miailhe*, *Série A, n° 256*, 25 février 1993, § 55, ainsi que Vincent COUSSIRAT-COUSTÈRE, Commentaire de l'article 8, § 2, *loc. cit.*, p. 326 et Michel MELCHIOR, « Notions 'vagues' ou 'indéterminées' et 'lacunes' dans la Convention européenne des droits de l'homme », *in* F. MATSCHER et H. PETZOLD (sous la direction de), *Mélanges Wiarda*, Cologne, Carl Heymanns Verlag KG, 1988, p. 411.

— la Commission a estimé qu'une limitation de liberté doit apparaître comme le *seul moyen* apte à atteindre le but légitime visé (109) ;

— la Cour a appliqué ces principes en certaines occasions. Dans l'affaire *Observer et Guardian*, l'interdiction de publier un ouvrage d'un ancien membre des services secrets britanniques par le Royaume-Uni est déclarée contraire à l'article 10 notamment parce que d'autres moyens aptes à atteindre le but légitime poursuivi (des impératifs de sécurité nationale) auraient pu être mis en œuvre (110) tandis que, dans l'affaire *Informationsverein Lentia et autres*, l'État est condamné parce qu'il avait à sa disposition des « solutions équivalentes moins contraignantes » (111).

— de manière plus générale, la Cour a estimé que l'adjectif « nécessaire », qui caractérise le lien entre le moyen et le but, n'a pas « la souplesse de mots tels qu''utile', 'raisonnable' ou 'opportun' ; il implique l'existence d'un *besoin social impérieux* de recourir à l'ingérence considérée » (112), ou encore qu'une restriction n'était tolérable « d'après la convention que dans la mesure *strictement nécessaire* à la sauvegarde des institutions démocratiques » (113). Les termes soulignés attestent de la conception stricte devant présider en principe à l'appréciation des moyens ;

— enfin, cette conception est défendue par une partie de la doctrine. Ainsi, selon Jacques Velu et Rusen Ergec,

> « [...] la règle de la proportionnalité postule l'exclusivité du moyen : non seulement la limitation de la liberté doit apparaître comme le seul moyen apte à

(109) Comm., déc. du 16 juillet 1980, req. n° 8440/78, *Ann. Conv.*, vol. XXIV, p. 199, cité dans Jacques VELU et Rusen ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 152, n° 194 ; ce critère est occasionnellement évoqué par les juges ; v. not. C.E.D.H., Affaire *Open Door et Dublin Well Woman*, *Série A, n° 246*, 29 octobre 1992, op. diss. Blayney.

(110) C.E.D.H., *Série A, n° 216*, 26 novembre 1991, §§ 69-70 ; v. aussi C.E.D.H., Affaire *Sunday Times (N° 2)*, *Série A, n° 217*, 26 novembre 1991, §§ 59 et s. et, par ailleurs, Affaire *Noris*, *Série A, n° 142*, 26 octobre 1988, §§ 43 et s.

(111) C.E.D.H., *Série A, n° 276*, 24 novembre 1993, §§ 35 et s., sp. § 39. Dans l'affaire *Handyside*, la Cour répond à l'argument selon lequel les autorités auraient pu adopter des mesures moins rigoureuses non en rejetant le principe mais en constatant que, en l'espèce, tel n'était pas le cas ; C.E.D.H., *Série A, n° 24*, 7 décembre 1976, § 58 ; dans l'affaire *Sigurdur A. Sigurjonsson*, la Cour juge contraires à l'article 11 certaines mesures, notamment par ce qu'elle ne représentaient nullement « l'unique moyen concevable » à la disposition du gouvernement ; C.E.D.H., *Série A, n° 264*, 30 juin 1993, § 41.

(112) Nous soulignons ; v. not. C.E.D.H., Affaire *Dudgeon*, *Série A, n° 45*, 22 octobre 1981, § 51 ; v. aussi C.E D.H., Affaire *Young, James, Webster*, *Série A, n° 44*, 13 août 1981, § 63 ; Affaire *Barthold*, *Série A, n° 90*, 25 mars 1985, § 55 ; Affaire *Sigurdur A. Sigurjonsson*, *Série A, n° 264*, 30 juin 1993, Rapport de la Commission, § 63.

(113) Nous soulignons ; C.E.D.H, Affaire *Klass et autres*, *Série A, n° 28*, 6 septembre 1978, § 42.

atteindre le but autorisé, mais encore, parmi plusieurs mesures qui peuvent s'offrir à elle, l'autorité doit opter pour la mesure la moins restrictive » (114).

510. D'autres éléments plaident cependant pour une conception plus souple en la matière :

— la prise en compte du contexte amène d'abord à nuancer l'appréciation ; si certaines dispositions exigent que les mesures soient « absolument » (115) ou « strictement » (116) nécessaires, d'autres prévoient seulement que ces mesures devront être « nécessaires », voire celles que les États jugeront nécessaires (117) ; il convient donc d'adapter la jurisprudence à chaque énonciation spécifique ;

— certains précédents témoignent d'ailleurs d'une souplesse assimilable à celle que nous avons décrite dans le cadre de l'exercice de droits (et non pas d'un pouvoir de restriction) par les autorités. Dans l'affaire *Müller et autres*, des amendes avaient été infligées par les autorités autrichiennes à des artistes dont les œuvres exposées étaient considérées comme attentatoires à la morale publique ; ces mesures ont été admises par la Cour alors qu'elles n'apparaissaient nullement comme strictement nécessaires au but poursuivi, la simple interdiction de l'entrée de l'exposition aux mineurs protégés étant parfaitement envisageable (118) ;

— de manière générale, la Cour a également précisé que l'adjectif « nécessaire », s'il n'avait pas la souplesse d'adjectifs comme « utile », ne s'apparentait pas non plus à ce qui était « indispensable » (119).

C'est sur base de tels arguments que certains auteurs semblent défendre une appréciation souple de la marge d'appréciation, même dans le cas de l'exercice de pouvoirs de restriction (120) .

---

(114) *La convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 152, n° 194 ; v. aussi Vincent COUSSIRAT-COUSTÈRE, Commentaire de l'article 8 § 2, *loc. cit.*, p. 338 ; Michel VINCINEAU, « Assurances et vie privée. Du vide légal à l'illicite », *R.B.D.I.*, 1994-2, p. 487 ; Olivier DE SCHUTTER, « Epidémie du sida et droits de l'homme », *R.T.D.H.*, 1994, p. 63.

(115) Article 2, § 2 du 6e protocole concernant l'abolition de la peine de mort ; l'expression caractérise une possibilité exceptionnelle de donner la mort ; v. Jacques VELU et Rusen ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, pp. 186-189, n° 231-233.

(116) L'expression est reprise à l'article 15 de la Convention.

(117) Article 1 du Protocole I ; la terminologie peut expliquer la plus grande marge d'appréciation reconnue à cet égard ; v. les exemples ci-dessus.

(118) C.E.D.H., *Série A, n° 133*, 24 mai 1988, §§ 40 et s. ; v. aussi C.E.D.H., Affaire *Markt intern Verlag Gmbh et Klaus Beerman*, *Série A, n° 165*, 20 novembre 1989, § 37.

(119) V. p. ex. C.E.D.H., Affaire *Handyside*, *Série A, n° 24*, 7 décembre 1976, § 48 ; Affaire *Sunday Times*, *Série A, n° 30*, 26 avril 1979, § 59 ; Affaire *Silver et autres*, *Série A, n° 61*, 25 mars 1983, § 97.

(120) V. p. ex. R. St. J. MACDONALD, « The Margin of Appreciation », *loc. cit*, pp. 83 et s.

511. Il est sans doute vain de vouloir départager ces deux positions de manière générale (121). Il convient plutôt de différencier l'analyse en fonction de chacune des dispositions en cause, comme le fait parfois la doctrine (122) et comme le reconnaît incidemment la jurisprudence (123). Nous préciserons ultérieurement certains des éléments qui sont pris en compte par la jurisprudence, comme l'importance du droit visé ou du but poursuivi (124). A ce stade, nous souhaitions seulement exposer la rationalité de la méthode.

512. A cet égard, la démonstration de l'existence d'un lien entre le moyen et le but, ne suffit pas. Encore faut-il vérifier le maintien d'un « juste équilibre » entre les intérêts de l'individu et ceux de la communauté à laquelle il appartient (125). C'est ce qui se traduit tantôt par l'utilisation de l'expression « nécessaire *dans une société démocratique* », tantôt par la mise en exergue du critère de proportionnalité. Cette phase du raisonnement juridictionnel est très difficile à systématiser. Elle semble relever d'une appréciation empirique et réfractaire à toute généralisation même si, comme nous le verrons, certains critères peuvent être dégagés. A ce stade, on peut insister sur l'obligation de tenir compte des répercussions de la mesure :

— soit sur la situation personnelle du requérant. Ainsi, dans l'affaire *Gillow*, les autorités de Guernesey avaient, en vue de lutter contre la surpopulation sur l'île, adopté des mesures empêchant les requérants de réinvestir l'habitation qu'ils avaient quittée depuis plusieurs années. La Cour estime ces mesures nécessaires au but légitime poursuivi, mais les déclare contraires à la convention parce que l'on n'a « pas assez tenu compte de la situation particulière des requérants », ceux-ci ne disposant plus d'aucune autre habitation (126) ;

(121) V. Walter GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Le caractère 'autonome' des termes et la 'marge d'appréciation' des gouvernements dans l'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme », *in Mélanges Wiarda, op. cit.*, § 26 de l'étude.

(122) Voy. p. ex. R. St. J. MACDONALD, « The Margin of Appreciation », *loc. cit.*, pp. 85 et s.

(123) C.E.D.H., Affaire *Gillow, Série A, n° 109*, 24 novembre 1986, § 55.

(124) V. *infra*, section 2, § 541.

(125) V. p. ex. C.E.D.H., Affaire *James et autres, Série A, n° 98*, 21 février 1986, § 51.

(126) C.E.D.H., *Série A, n° 109*, 24 novembre 1986, § 57 (v. les commentaires de Jacques VELU et Rusen ERGEC, *La convention européenne des droits de l'homme, op. cit.*, pp. 562-563, n° 686) ; v. aussi C.E.D.H., Affaire *Berrehab, Série A, n° 138*, 21 juin 1988, § 29 ; Affaire *Moustaquim, Série A, n° 193*, 18 février 1991, §§ 43 et s. ; Affaire *Lamguindaz, Série A, n° 258-C*, 23 juin 1993, Rapport de la Commission, § 46. Dans le cadre de l'article 1 du premier protocole, cette obligation de prendre en compte la situation particulière du requérant s'est traduite par la notion

— soit sur les intérêts de la collectivité. Sans doute peut-on interpréter de cette manière les nombreuses affaires où la Cour admet certaines mesures restrictives dans le cadre de la défense de la sécurité nationale (127).

Il reste bien entendu, dans chaque cas particulier, à peser les avantages et désavantages de manière à vérifier le maintien de ce « juste équilibre »...

513. En dépit de la souplesse de certains des critères rencontrés, on peut, comme à l'issue de l'analyse de la jurisprudence relative au « délai raisonnable », conclure à l'existence d'une méthode relativement rationnelle à l'aide de laquelle une signification est donnée au « raisonnable » dans un cas particulier (128). En l'occurrence, il incombera à la Cour de contrôler :

1° l'existence d'un motif légitime,

2° l'existence d'un lien entre le moyen employé et le but visé et,

3° le maintien d'un équilibre entre les intérêts respectifs de l'individu et de la collectivité.

On a là une méthode qui permet au juge d'élaborer sa motivation en respectant une certaine logique. Il reste à se demander dans quelle mesure ces réflexions peuvent mener par induction à l'énonciation d'une méthode plus générale encore qui recouvre, toujours dans le cadre de la C.E.D.H., tous les cas où le « raisonnable » est interprété, que ce soit lorsqu'il caractérise un délai ou une mesure...

Section 2. — Une méthode générale ?

514. Comme nous l'avons souligné d'emblée, la doctrine s'est gardée jusqu'ici de systématiser les enseignements de la jurisprudence européenne relative aux dispositions dans lesquelles intervient le « raisonnable ». Cela ne signifie pas qu'elle n'ait décelé aucun point commun entre les interprétations respectives des différentes disposi-

---

de « charge spéciale et exorbitante » ; v. p. ex. C.E.D.H., Affaire *Lithgow et autres, Série A, n° 102*, 8 juillet 1986, § 120 ; Affaire *Hakansson et Sturesson, Série A, n° 171*, 21 février 1990, § 55.

(127) V. not. les références reproduites dans Jacques Velu et Rusen Ergec, *La Convention européenne des droits de l'homme, op. cit.*, pp. 618-619, n° 759 ; v. aussi François Ost, « Le concept de 'démocratie' dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *J.P.*, 1988, pp. 13-14.

(128) V. de manière générale Michel Melchior, « Notions 'vagues' ou 'indéterminées' et 'lacunes' dans la Convention européenne des droits de l'homme », *loc. cit.*, §§ 8 et 9.

tions, ce qui, en tout état de cause, dénote la conscience d'une certaine unité au-delà de la diversité des centaines d'arrêts rendus. Quels sont ces points communs ?

Tout d'abord, et comme nous l'avons déjà relevé, la Cour suit ce qu'on appelle la doctrine de la marge d'appréciation (ou du « contrôle marginal ») : refusant de se substituer aux autorités étatiques, elle se cantonne à un contrôle de la motivation pour en sanctionner les excès (1).

Ensuite, et cette deuxième caractéristique n'est que la conséquence de la précédente, sa tâche consiste à vérifier les caractères « pertinents » et « suffisants » des motifs avancés. Nous l'avons constaté dans le cadre de l'interprétation du délai raisonnable reproduit à l'article 5, § 3 de la Convention (2). Mais la Cour l'a également admis lorsqu'elle se prononçait sur les pouvoirs de restriction reconnus aux paragraphes 2 des articles 8 à 11 (3). Ce point a été souligné par la doctrine comme démarche commune à plusieurs dispositions (4). En réalité, on peut considérer que le constat est valable dès que la doctrine de la marge d'appréciation trouve à s'appliquer, c'est-à-dire dès que l'article interprété contient une ou plusieurs « notions à contenu variable » (5).

Ces points communs ne posent pas de problème particulier, tant ils découlent directement de la jurisprudence existante. En revanche, il peut paraître problématique d'induire une véritable méthode qui caractérise l'interprétation du « raisonnable ». C'est à

(1) V. les développements et références reproduits *supra*, Chapitre V, section 2, §§ 339 et s.

(2) Voy. ci-dessus, section 1.

(3) V. not. C.E.D.H., Affaire *Handyside, Série A, n° 24*, § 50 ; Affaire *Sunday Times, Série A, n° 30*, 26 avril 1979, § 62 ; Affaire *Dudgeon, Série A, n° 45*, 22 octobre 1981, § 54 ; Affaire *Lingens, Série A, n° 103*, 8 juillet 1986, § 40 ; Affaire *Olsson, Série A, n° 130*, 24 mars 1988, § 68 ; Affaire *Müller et autres, Série A, n° 133*, 24 mai 1988, § 32 ; Affaire *Markt Intern Verlag Gmbh et Klaus Beermann, Série A, n° 165*, 20 novembre 1989, §§ 37-38 ; Affaire *Observer et Guardian, Série A, n° 216*, 26 novembre 1991, § 59 ; Affaire *Olsson (N° 2), Série A, n° 250*, 27 novembre 1992, § 87 et Rapport de la Commission, § 121 ; Affaire *Chorherr, Série A, n° 266-B*, 25 août 1993, Rapport de la Commission, § 40 ; Affaire *Jersild, Série A, n° 298*, 23 septembre 1994, § 31 ; Affaire *Hokkanen, Série A, n° 299-A*, 23 septembre 1994, § 55.

(4) V. p.ex. Jacques VELU et Rusen ERGEC, *La convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1990, p. 152, n° 194 ; ainsi que Marc-André EISSEN, « Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », Vincent COUSSIRAT-COUSTÈRE, Commentaire de l'article 8, § 2, Gérard COHEN-JONHATAN, Commentaire de l'article 10 et Marc BOSSUYT, Commentaire de l'article 14 in Louis-Edmond PETTITI, Emmanuel DECAUX, Pierre-Henri IMBERT (sous la direction de), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1995, resp. pp. 67, 338, 397 et 481.

(5) V. à ce sujet *supra*, Chapitre V, section 2, § 340. Nous réservons les cas où la doctrine s'applique pour l'appréciation d'une loi nationale à laquelle renvoie la Convention (v. p. ex. l'article 12).

cette délicate entreprise que nous nous essayerons dans les lignes qui suivent. Nous tenterons ainsi de démontrer que, au-delà des particularités propres à chaque espèce, on peut interpréter la jurisprudence comme répondant à deux interrogations successives :

— peut-on établir un lien de causalité entre l'acte ou l'omission des autorités et le motif légitime invoqué ? (A) ;

— à supposer que la réponse à la première question s'avère positive, ce lien de causalité peut-il être considéré comme « suffisant » eu égard aux particularités de la cause, et spécialement des intérêts et présence ? (B).

A. — *L'établissement d'un lien de causalité*

515. La justification avancée par l'État consistera donc à établir un lien de causalité entre son comportement et un motif légitime. Deux situations, qui correspondent à la subdivision suivie dans l'examen des cas particuliers opérée dans la section précédente, sont toutefois à distinguer :

— s'il s'agit de vérifier le caractère raisonnable d'un délai, on se trouve devant une omission reprochée à l'État ; le lien de causalité sera alors lié à la notion d'imputabilité (1) ;

— s'il s'agit en revanche de vérifier le caractère raisonnable d'une mesure, ce sont des actions de l'État (problèmes de discrimination, d'ingérence dans l'exercice de droits et libertés,...) qui sont en cause ; le lien de causalité se rattache alors davantage à une question d'efficacité (2).

1. *Lien de causalité et imputabilité*

516. Le fait que, dans le cadre de l'appréciation du caractère raisonnable d'un délai, on soit en présence d'un problème d'imputabilité, n'est guère contestable. La jurisprudence est émaillée d'expressions en témoignant. De manière générale, les organes de la Convention ont considéré à de multiples reprises que

> « [...] seules les lenteurs imputables à l'État peuvent amener la Cour à conclure à l'inobservation du 'délai raisonnable' » (6).

(6) C.E.D.H., Affaire *Zimmerman et Steiner, Série A, n° 66*, § 24 ; Affaire *Buchholz, Série A, n° 42*, 6 mai 1981, § 49 ; Affaire *Bock, Série A, n° 150*, 29 mars 1989, Rapport de la Commission, § 78 ; Affaire *Union Alimentaria Sanders S.A., Série A, n° 157*, 7 juillet 1989, Rapport de la Commission, § 60 ; Affaire *H. c. France, Série A, n° 162-A*, 24 octobre 1989, § 66 ; Affaire *Vernillo*,

De même, la Cour ou la Commission insistent dans une série de cas particuliers sur le fait que les retards sont bel et bien imputables à l'État défendeur (7) ou, au contraire, tiennent à faire remarquer qu'ils ne lui sont pas imputables (8). L'établissement d'une imputabilité est donc une condition *sine qua non* de la démonstration de la violation de la Convention. Il ne s'agit là que d'une application des principes les plus élémentaires de la responsabilité internationale (9).

517. 517. A ce sujet, il faut relever avec le juge Martinez que

> « Le seul écoulement du temps ne saurait constituer une violation de la Convention. C'est plutôt la conduite d'un procès qui marque des pauses injustifiées qu'il faut qualifier de déraisonnable » (10).

Ce qui est en cause, c'est le comportement des organes de l'État, et plus spécifiquement leur inaction, leur négligence. Dans de nombreuses décisions, l'État est condamné parce qu'il ne parvient pas à justifier son inaction pendant certaines parties du délai envisagé

Série A, n° 198, 20 février 1991, § 34 ; Affaire *Wiesinger*, *Série A, n° 213*, 30 octobre 1991, § 54 ; Affaire *Funke*, *Série A, n° 256-A*, 25 février 1993, Rapport de la Commission, § 73 ; Affaire *Monnet*, *Série A, n° 273*, 27 octobre 1993, § 30. *A contrario*, la Cour relève parfois que les retards ne sont pas imputables aux requérants ; v. p. ex. C.E.D.H., Affaire *Foti et autres*, *Série A, n° 56*, 10 décembre 1982, § 56 ; Affaire *W.c. Suisse*, *Série A, n° 254-A*, 26 janvier 1993, § 41 ; Affaire *Venditelli*, *Série A, n° 293*, 18 juillet 1994, § 25. V. aussi Frédéric SUDRE, *Droit international et européen des droits de l'homme*, Paris, P.U.F., 2e éd., 1995, p. 201.

(7) Dans l'affaire *Verrasi*, la Cour énonce que « la Commission relève à juste titre deux périodes d'inactivité entièrement imputables à l'État » ; C.E.D.H., *Série A, n° 230-E*, 27 février 1992, § 17 ; v. encore. C.E.D.H., Affaire *Zimmerman et Steiner*, *Série A, n° 66*, 13 juillet 1983, § 24 ; Affaire *Deumeland*, *Série A, n° 100*, 29 mai 1986, § 90 ; Affaire *Erckner et Hofauer*, *Série A, n° 117*, 23 avril 1987, § 70 ; Affaire *Bock*, *Série A, n° 150*, 29 mars 1989, § 44 et Rapport de la Commission, § 115 ; Affaire *Union Alimentaria Sanders S.A.*, *Série A, n° 157*, 7 juillet 1989, Rapport de la Commission, § 60 ; Affaire *Brigandi*, *Série A, n° 194-B*, 19 février 1991, Rapport de la Commission, § 62 ; Affaire *Santilli*, *Série A, n° 194-D*, 19 février 1991, Rapport de la Commission, § 43 ; Affaire *Girolami*, *Série A, n° 196-E*, 19 février 1991, Rapport de la Commission, § 45 ; Affaire *Pugliese (II)*, *Série A, n° 206-A*, 24 mai 1991, Rapport de la Commission, § 35 ; Affaire *Ruotolo*, *Série A, n° 230-D*, 27 février 1992, § 17 ; Affaire *Cifola*, *Série A, n° 231-A*, 27 février 1992, Rapport de la Commission, § 31 ; Affaire *Pandolfelli et Palumbo*, *Série A, n° 231-B*, 27 février 1992, Rapport de la Commission, § 37 ; Affaire *Pierazzini*, *Série A, n° 231-C*, 27 février 1992, § 18 ; Affaire *Tusa*, *Série A, n° 231-D*, 27 février 1992, § 17 ; Affaire *Tumminelli*, *Série A, n° 231-II*, 27 février 1992, § 17 et Rapport de la Commission, § 30 ; Affaire *Bunkate*, *Série A, n° 248-B*, 26 mai 1993, Rapport de la Commission, § 35 ; Affaire *Dobbertin*, *Série A, n° 256-D*, 25 février 1993, Rapport de la Commission, § 68 ; Affaire *Muti*, *Série A, n° 281-C*, 23 mars 1994, § 17 ; Affaire *Allenet de Ribemont*, *Série A, n° 308*, 10 février 1995, § 56.

(8) C.E.D H., Affaire *Neumeister*, *Série A, n° 8*, 27 juin 1968, § 21 ; Affaire *Manzonni*, *Série A, n° 195-B*, 19 février 1991, § 42 ; Affaire *Maciariollo*, *Série A, n° 230*, 27 février 1992, § 17 ; Affaire *Cifola*, *Série A, n° 231-A*, 27 février 1992, § 16 ; Affaire *Tusa*, *Série A, n° 231-D*, 27 février 1992, § 17 ; Affaire *Van der Tang*, *Série A, n° 326*, 13 juillet 1995, § 76.

(9) Voy. l'article 3 de la première partie du projet d'articles de la Commission du droit international sur la responsabilité internationale des États.

(10) C.E.D.H., Affaire *Bock*, *Série A, n° 150*, 29 mars 1989, § 9 de l'opinion dissidente.

dans son ensemble (11), qualifiées incidemment de « périodes d'inactivité » (12) : ce n'est donc pas l'écoulement du délai en lui-même qui lui est reproché. Ainsi, la Cour constate le dépassement du délai raisonnable parce que, dans les circonstances de la cause,

> « [...] l'examen du dossier ne révèle aucun obstacle insurmontable qui empêchât de juger dès l'une des sessions du premier semestre de 1988 une affaire dont l'origine remontait au 16 février 1983 » (13).

De même, elle conclut à la violation de l'exigence du délai raisonnable en relevant qu'« il aurait été possible pour la quatrième chambre de terminer plus tôt sa procédure » (14) ou, dans une autre affaire, que « le Gouvernement ne montre pas quels moyens concrets et effectifs le droit portugais offrait en l'espèce pour hâter la marche de la procédure pénale » (15). Dans le cadre du maintien d'une personne en détention préventive, la Commission a considéré que l'article 5 § 3 impliquait une « exigence de promptitude » (16). Dans une autre affaire, la Cour considère qu'

> « [...] aucune critique ne peut être élevée quant à la manière dont l'affaire a été conduite par les autorités judiciaires. L'exceptionnelle durée de l'instruction et celle du procès devant la juridiction de jugement trouvent leur justification dans l'exceptionnelle complexité de l'affaire et dans des causes additionnelles de retard qu'il n'était pas possible d'éviter » (17).

Ces citations montrent bien que l'illicéité n'a rien à voir avec le seul écoulement du temps, mais provient d'un défaut imputable aux organes judiciaires de l'État. Dans le cadre de l'article 6, § 1er, il s'agit d'un défaut de juger, tandis que, dans le cadre de l'article 5, § 3, le défaut est en quelque sorte double, ou plutôt alternatif, puis-

(11) Voy. les nombreuses références reproduites *supra*, Chapitre V, section 2, § 335. Voy. la citation de la Cour reproduite ci-dessus, note 7 où elle évoque l'« inaction » de l'État ; C.E.D.H., Affaire *Verrasi, Série A, n° 230-E*, 27 février 1992, § 17.

(12) V. p. ex. C.E.D.H., Affaire *Cifola, Série A, n° 231-A*, 27 février 1992, Rapport de la Commission, § 31 ; Affaire *Pandolfelli et Palumbo, Série A, n° 231-B*, 27 février 1992, Rapport de la Commission, § 37 ; Affaire *Serrentino, Série A, n° 231-F*, 27 février 1992, § 18 ; Affaire *Lorenzi, Bernardini et Gritti, Série A, n° 231-G*, 27 février 1992, § 16 ; Affaire *Tumminelli, Série A, n° 231-H*, 27 février 1992, § 17 ; Affaire *Cesarini, Série A, n° 245-B*, 22 septembre 1992, § 20 et Rapport de la Commission, § 31 ; Affaire *Salerno, Série A, n° 245-D*, 22 septembre 1992, § 21 ; Affaire *Bunkate, Série A, n° 248-B*, 26 mai 1993, § 23 ; Affaire *Ruiz-Mateos, Série A, n° 262*, 23 juin 1993, § 47 ; Affaire *Allenet de Ribemont, Série A, n° 308*, 10 février 1995, § 56 ; v. une expression similaire dans C.E.D.H., Affaire *Corigliano, Série A, n° 57*, 10 décembre 1982, § 47 ; Affaire *Zimmerman et Steiner, Série A, n° 66*, 13 juillet 1983, § 27.

(13) C.E.D.H., Affaire *Kemmache, Série A, n° 218*, 27 novembre 1991, 70.

(14) C.E.D.H., Affaire *König, Série A, n° 27*, 28 juin 1978, § 105.

(15) C.E.D.H., Affaire *Moreira de Azevedo, Série A, n° 189*, 23 octobre 1990, § 74.

(16) C.E.D.H., Affaire *Brogan et autres, Série A, n° 145-B*, Rapport dela Commission, § 102.

(17) C.E.D.H., Affaire *Wemhoff, Série A, n° 7*, 27 juin 1968, § 17 ; v. aussi C.E.D.H., Affaire *Matznetter, Série A, n° 10*, 4 avril 1969, § 12 ; Affaire *Quinn, Série A, n° 311*, 22 mars 1995, § 56.

que les autorités auraient pu soit libérer la personne, soit la juger (18), ce qu'elles n'ont pas fait. Dans les deux cas, il s'agira donc pour le requérant de désigner exactement l'inaction qui est reprochée aux autorités pendant la longueur du délai. Bref, on se trouve dans l'hypothèse d'une omission illicite. C'est de manière caractéristique que la jurisprudence vérifie si les autorités ont déployé la diligence ou la vigilance requise par la convention (19). L'obligation s'apparente en effet à un cas particulier de l'obligation de diligence que l'on retrouve dans plusieurs domaines du droit international (20).

Ces précisions apportées, on peut démontrer que la question de l'imputabilité revient à déterminer si l'État peut établir un lien de causalité entre les motifs légitimes qu'il invoque et l'omission qui lui est reprochée en distinguant la jurisprudence selon les deux dispositions pertinentes.

i) *le délai raisonnable de l'article 6, § 1er*

518. L'affirmation se vérifie indéniablement si on reprend la méthode utilisée par la Cour pour apprécier le caractère raisonnable du délai au sens de l'article 6 § 1er de la Convention.

Rappelons que la Cour analyse la situation en prenant en compte essentiellement trois critères : la complexité de l'affaire, le comportement du requérant, et celui des autorités étatiques (21). On peut interpréter la démarche de la Cour comme équivalant à la détermination de l'existence d'un lien de causalité entre chacun des critères et le délai écoulé. Si le délai trouve sa cause dans la complexité de l'affaire (22) ou le comportement du requérant (23), il n'y aura en principe pas violation de l'article 6. La conclusion inverse prévaudra si c'est le comportement des autorités qui est à l'origine du retard constaté. Pareille démarche se reflète dans cet extrait de l'affaire *Baranoa* :

(18) Cela ne signifie évidemment pas qu'une personne libérée n'ait plus droit à être jugée dans un délai raisonnable conformément à la convention ; v. Jacques VELU et Rusen ERGEC, *La convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, pp. 202-203, n° 343, et les affaires citées.

(19) Voy. les références reproduites *supra*, section 1,§ 497.

(20) Voy. les exemples précis repris *infra*, Chapitre VIII, section 1.

(21) V. *supra*, section 1 ; L'enjeu du litige pour le requérant a été progressivement reconnu comme critère supplémentaire, mais à analyser dans le cadre du troisième.

(22) Voy. p. ex. C.E.D.H., Affaire *Boddaert*, *Série A, n° 235-D*, 12 octobre 1992, §§ 37-38.

(23) Voy. P. ex. C.E.D.H., Affaire *Ringeisen*, *Série A, n° 13*, 16 juillet 1971, § 110 ; Affaire *Buchholz*, *Série A, n° 42*, 6 mai 1981, § 49.

« En résumé, ni la complexité de la cause ni le comportement du requérant n'ont influé à un degré considérable sur la durée ; elle découle, pour l'essentiel de la manière dont les autorités compétentes ont conduit l'affaire » (24).

Il s'agit bien de déterminer un lien de causalité entre le retard constaté et les critères reconnus comme pertinents. Dans l'affaire *Martins Moreira*, la Cour remarque que l'affaire ne présente aucune complexité particulière, et que le requérant s'est montré relativement diligent dans la conduite de la procédure, au contraire de certaines autorités judiciaires. Elle conclut de cet examen que

« Eu égard à l'ensemble des circonstances de la cause, la Cour constate que la durée excessive de la procédure découle pour l'essentiel du comportement des autorités » (25).

Dans l'affaire *Guincho*, la Cour se livre à une analyse de chacune des périodes qui ont caractérisé le délai dans son ensemble, et relève plusieurs retards litigieux. La question qui se pose alors est de déterminer la cause de ces retards : s'agit-il de la passivité du requérant, qui aurait pu accélérer la procédure, ou de celle des autorités judiciaires ? La Cour opte pour la deuxième branche de l'alternative parce qu'on ne peut « attribuer [au requérant] la lenteur de la procédure » (26). On pourrait multiplier les exemples (27). Si l'État ne parvient pas à expliquer son omission par un motif légitime, le retard constaté lui est attribuable, au moins en partie (28) ; cette omission peut être considérée comme arbitraire, et le délai comme déraisonnable (29).

(24) C.E.D.H., *Série A, n° 122*, 8 juillet 1987, § 57.

(25) C.E.D.H., *Série A, n° 143*, 26 octobre 1988, § 61 ; v. aussi C.E.D.H., Affaire *Baraona, Série A, n° 122*, 8 juillet 1987, § 57 ; Affaire *Brigandi, Série A, n° 194-B*, 19 février 1991, § 30.

(26) C.E.D.H., *Série A, n° 81*, 10 juillet 1984, §§ 34 et s.

(27) Dans l'affaire *Cardarelli*, la Cour rejette l'argument de la complexité de l'affaire parce que la plupart des retards se produisirent après la fin de l'instruction, ce qui revient à considérer que la cause du retard n'est pas la complexité (C.E.D.H., *Série A, n° 229-G*, 24 janvier 1992, § 17) ; dans le même sens, la Cour a refusé un argument basé sur la survenance d'émeutes, le délai s'étant poursuivi longtemps après la période de troubles (C.E.D.H., Affaire *Milasi, Série A, n° 119*, 25 juin 1987, § 19) ; v. encore C.E.D.H., Affaire *Ferrano, Série A, n° 197-A*, 19 février 1991, Rapport de la Commission, § 37 ; Affaire *Idrolcalce S.r.l., Série A, n° 229-F*, 24 janvier 1992, § 17 ; Affaire *Allenet de Ribemont, Série A, n° 308*, 10 février 1995, § 57.

(28) Voy. C.E.D.H., Affaire *Lechner et Hess, Série A, n° 118*, 23 avril 1987, § 59 ; Affaire *Erckner et Hofauer, Série A, n° 117*, 23 avril 1987, § 70.

(29) V. p. ex. les cas où la Cour considère que les justifications des autorités (comme la nécessité de recueillir des témoignages), n'« expliquent pas » la longueur de la procédure ; C.E.D.H., Affaire *Lechner et Hess, Série A, n° 118*, 23 avril 1987, § 54 et, dans le même sens, C.E.D.H., Affaire *Foti et autres, Série A, n° 56*, 10 décembre 1982, § 72 ; Affaire *Poiss, Série A, n° 117*, 23 avril 1987, § 59.

519. La détermination du caractère raisonnable du délai dépendra dès lors avant tout des explications fournies par les autorités, qui devront exposer les raisons susceptibles d'expliquer les retards constatés. L'État pourra soit invoquer la prééminence des deux autres critères soit, de manière plus positive, démontrer que le délai n'est pas causé par son inaction puisqu'il a adopté un comportement diligent en l'espèce. Cet extrait, issu d'un rapport de la Commission, est significatif sur ce point :

> « [...] aucune donnée concrète n'a été fournie par le Gouvernement pour illustrer la manière dont l'affaire a été traitée par les autorités judiciaires [...]. Seul l'exposé concret de mesures diligentées par le ministère public ou le juge d'instruction aurait pu conduire, le cas échéant, la Commission à conclure que, dans le cas présent, le comportement des autorités judiciaires n'était pas à l'origine du délai déraisonnable. [...] le Gouvernement n'a pas démontré avoir pris avec la promptitude voulue des mesures efficaces pour remédier à la situation [...]. La Commission estime que la durée de la procédure relève exclusivement de la manière dont l'affaire a été conduite par les autorités judiciaires » (30).

La citation montre aussi la nécessité d'appuyer le motif sur des éléments de preuve satisfaisants. Dans l'affaire *Triggini*, la Cour considère que le Gouvernement « ne fournit aucune explication adéquate » en se basant sur le rapport de la Commission en vertu duquel « [...] les explications du Gouvernement, qui au demeurant ne trouvent aucun appui dans les actes du procès, ne reposent sur aucun fait concret. La Commission ne peut donc que les écarter et constater qu'aucune explication n'a été fournie concernant les délais écoulés » (31).

520. L'établissement de la cause du retard est donc au centre de la démarche jurisprudentielle ; on se trouve dans une perspective objective de raisonnement, indépendante des intentions, conformément aux principes régissant l'établissement de l'imputabilité en responsabilité internationale (32). L'examen par la Cour du comportement du requérant est à cet égard particulièrement significa-

(30) C.E.D.H., Affaire *Maj*, *Série A, n° 196-D*, 19 février 1991, Rapport de la Commission, § 33.

(31) C.E.D.H., *Série A, n° 197-B*, 19 février 1991, § 17 et § 40 du Rapport de la Commission.

(32) Voy. les développements dans Jean SALMON, *Responsabilité internationale*, Bruxelles, P.U.B., 1990, vol. I.

tif (33). Comme nous l'avons relevé dans la section précédente, il s'agit à première vue de vérifier si la personne qui se plaint de la longueur du délai n'a pas abusé des possibilités qui lui étaient offertes par l'appareil judiciaire, avec pour conséquence une contribution à son allongement (34). A y regarder de plus près, et en dépit de certaines références à la négligence qui semblent renvoyer à un concept de faute, les critères subjectifs sont absents de l'analyse globale. Plusieurs précédents peuvent être cités en ce sens. Dans l'affaire *Poiss*, la Cour répond à l'argument du gouvernement selon lequel les nombreux recours du requérant avaient entraîné un allongement considérable du délai en relevant que l'

> « on ne saurait reprocher à un requérant d'avoir tiré pleinement parti des voies de recours que lui ouvrait le droit interne ».

Il n'y avait en l'occurrence aucun « abus » ni « usage exorbitant » de ses droits par le requérant, ce qui aurait pu amener la Cour à ne pas tenir compte des allongements de délai qui étaient dus à cette circonstance. Au contraire, elle considère à propos des requérants que

> « leur comportement, *légitime en soi*, constitue pourtant un *fait objectif non imputable à l'État défendeur* ; il entre en ligne de compte pour trancher la question de savoir s'il y a eu ou non dépassement du délai raisonnable de l'article 6 § 1er » (35).

Dans l'affaire *Lechner et Hess*, la Cour, répondant au gouvernement qui mettait l'accent sur les recours introduits par le requérant, précise qu'elle

> « [...] *ne croit pas devoir apprécier la pertinence et l'utilité de plusieurs de ces initiatives* ; elle se borne à constater que quelques-unes d'entre elles n'ont eu qu'une incidence limitée sur la longueur et la marche des instances » (36).

Enfin, dans l'affaire *Pretto et autres*, la Cour rappelle les droits du requérant en matière d'utilisation des recours pour ajouter aussitôt qu'il

---

(33) On peut aussi relever des extraits de jurisprudence pertinents sur ce point qui concernent le comportement des autorités ; ainsi, dans l'affaire *Yagci et Sargin*, la Cour affirme qu'elle « n'a pas en l'occurence à spéculer sur les intentions du parquet [...] » ; elle se contente de constater que toute la diligence requise n'a pas été apportée à l'affaire (C.E.D.H., *Série A, n° 319*, 8 juin 1995, § 69).

(34) V. ci-dessus, § 500.

(35) C.E.D.H., *Série A, n° 117*, 23 avril 1987, § 57 ; v. aussi C.E.D.H., Affaire *Eckle, Série A, n° 51*, 15 juillet 1982, § 82 ; Affaire *Erckner et Hofauer, Série A, n° 117*, 23 avril 1987, § 68 ; Affaire *Wiesinger, Série A, n° 213*, 30 octobre 1991, § 57.

(36) Nous soulignons ; C.E.D.H., *Série A, n° 118*, 23 avril 1987, § 46.

« [...] n'en a pas moins contribué jusqu'à un certain point, *quoique de manière non fautive*, à prolonger la procédure » (37).

Les termes soulignés démontrent à suffisance l'objectivité de la méthode utilisée : il s'agit en premier lieu de déterminer la cause des retards observés, et non de se prononcer sur la légitimité du comportement du requérant, qui n'aura en tant que telle aucune influence au stade de l'établissement de l'acte illicite, et ne pourra intervenir le cas échéant que dans l'appréciation de la réparation (38).

521. Finalement, la méthode utilisée peut être décrite comme suit. Il s'agit :

— d'abord de se prononcer sur le lien de causalité entre les critères établis par la jurisprudence et le délai observé ; le délai ne sera déraisonnable que si c'est le comportement des autorités qui en est à l'origine, et non la complexité de l'affaire ou le comportement du requérant ;

— encore faudra-t-il dans cette hypothèse vérifier si la cause du délai ne se trouve pas dans des motifs légitimes (autres que la complexité de l'affaire ou le comportement du requérant) comme les nécessités de l'enquête ou l'encombrement passager et imprévisible du rôle pour lequel auraient été prises immédiatement des mesures appropriées mais qui auraient causé entre-temps un allongement du délai (39).

En dépit de l'objectivité théorique de la méthode décrite, tous les problèmes ne sont pas résolus. En particulier, on peut se trouver dans toute une série d'hypothèses devant des enchevêtrements de causes parmi lesquelles il sera difficile de dégager la cause déterminante (40). On est alors ramené à la deuxième étape de la méthode générale que nous tentons de dégager, qui concerne le caractère

(37) Nous soulignons ; C.E.D.H., *Série A, n° 71*, 8 décembre 1983, § 34.

(38) Voy. p. ex. C.E.D.H., Affaire *König, Série A, n° 36*, 10 mars 1980, § 23. Il semble cependant que le comportement en question concerne les recours introduits devant les organes de Strasbourg.

(39) Voy. p. ex. C.E.D.H., Affaire *Zimmerman et Steiner, Série A, n° 66*, 13 juillet 1983, § 29 ; Affaire *Guincho, Série A, n° 81*, 10 juillet 1984, § 40 ; Affaire *Baggetta, Série A, n° 119*, 25 juin 1987, § 23 ; Affaire *Neves e Silva, Série A, n° 153*, 27 avril 1989, § 45 ; Affaire *Girolami, Série A, n° 196-E*, 19 février 1991, Rapport de la Commission, § 43.

(40) La Cour peut par exemple qualifier le délai de déraisonnable en dépit de la complexité de l'affaire (v. not. C.E.D.H., Affaire *Obermeier, Série A, n° 179*, 28 juin 1990, § 72 ; Affaire *Santilli, Série A, n° 194-B*, 19 février 1991, § 20) ou de retards causés par le requérant (v. not. C.E.D.H., Affaire *Deumeland, Série A, n° 100*, 29 mai 1986, § 90 ; Affaire *Capuano, Série A, n° 119*, 25 juin 1987, §§ 28 et s. ; Affaire *Ficara, Série A, n° 196-A*, 19 février 1991, § 17).

« suffisant » du lien de causalité, problème que nous aborderons après avoir vérifié l'applicabilité de la méthode aux autres dispositions de la convention.

ii) *le délai raisonnable de l'article 5, § 3*

522. Les observations que nous venons de formuler s'appliquent, *mutatis mutandis*, à l'article 5, § 3. Rappelons que la démarche suivie par la Cour consiste à vérifier en premier lieu la pertinence de motifs avancés par les autorités nationales comme le danger de répétition de l'infraction, de fuite du requérant, les risques de disparition des preuves ou de collusion entre témoins, ... Il s'agit donc une fois encore de trancher une alternative, puisque :

— soit le motif invoqué est véritablement la cause du maintien en détention, et le délai peut être considéré comme raisonnable ;

— soit on ne peut démontrer l'existence d'un lien de causalité entre le motif invoqué et le retard constaté, auquel cas l'abstention de libérer ou juger — ou, si l'on préfère, l'action de détenir sans juger — est imputable à l'État, avec pour conséquence que le délai sera en principe considéré comme déraisonnable.

En d'autres termes, il s'agit toujours de déterminer la cause du délai. Si c'est un motif légitime, il n'est pas déraisonnable. Si aucune cause légitime ne le fonde, il devient déraisonnable (41).

523. On peut illustrer le schéma par quelques exemples. En premier lieu, la jurisprudence reprend occasionnellement des formules semblables à celles utilisées pour l'article 6. Ainsi, dans l'affaire *Tomasi*, la Cour déclare à l'issue de son examen des différents motifs que

> « la longueur de la détention incriminée n'apparaît imputable, pour l'essentiel, ni à la complexité de l'affaire, ni au comportement du requérant » (42).

De même, dans l'affaire *Toth*, la Cour relève que la transmission des dossiers originaux aux magistrats compétents, qui avait considérablement retardé la procédure, aurait pu être évitée par l'envoi de copies. Les retards trouvaient donc leur origine dans le comportement négligent des autorités, ce qui entraîne le caractère déraison-

(41) Voy. à ce sujet les réflexions de Jacques VELU ; Cour Cass., arrêt du 14 avril 1981, Conclusions de l'avocat général, *Pas.*, 1981-I, pp. 940 et s., sp. § 23.

(42) C.E.D.H., *Série A, n° 241-A*, 27 août 1992, § 102.

nable du délai (43). Comme dans beaucoup d'autres affaires, la Cour identifie donc des phases au cours desquelles il aurait été possible pour les autorités d'accélérer la procédure (44). Dans toutes ces hypothèses, il s'agit bien, comme dans les affaires relevant de l'article 6, de déterminer la véritable cause du retard (45).

D'autres précédents sont plus spécifiques à la détention préventive. Dans l'affaire *Kemmache*, la Cour rétorque à l'État défendeur qui justifiait la détention par le risque de pressions sur les témoins et les coaccusés que, l'instruction ayant été clôturée, ce risque ne pouvait plus constituer un motif légitime justifiant le maintien en détention, puisque toutes les personnes concernées avaient déjà fait acter leurs dépositions (46). Dans l'affaire *Ringeisen* le même motif a été rejeté parce que la personne détenue avait déjà eu tout le loisir, avant son arrestation, de se livrer à des tentatives de corruption ou d'intimidation (47). Par ailleurs, le risque de répétition des infractions — qui consistaient en des délits d'ordre financier — ne se justifiait pas non plus puisque le requérant s'était vu ôter l'administration de l'ensemble de ses biens (48).

Dans toutes ces hypothèses, l'argumentation est acceptée ou rejetée selon que son auteur peut établir un lien de causalité entre le motif qu'il invoque et l'acte qui lui est reproché. La doctrine a déjà émis des conclusions qui peuvent être interprétées dans cette perspective. Ainsi, pour reprendre les termes de Jacques Velu,

> « [...] la détention ne peut être maintenue que si de telles circonstances nécessitent ce maintien, c'est-à-dire le rendent indispensable ; de telles circonstances ne sauraient être considérées comme rendant indispensable le maintien de la détention préventive lorsqu'il est établi que le déroulement ou la clôture de l'instruction sont retardés en raison de ce que des actes de celle-ci sont accomplis avec un retard injustifié ; en pareil cas, en effet, *la prolongation de la détention trouverait exclusivement sa cause dans ce retard injustifié et non dans des circonstances graves et exceptionnelles susceptibles d'intéresser la sécurité publique* » (49).

524. On peut compléter ces réflexions en soulignant une particularité de l'article 5, § 3. La vérification de l'existence d'un lien de

(43) C.E.D.H., *Série A, n° 224*, 12 décembre 1991, § 77.
(44) C.E.D.H., Affaire *Clooth, Série A, n° 225*, 12 décembre 1991, §§ 45-46.
(45) Voy. encore C.E.D.H., Affaire *B c. Autriche, Série A, n° 175*, 28 mars 1990, § 45 ; Affaire *Herczlgfalvy, Série A, n° 244*, 24 septembre 1992, §§ 71-72.
(46) C.E.D.H., *Série A, n° 218*, 27 novembre 1991, § 54.
(47) C.E.D.H., *Série A, n° 13*, 16 juillet 1971, § 106.
(48) *Ibid.*, § 107.
(49) Nous soulignons ; Note sous cass. *op. cit.*, p. 940.

causalité entre le motif *invoqué* et le maintien en détention se confond en effet dans nombre de cas avec l'appréciation de la *réalité* de ce motif. Si on excepte les cas où la Cour considère que l'allongement du délai n'est dû ni à la complexité de l'affaire ni au comportement du requérant mais à celui des autorités, sa démarche consiste souvent à vérifier s'il y avait *véritablement* risque de fuite, danger de collusion, *etc.* Il s'agit également d'une question relevant de la causalité. Si on revient à l'affaire *Kemmache*, par exemple, la Cour vérifie si l'État a démontré la vraisemblance d'un lien de causalité entre la libération hypothétique du détenu et un trouble à l'ordre public (50). Dans l'affirmative, elle établit à la fois l'existence du motif et sa relation avec le maintien en détention. Il s'agit dans les deux cas de questions relevant essentiellement de l'établissement de faits, combinées à un problème de qualification — et donc d'interprétation — des notions de risque, d'ordre public, de danger de répétition, ...

525. Les observations émises au sujet du caractère objectif de la méthode restent donc parfaitement valables dans les cas de détention préventive. Le débat se concentre sur des problèmes objectifs de causalité qui se résument en une question principale — quelle est la cause du retard constaté ? — elle-même subdivisée en questions complémentaires — la libération entraînerait-elle un nouvelle infraction, une tentative de corruption ou de collusion ? le motif invoqué est-il bien à l'origine de telle phase de stagnation, ou celle-ci est-elle due à la négligence des autorités compétentes ?.

Comme dans le cas de l'article 6, il ne s'agit pas de démontrer le caractère « fautif » du comportement de qui que ce soit. Les appréciations sur la personnalité du requérant n'entrent en ligne de compte que pour déterminer la réalité de tel ou tel motif, comme les risques liés à sa libération, mais ne sont nullement au centre de la vérification du respect de la convention.

526. En définitive, on peut induire de la jurisprudence relative au délai raisonnable une méthode que l'on peut synthétiser en trois étapes :

(50) C.E.D.H., *Série A, n° 218*, 27 novembre 1991, § 52.

— d'abord, il importe d'identifier l'omission que l'on reproche aux autorités étatiques, c'est-à-dire la portion du délai pendant laquelle on considère qu'il y a eu défaut (de juger et/ou de libérer) ;

— ensuite, on établira la consistance des prémisses ; l'affaire était-elle complexe ? quel a été le comportement du requérant ? celui des autorités ? (articles 6, § 1er et 5, § 3) ; y avait-il danger de fuite ? risque de répétition des infractions ? ... (article 5, § 3) ;

— enfin, quel est le lien de causalité entre la portion de délai identifiée et les prémisses établies ? quelle est la véritable raison de l'allongement du délai ?

Il importe à présent de déterminer si l'on peut aboutir à une méthode similaire qui recouvre les cas où ce ne sont plus des omissions mais des actions qui sont en cause.

2. *Lien de causalité et efficacité*

527. Rappelons que le « raisonnable » qualifie des « mesures » de manière générale dans une série de précédents et, plus souvent, intervient par l'intermédiaire de la notion de « rapport raisonnable de proportionnalité » applicable dans toutes les dispositions que nous prenons pour base (51). Dans le cadre de l'appréciation du caractère raisonnable de ces mesures, il s'agira d'établir un lien de causalité entre les moyens employés et le but proclamé. Cette fois, le critère du lien de causalité s'envisagera dans une perspective liée à l'efficacité de la mesure ; le problème de l'imputabilité, qui prenait tout son sens pour déterminer l'origine d'un retard injustifié, ne se pose plus ici de la même manière.

528. La notion d'efficacité n'est que rarement énoncée de manière expresse.

Dans l'affaire *Raimondo*, amenée à juger de la compatibilité avec l'article 1 du premier protocole de confiscations, décidées par les autorités italiennes dans le cadre de la lutte contre la mafia, la Cour affirme qu'elle

> « [...] ne méconnaît pas les difficultés rencontrées par l'État italien dans la lutte contre la *mafia*. Grâce à ses activités illégales, notamment le trafic des stupéfiants, cette 'organisation' brasse d'énormes quantités d'argent investies ensuite, entre autres, dans le secteur immobilier. Destinée à bloquer de tels mouvements de capitaux suspects, la confiscation *constitue une arme efficace et néces-*

(51) V. *supra*, Chapitre II, section 2, § 104.

saire pour combattre le fléau. Elle apparaît donc proportionnelle à l'objectif recherché » (52).

Dans une autre affaire relative à la même disposition et qui concernait des mesures de réduction de loyer unilatéralement décidées par l'État, la Cour « constate que les réductions étaient effectivement efficaces à une réduction de loyers dans un but social », avant de conclure à l'absence de violation (53). Enfin, après avoir rappelé l'importance du principe de la liberté d'expression, la Cour ajoute dans l'affaire *Vereinigung Demokratischer Österreichs et Gubi* que, « [t]outefois, le fonctionnement efficace d'une armée ne se conçoit guère sans des règles juridiques destinées à empêcher de saper la discipline militaire, notamment par des écrits » (54).

Il faut à l'inverse relever un précédent où la Cour, dans le cadre de l'interprétation de l'article 11 combiné avec l'article 13 de la Convention (droit à un recours effectif), considère que l'État doit adopter des mesures raisonnables tout en précisant par la suite qu'elle n'a pas à juger de l'efficacité de ces mesures (55).

La jurisprudence semble donc hésitante sur la possibilité ou la nécessité de prendre en compte un certain lien entre l'efficacité des mesures envisagées par rapport à leur but, et le respect du rapport raisonnable de proportionnalité. Il importe donc d'analyser la pratique de manière plus approfondie.

529. Dans une première catégorie de précédents, la Cour semble bien avoir basé sa décision de conformité avec les dispositions pertinentes sur l'efficacité des mesures litigieuses eu égard au but légitime proclamé. A tout le moins peut-on les interpréter en ce sens (56).

Dans l'affaire des *Syndicats suédois des conducteurs de locomotives*, la politique de l'État suédois consistant à ne conclure de conventions collectives qu'avec les syndicats les plus représentatifs était mise en cause sur base de l'interdiction de la discrimination conte-

(52) Nous soulignons ; C.E.D.H., *Série A, n° 281-A*, 22 février 1994, § 30.

(53) C.E.D.H., Affaire *Mellacher et autres, Série A, n° 169*, 19 décembre 1989, §§ 55 et s.

(54) C.E.D.H., *Série A, n° 302*, 19 décembre 1994, § 36.

(55) C.E.D.H., Affaire *Plattform « Ärzte für das Leben », Série A, n° 139*, 21 juin 1988, §§ 34 et s. Le précédent est à notre connaissance isolé.

(56) Voy. à ce sujet les réflexions concernant le principe de non-discrimination dans notre article, rédigé avec Eric ROBERT et Caroline PETIAUX, « Lutte contre le sida et discrimination : L'article 14 de la Convention Européenne des droits de l'homme », *R.B.D.I.*, 1990-1, pp. 203-205, n° 21-23.

nue à l'article 14. La Cour répond que cette politique s'explique par une

> « donnée de fait : le haut degré de concentration atteint par le syndicalisme suédois ; l'Office ne veut donc pas trouver un nombre excessif d'interlocuteurs pour aboutir plus aisément à un résultat concret [...]. Eu égard à cette donnée de fait, l'attitude de l'Office apparaît à la Cour raisonnable et objective [...] » (57).

L'explication qui emporte la conviction des juges renvoie bien à l'efficacité de la mesure litigieuse par rapport à des objectifs reconnus comme légitimes (58).

Dans cette perspective, la Cour a admis :

— la compatibilité de mesures de perquisition avec l'article 8, § 2 parce que les renseignements personnels pris lors de la fouille étaient pertinents dans le cadre de l'enquête poursuivie (59) ;

— la compatibilité avec l'article 14 du refus de permission à des soldats hollandais, ce refus s'expliquant par la nécessité d'une disponibilité de la totalité des troupes en vue d'une mission spéciale imminente du bataillon au sein de la F.I.N.U.L. (60) ;

— la compatibilité d'interceptions de communications postales et téléphoniques avec le critère de « nécessité dans une société démocratique » contenu à l'article 8, § 2 car, selon la Cour, l'augmentation de la criminalité a rendu ce genre de mesures indispensables (61) ;

— la compatibilité avec l'article 8, § 2 de l'usage de renseignements personnels consignés dans un registre secret de la police, parce que l'examen de ces renseignements conditionnait l'obtention d'un emploi lié à des intérêts de sécurité nationale (62).

En dépit de leur diversité, ces cas d'espèce dénotent tous la prise en compte par la Cour (63) de l'efficacité des mesures litigieuses par rapport au but légitime reconnu.

---

(57) C.E.D.H., *Série A, n° 20*, 6 février 1976, §§ 46-47.

(58) V. un raisonnement similaire en la matière dans C.E.D.H., Affaire du *Syndicat national de la police belge, Série A, n° 19*, 1er octobre 1975, §§ 48-49 ainsi que Affaire *linguistique, Série A, n° 6*, 23 juillet 1968, §§ 12-13.

(59) C.E.D.H., Affaire *Murray, Série A, n° 300-A*, 28 octobre 1994, § 93.

(60) C.E.D.H., Affaire *De Jong, Baljet et Van den Brink, Série A, n° 77*, 21 mai 1984, § 62.

(61) C.E.D.H , Affaire *Malone, Série A, n° 82*, 2 août 1984, 81.

(62) C.E.D.H., Affaire *Leander, Série A, n° 116*, 26 mars 1987, § 59.

(63) Pour la Commission, v. p. ex. C.E.D.H., Affaire *Funke, Série A, n° 256*, 25 février 1993, Rapport de la Commission, § 93.

530. Le constat se renforce si l'on prend également en compte les nombreuses affaires où des mesures sont jugées contraires à la Convention en raison de leur inefficacité.

Ainsi, la Cour a jugé à plusieurs reprises de la licéité de mesures de censure dirigées contre la publication de révélations considérées par l'État comme dangereuses pour la sécurité nationale. Tout en admettant le principe de certaines restrictions de ce genre, la Cour les refuse lorsque les écrits en question ont fait l'objet d'une publication dans un autre pays, ce qui ôte tout caractère secret aux renseignements qu'ils contiennent (64). Dans un précédent récent, « la Cour rappelle avoir déjà conclu à l'absence de nécessité d'empêcher la divulgation de certaines informations dès lors qu'elles avaient déjà été rendues publiques » (65). La citation montre bien que l'inefficacité totale d'une mesure la rend incompatible avec les exigences de la Convention.

L'affaire *Abdulaziz, Cabales et Balkandali* apporte un autre argument en ce sens. Il s'agissait en l'espèce de juger du caractère discriminatoire de la législation britannique interdisant aux étrangers de sexe masculin de rejoindre leurs épouses en situation légale au Royaume-Uni, alors que les épouses étrangères pouvaient quant à elles rejoindre leurs époux. Le Gouvernement justifiait ces mesures par la nécessité de protéger le marché de l'emploi. La Cour rejette l'argument en constatant avec la Commission que les répercussions issues de la différence de comportement entre les personnes masculines et féminines — les secondes ayant prétendument une tendance moindre à rechercher un emploi que les premières — s'avéraient dérisoires sur la situation nationale de l'emploi (66). Par ailleurs, les mesures visaient à « promouvoir la tranquillité publique », mais la Cour « n'est pas convaincue qu'elles y aient contribué par la distinction introduite entre les maris et les femmes » (67). Bref, la distinction opérée par les autorités se révélait inefficace par rapport aux objectifs poursuivis, ce qui explique leur incompatibilité avec l'article 14.

(64) C.E.D.H., Affaire *Observer et Guardian, Série A, n° 216*, 26 novembre 1991, § 69 ; Affaire du *Sunday Times (N° 2), Série A, n° 217*, 26 novembre 1991, §§ 52-56 ; v. aussi, dans des circonstances factuelles différentes mais similaires sur ce point, C.E.D.H., Affaire *Weber, Série A, n° 177*, 22 mai 1990, § 51.

(65) C.E.D.H., Affaire *Vereniging Weekblad Bluf, Série A, n° 306-A*, 9 février 1995, § 44.

(66) C.E.D.H., *Série A, n° 94*, 28 mai 1985, § 79 ; v. aussi § 80.

(67) *Ibid.*, § 81.

On pourrait encore ajouter deux exemples en ce sens :

— le refus de transmettre le courrier à un détenu a été considéré comme contraire à l'article 8 parce qu'il ne présentait aucune justification au regard de la bonne marche de la justice (68) ;

— l'impossibilité pour le mari de faire précéder le patronyme de sa femme du sien propre, officiellement basée sur la nécessité d'assurer l'unité de la famille, a été qualifiée de discriminatoire « [...] car l'adjonction par le mari de son patronyme au nom commun, emprunté à sa femme, ne refléterait pas l'unité de la famille à un degré moindre que la solution inverse, admise par le code civil » (69).

La doctrine avance encore d'autres précédents dont elle induit qu'« une ingérence inefficace par rapport au besoin social impérieux qu'elle était censée servir, constitue une violation de la Convention » (70).

531. Ainsi illustré, le critère d'efficacité concerne le principe de non-discrimination, les restrictions autorisées à certains droits, les mesures d'expropriation, c'est-à-dire toutes les dispositions dont on peut affirmer qu'elles prescrivent l'adoption de « mesures raisonnables » (71). La jurisprudence relative au délai raisonnable, si elle s'envisage avant tout sous l'angle de l'imputabilité, fait aussi occasionnellement appel au principe. Le comportement des autorités judiciaires suppose en effet une diligence qui implique l'adoption de mesures qui présentent une certaine efficacité (72). La résolution (65) II, adoptée le 9 avril 1965 par le Comité des Ministres, prévoit d'ailleurs que « La détention préventive ne doit être ordonnée ou maintenue que dans le cas où elle est strictement nécessaire » (73). Il semble donc bien que la prise en compte de l'efficacité intervienne

(68) C.E.D.H., Affairor *Schönenberger et Durmaz*, *Série A, n° 137*, 20 juin 1988, § 28.

(69) C.E.D.H., Affaire *Burghartz*, *Série A, n° 280-B*, 22 février 1993, § 28.

(70) Vincent COUSSIRAT-COUSTÈRE, Commentaire de l'article 8 § 2, *op. cit.*, p. 338 et références citées.

(71) Pour le détail, v. *supra*, Chapitre II, section 2, § 104.

(72) C.E.D.H., Affaire *Zimmerman et Steiner*, *Série A, n° 66*, 13 juillet 1983, § 29 ; Affaire *Guincho*, *Série A, n° 81*, 10 juillet 1984, § 40 ; Affaire *Martins Moreira*, *Série A, n° 143*, 26 octobre 1988, § 53 ; v. aussi C.E.D.H., Affaire *Clooth*, *Série A, n° 225*, 12 décembre 1991, § 43.

(73) Paragraphe 1, c) de la Résolution, cité dans Stefan TRECHSEL, « La durée raisonnable de la détention préventive (Article 5 paragraphe 3 de la Convention européenne des droits de l'homme) », *R.D.H.*, 1971, p. 150.

dès qu'il s'agit d'interpréter une règle qui contient le « raisonnable » (74).

532. Plus précisément, ce critère est, tout comme l'était l'imputabilité dans le cadre des articles 5, § 3 et 6, § 1er, étroitement lié à la notion de lien de causalité. Il s'agit toujours pour l'État de justifier sa mesure en établissant qu'un motif légitime en constitue la cause. Si les autorités parviennent à démontrer que la défense de l'ordre, de la moralité ou de la sécurité publiques constitue la véritable cause de leurs actions, il n'y aura pas d'infraction à la convention. Si, en revanche, les mesures ne présentent aucune efficacité par rapport au motif invoqué, c'est qu'aucun lien de causalité n'a pu être établi entre celui-ci et celles-là. Les mesures sont dès lors considérées comme dépourvues de cause légitime, de raison : elles sont déraisonnables.

Les caractéristiques de l'établissement d'un lien de causalité relevées au sujet des articles 5 et 6 sont parfaitement transposables aux autres dispositions pertinentes. En particulier, le critère est indépendant de la recherche des intentions, ou d'une analyse en termes de responsabilité pour faute. Il s'agit d'évaluer objectivement le lien entre mesure adoptée et motif invoqué (75). Dans l'affaire *Abdulaziz...* que nous venons d'évoquer, la Cour considère que les mesures de différenciation entre maris et femmes ne présentent pas un lien suffisant avec le motif de la protection du marché de l'emploi, sur base d'une argumentation basée sur une étude du marché de l'emploi en Grande-Bretagne, sur le plan statistique notamment. Les intentions du gouvernement britannique ne sont pas scrutées (76).

(74) Pour ce qui concerne l'article 3 du premier protocole, le seul précédent jurisprudentiel (l'affaire *Clerfayt et autres*, commentée plus haut) n'a pas porté directement sur le « raisonnable », de sorte qu'il est difficile de tirer des conclusions décisives. Ce cas, comme celui de l'article 5, § 1, c) doit plutôt être replacé dans le cadre de la méthode de la mesure telle que nous la détaillerons plus loin (v. *infra*, Chapitre VIII).

(75) Un auteur commente l'affaire *Gillow*, que nous avons citée comme précédent, en affirmant que « la Cour a tenu compte d'éléments objectivement contrôlables [...] » ; Walter J. Ganshof van der Meersch, « Le caractère 'autonome' des termes et la 'marge d'appréciation' des gouvernements dans l'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme », *in* F. Matscher et H. Petzold (sous la direction de), *Mélanges Wiarda*, Cologne, Carl Heymanns Verlag KG, 1988, § 29 de l'étude.

(76) C.E.D.H., *Série A, n° 94*, 28 mai 1985 ; v. aussi le commentaire de Jacques Velu et Rusen Ergec, *La convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 126, n° 158.

Seule importe l'inefficacité de la mesure au regard d'éléments de type scientifique (77).

533. En définitive, on constate que le critère du lien de causalité intervient de manière similaire dans la méthode d'interprétation adoptée par la Cour, que le « raisonnable » concerne une action ou une omission de l'État. Il ne faut toutefois pas exagérer l'importance de ce critère. En effet, si un acte dépourvu de lien de causalité avec un but légitime sera en principe qualifié de déraisonnable, l'inverse n'est pas toujours vrai. Un lien de causalité ne sera admis que s'il présente un caractère « suffisant » eu égard aux intérêts respectifs de l'individu et de la collectivité.

B. — *Le caractère suffisant du lien de causalité*

534. L'examen de la jurisprudence montre que l'on ne peut se baser exclusivement sur le critère du lien de causalité, tel que défini ci-dessus, pour interpréter le « raisonnable » (1). Il faut aussi prendre en compte ce que nous appellerons le caractère « suffisant » du lien de causalité, caractère qu'il importe de préciser de manière à le mettre en rapport avec la méthode générale d'interprétation du « raisonnable » (2).

1. *Nécessité de compléter le critère du lien de causalité*

535. Dans bon nombre de cas, la jurisprudence ne peut s'expliquer par la seule vérification du critère du lien de causalité. Il apparaît en effet que la Cour complète ce critère par une sorte de standard de référence que nous examinerons plus loin (78), mais dont nous voudrions d'abord montrer qu'il constitue un indispensable complément.

536. A la lecture d'une série de précédents, on constate que des délais particulièrement longs sont parfois qualifiés de déraisonnables

(77) Certains juges considèrent qu'il faut tenir compte de l'efficacité prévisible, au moment de l'adoption de la mesure, des événements ultérieurs indépendants de l'influence et du contrôle des autorités ne pouvant intervenir dans l'appréciation ; v. op. sép. juge Mosler, C.E.D.H., Affaire *Handyside*, *Série A, n° 24*, 7 décembre 1976, pp. 33-34.

(78) Voy. ci-dessous, §§ 544 et s.

alors qu'aucun retard injustifié n'est imputable aux autorités (79). Seul le standard de référence — à l'aune duquel est appréciée la longueur du délai — peut alors expliquer la décision, puisque l'État a, par hypothèse, réussi à établir un lien de causalité entre des motifs légitimes et son inaction. C'est dans cette perspective que l'on peut comprendre l'affirmation de la Cour dans un arrêt de référence, selon laquelle

> « il peut y avoir violation de l'article 5, § 3 si, *pour quelque raison que ce soit*, la procédure se prolonge pendant un laps de temps considérable » (80).

Dans l'affaire *Capuano*, la Cour refuse de déterminer à qui incombe la responsabilité de la longueur du délai d'appel parce que ce délai, de près de quatre ans, lui apparaît « excessif en soi » (81). De même, dans l'affaire *Baggetta*, elle se prononce sur l'influence d'une crise temporaire — considérée normalement comme motif légitime — sur le retard constaté, en relevant que :

> « En l'espèce, on pourrait se demander si une telle situation ne résultait pas des troubles politiques que la région traversait à l'époque. *Quoi qu'il en soit*, elle ne justifie pas le délai, supérieur à neuf ans [...] » (82).

Les expressions soulignées témoignent des limites du critère du lien de causalité entre retard constaté et motif légitime avancé ; ce critère ne suffit plus lorsque le délai s'avère trop important.

537. De la même manière que des délais particulièrement longs sont en toute hypothèse injustifiables, certains délais particulièrement courts ne sont, exceptionnellement, pas susceptibles d'être qualifiés de déraisonnables, même si des retards injustifiés sont imputables aux autorités (83). Ici encore, c'est la prise en compte d'un standard qui semble dicter la solution, et non le critère du lien de causalité dont l'absence ne rend pas le délai déraisonnable. Cet extrait de l'affaire *Pretto et autres* est particulièrement significatif à cet égard :

---

(79) V. de manière générale G. SPERDUTTI, « De la notion de 'délai raisonnable' qualifiant la durée de la détention préventive selon l'article 5 § 3 de la Convention européenne des droits de l'homme », *R.D.H.*, 1975, p. 865 et Stefan TRECHSEL, « La durée raisonnable de la détention préventive (Article 5, paragraphe 3 de la Convention européenne des droits de l'homme) », *loc. cit.*, p. 133.

(80) Nous soulignons ; C.E.D.H., Affaire *Wemhoff*, *Série A, n° 7*, 27 juin 1968, § 17 de l'arrêt.

(81) C.E.D.H., *Série A, n° 119*, 25 juin 1987, § 34.

(82) Nous soulignons ; C.E.D.H., *Série A, n° 119*, 25 juin 1987, § 24.

(83) Voy. aussi, *a contrario*, C.E.D.H., Affaire *Francesco Lombardo*, *Série A, n° 249-B*, 29 octobre 1992, § 24 ; Affaire *Giancarlo Lombardo*, *Série A, n° 249-C*, 29 octobre 1992, § 23.

« Quoique vraisemblablement évitables, ces divers retards ne se révèlent pourtant pas assez graves pour permettre de considérer comme excessive la durée globale du procès : la limite du tolérable n'a donc pas été franchie » (84).

La Cour se prononce également en ce sens dans l'affaire *Salerno* :

« Avec la Commission, la Cour relève plusieurs périodes d'inactivité : le tribunal de Rome attendit 16 mois pour examiner l'appel de Monsieur Salerno ; devant la Cour de cassation, l'audience eut lieu 14 mois après l'introduction du pourvoi, et le dépôt au greffe du texte de l'arrêt environ 10 mois après l'adoption de ce dernier. Néanmoins, eu égard au fait que trois juridictions eurent à connaître du litige, les retards observés n'apparaissent pas assez importants pour que la durée totale de la procédure ait dépassé la limite admissible dans les circonstances de la cause » (85).

Ainsi, il ne suffit pas d'établir l'imputabilité des retards inexpliqués aux autorités étatiques pour engager leur responsabilité (86).

538. Dans la même perspective, il ne suffira pas aux autorités de montrer que leurs mesures sont efficaces au regard d'un motif reconnu comme légitime pour qu'elles répondent au critère du « rapport raisonnable de proportionnalité » détaillé plus haut. Une série de précédents en témoigne. Dans l'affaire *Gillow*, la Cour, tout en reconnaissant l'efficacité présumée des mesures restreignant l'exercice du droit de propriété en vue de la lutte contre la surpopulation dans l'île de Guernesey, considère que le rapport raisonnable de proportionnalité n'est pas respecté en raison de la situation particulière des requérants dont il n'a pas assez été tenu compte (87). Dans l'affaire *Dudgeon*, la Cour reconnaît la défense de la morale publique comme un motif pertinent pour l'interdiction de certains actes homosexuels entre hommes adultes consentants, mais refuse de considérer cette interdiction conforme à l'article 8 parce qu'elle implique une disproportion entre les intérêts de la collectivité et les conséquences dommageables subies par les requérants (88). On peut ajouter tous les cas où la Cour refuse de se tenir à une stricte constatation de la conformité des mesures en cause avec le but

(84) C.E.D.H., *Série A, n° 71*, 8 décembre 1983, § 37.
(85) C.E.D.H., *Série A, n° 245-D*, 22 septembre 1992, § 21.
(86) V. aussi, en ce sens, C.E.D.H., Affaire *Vernillo*, *Série A, n° 198*, 20 février 1991, § 39 ; Affaire *Cesarini*, *Série A, n° 245-B*, 22 septembre 1992, § 20.
(87) C.E.D.H., *Série A, n° 109*, 24 novembre 1986, §§ 56-58.
(88) C.E.D.H., *Série A, n° 45*, 22 octobre 1981, §§ 54 et s.

poursuivi, pour les estimer incompatibles avec la Convention en raison des désavantages excessifs causés aux individus (89).

A contrario, l'illicéité de mesures étatiques suppose, quelle que soit leur efficacité, qu'un dommage d'une certaine gravité ait été infligé au requérant, comme en témoigne cet extrait de l'affaire *Chappell* concernant la conformité d'une perquisition opérée en vertu d'une ordonnance judiciaire non contradictoire avec la protection de la vie privée :

> « les défauts de la procédure civile — vouée, par nature, à causer des difficultés au requérant, *ne revêtent pas une gravité suffisante* pour que l'exécution de l'ordonnance puisse, dans les circonstances de la cause, être considérée comme disproportionnée au but légitime poursuivi » (90).

Une fois encore, c'est visiblement par rapport à un standard de référence que la situation est appréciée.

539. Tout comme les critères particuliers utilisés dans le cadre de chacune des dispositions concernées ne pouvaient être utilisés qu'en combinaison avec l'exigence d'une diligence particulière, eu égard notamment à l'enjeu pour le requérant (article 5, § 3 et 6, § 1er) ou avec le critère de proportionnalité assurant un juste équilibre entre les intérêts respectifs de l'individu et de la collectivité (art. 8 à 11, §§ 2, art. 1 du Protocole I) (91), le critère général du lien de causalité ne peut être utilisé qu'en combinaison avec un deuxième critère général, que nous avons à ce stade assimilé à un standard de référence, sans plus de précision. Pour désigner ce double critère, on peut reprendre l'expression des « motifs pertinents et suffisants » qui transcende toutes les dispositions concernées (92). Le caractère pertinent renvoie au lien de causalité, tandis que le caractère suffisant équivaut à la prise en compte du critère de proportionnalité (93), lui-même envisageable sous la forme d'un standard à respecter. Il reste à préciser quelque peu comment l'on peut intégrer ce dernier critère dans une méthode générale d'interprétation du « raisonnable ».

---

(89) Voy. p. ex. C.E.D.H., Affaire *Berrehab*, *Série A, n° 138*, 21 juin 1988, §§ 36-29 ; Affaire *Moustaquim*, *Série A, n° 193*, 18 février 1991, §§ 43 et s. ; Affaire *Lamguindaz*, *Série A, n° 258-C*, 23 juin 1993, §§ 44-46 ; v. aussi la notion de « charge spéciale exorbitante » évoquée au sujet de l'application de l'article 1er du Protocole I, références *supra*, section 1 du présent chapitre.

(90) Nous soulignons ; C.E.D.H., *Série A, n° 152-A*, 30 mars 1989, § 66.

(91) Voy. sur ce point *supra*, section 1, §§ 512.

(92) Voy. les références reproduites ci-dessus, note 3.

(93) Voy. p. ex. C.E.D.H., Affaire *Dudgeon*, *Série A, n° 45*, 22 octobre 1981, § 59.

2. *Caractère suffisant du lien de causalité et proportionnalité*

540. Il s'avère extrêmement difficile de dépasser la diversité des cas d'espèce pour dégager une méthode cohérente au sujet du critère de proportionnalité. Nous l'avons constaté en analysant la jurisprudence propre à chacune des dispositions. Pourtant, la Cour affirme incidemment qu'il « faut appliquer en la matière une norme objective » (94), ce qui paraît parfaitement logique si l'on se souvient du caractère strictement juridique de l'interprétation du « raisonnable », selon les propos des juges eux-mêmes (95). Une manière de déceler une cohérence susceptible de remplir l'exigence de prévisibilité propre à toute norme juridique est à notre sens de partir des critères particuliers dégagés en la matière par la jurisprudence, avant d'en induire des caractéristiques plus générales.

541. Les critères dégagés par les organes de Strasbourg pour apprécier le critère de proportionnalité sont relativement nombreux. On peut citer, à titre indicatif, les principes suivants (96) :

— certains motifs légitimes laissent une plus grande marge d'appréciation aux autorités étatiques (97) : il en est ainsi de la protection de la morale publique (98) ou de la sécurité nationale (99) ;

— certains droits, comme la liberté d'expression (100), ou « les aspects les plus intimes du droit à la vie privée » (101), laissent au

(94) C.E.D.H., Affaire *Olsson, Série A, n° 130*, 24 mars 1988, § 82.

(95) Voy. *supra*, Chapitre V, section 1, en particulier la jurisprudence de la C.E.D.H.

(96) Voy. d'autres principes dans Vincent COUSSIRAT-COUSTÈRE, Commentaire de l'article 8, § 2, *op. cit.*, pp. 339 et s. et R. St. MACDONALD, « The Margin of Appreciation », *in* R. St. J. MACDONALD, F. MATSCHER, H. PETZOLD (sous la direction de), *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht-Boston-London, Martinus Nijhoff, 1993, pp. 86 et s. ; Frédéric SUDRE, *Droit international et européen des droits de l'homme, op. cit.*, pp. 141-142.

(97) Voy. de manière générale Gérard COHEN-JONATHAN, Commentaire de l'article 10 *in La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article, op. cit.*, p. 399.

(98) C.E.D.H., Affaire *Sunday Times, Série A, n° 30*, 26 avril 1979, § 61 ; Affaire *Dudgeon, Série A, n° 45*, 22 octobre 1981, § 52 ; Affaire *Müller et autres, Série A, n° 133*, 24 mai 1988, § 35 ; Affaire *Open Door et Dublin Well Woman, Série A, n° 246*, 29 octobre 1992, § 68. Les matières religieuses laissent également aux autorités une plus grande marge d'appréciation ; C.E.D.H., Affaire *Otto-Preminger Institut, Série A, n° 295-A*, 20 septembre 1994, §§ 50 et s. Dans toutes ces hypothèses, la marge d'appréciation n'en est évidemment pas pour autant illimitée ; v. C.E.D.H., Affaire *Noris, Série A, n° 142*, 26 octobre 1988, § 45. V. encore Jacques VELU et Rusen ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme, op. cit.*, pp. 620-622, n° 761.

(99) C.E.D.H., Affaire *Hadjianastassiou, Série A, n° 252*, 16 décembre 1992, Rapport de la Commission, § 75.

(100) C.E.D.H., Affaire *Berthold, Série A, n° 90*, 25 mars 1985, § 58 ; Affaire *Ezelin, Série A, n° 202*, 26 avril 1991, § 53 ; Affaire *Observer et Guardian, Série A, n° 216*, 26 novembre 1991, § 59 ; Affaire *Thorgeir Thorgeirson, Série A, n° 239*, 25 juin 1992, § 63.

(101) C.E.D.H., Affaire *Dudgeon, Série A, n° 45*, 22 octobre 1981, § 52 ; Affaire *Modinos, Série A, n° 259*, 22 avril 1993, Rapport de la Commission, § 44.

contraire une marge plus étroite aux autorités, en raison de leur importance au sein de la convention ;

— certaines matières particulièrement complexes, comme le droit de la concurrence (102), sont davantage laissées à l'appréciation des États ;

— en matière de discrimination, certains critères de distinction, comme le sexe (103), exigent une justification plus forte, à défaut de quoi la distinction est considérée comme arbitraire et donc discriminatoire (104) ;

— en matière de délai de jugement, l'appréciation sera plus stricte en matière pénale, en raison des répercussions plus graves sur la situation de l'intéressé (105) ;

— de manière générale, plus une ingérence est profonde, plus le contrôle exercé par les organes de la Convention sera serré (106).

Dans toutes ces hypothèses, nous sommes en présence de principes qui prescriront une appréciation plus ou moins stricte du lien de causalité entre l'acte ou l'omission et le but légitime proclamé. On reste cependant loin d'une méthode générale, puisque ces principes sont pour la plupart limités à l'interprétation de dispositions particulières.

542. On peut cependant relever une certaine tendance de la jurisprudence à utiliser des critères susceptibles de trouver une application d'ordre plus général.

En ce qui concerne les délais raisonnables, la Cour a insisté à plusieurs reprises sur la possibilité pour les autorités judiciaires de clôturer l'instance plus tôt qu'elles ne l'avaient fait (107). Pour ne citer qu'un exemple, la Cour est d'avis, dans l'affaire *König*, que

(102) C.E.D.H., Affaire *Markt intern Verlag Gmbh et Klaus Beermann*, *Série A, n° 165*, 20 novembre 1989, § 33.

(103) C.E.D.H., Affaire *Abdulaziz, Cabales et Balkandali*, *Série A, n° 94*, 28 mai 1985, § 78 ; Affaire *Burghartz*, *Série A, n° 280-B*, 22 février 1993, § 27.

(104) Voy. aussi, au sujet de la distinction entre enfants « légitimes » ou nés hors mariage en matière successorale ; C.E.D.H., Affaire *Inze*, *Série A, n° 126*, 28 octobre 1987, § 41.

(105) C.E.D.H., Affaire *Motta*, *Série A, n° 195-A*, 19 février 1991, Rapport de la Commission, § 30.

(106) C.E.D.H., Affaire *Moustaquim*, *Série A, n° 193*, 18 février 1991, Rapport de la Commission, § 62 ; Affaire *Informationsverein Lentia et autres*, *Série A, n° 276*, 24 novembre 1993, § 39.

(107) V. C.E.D.H., Affaire *Kemmache*, *Série A, n° 218*, 27 novembre 1991, § 70 ; Affaire *Toth*, *Série A, n° 224*, 12 décembre 1991, § 77. Voy. aussi Stefan TRECHSEL, « La durée raisonnable de la détention préventive (Article 5, paragraphe 3 de la Convention européenne des droits de l'homme) », *loc. cit.*, p. 151.

« [...] c'est dans la conduite de la procédure qu'il faut chercher la cause principale de la durée de la procédure. Elle constate qu'*il aurait été possible pour la quatrième chambre de terminer plus tôt sa procédure* » (108).

Si l'on devait prendre systématiquement en compte l'expression soulignée, le caractère suffisant du lien de causalité dépendrait essentiellement d'une comparaison entre délai effectivement écoulé et délai de jugement le plus court possible au regard des circonstances de l'espèce.

Un principe similaire semble ressortir de la jurisprudence relative aux mesures devant respecter un rapport raisonnable de proportionnalité. La Cour a en effet conclu à l'incompatibilité de certaines ingérences avec la convention, en relevant que d'autres mesures, moins contraignantes pour l'individu destinataire, auraient pu être mises en œuvre (109). Dans l'affaire *Informationsverein Lentia et autres*, la Cour a jugé de la conformité à la liberté d'expression contenue à l'article 10 de mesures qui consistaient à rejeter les demandes de créer un réseau privé de télévisions câblé sur base d'un monopole attribué par la loi autrichienne aux autorités nationales, mieux aptes à assurer l'objectivité et l'impartialité de l'information. L'argument du Gouvernement est rejeté sur base des éléments suivants :

« Grâce au progrès technique des dernières décennies, lesdites restrictions ne peuvent plus aujourd'hui se fonder sur des considérations liées au nombre des fréquences et des canaux disponibles ; le Gouvernement en convient. Ensuite, elles ont perdu en l'espèce beaucoup de leurs raisons d'être avec la multiplication des émissions étrangères destinées à un public autrichien, et la décision de la Cour administrative de reconnaître leur retransmission par le câble. Enfin et surtout, on ne saurait alléguer l'absence de solutions équivalentes moins contraignantes ; à titre d'exemple, il n'est que de citer la pratique de certains pays consistant soit à assortir les licences de cahiers des charges au contenu modulable, soit à prévoir des formes de participation privée à l'activité de l'institut national » (110).

En d'autres termes, les mesures en cause s'avèrent inefficaces pour atteindre leur but, que ce soit par rapport à des considérations

(108) Nous soulignons ; C.E.D.H., *Série A, n° 27*, § 105.

(109) Voy. p. ex. C.E.D.H., Affaire *Inze, Série A, n° 126*, 28 octobre 1987, § 44 ; Affaire *Observer et Guardian, Série A, n° 216*, 26 novembre 1991, § 69 ; Affaire *Castells, Série A, n° 236*, 23 avril 1982, § 46 ; Affaire *Sigurdur A. Sigurjonsson, Série A, n° 264*, 30 juin 1993, § 41 ; v. aussi une référence au critère dans C.E.D.H., Affaire *Handyside, Série A, n° 24*, 7 décembre 1976, § 58 ; Affaire *Open Door et Dublin Well Woman, Série A, n° 246*, 29 octobre 1992, op. diss. Blayney ; Affaire *Funke, Série A, n° 256*, 25 février 1993, § 54.

(110) C.E.D.H., *Série A, n° 276*, 24 novembre 1993, § 39.

techniques ou à des objectifs politiques. Mais, surtout, d'autres mesures aptes à atteindre le but légitime proclamé mais moins dommageables pour les requérants auraient pu être adoptées. On se retrouve ici dans l'hypothèse d'une appréciation stricte du critère de nécessité dans une société démocratique évoquée plus haut (111).

Une logique commune à l'appréciation du caractère raisonnable d'un délai ou d'une mesure peut être résumée dans la formule du « choix de la voie la moins liberticide qui s'imposerait à l'État ». Le contrôle s'effectuerait ainsi sur une base relativement objective, puisqu'il s'agirait de se prononcer, sur base de rapports d'experts ou de tout élément de fait, sur la possibilité d'actes les moins dommageables pour l'individu qui aboutissent au même résultat exigé par le but légitime avancé par l'État.

543. Il semble toutefois que cette méthode ne puisse trouver une application aussi générale que ses potentialités le laissent paraître. La Cour a en effet, dans d'autres arrêts que ceux que nous venons de citer, refusé de se prononcer sur la possibilité en l'espèce d'atteindre l'objectif proclamé à l'aide d'autres mesures, éventuellement moins liberticides que celles pour lesquelles avaient opté les autorités (112). A l'analyse, et comme nous l'avons relevé dans la section précédente, une appréciation stricte ne se justifie que dans le cadre de certaines dispositions d'interprétation restrictive (les exceptions prévues aux paragraphes 2 des articles 8 à 11), et uniquement dans certaines circonstances. Sur ce dernier point, on se référera aux critères particuliers que nous venons de citer, dont la présence dictera une appréciation plus ou moins stricte. Bref, et même si elle peut être utilisée avec profit en certaines circonstances, il nous paraît difficile de généraliser la méthode de la « voie la moins liberticide » au regard de la souplesse dont font preuve les organes de la Convention dans la pratique.

544. Est-ce à dire que, en matière de proportionnalité, ces derniers s'estiment dispensés de tout critère objectif d'interprétation en dépit de leurs proclamations en sens inverse ? Nous ne le pensons pas. On peut en effet interpréter la jurisprudence par référence à un *standard de comportement* qui permet de moduler le critère du lien

(111) V. *supra*, section 1, § 509.

(112) Voy. p. ex. C.E.D.H., Affaire *James et autres*, *Série A, n° 98*, 21 février 1986, § 51 ; Affaire *linguistique*, *Série A, n° 6*, 23 juillet 1968, § 13 ; Affaire *Rasmussen*, *Série A, n° 87*, 28 novembre 1984, § 41.

de causalité en fonction des circonstances de l'espèce, c'est-à-dire de considérer qu'il est — ou qu'il n'est pas — suffisant.

Pour ce qui concerne les délais raisonnables, la qualification de certains délais d'« anormalement longs » (113), d'« en soi exorbitants » (114) ou encore d'« excessifs » (115), ou au contraire des expressions comme un « rythme normal » de procédure (116) ou une période qui n'est « pas anormale » (117), ou qui « n'est pas déraisonnable en soi » (118), dénotent l'existence d'un standard constituant un étalon de référence. Dans l'affaire *Eckle*, la Cour remarque que,

> « en l'espèce, il s'agit de procédures qui se sont déroulées sur plus de 17 et 10 ans respectivement. Pareil laps de temps est certes exorbitant et *devra, en règle générale, être regardé comme dépassant le 'délai raisonnable' de l'article 6, § 1er* » (119).

Il semble bien qu'il existe une norme dont on ne peut s'écarter de manière excessive, que ce soit de manière générale ou, comme l'indiquent certains des précédents, pour chacune des étapes de la procédure judiciaire (120). C'est dans cette perspective que l'on peut comprendre les cas où la Cour considère comme contraires à la convention des délais pendant lesquels aucun retard ne peut être imputé aux autorités ou, plus exceptionnellement, admet de courts retards qui ne sont pas justifiés par des motifs légitimes (121).

---

(113) C.E.D.H., Affaire *Karakaya, Série A, n° 289-B*, 26 août 1994, § 44 ; v. une autre expression similaire dans C.E.D.H., Affaire *Baggetta, Série A, n° 119*, 25 juin 1987, § 24 ; Affaire *Bock, Série A, n° 150*, 29 mars 1989, § 49.

(114) C.E.D.H., Affaire *Brigandi, Série A, n° 194-B*, 19 février 1991, Rapport de la Commission, § 47 ; Affaire *Zanghi, Série A, n° 194-C*, 19 février 1991, Rapport de la Commission, § 26 ; Affaire *Angelucci, Série A, n° 196-C*, 19 février 1991, Rapport de la Commission, § 33 , v. aussi, *a contrario*, C.E.D.H., Affaire *Pugliese (I), Série A, n° 195-C*, 19 février 1991, Rapport de la Commission, § 41.

(115) V., *a contrario*, C.E.D.H., Affaire *Olsson (N° 2), Série A, n° 250*, 27 novembre 1992, § 106 ; Affaire *Hokkanen, Série A, n° 299-A*, 23 septembre 1994, § 72.

(116) C.E.D.H., Affaire *Marciariollo, Série A, n° 230-A*, 27 février 1992, § 17.

(117) C.E.D.H., Affaire *Monnet, Série A, n° 273-A*, 27 octobre 1993, § 33.

(118) C.E.D.H., Affaire *Abdoella, Série A, n° 248-A*, 25 novembre 1992, § 22 ; v. encore d'autres expressions dans C.E.D.H., Affaire *Katte Kitsche de la Grange, Série A, n° 293-B*, 27 octobre 1994, § 61.

(119) Nous soulignons ; C.E.D.H., *Série A, n° 51*, 15 juillet 1982, § 80 ; v. aussi C.E.D.H., Affaire *Pugliese (II), Série A, n° 206-A*, 24 mai 1991, § 27. La Commission considère d'ailleurs expressément que la durée même du retard constitue un critère à prendre en compte dans le cadre de l'interprétation de l'article 6, § 1 ; v. C.E.D.H., Affaire *O c. Royaume-Uni, Série A, n° 120*, 8 juillet 1987, Rapport de la Commission, § 88.

(120) Voy. p. ex., outre certaines affaires que nous venons de citer, C.E.D.H., Affaire *Santilli, Série A, n° 194-D*, 19 février 1991, § 20.

(121) Voy. les exemples repris ci-dessus, §§ 536 et s. Le standard de comportement, s'il s'adresse le plus souvent aux autorités, s'applique aussi à l'occasion au requérant ; v. p. ex. C.E.D.H., Affaire *Deumeland, Série A, n° 100*, 29 mai 1986, § 80.

Quant aux mesures devant respecter un rapport raisonnable de proportionnalité, le standard apparaît expressément dans la convention par la référence à la « société démocratique » contenue dans plusieurs des dispositions concernées (122). Cette expression renvoie en effet à un modèle de démocratie libérale occidentale (123). Un grand nombre de précédents dénotent dans cette perspective la prise en compte d'un standard modulant le critère d'efficacité en fonction des buts légitimes proclamés. L'existence d'une norme idéale est même incidemment reconnue dans des affaires concernant la protection de la morale, pour lesquelles, nous venons de le voir, on considère que le standard est plus difficilement identifiable, ce qui montre aussi, non seulement qu'il peut l'être, mais aussi, qu'il peut l'être plus facilement dans le cadre d'autres matières. C'est à la lumière de ces considérations que l'on peut comprendre les précédents où des mesures efficaces sont rejetées ou, plus exceptionnellement, des mesures sont admises nonobstant tout critère d'efficacité (124).

C'est donc par référence à un standard de comportement que l'on peut apprécier le caractère « suffisant » du lien de causalité.

545. Il reste à vérifier si le standard de comportement peut être utilisé de manière objective, comme l'affirme incidemment la doctrine (125). Il va de soi que ce critère laisse au juge de larges possibilités de raisonnement, qui permettent d'adapter la convention à toutes les situations particulières ainsi qu'à l'évolution de la volonté des États contractants. On retrouve toutefois dans la jurisprudence certains principes guidant l'établissement d'un standard de comportement.

---

(122) La jurisprudence renvoie à cette clause (que l'on retrouve incidemment dans le préambule de la Convention) dans le cadre de dispositions très diverses ; v. François OST, « Le concept de 'démocratie' dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *J.P.*, 1988, p. 13.

(123) Jacques VELU et Rusen ERGEC, *La convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 151, n° 193 ; Mireille DELMAS-MARTY, *The European Convention for the Protection of Human Rights. International Protection versus National Restrictions*, Dordrecht/Boston/London, Martinus Nijhoff, 1992, p. 322. D'autres auteurs relèvent que la clause, inspirée de la Déclaration universelle des droits de l'homme, renvoie à des « droits politiques », dont la définition reste floue ; Prédon Th. VEGLERIS, « Valeur et signification de la clause 'dans une société démocratique' dans la Convention européenne des droits de l'homme », *R.D.H.*, 1968, pp. 237-238.

(124) Voy. les exemples repris ci-dessus, §§ 536 et s.

(125) V. Jacques VELU et Rusen ERGEC, *La convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 151, n° 193.

Tout d'abord, il ne s'agit pas d'établir une norme uniforme à l'échelle du Conseil de l'Europe qui constituerait un étalon à partir duquel seraient appréciés les cas particuliers dans chacun des États membres. La Cour a expressément refusé de se livrer à pareille opération intellectuelle. Tout comme aucun délai raisonnable idéal ne peut être établi par une sorte de moyenne établie à l'échelle de la convention, aucune mesure idéale ne peut être dégagée pour la protection des buts légitimes admis (126). Si le standard dont il est question doit s'envisager comme incluant certains aspects européens (127), il s'apprécie au regard de la situation particulière de l'État en cause, et notamment l'état de son opinion publique, sa politique nationale, *etc.* Il s'agit donc de déterminer le comportement normal d'un État partie à la convention, non de manière générale, mais dans les circonstances de l'espèce (128).

A cet effet, la jurisprudence développe une motivation qui peut consister :

— en la citation d'instruments européens qui n'ont pas de force obligatoire directe dans le cas en examen ; ainsi, la Cour a cité des conventions régissant la matière en cause à l'échelle européenne (129), ainsi que, dans d'autres affaires, des résolutions du Conseil de l'Europe ne revêtant pas de force contraignante directe (130) ; ces instruments permettent de déterminer un standard que l'on pourrait qualifier de conventionnel, c'est-à-dire issu de la prise en compte d'actes de volonté ;

(126) Voy. p. ex., en matière de protection de la morale, C.E.D.H., Affaire *Müller et autres*, *Série A, n° 133*, 24 mai 1988, § 35 ; Affaire *Open Door et Dublin Well Woman*, *Série A, n° 246*, 29 octobre 1992, § 68.

(127) V. aussi Frédéric SUDRE, *Droit international et européen des droits de l'homme*, *op. cit.*, pp. 249-250 et Prédon Th. VEGLERIS, « Valeur et signification de la clause 'dans une société démocratique' dans la Convention européenne des droits de l'homme », *loc. cit.*, pp. 239-240.

(128) Voy. e.a. C.E.D.H., Affaire *Dudgeon*, *Série A, n° 45*, 22 octobre 1981, § 56.

(129) Dans l'affaire *Inze*, la Cour se réfère à la Convention européenne de 1975 sur le statut juridique des enfants nés hors mariage (liant neuf des États membres du Conseil de l'Europe) pour justifier une appréciation stricte de la distinction opérée par l'Autriche sur base de ce critère (C.E.D.H., *Série A, n° 126*, 28 octobre 1987, § 41 ; la convention est aussi citée dans l'affaire *Marckx*, *Série A, n° 31*, 13 juin 1979, § 41) ; dans l'affaire *Powell et Reyner*, la Cour apprécie les mesures des autorités britanniques pour lutter contre le bruit occasionnant des nuisances aux habitants proches des aéroports en les comparant à celles prévues dans la Convention de Rome de 1952 sur les dommages causés à la surface par des aéronefs étrangers (C.E.D.H., *Série A, n° 172*, 21 février 1990, § 44) ; dans l'affaire *Jersild c. Dannemark*, la Cour invoque la Convention des Nations Unies de 1965 contre la discrimination pour montrer l'importance de la lutte contre le racisme (C.E.D.H., *Série A, n° 298*, 23 septembre 1994, § 30).

(130) V. p. ex. C.E.D.H., Affaire *S. c. Suisse*, *Série A, n° 220*, 28 novembre 1991, § 48.

— en la référence à la pratique des États membres du Conseil de l'Europe ; nous avons déjà mentionné cette jurisprudence en d'autres circonstances, et il suffira de se reporter au chapitre concerné pour retrouver des précédents (131) ; qu'il suffise ici de constater que ce deuxième type de motivation consiste en une construction intellectuelle plus libre, qui ne se base pas sur des instruments conventionnels mais sur une appréciation de ce qui pourrait se faire dans un État partie à la Convention dans des circonstances de fait comparables à celles de l'espèce.

Ajoutons que les deux types de motivations, sur lesquels nous reviendrons dans le chapitre suivant, mais que nous tenions à mentionner à ce stade (132), peuvent être combinés, et le sont fréquemment dans la jurisprudence. Finalement, l'élaboration d'un standard de comportement allie liberté d'appréciation de l'interprète et critères relativement objectifs de motivation.

546. On peut replacer ce standard dans le cadre plus global d'une méthode d'interprétation du « raisonnable ». Le modèle peut être schématisé en distinguant trois étapes.

La première ne pose aucun problème particulier : il s'agit simplement d'identifier le but ou le motif légitime avancé par l'État pour justifier son action ou son omission ce qui, nous l'avons constaté au regard de la jurisprudence, ne constitue qu'une simple prise d'acte (133).

La deuxième étape consiste à établir un lien de causalité entre ce motif et le comportement de l'État. Dans le cas d'un délai, l'établissement de ce lien aura pour conséquence que l'on ne peut lui imputer aucun retard ; dans le cas d'une mesure, il reviendra à constater l'efficacité de l'acte. Une réponse négative aura en revanche pour conséquence, sauf cas exceptionnel, une incompatibilité avec le caractère raisonnable prescrit par la convention.

C'est lors de la troisième étape que sera utilisé le standard de comportement dans les conditions que nous venons de décrire. Ainsi, même un délai dont chacune des étapes est justifiée par les autorités, ou une mesure reconnue comme efficace, pourront être qualifiés de déraisonnables en cas d'écart excessif entre comporte-

(131) V. *supra*, Chapitre VI, section 3.
(132) V. *infra*, Chapitre VIII, section 2, §§ 607 et s.
(133) V. ci-dessus, section 1, §§ 503 et s.

ment observé et comportement idéalisé, que ce soit de manière conventionnelle ou sur base de la seule pratique.

En tout état de cause, chacune de ces étapes peut donner lieu à une motivation s'appuyant sur des éléments objectifs, particulièrement pour les deux premières. La méthode d'ensemble pourrait donc être retenue de manière plus générale pour s'appliquer dès qu'il s'agit d'interpréter une disposition dans laquelle on trouve le « raisonnable ».

547. Bien entendu, cette méthode, induite de la jurisprudence des organes de la convention européenne des droits de l'homme, n'est qu'un « modèle », au sens où nous le préciserons dans les lignes qui suivent (134).

Elle ne prétend pas s'appliquer invariablement dans le cadre de chacune de ses dispositions. Pour reprendre le cas du délai, on observera par exemple que le standard de comportement est à l'occasion utilisé dès le début du processus, et non pas au cours d'une dernière étape. Il en est ainsi lorsque la Cour constate d'emblée le caractère apparemment excessif d'un délai, et affirme dès lors que l'État devra avancer des justifications particulièrement convaincantes (135). Pour ce qui concerne les mesures, nous avons énuméré certains critères particuliers qu'il importe de prendre en compte au cas par cas (136). Par ailleurs, le modèle ne prétend pas être le seul possible ; on pourra peut-être lui préférer une autre méthode, résultant d'une autre interprétation découlant de la pratique. Il faut en effet rappeler qu'il ne s'agit ici que d'une entreprise de systématisation issue d'inductions, consistant essentiellement en une rationalisation *a posteriori* des motivations relevées dans les affaires les plus diverses.

Il nous semble toutefois que ce modèle permet d'expliquer ou de comprendre bon nombre de précédents. Il permet aussi de concilier une pratique disparate avec l'exigence de prévisibilité propre à toute norme, et de satisfaire ainsi le caractère juridique de la

(134) V. ci-dessous, Chapitre VIII, § 550.

(135) Ainsi, la Cour estime qu'un délai est « de prime abord déraisonnable » ; C.E.D.H., Affaire *Martins Moreira, Série A, n° 143*, 26 octobre 1988, § 54 ; v. aussi C.E.D.H., Affaire *Corigliano, Série A, n° 57*, 10 décembre 1982, § 37 ; Affaire *Guincho, Série A, n° 81*, 10 juillet 1984, § 30 ; v. encore d'autres expressions dans C.E D.H., Affaire *Manzoni, Série A, n° 195-B*, 19 février 1991, Rapport de la Commission, § 42 ; Affaire *Frau, Série A, n° 195-E*, 19 février 1991, § Rapport de la Commission, § 47.

(136) V. ci-dessus, § 541.

méthode d'interprétation (137), reconnu de manière générale par la jurisprudence elle-même (138).

Conclusion

548. Animé du souci de dégager une méthode générale d'interprétation du « raisonnable », nous sommes parti des solutions données par la jurisprudence européenne dans le cadre de dispositions particulières. Ce premier stade a permis de constater la rationalité des motivations qui, en dépit de la diversité des espèces, dénotent une démarche relativement constante, qui s'appuie sur des « critères » bien établis. Procédant par induction, nous avons alors tenté d'identifier les points communs à ces différentes solutions. C'est ainsi que nous avons dégagé une méthode basée sur l'appréciation d'un lien de causalité suffisant entre le comportement étatique en cause et un motif légitime proclamé. La méthode constitue un modèle, qui a une vocation à la fois explicative de l'ensemble du matériau traité, et opérationnelle, dans la mesure où il peut être utilisé dans des affaires n'ayant pas encore abouti à une décision.

549. Semblable modèle aboutit à limiter les possibilités d'interprétations subjectives, en établissant des éléments de motivation et de justification de la solution choisie. Bien entendu, la marge d'appréciation reste un principe de référence mais, à ce stade, nous pouvons considérer qu'elle est limitée,

— formellement, par la nécessité et les modalités de motivation que nous avons analysées dans un chapitre précédent (1) ;

— sur le fond, par le critère du lien suffisant de causalité que nous venons de décrire.

Le modèle est également compatible avec les éléments issus du « sens ordinaire du raisonnable ». En particulier, ce que nous avons appelé la « méthode de la mesure » (2) trouve sa place dans la prise

(137) Voy. à ce sujet les réflexions de Rusen Ergec et Jacques Velu, « La notion de 'délai raisonnable' dans les articles 5 et 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Essai de synthèse », *loc. cit.*, pp. 143 et s. et Rusen Ergec et Jacques Velu, « La notion de 'délai raisonnable' dans les articles 5 et 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Essai de synthèse », *R.T.D.H.*, 1991, pp 143 et s. R. St. J. MacDonald, « The Margin of Appreciation », *loc. cit.*, pp. 122-124.

(138) V. à ce sujet les nombreux précédents *supra*, Chapitre V, section 1.

(1) V. *supra*, Chapitre V, section 2

(2) V. *supra*, Chapitre VI, section 1, §§ 421 et s.

en compte du standard de comportement dont nous avons relevé l'importance, et qui est, on l'aura incidemment relevé, élaboré de la même manière que dans les précédents évoqués dans un chapitre antérieur.

Il reste à déterminer si ce modèle peut être généralisé, au-delà de la jurisprudence européenne, à toutes les matières de droit international et, dans l'affirmative, selon quelles modalités, questions qui feront l'objet du chapitre suivant.

CHAPITRE VIII

UN MODÈLE OPÉRATIONNEL POUR L'INTERPRÉTATION DU « RAISONNABLE »

550. L'objet de ce dernier chapitre est de vérifier si la méthode que nous venons de dégager à partir de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme peut servir de modèle, applicable de manière systématique à toute interprétation du « raisonnable ». Réfléchissant à l'applicabilité du concept de modèle (1) en matière juridique, Michel Virally précise que

> « On peut définir le modèle comme une représentation schématisée d'un objet quelconque : 'chose' matérielle, situation sociale, conduite humaine, etc., destinée à en faire apparaître certains traits significatifs [...]. Comme la grille apposée sur un message secret, il permet de déchiffrer une réalité complexe, en en éliminant tous les éléments inutiles (non significatifs) pour laisser apparaître les seuls qui soient porteurs d'un sens pour celui qui l'utilise » (2).

Si on applique cette définition à notre propre étude, on peut émettre deux remarques :

1° l'objet étudié est le discours juridictionnel relatif au « raisonnable », et la représentation schématisée qui tend à déchiffrer ce phénomène a été exposée dans le chapitre précédent sous la forme de ce nous avons appelé le « modèle du lien de causalité suffisant » (3) ;

2° un autre modèle, plus réduit, est constitué par la « méthode de la mesure », analysée antérieurement (4). Mais nous avons constaté que cette méthode faisait partie intégrante du premier

(1) Le *Dictionnaire critique de la sociologie* précise ce qu'il faut entendre par un modèle : « Soit un phénomène qu'on se propose d'expliquer. Lorsque la théorie explicative prend la forme d'un ensemble de propositions d'où il est possible de déduire de *manière mécanique* un ensemble de conséquences directement liées au phénomène étudié, on dira qu'on a affaire à un modèle du phénomène » ; Raymond BOUDON et François BOURRICAUD, Paris, P.U.F., 4e éd., 1994, p. 388.

(2) « Le phénomène juridique », *in Le droit international en devenir. Essais écrits au fil des ans*, Paris, P.U.F., 1990, p. 38. Voy. aussi la définition du modèle donnée par Jerzy WROBLEWSKI, « L'interprétation en droit : théorie et idéologie », *A.P.D.*, tome XVII, L'interprétation dans le droit, 1972, p. 60.

(3) V. ci-dessus, Chapitre VII, section 2.

(4) V. *supra*, Chapitre VI, section 1, §§ 421 et s.

modèle puisqu'elle consistait en la prise en compte d'un standard de référence, prise en compte qui équivalait à la vérification du caractère suffisant du lien de causalité (5).

Dans les lignes qui suivent, nous prendrons comme référence privilégiée le modèle du lien de causalité suffisant, et nous vérifierons s'il est opérationnel dans sa version « complète » ou, le cas échéant, dans sa version « réduite » basée sur le standard ou la méthode de la mesure.

551. Nous procéderons en deux étapes :

— dans un premier temps, nous vérifierons si notre modèle est apte à expliquer des décisions déjà rendues concernant l'interprétation du « raisonnable », décisions autres que celles de la C.E.D.H. C'est ce que nous dénommerons le caractère explicatif du modèle (section 1) ;

— dans un second temps, nous serons amené à préciser chacun des éléments du modèle proposé pour vérifier si on peut les utiliser concrètement dans tout cas potentiel d'interprétation du « raisonnable ». Ce n'est qu'à cette condition que l'on pourra affirmer qu'il revêt aussi un caractère rationnel (section 2).

Section 1. — Un modèle explicatif

552. Le début de la présente étude a été consacré au champ d'application du « raisonnable », et nous avons à cette occasion relevé un grand nombre de précédents dans lesquels les juridictions internationales utilisaient la notion (1). Théoriquement, le modèle proposé devrait être apte à expliquer la totalité de ces précédents. Une vérification empirique systématique s'avérant à la fois illusoire et fastidieuse, nous avons repris un échantillonnage d'exemples qui nous paraissent suffisamment représentatifs de la variété des domaines couverts, ce qui devrait nous permettre de tirer des conclusions d'ordre général.

Le résultat de cette confrontation peut être présenté en distinguant deux catégories de précédents :

(5) V. *supra*, Chapitre VII, section 2.
(1) V. *supra*, Chapitre I et II.

— La première reprend les cas où le « raisonnable » est un critère d'appréciation du *comportement* d'un État ; elle donne lieu à une application relativement uniforme de notre modèle (A) ;

— La seconde catégorie comprend les autres précédents, où le « raisonnable » ne qualifie pas directement le comportement. Cette catégorie résiduelle recouvre des situations diverses où la notion qualifie une opération intellectuelle (comme une interprétation, une déduction) ou un substantif (comme un prix, un taux, une répartition, etc.) (2). Dans cette deuxième hypothèse, le modèle ne s'applique que moyennant des aménagements divers que nous détaillerons au vu des décisions sélectionnées (B).

A. — *Le « raisonnable » comme critère d'appréciation d'un comportement*

553. Lorsque le « raisonnable » est utilisé pour apprécier la licéité du comportement d'un État, en tant que facteur limitant sa compétence discrétionnaire, le modèle s'applique dans les mêmes conditions que dans la jurisprudence de la C.E.D.H. On peut en effet interpréter l'ensemble des précédents que nous avons rencontrés de la manière suivante : un comportement sera qualifié de déraisonnable si l'on ne peut établir un lien de causalité suffisant entre ce comportement et le motif légitime avancé. Les comportements ainsi analysés sont de divers ordres mais, comme nous l'avons déjà fait dans le chapitre précédent, on peut distinguer les cas où il s'agit d'actions (1), des cas où il s'agit d'omissions (2).

1. *Action (dé)raisonnable et lien de causalité suffisant*

554. La jurisprudence dans laquelle est apprécié le comportement positif d'un État à l'aide du « raisonnable » est abondante. Il suffira de se rapporter au deuxième chapitre de cette étude pour retrouver une longue série de précédents (3). Leur confrontation au modèle du lien de causalité peut être opérée en reprenant plusieurs groupes de décisions.

555. On peut tout d'abord exposer les cas où le juge est amené à juger du caractère prétendument ***discriminatoire*** de certaines

(2) Pour des exemples précis, v. *supra*, Chapitre I, section 4.
(3) Voy. spécialement la section 2.

mesures. En pareille hypothèse, la vérification de l'existence d'un lien de causalité suffisant entre la mesure et un motif légitime peut sans conteste représenter un modèle approprié. Reprenons quelques affaires sous cet angle.

Dans l'affaire *LAFICO*, le tribunal a été amené à juger de la licéité de l'expulsion par le Burundi de deux citoyens libyens, travaillant pour la société demanderesse. Les deux parties s'accordaient sur un point : l'expulsion des étrangers n'est une mesure discriminatoire que si le gouvernement ne peut la justifier par l'établissement d'une *reasonable cause* (4). Le tribunal a donc vérifié si cette condition était remplie en l'espèce :

> « S'il est vrai, comme le Tribunal l'a relevé plus haut, qu'un État peut procéder à une expulsion pour motifs d'atteinte à l'ordre public ou à la sécurité publique, et qu'il jouit d'une large marge d'appréciation pour apprécier *in concreto* les conditions dans lesquelles cette atteinte est réalisée, il ne suffit pas qu'il allègue de tels motifs pour empêcher tout contrôle. Il doit en établir la réalité, donner les éléments de preuve qui ont constitué la '*reasonable cause*' [...]. L'expulsion des étrangers en général doit [...] être fondée sur un juste motif et des bases factuelles raisonnables, compte tenu de la marge d'appréciation qui est reconnue à l'État qui prend la mesure » (5).

A cet égard, le tribunal insiste sur la nécessité de justifier individuellement chaque expulsion au regard du motif légitime invoqué. Les deux personnes expulsées l'ayant été en même temps que l'ensemble des citoyens libyens du Burundi, cette condition fait défaut en l'espèce :

> « En prenant une décision frappant une collectivité de personnes dont faisaient partie ces deux intéressés sans donner à ces derniers les motifs les concernant personnellement, ni les charges qui pèsent sur eux, sans leur donner la possibilité de faire valoir leurs droits devant une instance locale impartiale, le gouvernement du Burundi paraît avoir frappé d'expulsion les deux Libyens intéressés non parce qu'il était convaincu, après un examen objectif de leur dossier, qu'ils étaient coupables d'activités contraires à l'ordre public ou à la sécurité publique de l'État burundais, mais seulement parce qu'ils avaient la qualité de citoyen libyen » (6).

Le raisonnement du tribunal peut être compris comme suit. Une mesure n'est pas discriminatoire si on peut la justifier au regard d'une *reasonable cause*, ce qui suppose :

(4) Voy. le texte du passage pertinent dans *R.B.D.I.*, 1990-2, pp. 539 et s.
(5) *Ibid.*, p. 543, § 48.
(6) *Ibid.*

— d'abord la poursuite d'un but légitime ; en l'occurrence, personne ne conteste la légitimité de l'objectif d'ordre public et de défense de la sécurité nationale officiellement poursuivi par le Burundi ;
— ensuite que le comportement des autorités — en l'occurrence les mesures d'expulsion — s'explique au regard du motif avancé, ce qui n'était manifestement pas le cas en l'espèce.

On retrouve le modèle dégagé à partir de la jurisprudence de la C.E.D.H. : les mesures burundaises sont considérées comme déraisonnables parce qu'un lien de causalité suffisant n'a pu être établi entre la mesure en cause et le motif avancé. Quant au caractère « suffisant », les références du tribunal, d'une part, à la nécessité de fonder la justification sur des bases factuelles avérées et, d'autre part, à des conditions qui, au regard de la pratique en la matière, président à des mesures d'expulsion, semblent bien correspondre à la méthode de la mesure. Le premier aspect correspond au caractère approprié, le second au caractère normal du raisonnable : il s'agit de mettre en œuvre un standard modulant la justification (7). La décision reflète enfin une autre caractéristique : si le lien de causalité ne peut être établi, c'est que les autorités poursuivent en réalité un autre objectif que le motif légitime invoqué ; c'est pourquoi on peut considérer que le modèle équivaut à une vérification indirecte de la réalité du motif.

Des conclusions similaires peuvent être tirées d'autres précédents. Dans l'affaire du *Différend société anonyme de Filatures de Schappe*, la commission de conciliation, jugeant du caractère discriminatoire de mesures adoptées par les autorités italiennes, considère qu'

> « il suffit d'une mesure prise, dans la latitude de son pouvoir discrétionnaire par l'autorité italienne, si ladite mesure a eu ou devait avoir des conséquences préjudiciables pour les biens ennemis, et qu'*aucun motif objectif ne peut raisonnablement être invoqué pour la justifier*, de sorte qu'il faut conclure qu'elle a été déterminée uniquement par la qualité ennemie des biens en question » (8).

Il s'agit donc de vérifier si la mesure en cause, l'exclusion de la société de la répartition des matières premières effectuée par les autorités publiques, se justifie raisonnablement. La Commission rejette alors les motifs avancés parce qu'ils ne correspondent pas à la réalité :

(7) Voy. *supra*, Chapitre VI, section 1.
(8) *R.S.A.*, vol. XIII, p. 607.

« [...] On opposait à la Soc. an. de Filatures de Schappe sa prétendue inactivité avant la guerre ; en réalité, il ne s'était agi, de 1932 à 1938, que d'une activité réduite pouvant tout au plus justifier des assignations réduites [...] » (9).

Il est vrai que la société ne procédait pas elle-même à toutes les opérations de filature. Cependant,

« Si l'autorité corporative italienne avait voulu favoriser les établissements à cycle complet, c'est-à-dire ceux qui filaient eux-mêmes ou assuraient la filature par d'autres établissements en Italie, elle n'aurait eu qu'à subordonner à une condition de ce genre les assignations de matières premières [...] » (10).

A cet égard, « il importe de rappeler que la Soc. an. de Filatures de Schappe avait suggéré des solutions qui, semble-t-il, ne pouvaient qu'être favorables à l'économie italienne », solutions pourtant non retenues. La commission conclut au caractère discriminatoire de la mesure parce que

« [...] l'Agent du Gouvernement italien n'a pu donner aucune justification plausible [...] Il ne reste que l'explication de la mesure prise contre l'entreprise ennemie parce que telle » (11).

Ici aussi, le caractère déraisonnable s'apprécie en vérifiant si un lien de causalité suffisant peut être établi entre les mesures et un motif légitime, en l'occurrence d'ordre économique. Tel n'est pas le cas en l'espèce, notamment au vu des autres mesures possibles et tout aussi efficaces par rapport à l'objectif recherché, mais moins dommageables pour la société. Comme dans l'affaire *LAFICO*, la recherche du but de la mesure ne constitue pas la base de la motivation, d'ordre plus objectif : le comportement ne s'expliquant pas par le motif avancé, il ne peut, par élimination, qu'être guidé par un motif discriminatoire.

Finalement, cette jurisprudence relative au principe de non-discrimination peut s'expliquer de la même manière que celle relative à l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme (12).

556. Le domaine du ***droit international économique*** donne également lieu à des applications possibles de notre modèle.

On peut d'abord rappeler un des aspects de l'affaire *ELSI*, où une Chambre de la Cour internationale de Justice a été amenée à juger

(9) *R.S.A.*, vol. XIII, p. 608.
(10) *Ibidem*
(11) *Ibid.*
(12) V. *supra*, not. Chapitre VII, section 1, § 505.

du caractère déraisonnable d'une ordonnance de réquisition édictée par les autorités italiennes (13), en se prononçant de la manière suivante :

> « Le conseil des États-Unis a estimé pouvoir dire que, d'une manière générale, la réquisition procédait de l''exercice déraisonnable ou capricieux de l'autorité'. Il faut alors se souvenir de ce qu'était la situation à Palerme au moment de la réquisition : environ huit cents ouvriers d'une seule usine risquaient d'être soudain réduits au chômage. On ne peut pas dire qu'il ait été déraisonnable ou simplement capricieux de la part du maire de s'efforcer d'user des pouvoirs qui lui étaient conférés par la loi pour tenter de faire quelque chose face à une situation difficile et préoccupante » (14).

Ainsi, la réquisition n'est pas déraisonnable si elle consiste en l'adoption de moyens appropriés, dans les circonstances de l'espèce, à la poursuite d'un but légitime. On retrouve bien le modèle du lien de causalité suffisant. Peut-être les États-Unis auraient-ils dû démontrer que la réquisition n'avait manifestement aucun lien avec la lutte contre le chômage, ou à tout le moins que d'autres mesures moins dommageables pour la société *ELSI* auraient pu être mises en œuvre. Tel n'a cependant pas été le cas...

Le modèle peut également expliquer bon nombre de décisions arbitrales (15), et en particulier celles rendues par le tribunal des différends irano-américains. Celui-ci a considéré qu'une expropriation pouvait résulter non seulement d'un acte officiel, mais aussi de toute « interférence déraisonnable » constatée, en fait, dans l'exercice du droit de propriété (16). La notion d'« interférence déraisonnable » a été interprétée dans de nombreuses affaires dont certaines peuvent être reprises dans notre perspective.

Dans l'affaire *Golpira*, le demandeur prétendait avoir été victime d'une expropriation de fait parce qu'il était privé de dividendes depuis la reprise en main de la société dont il était actionnaire par un nouveau gestionnaire. Le tribunal déclare la requête non fondée : l'arrêt de la distribution de dividendes s'expliquait par un fait objectif, l'absence de bénéfice de la société ; la nouvelle gestion

(13) V. les citations et commentaires déjà opérés *supra*, Chapitre V, section 2, § 336.

(14) C.I.J., *Recueil 1989*, p. 76, § 129.

(15) Voy. p. ex. l'affaire *Charterers and crew of the Kate*, décision du 9 décembre 1921, *R.S.A.*, vol. VI, p. 81.

(16) V. not. l'affaire *Harza engineering Co.*, *Iran-U.S. C.T.R.*, vol. I, p. 499 et les autres précédents cités *supra*, Chapitre II, section 2, § 109.

n'équivalait donc nullement à une interférence déraisonnable dans l'exercice du droit de propriété (17).

Dans l'affaire *Merrill Lynch & co*, la société demanderesse prétendait être victime d'une expropriation déguisée à la suite de mesures, notamment de liquidation, touchant une société dont elle était actionnaire. Le tribunal refuse de consacrer l'argument, en avançant que

> « It also appears, given the situation in Iran at that time, that the steps taken by the directors to reduce costs were reasonable and appropriate » (18).

On pourrait énoncer d'autres exemples encore (19). Pour chacun de ces cas, le caractère raisonnable des mesures suppose que les motifs invoqués soient véritablement à leur base : il s'agit bien de vérifier si un lien de causalité suffisant peut être établi entre ceux-ci et celles-là.

On peut encore envisager sous cet angle les affaires où le tribunal se prononce sur le caractère raisonnable de certains obstacles élevés par les autorités publiques à la réexportation (20). Le tribunal commence par vérifier si le demandeur a lui-même suivi un comportement raisonnable, en effectuant toutes les démarches normalement nécessaires à l'opération ; il apprécie ensuite si les obstacles de l'administration étaient bien nécessaires au vu de la politique suivie. Le raisonnement peut être compris comme la recherche de la véritable cause du comportement des autorités : si elle est à trouver dans le fait du demandeur lui-même, ou dans la poursuite d'un but légitime, ce comportement ne pourra être taxé de déraisonnable ; si le lien n'est pas suffisant, la conclusion inverse prévaudra.

557. Ce lien de causalité sera plus ou moins facilement établi selon les circonstances de l'espèce. Dans une affaire où les autorités invoquaient une loi pour justifier leur comportement, il suffit au tribunal de constater que cette loi n'est pas applicable à certaines des

(17) *Iran-U.S. C.T.R.*, vol. II, pp. 176-177.

(18) *Iran-U.S. C.T.R.*, vol. XXVII, p. 142.

(19) Dans l'affaire *Computer Sciences corp.*, le tribunal estime que le refus de la Banque iranienne d'effectuer un paiement équivaut à une expropriation de fait. En effet, la circonstance que la société demanderesse n'avait plus suffisamment de liquidités sur son compte, invoquée comme base du refus, fait abstraction de la pratique bancaire courante consistant à permettre aux clients de mettre provisoirement leur compte en négatif ; *Iran-U.S. C.T.R.*, vol. X, p. 290.

(20) Voy. p. ex. l'affaire *Petrolane inc.*, *Iran-U.S. C.T.R.*, vol. XXVII, pp. 92 et s., ainsi que, dans une moindre mesure, l'affaire *Houston contracting co.*, *Iran-U.S. C.T.R.*, vol. XX, pp. 124-125.

situations visées pour rejeter l'argument (21). En revanche, le tribunal fait souvent référence à la pratique bancaire usuelle, et donc à un standard d'appréciation, pour appuyer sa position relative au caractère suffisant d'un lien de causalité (22). C'est en pareille circonstance que l'on peut constater une application de la méthode de la mesure en tant qu'élément permettant de juger du caractère suffisant du lien de causalité.

558. La limite à la compétence discrétionnaire du ***droit de pêche*** constitue un autre cas d'application de notre modèle.

Dans l'affaire des *Pêcheries de l'Atlantique nord*, le tribunal considère que la Grande-Bretagne a un droit de réglementer la pêche dans la zone couverte par un traité conclu avec les États-Unis, pourvu que cette réglementation soit exercée raisonnablement. Il est amené à préciser ce que peut recouvrir cette limite, et conclut que

> « Les règlements qui sont : 1° appropriés ou nécessaires pour la protection et conservation de ces pêcheries, ou 2° désirables ou nécessaires pour des motifs d'ordre public et moral sans immixtion non nécessaire dans la pêche elle-même, et, dans les deux cas, équitables et égaux pour les pêcheurs locaux et américains et qui ne sont pas composés de façon à donner, contrairement à l'égalité, un avantage à la première classe sur la dernière, ne sont pas incompatibles avec l'obligation d'exécuter le traité de bonne foi et sont, par suite, raisonnables et non faits en violation du traité » (23).

Cette citation est particulièrement remarquable. Le caractère raisonnable de la réglementation suppose en premier lieu qu'un lien puisse être établi entre les mesures prises et certains buts légitimes énumérés (la protection et la conservation des pêcheries, des motifs d'ordre public ou moral), ce qui suppose qu'on n'ait pas écarté une autre mesure moins dommageable pour les pêcheurs. En second lieu, le caractère suffisant de ce lien implique la prise en compte des intérêts de tous les pêcheurs concernés : on retrouve les critères d'équilibre et de modération qui caractérisent la méthode de la mesure.

L'affaire concernant le *Filetage*, jugée plusieurs dizaines d'années plus tard, se réfère expressément à cette méthode. Après avoir rappelé que « à l'instar de l'exercice de toute compétence quelconque,

(21) Affaire *Computer Sciences corp.* précitée.
(22) Voy. p. ex. l'affaire *Harza* précitée.
(23) *R.G.D.I.P.*, 1912, p. 462 ; texte anglais dans *R.S.A.*, vol. XI, p. 189.

l'exercice d'une compétence de réglementation est toujours lié par la règle du raisonnable » (24), le tribunal précise que

> « [...] Cette règle commande à l'État de proportionner son comportement au but légalement poursuivi et en tenant dûment compte des droits et libertés concédés à un autre État » (25).

Cette citation évoque en elle-même le modèle du lien de causalité tel qu'il se manifeste dans la jurisprudence européenne (26). Mais le tribunal poursuit :

> « Ce principe a été clairement énoncé par la Cour permanente d'arbitrage dans la sentence qu'elle a rendue dans l'affaire des *Pêcheries de l'Atlantique nord*, [...] la sentence avait considéré que seuls apparaissaient comme raisonnables les règlements 'appropriés ou nécessaires' pour la protection et la conservation de ces pêcheries, ou désirables ou nécessaires pour des motifs d'ordre public et moral sans immixtion non nécessaire dans la pêche elle-même » (27).

Sur cette base,

> « le Tribunal est d'avis que le Canada ne peut user de son pouvoir de réglementation à l'égard des chalutiers français visés à l'article 4, *b*, de l'Accord de 1972 que d'une manière raisonnable, c'est-à-dire sans subordonner l'exercice du droit de pêche que ces navires détiennent de l'Accord à des conditions qui en rendent l'exercice impossible » (28).

On retrouve dans ce raisonnement nombre d'éléments tirés de la jurisprudence de la C.E.D.H. De manière générale, l'appréciation du caractère raisonnable s'effectue bien en vérifiant si le comportement s'explique suffisamment par le motif légitime que représente la protection et la conservation des pêcheries. La notion d'efficacité de la mesure transparaît lorsque le tribunal condamne toute immixtion « non nécessaire dans la pêche », qui constitue aussi une référence implicite à l'adoption de mesures moins dommageables pour leurs destinataires mais autant aptes à atteindre le but visé. C'est pourquoi des mesures rendant impossible l'exercice de droits s'avèrent disproportionnées et donc déraisonnables.

---

(24) *R.S.A.*, vol. XIX, sentence du 17 juillet 1986, p. 258 ; v. la citation complète reproduite *supra*, Chapitre II, section 2, § 112.

(25) *Ibid.*, p. 259.

(26) V. *supra*, Chapitre VII.

(27) Décision précitée, p. 259. Pour rappel, le texte de la décision citée dans l'extrait se retrouve dans la *R.G.D.I.P.*, 1912, p. 462.

(28) *R.S.A.*, vol. XIX, p. 259.

Ces deux précédents relatifs au droit de pêche ne sont pas isolés (29). On pourrait y ajouter l'ensemble des hypothèses où il s'agit de contrôler l'exercice d'une compétence discrétionnaire.

559. Dans son étude consacrée à la restriction des compétences discrétionnaires des États en droit international, Stevan Jovanovic reprend encore plusieurs précédents qu'il interprète dans une perspective parallèle à la nôtre (30).

L'auteur, commentant les propos de la C.I.J. dans l'affaire des *Droits des ressortissants américains au Maroc* selon lesquels « le pouvoir d'évaluer appartient aux autorités douanières, mais elles doivent en user raisonnablement et de bonne foi » (31), estime au vu de l'ensemble du raisonnement de la Cour que

> « l'obligation de procéder raisonnablement se rapporte ici à l'appréciation des divers facteurs qui sont pris en compte dans l'évaluation douanière. En somme ces facteurs doivent être pertinents » (32).

L'auteur relève aussi que, dans l'affaire du *Sud-Ouest africain*, le caractère déraisonnable de la politique sud-africaine s'est trouvé au centre des débats ayant porté sur le principe de discrimination. Selon le conseil de l'Afrique du sud, il importait de scruter les *intentions* pour démontrer qu'une compétence avait été exercée de manière déraisonnable (33). La position fut critiquée par le juge Tanaka, pour qui,

> « La différence de traitement est licite lorsqu'elle peut se justifier d'après le critère de justice. On peut d'ailleurs remplacer la notion de justice par celle de comportement raisonnable [...].
>
> Le critère de justice ou de comportement raisonnable en matière de différence de traitement exclut en bonne logique l'arbitraire. La notion d'arbitraire se réfère en l'occurrence à des faits purement objectifs et non à une situation subjective des intéressés. On peut donc déterminer l'arbitraire sans se préoccuper du mobile ou de l'objet » (34).

---

(29) Voy., de manière plus indirecte cependant, l'affaire *Cunningham and Thompson, R.S.A.*, vol. VI, pp. 171-172.

(30) Paris, Pédone, 1988, pp. 156 et s.

(31) C.I.J., *Recueil 1952*, p. 212 ; voy. aussi *supra*, Chapitre II, section 2.

(32) *Restriction des compétences discrétionnaires des États en droit international*, *op. cit.*, p. 159.

(33) V. C.I.J., *Mémoires, plaidoiries et documents*, *Recueil 1966*, vol. IX, pp. 500 et 504 ; cité dans Stevan JOVANOVIC, *Restriction des compétences discrétionnaires des États en droit international*, *op. cit.*, pp. 161-162.

(34) C.I.J., *Recueil 1966*, op. diss. Tanaka, p. 306 (v aussi p. 314), cité par Stevan JOVANOVIC, *Retriction...*, *op. cit.*, p. 162.

Au vu de ces précédents, Stevan Jovanovic considère que le caractère raisonnable d'une mesure dépend du lien existant entre les éléments de fait et la décision prise (35). Il s'agit, comme dans les autres précédents que nous avons examinés, d'une détermination rationnelle et objective vérifiant l'adéquation des moyens par rapport aux buts. Le modèle du lien de causalité suffisant apparaît ainsi pour expliquer les hypothèses où le juge se prononce sur le caractère raisonnable d'actions effectuées par un État. Il importe à présent de vérifier si la même conclusion peut être formulée lorsque le comportement en cause consiste en une omission.

2. *Omission (dé)raisonnable et lien de causalité suffisant*

560. L'interdiction d'omissions se rencontre dans plusieurs domaines du droit international, que nous ne reprendrons pas dans le détail. Nous examinerons d'abord des précédents relatifs au traitement des étrangers, qui concernent souvent des actes de négligence. Nous envisagerons ensuite des précédents relatifs au « délai raisonnable », qui impliquent indirectement un jugement sur l'omission que constitue le comportement des autorités visées, comme nous l'avons constaté à l'analyse de la jurisprudence de la C.E.D.H. concernant les articles 5, § 3, et 6, § 1er, de la Convention (36).

561. Le modèle trouve donc un premier terrain d'application dans les nombreuses affaires où il s'est agi de se prononcer sur la diligence raisonnable (*reasonable care*) pesant sur les États en matière de protection des étrangers.

Dans l'affaire des *Biens britanniques au Maroc espagnol*, l'arbitre Max Huber considère que le degré de vigilance requis doit s'apprécier au regard de ce que l'on peut « raisonnablement demander » à l'État dans les circonstances de l'espèce. Examinant sur cette base les diverses réclamations formulées, il considère par exemple que

> « Pour ce qui est des cas de destructions non imputables à la troupe, une responsabilité — pour manque de prévention — ne saurait être reconnue car il ne s'agit que d'événements isolés, *suffisamment expliqués par l'état de rébellion* [...] » (37).

(35) *Ibid.* Cette position n'est pas incompatible avec la jurisprudence, notamment l'affaire *LAFICO*, en vertu de laquelle une détermination objective peut indirectement aboutir à la condamnation d'un but illégitime (v. aussi à ce sujet l'op. indiv. du juge Van Wyk, C.I.J., Affaire du *Sud-ouest africain*, *Recueil 1966*, p. 152.

(36) V. *supra*, Chapitre VII, section 1.

(37) Nous soulignons ; *R.S.A.*, vol. II, pp. 655-656.

Plus loin, au sujet de récoltes perdues, il estime que

> « Si l'insécurité était si grande que la culture des terres en était essentiellement entravée, même arrêtée, cet état de choses *ne pouvait être que la conséquence de la rébellion des tribus*, dont résultait une situation semblable à la guerre » (38).

Les expressions soulignées dénotent la recherche de la cause de l'omission des autorités : si un lien suffisant peut être établi avec les circonstances particulières de l'espèce, le comportement ne peut être qualifié de déraisonnable.

L'affaire *Leonor Buckingham* est significative sur ce point. Il s'agissait de juger de la passivité des autorités mexicaines qui, averties de la menace qui pesait sur un citoyen britannique, victime d'attaques répétées, n'avaient rien fait pour assurer sa protection et pour empêcher son assassinat par un groupe de bandits (39). Le demandeur considérait donc que le Gouvernement mexicain avait négligé « to take reasonable precautionary measures » et était donc responsable de la mort d'un citoyen étranger qu'il était tenu de protéger. La commission arbitrale répond à cette argumentation en deux temps. Tout d'abord, quant à la possibilité d'empêcher matériellement les actes de brigandage, personne ne peut blâmer les autorités qui, dans un pays aussi vaste que le Mexique, ne peuvent assurer l'ordre de manière uniforme, particulièrement dans les lieux reculés comme l'était celui du crime. En revanche, le gouvernement aurait pu avertir les étrangers, tout comme ces citoyens, de son incapacité à assurer cette protection, afin que les personnes intéressées prennent des dispositions particulières. Le Mexique est dès lors condamné à verser une partie du montant de la réparation demandée (40). Cette motivation s'explique très facilement si on prend en compte le modèle du lien de causalité suffisant : si le motif légitime que constituait, dans les circonstances de l'espèce, l'impossibilité d'assurer la sécurité dans tout le pays, pouvait justifier l'absence de prévention des actes de banditisme, il ne pouvait expliquer la totale passivité des autorités, et en particulier la négligence provenant de l'absence d'avertissement des personnes concernées. Un lien de causalité peut être établi entre le motif et la première omission, mais pas avec la seconde.

(38) Nous soulignons ; *ibid.*, p. 658.
(39) Voy. *R.S.A.*, vol. V, décision du 3 août 1931, pp. 287 et s.
(40) *Ibid.*, p. 288.

L'affaire *Sophie B. Sturtevant* concerne l'absence de mesures répressives d'un meurtre par des « reasonable, timely and adequate steps [...] » (41). La commission reprend l'ensemble de la procédure mise en œuvre par les autorités, et explique chaque phase au regard des nécessités de l'enquête, pour conclure que « as can be seen, there was no unjustifiable delay » (42). Le raisonnement rappelle celui de la C.E.D.H. qui, appréciant le caractère raisonnable d'un jugement, analyse chaque phase de la procédure, pour vérifier si chaque portion de délai trouve sa cause dans un motif légitime (43).

Dans l'affaire *Francis*, les griefs concernaient à la fois un manque de prévention et de répression du meurtre d'un étranger, assimilé à l'absence de « reasonable measures » (44). Les griefs sont rejetés parce que

> « There is no direct evidence whatever of negligence on the part of the authorities, and the British Agent *did not even suggest any specific measures that they should have taken*. In no country in the world can isolated crimes of this nature be prevented » (45).

Ainsi, même si les forces de police avaient effectué des patrouilles dans la région, rien n'indique que la perpétration du crime aurait été empêchée. On peut expliquer la motivation par le même modèle que dans les autres précédents : on retrouve en particulier le critère de l'impossibilité de mesures alternatives, que nous avions retrouvé notamment dans l'affaire de la *S.A. de Filatures de Schappe* (46).

562. Le caractère opérationnel du modèle se vérifie encore à l'analyse des décisions dans lesquelles est apprécié le caractère raisonnable d'un délai.

Dans l'affaire *Clyde Diches*, une personne avait été détenue pendant deux ans et sept mois, alors que la peine maximale prévue pour l'infraction qui lui était reprochée était de un an. La commission arbitrale considère dès lors que

> « [...] the procedure was delayed longer than what it should reasonably have been, in view of the simple nature of the case [...]. This long and unjustified delay constitutes a denial of justice [...] » (47).

(41) *R.S.A.*, vol. IV, pp. 667 et s.
(42) *Ibid.*, pp. 667-668.
(43) V. *supra*, Chapitre V, section 2, § 335.
(44) *R.S.A.*, vol. V, décision du 15 février 1930, p. 100.
(45) *Ibid.*
(46) V. ci-dessus, § 555.
(47) *R.S.A.*, vol. IV, décision du 9 avril 1929, pp. 460 et 461.

Le Mexique est condamné parce qu'il ne peut justifier son omission par un motif légitime, comme la répression de l'infraction. Il s'agit bien, comme dans la jurisprudence de la C.E.D.H., d'établir la cause de la détention prolongée, et on relèvera à cet égard la référence de la commission à l'absence de complexité de l'affaire. En l'espèce, seule la négligence des autorités peut expliquer la longueur du délai.

Dans l'affaire *Bisschoff*, la commission mixte d'arbitrage a estimé que le Venezuela avait détenu des biens appartenant à des étrangers pendant une période déraisonnable. Si cette détention se justifiait à l'origine par l'exercice d'une compétence discrétionnaire en vue de la lutte contre une épidémie de variole, ce motif ne justifiait pas la totalité du délai (48). Ici aussi, il s'agit de vérifier l'existence d'un lien de causalité suffisant entre le comportement (l'absence de restitution) et le motif légitime avancé.

La C.I.J. s'est prononcée de manière similaire dans l'affaire du *Temple de Préah Vihéar*, où elle a conclu à l'acceptation de la frontière par la Thaïlande sur la base de son absence de protestation dans un délai raisonnable après réception de la carte plaçant le temple litigieux en territoire cambodgien (49). La Cour a en effet basé sa conclusion sur l'insuffisance des motifs avancés par la Thaïlande pour justifier sa passivité, c'est-à-dire, essentiellement, la circonstance que la carte n'ait été vue que par des fonctionnaires subalternes, sans expérience en matière de cartographie et ignorant tout du temple de Préah Vihéar. La justification est rejetée à la fois en fait, les éléments de preuve montrant que des personnalités importantes avaient vu les cartes en cause, et en droit, la Thaïlande ne pouvant se retrancher derrière sa propre négligence pour appuyer ses revendications territoriales. La seule manière de qualifier le délai de raisonnable aurait donc été de démontrer que la passivité s'expliquait par des motifs légitimes.

Dans l'affaire relative à *Certains phosphates à Nauru*, une des exceptions préliminaires de l'Australie consistait à rejeter la requête introduite par Nauru comme irrecevable parce que tardive, un délai déraisonnable s'étant prétendument écoulé depuis la survenance les faits litigieux. L'exception fut rejetée sur base de la motivation suivante :

(48) *R.S.A.*, vol. X, p. 420.
(49) V. C.I.J., *Recueil 1962*, pp. 23 et s.

« La Cour constate dans ces conditions que Nauru a été officiellement informée, au plus tard par lettre du 9 février 1969, de la position de l'Australie au sujet de la remise en état des terres à phosphates [...]. Nauru n'a contesté cette position par écrit que le 6 octobre 1983. Dans l'intervalle cependant la question avait, selon les dires de Nauru, non contredits par l'Australie, été soulevée à deux reprises auprès des autorités australiennes compétentes. La Cour estime que, eu égard tant à la nature des relations entre l'Australie et Nauru qu'aux démarches ainsi accomplies, l'écoulement du temps n'a pas rendu la requête de Nauru irrecevable » (50).

C'est bien parce que la relative passivité de Nauru s'explique dans les circonstances de l'espèce que le délai ne peut être qualifié de déraisonnable. On se trouve encore dans le cadre de la recherche de la cause du délai.

563. On pourrait poursuivre l'analyse d'autres décisions encore. Même si c'est parfois au prix d'une interprétation qui prend quelque liberté avec l'ordre chronologique du raisonnement du juge, on peut toujours reformuler celui-ci sur base du modèle du lien de causalité suffisant. Ces précédents relatifs à la protection des étrangers montrent aussi l'importance de la « méthode de la mesure » dans le cadre de l'appréciation du caractère suffisant du lien de causalité. On aura relevé l'insistance des arbitres sur les circonstances de l'espèce, envisagées par rapport à un standard de comportement, ce qui traduit bien les caractères à la fois approprié et normal supposés par le « raisonnable » (51). C'est dans cette perspective que Max Huber met l'accent sur la nécessité de tenir compte des moyens dont chaque État dispose (52). Il s'agit bien dans tous les cas de cumuler explication du comportement par des motifs légitimes et appréciation par rapport à un standard.

B. — *Le « raisonnable » comme qualificatif d'une opération, d'un substantif ou d'un adjectif*

564. Dans tous les cas que nous avons exposés jusqu'ici, le « raisonnable » modulait la mise en œuvre d'un comportement (action ou

(50) C.I.J., *Recueil 1992*, § 36.

(51) Voy. à ce sujet nos développements *supra*, Chapitre VI, section 1.

(52) V. l'affaire des *Biens britanniques...* relatée ci-dessus ; d'autres affaires pourraient être citées qui mettent l'accent sur le standard de comportement à l'aune duquel le caractère raisonnable d'une omission doit être apprécié ; voy. p. ex. l'affaire *Nick Cibich*, décision du 31 mars 1936, *R.S.A.*, vol. IV, pp. 57-58 et l'affaire *Neer*, décision du 15 octobre 1926, *R.S.A.*, vol. IV, pp. 59-62 ; v. aussi l'affaire *Harris, Irby & Vose*, décision du 31 août 1926, *R.S.A.*, vol. VIII, p. 20.

omission) des autorités étatiques. Nous savons cependant que la notion peut également s'appliquer en d'autres circonstances, notamment comme qualificatif d'une opération intellectuelle (cas d'une interprétation ou d'une déduction raisonnables), d'un substantif (prix, montant, taux raisonnables) ou d'un adjectif (raisonnablement certain ou précis) (53). Peut-être ces expressions concernent-elles indirectement le comportement d'une personne — autorité, juge, locuteur — mais, comme une première lecture le laisse déjà apparaître, le qualificatif a ici une portée qui s'attache plus directement au terme auquel il est joint.

C'est cette catégorie résiduelle qui sera l'objet de la suite de notre réflexion. Nous constaterons que, alors que la méthode du lien de causalité suffisant explique avec une relative facilité les précédents dans lesquels c'est le comportement de l'État qui est en cause, il en va autrement pour cette deuxième catégorie. On peut à cet égard distinguer trois groupes de décisions :

— le premier reprend les étapes du syllogisme judiciaire au sein desquelles le « raisonnable » intervient (1) ;
— le deuxième explore les cas où le qualificatif module un adjectif ou un substantif dans l'énoncé d'une règle primaire (2) ;
— le troisième couvre l'hypothèse spécifique où le « raisonnable » est utilisé comme critère de répartition (3).

1. *le « raisonnable » comme élément des étapes du syllogisme judiciaire*

565. Lors de l'examen du champ d'application de la notion, nous avons constaté que le « raisonnable » intervenait dans toutes les étapes du syllogisme judiciaire, dans le cadre de l'établissement des faits comme dans celui de l'interprétation ou, plus généralement, du discours juridictionnel (54). Il apparaît cependant que les motivations précisant ce que recouvrent des expressions comme « raisonnablement conclure » ou « déduire » se révèlent souvent sommaires (55). Il importe donc de se tourner vers le sens ordinaire de la notion.

(53) Voy. les exemples précis exposé *supra*, Chapitre I, section 4.
(54) Voy. *supra*, Chapitre I.
(55) Les motivations dans le cadre de l'établissement des faits ou de l'interprétation sont plus détaillées ; elles sont cependant en parfaite concordance avec le sens ordinaire, comme nous le constaterons dans les lignes qui suivent.

566. Comme nous l'avons relevé à partir d'exemples tirés de la jurisprudence, ce sens ordinaire renvoie à ce que nous avons appelé la méthode de la mesure, consistant à mesurer l'écart entre la solution proposée et une norme de référence idéalisant la pratique dans les circonstances de l'espèce (56). Précisément, nous constations alors que cette méthode trouvait un champ d'application privilégié dans les opérations intellectuelles relevant du syllogisme judiciaire (57). On se reportera au chapitre pertinent pour retrouver l'analyse de certains précédents, comme l'affaire du *Détroit de Corfou*, dans cette perspective (58).

On peut à ce stade ajouter l'une ou l'autre illustration de notre raisonnement. En matière d'établissement des faits, on peut lire dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires*, au sujet des allégations des États-Unis selon lesquelles le régime sandiniste fournissait une aide militaire au mouvement rebelle salvadorien :

> « [...] il ne paraît pas hautement déraisonnable de penser qu'un trafic de cette nature, s'il avait été continu et d'une importance appréciable, eût dû être inévitablement décelé, en raison de l'ampleur des moyens déployés à cette fin » (59).

La Cour associe vraisemblablement le « raisonnable » à une sorte de standard que l'on peut formuler de la manière suivante : normalement, un trafic d'armes similaire à celui dont il est question ne peut passer inaperçu si les frontières font l'objet d'un contrôle soutenu. C'est à l'aide de ce standard qu'est appréciée la situation sur le terrain.

Lorsqu'un tribunal arbitral développe son interprétation en se prévalant d'une « obvious and reasonable explanation of the use of the word [...] » (60), il évoque un sens qui, dans des circonstances similaires à celles de l'espèce, serait normalement donné par tout interprète.

La référence à un standard se retrouve parfois plus directement dans le discours juridictionnel, comme en témoigne la référence du juge Azevedo à une « raisonnable dose de présomption de l'homme tendant à arriver à une certitude morale et humaine [...] » (61). De même, cette citation du tribunal arbitral dans l'affaire des *Services*

---

(56) V. *supra*, Chapitre VI, section 1, §§ 422 et s.
(57) V. *supra*, § 426.
(58) V. *supra*, § 422.
(59) C.I.J., *Recueil 1986*, p. 83, § 153.
(60) Affaire *Panama and Abundio Caselli*, décision du 29 juin 1933, *R.S.A.*, vol. VI, p. 380.
(61) C.I.J., Affaire du *Détroit de Corfou*, *Recueil 1949*, op. diss., pp. 90-91.

aériens dénote la prégnance de l'association du« raisonnable » avec un modèle de référence :

> « Il est tout à fait raisonnable d'établir une distinction entre les activités sur le territoire d'une partie et des activités sur le territoire de pays tiers. Chaque partie est naturellement plus préoccupée de ce qui se passe sur son propre territoire que de ce qui se passe ailleurs » (62).

Dans tous ces précédents, auxquels on pourrait en ajouter beaucoup d'autres, le contenu du raisonnable est donné par référence à une norme idéale dans le cadre d'une méthode dont les modalités ont été décrites plus haut, et sur lesquelles nous apporterons quelques précisions dans les lignes qui suivent (63).

567. Faut-il en déduire que le modèle complet du lien de causalité suffisant ne trouve pas à s'appliquer lorsqu'on se trouve dans l'hypothèse d'une opération intellectuelle ?

A l'analyse, il n'est pas impossible d'envisager une série de précédents à travers cette grille de lecture. Le but légitime est alors donné pour chacune des opérations : il s'agit soit d'établir des faits, soit d'interpréter une règle (ou de qualifier un fait), soit de rendre une décision tranchant en droit le différend soumis. Quant à l'établissement d'un lien de causalité suffisant, il peut être trouvé dans les éléments formels de motivation qui en conditionnent l'acceptabilité scientifique : il s'agit en effet pour le locuteur de relier la solution qu'il propose à des autorités (de fait ou de droit) juridiquement admises, par des inférences qui relèvent d'un raisonnement rationnel et répondant à une certaine logique (64). Comme nous le constations à l'analyse de chacun de ces critères, l'ensemble de la motivation peut être décrite dans cette perspective comme un enchaînement de causes. Ces éléments formels s'appliquent, comme nous l'avons exposé, à toute motivation du « raisonnable », mais ils se révèlent particulièrement importants lorsque l'on se trouve dans le cas d'une opération intellectuelle modulée par la notion.

Cette grille de lecture semble toutefois relativement éloignée des préoccupations personnelles des juges, qui se contentent de renvoyer à une mesure de référence, sans décomposer davantage leur raisonnement. Nous préférons donc le caractère explicatif de la

(62) *R.S.A.*, vol. XVIII, p. 477, § 56.

(63) V. *supra*, Chapitre VI, section 1 et *infra*, section 2 du présent chapitre.

(64) Voy. à cet égard l'ensemble des développements consacrés à ces éléments, *supra*, Chapitre V, section 2.

méthode de la mesure, qui correspond à une version réduite de notre modèle, comme nous l'annoncions en introduisant le chapitre (65).

2. *Le « raisonnable » comme qualificatif modulant un adjectif ou un substantif dans l'énoncé d'une règle primaire*

568. Le « raisonnable » peut aussi être un facteur modulant non plus l'application mais l'énoncé d'une règle primaire, et il s'accole parfois, dans ce cadre, non à un comportement mais à un adjectif (« raisonnablement certain, précis »,...) ou un substantif (« prix, indemnité, montant raisonnables »). Pour cette catégorie d'hypothèses, le raisonnement que nous venons de tenir au sujet des étapes du syllogisme judiciaire paraît, *mutatis mutandis*, d'application. La motivation opérée par le juge est en effet relativement sommaire (66), de sorte que l'on se trouve à nouveau renvoyé au sens ordinaire du qualificatif.

569. Il s'agira donc une fois encore d'appliquer le modèle du lien de causalité suffisant dans sa version réduite, qui renvoie à la méthode de la mesure. La détermination du contenu dans un cas particulier d'un « prix raisonnable » avait significativement été prise comme exemple de base, et on relira utilement le passage pertinent pour se rendre compte de l'adéquation de la méthode à ce type de précédent (67).

Pour ce qui concerne la jurisprudence de la C.E.D.H., nous avons principalement consacré notre analyse aux cas où c'est le comportement de l'État qui était jugé, pour en induire le modèle du lien de causalité suffisant (68). Mais d'autres décisions rendues par la Cour de Strasbourg donnent lieu à la mise en œuvre de la méthode de la mesure. Ainsi, l'exigence pour une restriction légale à certains droits d'être prévisible « à un degré raisonnable », selon les circonstances de la cause, pour toute personne soumise au texte de loi, donne lieu à une interprétation qui ne se réfère qu'à un standard, à une norme idéale (69). On peut comprendre dans une même perspective les décisions relatives à l'exigence de « motifs raisonnables » de croire à

(65) V. *supra*, § 550.
(66) V. *supra*, Chapitre V, section 1, § 312.
(67) V. *supra*, Chapitre VI, section 1, § 422.
(68) V. *supra*, Chapitre VII, section 2.
(69) V. les précédents mentionnés *supra*, Chapitre II, section 2, § 104.

la nécessité d'empêcher une personne de commettre une infraction ou de s'enfuir après l'accomplissement de celle-ci pour justifier une détention préventive (70).

Dans un tout autre domaine, l'obligation de négocier, qui implique le devoir de « tenir raisonnablement compte » des droits et intérêts de l'autre partie, se comprend également par rapport à un standard (71). Il s'agit vraisemblablement de se comporter comme le ferait — ou devrait le faire — toute personne placée dans une situation similaire à celle de l'espèce.

L'octroi de montants financiers, comme une indemnisation, un intérêt, ou le remboursement de dépens, lorsqu'il s'opère sur base du « raisonnable » (72), renvoie aussi à une norme idéale représentant ce qu'il est normal, dans les circonstances de l'espèce, d'octroyer.

Lorsque le tribunal des différends irano-américains considère que, pour fixer la date d'une expropriation de fait, il convient de se placer à la date où, pour la personne privée de sa propriété, « there is not reasonable prospect of return of control », on peut considérer que c'est encore une norme idéale renvoyant à une personne placée dans la même situation qui est au centre de son raisonnement (73).

La méthode de la mesure paraît apte à expliquer l'ensemble de ces précédents.

570. *Quid*, dans ce contexte, du modèle complet du lien de causalité suffisant ? Comme pour la catégorie des opérations du syllogisme judiciaire, il peut constituer une grille de lecture, mais relativement éloignée du discours juridictionnel exprimé.

Le but légitime peut ainsi être retrouvé dans la règle primaire énonçant le « raisonnable ». Ainsi, nous pouvons reprendre certains des exemples exposés et identifier les buts légitimes de la règle en cause (comme l'octroi de la réparation dans l'hypothèse de l'indemnisation raisonnable). Quant au lien de causalité, l'interprète devra justifier le montant raisonnable fixé en le mettant en rapport avec

(70) V. les précédents mentionnés *supra* ; en matière arbitrale, voy. l'affaire *Chevreau*, décision du 9 juin 1931, *R.S.A.*, vol. II, p. 1123.

(71) V. C.I.J., Affaire des *Pêcheries*, *Recueil 1974*, pp. 33, § 78, et 202, § 69 ; Affaire de l'*O.M.S.*, *Recueil 1980*, pp. 93 et s., §§ 43 et s. ; Affaire des *Essais nucléaires*, *Recueil 1974*, op. diss. de Castro, p. 390.

(72) V. p. ex. C.I.J., Affaire des *Réparations*, *Recueil 1949*, p. 181.

(73) Voy. not. l'affaire *Payne*, *Iran-U.S. C.T.R.*, vol. XII, § 23 de la décision, l'affaire *Phillips Petroleum*, *Iran-U.S. C.T.R.*, vol. XXI, p. 116, l'affaire *CBS*, *Iran-U.S. C.T.R.*, vol. XXV, p. 149.

le but légitime de l'octroi d'une réparation. A cet égard, on peut reprendre le même raisonnement que celui tenu pour les étapes du syllogisme judiciaire ; on se retrouve dans le cadre des éléments formels conditionnant la recevabilité d'une motivation raisonnable, avec les mêmes aménagements et les mêmes limites (74).

571. Au contraire des hypothèses où c'est le comportement d'un État qui est l'objet d'un jugement, celles où le « raisonnable » module une opération intellectuelle, un adjectif ou un substantif ne donnent lieu que très indirectement à l'application du modèle du lien de causalité dans sa version complète, mais constituent un terrain privilégié pour sa version réduite qui équivaut à la mise en œuvre de la méthode de la mesure. Il est bien entendu difficile de vérifier le caractère explicatif de cette méthode dans le détail, puisque, rappelons-le, la motivation est souvent sommaire en pareille hypothèse. En réalité, le « raisonnable » est alors lui-même un élément essentiel de motivation : en se référant à la raison, au modèle d'une personne idéale, on en appelle à l'accord de son interlocuteur. C'est ce que nous relevions en analysant le « principe d'inertie » comme moyen de mettre un terme à une motivation (75). Nous ne reviendrons pas sur ce point. Qu'il suffise de remarquer que, à notre sens, la manière adéquate d'éprouver la valeur conventionnelle de la solution consiste à appliquer la méthode de la mesure, afin de vérifier si la norme idéale a été construite selon les modalités que nous avons précisées lors de son exposé, modalités que nous reprendrons plus loin (76).

3. *Le « raisonnable » comme critère de répartition*

572. Que ce soit dans le cas de l'établissement des faits, d'une déduction, de la fixation d'un prix ou de l'appréciation d'un adjectif, la méthode du « lien de causalité suffisant » consiste à identifier un objectif légitime propre à ***un*** acteur (juge ou État), et à mesurer son comportement par rapport à cet objectif. Dans certaines situations, le « raisonnable » ne peut plus être envisagé de la sorte, puisqu'il exprime un critère de répartition entre ***plusieurs*** personnes différentes. L'hypothèse présente dès lors certaines particularités

(74) Voy. ci-dessus, § 567, ainsi que Chapitre V, section 2.
(75) V. *supra*, Chapitre V, section 2, § 360.
(76) V *supra*, Chapitre VI, section 1, §§ 422 et s., ainsi que ci-dessous, section 2.

qui rendent difficile l'application systématique de telle ou telle méthode. On peut à cet égard exposer les exemples du droit international fluvial, d'une part, et du droit international de la mer, d'autre part.

i) *le droit international fluvial*

573. Un principe bien établi du droit international fluvial est ce que l'on a appelé la règle de l'« utilisation équitable et raisonnable » des eaux (77). Le « raisonnable » apparaît ici comme un facteur prescrivant un équilibre dans l'exercice du droit que possède chacun des États riverains d'exploiter les ressources fluviales. Il s'agit bien d'un critère de répartition entre différents sujets de droit international.

Le principe a fait l'objet d'une codification par diverses instances doctrinales (78), parmi lesquelles la Commission du droit international qui a, après plusieurs années de travaux, élaboré un projet d'articles reprenant des facteurs interprétatifs de la règle (79). Il s'agit certes d'un texte doctrinal, mais sa valeur retiendra spécialement notre attention puisqu'il s'appuie non seulement sur une pratique, essentiellement conventionnelle, particulièrement abondante (80), mais encore sur des précédents juridictionnels nombreux (81). Les travaux se basent notamment sur l'affaire du *Lac Lanoux*, dans laquelle le tribunal énonce que les négociations menées par des par-

(77) Voy., de manière générale, Julio A. BARBERIS, « Bilan de recherches », *in Travaux de l'Académie de droit international*, La Haye, A.D.I., 1990, pp. 37 et s.

(78) Il s'agit notamment de l'Institut de droit international et de l'*International Law Association* ; voy. la synthèse des travaux dans « Tableau d'ensemble des études qu'ont effectuées ou qu'effectuent actuellement des organisations non gouvernementales s'occupant du droit international », *in A.C.D.I.*, 1974, 2e partie, pp. 213 et s. ainsi que Stephen C. Mc CAFFREY, *Deuxième rapport sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation*, Doc. A/CN.4/399 et Add. 1 et 2 *in A.C.D.I.*, 1986, vol. II, 1re partie, pp. 126 et s.

(79) Voy. l'exposé historique de ces travaux dans Stephen C. Mc CAFFREY, *Deuxième rapport..., op. cit.*, pp. 90 et s. ainsi que dans Doc. A/44/10, *in A.C.D.I.*, 1989, vol. II, 2e partie, pp. 134 et s.

(80) V. le rapport de Stephen C. Mc CAFFREY précité, pp. 105 et s., §§ 76 et s. ainsi que le *Premier Rapport sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation*, *in A.C.D.I.*, 1976, vol. II, 1re partie, pp. 194 et s. ; v. aussi les exemples cités par Julio A. BARBERIS, « Bilan de recherches », *loc. cit.*, pp. 38 et s. Pour d'autres exemples tirés de la pratique des organisations internationales, voy. not. Stephen SCHWEBEL, *Deuxième rapport sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation*, Doc. A/CN.4/332 et Add. 1, *in A.C.D.I.*, 1980, vol. II, 1re partie, pp. 177 et s.

(81) Voy. l'ensemble de la jurisprudence commentée par Stephen C. Mc CAFFREY, rapport précité, pp. 116 et s., §§ 102 et s.

ties intéressées à l'exploitation des eaux doivent être menées en laissant une « place raisonnable » aux intérêts adverses (82).

Le texte de la Commission représente donc l'état du droit international coutumier tel qu'interprété par la jurisprudence pertinente (83).

574. Le dernier état du projet (84) comprend deux articles pertinents pour notre propos, sur lesquels il ne semble guère exister de contestation, puisqu'on en retrouve la substance depuis le début des travaux (85). Il s'agit des dispositions suivantes, que nous reproduisons *in extenso* avant de les commenter.

« ***Article 5***

Utilisation et participation équitables et raisonnables

1. Les États du cours d'eau utilisent sur leur territoire respectif le cours d'eau international de manière équitable et raisonnable. En particulier, un cours d'eau international sera utilisé et mis en valeur par les Etats du cours d'eau en ayant en vue de parvenir à l'utilisation et aux avantages optimaux compatibles avec les exigences d'une protection adéquate du cours d'eau.

2. Les Etats du cours d'eau participent à l'utilisation, à la mise en valeur et à la protection d'un cours d'eau international de manière équitable et raisonnable. Cette participation comporte à la fois le droit d'utiliser le cours d'eau et le devoir de coopérer à sa protection et à sa mise en valeur, comme prévu dans les présents articles.

(82) *R.S.A.*, vol. II, p. 301, § 2 de la sentence ; l'exemple concerne certes le domaine lacustre, mais il est bien repris dans le rapport fondant les réflexions de la C.D.I. ; l'affaire du *Lac Lanoux* est exposée aux pp. 119-122, §§ 111-124 du rapport de Stephen C. Mc CAFFREY.

(83) La doctrine est également analysée en ce sens par Stephen C. Mc CAFFREY, rapport cité, pp. 129 et s., v. aussi les conclusions générales, selon lesquelles « la doctrine de l'utilisation équitable est unanimement admise en tant que principe général et directeur du droit pour déterminer les droits des Etats en ce qui concerne les utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation » ; *id.*, p. 134, § 169.

(84) Il s'agit du « projet d'articles sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation adopté en seconde lecture par la Commission du droit international à sa quarante-sixième session », Rapport de la C.D.I. à sa 46e session, 1er septembre 1994, A/49/355, pp. 33 et s.

(85) Les modifications apportées ont plutôt été d'ordre terminologique ; comp. p. ex. avec le texte reproduit dans Jens EVENSEN, *Deuxième rapport sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation*, Doc. A/CN4/381, *in A.C.D.I.*, 1984, vol. II, 1re partie, pp. 114 et s. En tout état de cause, on a pu évoquer l'« appui général et uniforme qui est donné aux règles formulées dans l'article 6 » [devenu article 5] ; *A.C.D.I.*, 1987, vol. II, 2e partie, p. 37, § 1er ; v. aussi les commentaires de Jens EVENSEN, *Premier rapport sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation*, Doc. A/CN.4/367, *in A.C.D.I.*, 1983, vol. II, 1re partie, p. 177, § 81.

Article 6
Facteurs pertinents pour une utilisation équitable et raisonnable

1. L'utilisation de manière équitable et raisonnable d'un cours d'eau international au sens de l'article 5 implique la prise en considération de tous les facteurs et circonstances pertinents, notamment :

a) les facteurs géographiques, hydrographiques, hydrologiques, climatiques, écologiques et autres facteurs de caractère naturel ;

b) les besoins économiques et sociaux des Etats du cours d'eau intéressés ;

c) la population tributaire du cours d'eau dans chaque Etat du cours d'eau ;

d) les effets de l'utilisation ou des utilisations du cours d'eau dans un Etat du cours d'eau sur d'autres Etats du cours d'eau ;

e) les utilisations actuelles et potentielles du cours d'eau ;

f) la conservation, la protection, la mise en valeur et l'économie dans l'utilisation des ressources en eau du cours d'eau ainsi que les coûts des mesures prises à cet effet ;

g) l'existence d'autres options, de valeur correspondante, susceptibles de remplacer une utilisation particulière, actuelle ou envisagée.

2. Dans l'application de l'article 5 ou du paragraphe 1 du présent article, les Etats du cours d'eau intéressés engagent, si besoin est, des consultations dans un esprit de coopération » (86).

Peut-on retrouver à la lecture de ces articles le modèle que nous avons appliqué à d'autres matières du droit international ?

575. Le texte du rapport dénote indéniablement une interprétation du « raisonnable » par référence à un calcul de type utilitaire. Chaque État riverain peut légitimement poursuivre un but de maximisation de ses intérêts. Le commentaire de l'article 5 § 1er *in fine* précise à ce propos que

> « Les mots 'en vue de' indiquent que l'objectif que doivent chercher à atteindre les États du cours d'eau international lorsqu'ils utilisent celui-ci est de parvenir à l'optimum d'utilisation et d'avantages » (87).

C'est dans cette perspective que devra être effectuée une évaluation, opérée sur une base scientifique et rationnelle, comme en témoigne le commentaire de l'article 5 § 2 relatif à la coopération :

> « Selon ce principe, une action commune des Etats du cours d'eau, telle qu'elle est arrêtée par les spécialistes, est nécessaire pour produire le maximum d'avantages pour chacun d'eux [...] » (88).

(86) Rapport de la C.D.I. à la 46e session, 1er septembre 1994, A/49/355, pp. 34-35.
(87) *A.C.D.I.*, 1987, voL. II, 2e partie, p. 33, § 3.
(88) *Ibid.*, § 5.

On voit ainsi se profiler la prise en compte d'un critère d'efficacité (89) : une mesure totalement inefficace en termes d'optimisation des avantages ne pourrait être compatible avec les exigences de la règle de l'utilisation raisonnable des eaux (90). On peut penser à la construction d'un barrage ou au déversement de déchets, qui doivent pouvoir être justifiés par des critères d'ordre technique, à défaut de quoi on pourrait les qualifier de déraisonnables. Selon sir Hersh Lauterpacht,

> « Cette situation se produit lorsque, se prévalant de son droit de manière arbitraire, un Etat inflige à un autre Etat un préjudice qui ne peut être justifié par la prise en considération légitime de son propre avantage [...]. Le devoir de l'Etat de ne pas interférer avec le cours d'une rivière avec d'autres Etats riverains découle du même principe » (91).

On retrouve incidemment le modèle du lien de causalité qui consiste à mesurer la concordance entre moyens utilisés et but poursuivi.

576. Ce calcul rationnel ne permet évidemment pas à un État d'invoquer l'efficacité de ses mesures pour justifier n'importe quelle utilisation. C'est bien pourquoi l'on doit mettre en œuvre une évaluation intégrant non seulement ses propres avantages, mais aussi les inconvénients causés aux autres Etats (92). Ce commentaire du rapporteur de la C.D.I. est significatif :

> « [...] en établissant un équilibre raisonnable entre les intérêts ou les besoins des Etats en cause, conformément à la doctrine du partage équitable, on réduit au minimum les dommages factuels causés à chacun d'eux et on aboutit ainsi à une situation dans laquelle aucun des deux Etats ne subit un préjudice reconnaissable du point de vue juridique, car le droit de l'un des Etats prend fin là où commence le droit de l'autre (ce qui revient à dire que les droits des Etats en cause sont corrélatifs et non absolus) » (93).

Il s'agit toujours d'évaluer la correspondance entre un comportement et un motif légitime, mais en intégrant dans cette évaluation les motifs légitimes des autres Etats. On se trouve encore devant

(89) Le critère se retrouvait expressément dans certains projets d'articles ; v. p. ex. l'art. 8, § 1er, g), reproduit dans le deuxième projet précité, *in A.C.D.I.*, 1984, vol. II, 1re partie, p. 116. Il a été supprimé pour des raisons difficiles à comprendre (v. le commentaire du rapporteur dans *A.C.D.I.*, 1987, vol. II, 2e partie, p. 33, § 3, et les remarques critiques dans *Rapport de la C.D.I. à sa 45e session*, A.G., Doc. off., sup. n° 10 (A/48/10), p. 251).

(90) Voy. aussi Julio A. BARBERIS, « Bilan de recherches », *loc. cit.*, p. 38.

(91) Cité dans *A.C.D.I.*, 1986, vol. II, 1re partie, p. 131, § 158.

(92) V. à ce sujet Stephen M. SCHWEBEL, *Premier rapport sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation*, Doc. A/CN.4/320, *in A.C.D.I.*, 1979, vol. II, 1re prtie, p. 171, § 70.

(93) *A.C.D.I.*, 1987, vol. II, 2e partie, p. 33, § 3.

l'établissement d'un lien de causalité « suffisant », axé sur un critère d'efficacité relative. C'est dans cette perspective que l'on peut lire l'article 6 énonçant les facteurs pertinents, et en particulier l'alinéa g) prescrivant la prise en compte de « l'existence d'autres options, de valeur correspondante, susceptibles de remplacer une utilisation particulière, actuelle ou envisagée ». Le commentaire de cet alinéa précise que

> « Le texte réserve la possibilité de procéder à une enquête pour déterminer s'il existe d'autres moyens de répondre aux besoins qui sont satisfaits par une utilisation actuelle, ou qui le seraient par une utilisation envisagée. Les solutions de remplacement peuvent ainsi prendre la forme non seulement d'autres ressources en eau, mais aussi d'autres moyens que l'utilisation du cours d'eau (autres sources d'énergie, autres moyens de transport, etc.). Le mot 'correspondante' est employé ici dans son sens général, pour indiquer une équivalence générale de valeur ; l'expression de 'valeur correspondante' s'entend donc d'une *possibilité généralement comparable de réalisation, d'utilité et d'efficacité économique* » (94).

Un autre commentaire affirme que, « en fait, c'est le rapport 'coût/efficacité' qui est implicitement mis au premier plan » (95).

Le facteur cité renvoie bien à un principe d'utilisation du moyen le moins dommageable pour autrui, à efficacité comparable (96). Il rappelle certaines affaires de la C.E.D.H. où une mesure restrictive a été considérée comme déraisonnable parce que d'autres mesures, moins dommageables, auraient pu être adoptées (97). Le contenu du « raisonnable » peut s'effectuer par l'établissement d'un bilan intégrant avantages et inconvénients.

L'ensemble des facteurs énoncés dans le projet d'articles permet de manière plus générale l'élaboration d'un standard de comportement apte à dresser ce bilan. Quelle que soit la diversité des situations, une utilisation sera raisonnable si elle correspond à ce que ferait normalement un Etat riverain, placé dans les circonstances similaires à celles de l'espèce (98). Lors des travaux, on a en ce sens relevé certaines dispositions conventionnelles en vertu desquelles,

(94) Nous soulignons ; *A.C.D.I.*, 1987, vol. II, 2e partie, p. 38, § 4.

(95) Selon les propos de M. RAZAFINDRALAMO, Compte rendu analytique des séances, *in A.C.D.I.*, 1987, vol. I, p. 252, § 53. Stephen M. SCHWEBEL évoque une « analyse de ressources et de coût-utilité » ; *Premier rapport...*, *op. cit.*, p. 173, § 76.

(96) Plusieurs méthodes aptes à réaliser un partage équitable ont ainsi été proposées ; v. Julio A. BARBERIS, « Bilan de recherches », *loc. cit.*, pp. 43 et s.

(97) V. *supra*, Chapitre VII, section 2, § 542.

(98) Voy. Julio A. BARBERIS, « Bilan de recherches », *loc. cit.*, p. 40.

« pour déterminer si une mesure est ou non 'raisonnable', on s'inspirera des pratiques suivies en pareilles circonstances, le long des rivières » (99).

Ce standard de comportement a été précisé par l'énumération, non limitative (100), de plusieurs facteurs qui devront être intégrés dans l'évaluation, parmi lesquels des critères naturels, économiques et sociaux, ou encore écologiques. Ce prescrit correspond à la nécessité pour le « raisonnable » de rester approprié par rapport à tous les faits, actuels ou potentiels, dans le cadre desquels la mesure intervient. On relèvera à cet égard que la prise en compte des intérêts des autres États s'étend plus généralement à la protection de l'environnement.

577. Finalement, l'analyse du droit international fluvial donne lieu à un cas supplémentaire d'application du modèle du lien de causalité suffisant. L'utilisation des eaux sera raisonnable si l'on peut la justifier en établissant un lien de causalité (envisagé en termes d'efficacité relative) avec le motif légitime de l'optimisation des avantages. Le caractère suffisant du lien de causalité supposera que ne soient pas exclues d'autres méthodes à efficacité comparable mais moins dommageables pour les autres Etats. La mesure s'effectuera à l'aide d'un standard de comportement, une norme, prescrivant la prise en compte de l'ensemble des facteurs considérés comme pertinents.

578. L'application de notre modèle dans sa version complète s'explique par la circonstance qu'il est possible, dans les situations que nous venons d'envisager, d'isoler un comportement étatique, hypothèse qui, nous l'avons vu, donne lieu à une application privilégiée du modèle du lien de causalité suffisant. On peut néanmoins être confronté à des situations qui ne se prêtent pas à pareille identification. Ainsi, si des revendications contradictoires portent sur une répartition des volumes aquifères entre deux Etats, qui respectent chacun les prescrits du projet d'articles, la méthode ne nous sera d'aucune utilité. C'est la situation où l'on se trouve exclusivement devant un problème de répartition, non susceptible de division en questions distinctes réductibles à l'appréciation de comportements.

(99) Rapport du Secrétaire général, *A.C.D.I.*, 1974, II, 2e partie, p. 109.

(100) Comme en témoigne l'adjectif « notamment » qui précède l'énumération ; v. les commentaires dans Doc. A/39/10, *A.C.D.I.*, 1984, vol. II, 2e partie, pp. 98-99, § 331 ; v. aussi Jens EVENSEN, *Premier rapport...*, *op. cit.*, p. 179, § 96.

Dans ce cas, il ne reste comme facteur objectif de définition que le modèle réduit du lien de causalité suffisant, qui équivaut à la méthode de la mesure. Il ne s'agira que de déterminer la clé de répartition qui devrait, normalement, être choisie dans les circonstances de l'espèce. La difficulté réside toutefois dans les difficultés d'idéalisation de situations qui, par définition, sont uniques, puisqu'il s'agit d'éléments naturels. A cet égard, la méthode de la mesure apparaîtra comme particulièrement difficile à mettre en œuvre selon les prescrits que nous avions dégagés en prenant comme exemples des cas où le « raisonnable » modulait une opération intellectuelle, un adjectif ou un substantif. Il reste que, à notre sens, cette méthode est la seule qui permette au juge d'élaborer un discours juridique motivant sa solution.

ii) *le droit international de la mer*

579. Comme nous l'avons relevé à plusieurs reprises, les questions de délimitation maritime ont donné lieu à la mise en valeur de la règle des « principes équitables » comme critère déterminant (101). Le « raisonnable » joue à cet égard un rôle important puisque, tantôt on évoque la nécessité de parvenir à un « résultat raisonnable » (102), tantôt la notion intervient dans certains éléments constitutifs de la règle, notamment pour qualifier le rapport de proportionnalité qui doit être respecté entre les surfaces délimitées et les longueurs respectives des côtes des États en cause (103). Il semble donc intéressant de s'interroger sur les méthodes de délimitation maritime utilisées par le juge afin de les confronter à notre modèle.

(101) La terminologie précise varie selon les auteurs et la jurisprudence ; on considère généralement que c'est le principe d'une « solution équitable » qui doit guider toute méthode de délimitation ; v. not. C.I.J., Affaire du *Plateau continental (Tunisie/Libye)*, *Recueil 1982*, p. 49, § 50. V. par ailleurs Mohammed BEDJAOUI, « L'énigme' des 'principes équitables' dans le droit des délimitations maritimes », *R.E.D.I.*, 1990, pp. 367 et s., sp. p. 371 ; Monique CHEMILLIER-GENDREAU, « La signification des principes équitables dans le droit international contemporain », *R.B.D.I.*, 1981-1982, p. 533 ; Suat BILGE, « Le nouveau rôle des principes équitables en droit international », *in Mélanges Rudolf Bindschedler*, Verlag Stämpfli & Cie AG Bern, 1980, pp. 107 et s.

(102) C.I.J., Affaire du *Plateau continental de la Mer du Nord*, *Recueil 1969*, p. 49, § 90 ; v. aussi Affaire du *Golfe du Maine*, *Recueil 1984*, op.diss. Gros, p. 373.

(103) Voy. le détail des énoncés et des références correspondantes *supra*, Chapitre II, section 2, § 106.

580. La règle des « principes équitables » (ou de la « solution équitable »), si elle a donné lieu à de nombreuses applications jurisprudentielles, n'a pas été codifiée autrement que par son simple énoncé dans la Convention de Montego Bay (104). Ses modalités d'application restent fonction des circonstances de chaque espèce, comme se plaisent à le réaffirmer les juridictions saisies (105), mais celles-ci reconnaissent également que « [...] seul un ensemble clair de principes équitables peut permettre de leur reconnaître le poids qui convient et d'atteindre l'objectif du résultat équitable prescrit par le droit international » (106).

Certains auteurs ont dès lors entrepris de systématiser les enseignements de la jurisprudence en dégageant ce qui, selon eux, caractérise de manière générale la délimitation (107). En particulier, Michel Virally a synthétisé le raisonnement juridictionnel en distinguant trois étapes successives.

Dans un premier temps,

> « il est évidemment nécessaire d'identifier, ou de déterminer, les éléments de fait qui caractérisent une situation donnée, dans la mesure où il est reconnu (ou sera reconnu dans la suite du raisonnement), qu'ils méritent d'être pris en considération dans la définition du traitement juridique auquel cette situation sera soumise » (108).

C'est la sélection des « circonstances pertinentes », qui consistera en une description de la région à délimiter, suivie d'un tri mettant en

(104) Voy. l'article 83, § 1er, de la Convention, qui reprend le prescrit d'une « solution équitable », les « principes équitables » ayant, formellement, disparu ; v. à ce sujet Mohammed BEDJAOUI, « L''énigme' des 'principes équitables' dans le droit des délimitations maritimes », *loc. cit.*, pp. 371 et s., sp. la critique du flottement terminologique en la matière, pp. 374 et s. ainsi que les commentaires de Claude-Albert COLLIARD, « Principes et règles de droit international applicables en matière de délimitation maritime », *in Mélanges Roberto Ago*, Milan, Giuffré, 1987, pp. 91 et s. Relevons enfin que le critère s'applique aussi pour la délimitation des zones économiques exclusives ; v. l'art. 74, § 1er, de la Convention de Montego Bay.

(105) V. not. C.I.J., Affaire du *Plateau continental (Libye/Malte)*, *Recueil 1985*, p. 30, et les autres références citées par NGUYEN QUOC DINH, Patrick DAILLIER et Alain PELLET, *Droit international public*, Paris, L.G.D.J., 5e éd., 1994, p. 1093 ; voy. partic. C.I.J., Affaire du *Golfe du Maine*, *Recueil 1984*, § 157. V. aussi Claude-Albert COLLIARD, « Principes et règles de droit international applicables en matière de délimitation maritime », *loc. cit.*, pp. 89-90.

(106) C.I.J., Affaire du *Plateau continental (Libye/Malte)*, *Recueil 1985*, § 76.

(107) Voy. p. ex. les réflexions de Claude-Albert COLLIARD, « Principes et règles de droit international applicables en matière de délimitation maritime », *loc. cit.*, pp. 98 et s.

(108) « L'équité dans le droit. A propos des problèmes de délimitation maritime », *in Le droit international en devenir. Essais écrits au fil des ans*, Paris, P.U.F., 1990, p. 407.

exergue certains éléments géographiques, physiques, historiques, qui retiendront spécialement l'attention (109).

Le deuxième temps du raisonnement revient à déterminer les effets à attribuer à chacune des circonstances retenues (110). Toujours selon Michel Virally, cette étape

> « [...] comporte deux aspects principaux, très étroitement entrelacés. Il s'agit d'abord de comparer les circonstances pertinentes les unes par rapport aux autres, afin d'évaluer leur poids relatif. Il est bien évident, en effet, que toutes ne peuvent entraîner les mêmes conséquences [...]. Le second aspect est, bien entendu, la détermination des effets à attribuer à chaque circonstance, compte tenu du poids relatif qui lui a été attribué. C'est donc un calcul de proportion, ou de proportionnalité » (111).

On peut désigner cette opération comme l'évaluation du poids des circonstances, ce que la jurisprudence assimile de manière plus générale à une « méthode équitable » (112).

La dernière étape du raisonnement consiste à vérifier si la mise en œuvre de cette méthode aboutit bien à un « résultat équitable » en l'espèce. En effet,

> « [...] les deux premières démarches sont analytiques. Elles conduisent à une série de mesures de détail, dont chacune, prise isolément, paraît équitable (et doit donc produire un résultat équitable), mais dont l'addition, ou la conjonction, pourrait ne pas se révéler telle » (113).

---

(109) Il s'agit de la « configuration générale des côtes [...] et la présence de toute caractéristique spéciale ou inhabituelle », « la structure physique et géologique » du plateau, l'« unité de gisement » et les « ressources naturelles des zones du plateau continental en cause », la largeur des façades maritimes respectives des États en cause mais non l'importance de leur masse terrestre, le « rapport raisonnable de proportionnalité » qu'une délimitation devrait faire apparaître entre l'étendue des zones de plateau continental relevant de l'État riverain et la longueur de son littoral, ou de la « frontière terrestre entre les parties » ; v. le recensement de ces facteurs, et les références y afférant, dans NGUYEN QUOC DINH, Patrick DAILLIER et Alain PELLET, *Droit international public*, *op. cit.*, pp. 1093-1904 ; v. les commentaires de Robert Y. JENNINGS, « Equity and Equitable Principles », *A.S.D.I.*, 1986, pp. 34 et s. Il semble par contre que certains facteurs soient généralement exclus, comme les facteurs économiques ; v. Derek William BOWETT, « The Economic Factor in Maritime Delimitations Cases », *in Mélanges Roberto Ago*, *op. cit.*, pp. 45 et s.

(110) Les premier et deuxième temps sont repris par Mohammed BEDJAOUI, « L''énigme' des 'principes équitables' dans le droit des délimitations maritimes », *loc. cit.*, pp. 381-382.

(111) « L'équité dans le droit. A propos des problèmes de délimitation maritime », *loc. cit.*, p. 409. La Cour considère au sujet du principe de proportionnalité qu'il peut notamment s'agir « d'un facteur permettant d'établir si des caractéristiques géographiques ou configurations particulières ont un effet raisonnable ou déraisonnable, équitable ou inéquitable sur le tracé d'une limite équidistante » (C.I.J., Affaire du *Plateau continental (Libye/Malte)*, *Recueil 1985*, p. 44, § 57). L'équidistance est une des méthodes possibles pour parvenir à un résultat équitable (ou raisonnable).

(112) Voy. les exemples jurisprudentiels cités par Mohammed BEDJAOUI, « L''énigme' des 'principes équitables' dans le droit des délimitations maritimes », *loc. cit* , p. 380 ; v. aussi Claude-Albert COLLIARD, « Principes et règles de droit international applicables en matière de délimitation maritime », *loc. cit.*, pp. 102 et s.

(113) *Ibid.*

C'est dans cette perspective que la solution provisoire est confrontée notamment à un calcul de proportionnalité comparant les longueurs des côtes et les surfaces qui y correspondent.

Cette description en trois étapes nous semble bien caractériser la démarche suivie par les juridictions lorsqu'elles sont amenées à interpréter la règle des « principes équitables », même si on a pu regretter un certain « impressionnisme » de la jurisprudence en la matière (114). Dans quelle mesure peut-on y déceler une analogie avec les modèles que nous avons dégagés pour caractériser l'interprétation du « raisonnable » ?

581. La simple lecture du modèle avancé par Michel Virally renvoie à la méthode de la mesure que nous avons décrite dans des termes relativement similaires. Il s'agit bien en définitive, comme l'auteur le reconnaît lui-même, d'une mesure, qui suppose l'élaboration d'une norme idéalisant les circonstances de l'espèce, à l'aune de laquelle seront comparées les circonstances de la cause :

> « Sous peine de tomber dans le subjectivisme, ou dans l'arbitraire, toute opération de mesure suppose la référence à un (ou plusieurs) étalon(s) et l'utilisation pratique de ces étalons » (115).

C'est dans cette perspective que l'on peut comprendre la troisième étape du raisonnement : il se peut que le résultat de la comparaison (de la mesure) entre la situation et la norme de référence apparaisse incompatible avec un élément considéré comme pertinent, mais dont il apparaît que l'on n'a pas suffisamment tenu compte, ou encore avec un élément que l'on n'avait pas retenu comme pertinent mais qui paraît finalement l'être. Il importe alors de compléter la norme de référence en y introduisant la donnée dans sa juste proportion, de manière à effectuer, correctement cette fois, la mesure de l'écart. Ce mécanisme a été décrit comme une des modalités possibles de la méthode de la mesure (116). Cette dernière semble donc fournir un modèle explicatif suffisant lorsque le « raisonnable » est inclus dans une méthode générale de répartition des espaces.

582. Faut-il en déduire que le modèle du lien de causalité suffisant n'est, dans sa version complète, pas pertinent en pareille hypo-

(114) Nguyen Quoc Dinh, Patrick Daillier et Alain Pellet, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 1094.

(115) « L'équité dans le droit. A propos des problèmes de délimitation maritime », *loc. cit.*, p. 409.

(116) V. *supra*, Chapitre VI, section 1, §§ 422 et s.

thèse ? Contrairement à ce que nous avions observé dans le domaine du droit international fluvial (117), il apparaît difficile de décomposer la règle applicable en individualisant des comportements, opération qui semble pourtant conditionner l'application complète de ce modèle. Peut-être peut-on envisager sous cet angle les revendications, et les titres sur lesquels elles s'appuient ? On pourrait considérer que la méthode de délimitation préconisée par un État doit réussir à articuler les divers éléments de fait et de droit reconnus comme pertinents par la jurisprudence, et sans doute cette articulation s'opérera-t-elle sur un modèle de rationalité que l'on peut décomposer en liens de causalité. La démarche n'apparaît cependant pas suffisante, puisque, en définitive, il importera de comparer les deux revendications contradictoires et de les départager. Cela suppose, même si chacun des protagonistes respecte les critères d'un lien de causalité suffisant, de trancher en faveur d'une ligne particulière, pour laquelle de tels critères sont inopérants (118).

La seule matière où cette démarche semble trouver une certaine applicabilité est la fixation de lignes vers le large, où il apparaît que la jurisprudence individualise davantage le comportement d'un État au détriment de la mesure d'un équilibre entre les revendications de l'État riverain et celles de l'ensemble des autres États qui bénéficient des droits et libertés en haute mer. On peut à titre d'exemple citer l'affaire des *Pêcheries norvégiennes*, au cours de laquelle c'est bien le tracé unilatéral de l'État côtier qui a été au centre des discussions, tracé dont on a considéré qu'il devait rester raisonnable (119). Dans cette perspective, la Norvège a justifié son tracé (et donc son comportement) en établissant un lien de causalité suffisant entre ce tracé et un objectif légitime, en l'occurrence une délimitation tenant compte des particularités de sa côte.

583. Il reste que, dans l'ensemble, le droit international de la délimitation maritime donne lieu à une application privilégiée de la méthode de la mesure, et donc de la version réduite de notre modèle. Il faut à cet égard formuler les mêmes remarques que celles qui concernent le droit international fluvial (120). La construction

(117) Voy. ci-dessus, § 578.

(118) Voy. à ce sujet les réflexions de Monique CHEMILLIER-GENDREAU, *Humanité et souverainetés. Essai sur la fonction du droit international*, Paris, La découverte, 1995, pp. 345 et s.

(119) C.I.J., *Recueil 1951*, op. indiv. Hsu Mo, p. 154.

(120) Voy. ci-dessus, § 578. Les deux règles sont occasionnellement associées ; v. Suat BILGE, « Le nouveau rôle des principes équitables en droit international », *loc. cit.*, p. 127.

et l'utilisation d'un étalon se révèlent, dans des domaines où l'on prend en compte des situations naturelles, particulièrement aventureuses. Ces situations sont en effet, par définition, uniques et donc, dans une certaine mesure, incomparables ou à tout le moins de comparaison difficile. L'utilisation d'un étalon reste néanmoins, comme le souligne Michel Virally, la seule manière de conformer sa motivation à des prescrits juridiques reconnus comme obligatoires (121).

584. En définitive, l'application de notre modèle s'effectuera dans sa version complète ou sa version réduite selon les catégories d'utilisation du « raisonnable ». On peut ainsi rappeler les deux possibilités qui se dégagent à notre sens de l'ensemble du matériau analysé.

Si on peut individualiser le comportement d'un État, que ce soit de manière directe (appréciation d'une action ou d'une omission) ou de manière indirecte (comme élément d'un ensemble plus vaste, comme dans le cas du droit international fluvial), c'est le modèle complet du lien de causalité suffisant qui reflétera le mieux le discours juridictionnel international.

Dans tous les autres cas, et en particulier lorsque le qualificatif est un critère de répartition, c'est le modèle réduit du lien de causalité suffisant, équivalant à la méthode de la mesure, qui trouve à s'appliquer.

En tout état de cause, l'application devra évidemment être affinée en fonction de la règle primaire pertinente. Il importera spécialement de prendre en compte le contexte, l'objet et le but, ainsi que la pratique interprétative comme moyens d'interprétation propres à préciser les critères à considérer comme pertinents. Nous l'avons constaté lors de l'examen du droit international fluvial, mais l'enseignement doit être généralisé. Ces précisions n'empêchent pas que la valeur explicative de ce modèle est, à notre sens, préservée.

(121) « L'équité dans le droit. A propos des problèmes de délimitation maritime », *loc. cit.*, p. 409 ; NGUYEN QUOC DINH, Patrick DAILLIER et Alain PELLET, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 1095. Comme le souligne Mohammed BEDJAOUI, « le concept de 'principes équitables' ne remplirait aucune fonction et serait vide de sens s'il n'avait pas les qualités de la règle de droit et si son application restait incertaine et de surcroît abandonnée à une imprévisibilité institutionnalisée » ; « L'énigme' des 'principes équitables' dans le droit des délimitations maritimes », *loc. cit.*, p. 378 ; v. encore Robert Y. JENNINGS, « Equity and Equitable Principles », *loc. cit.*, p. 38.

SECTION 2. — UN MODÈLE RATIONNEL

585. L'objectif de cette dernière section consiste à vérifier si notre modèle peut être utilisé non plus seulement pour expliquer les décisions spécifiques que nous avons examinées, mais aussi pour trancher n'importe quel cas d'interprétation du « raisonnable » par le juge international. Notre réflexion visera ainsi à mieux comprendre chacun des éléments qui forment le modèle du lien de causalité suffisant, en précisant comment ils peuvent concrètement être utilisés par toute personne amenée à donner une signification au « raisonnable » sur base de la jurisprudence existante. Ce caractère systématique nous permettra de montrer que ce modèle est bien rationnel.

Nous ne regrouperons plus les exemples selon des catégories de précédents auxquelles correspondraient des types particuliers d'interprétation, comme nous l'avons fait dans la section précédente. Nous envisagerons plutôt le modèle du lien de causalité suffisant dans son ensemble, tout en gardant à l'esprit que, dans certaines hypothèses, seule la « méthode de la mesure » — dont nous savons qu'elle n'est que l'une des parties du modèle proposé — est d'application (1). Par ailleurs, les réflexions afférentes à chacun des éléments de ce modèle n'ont pas vocation à refléter systématiquement chaque décision issue de la jurisprudence internationale ; elles ne visent qu'à en systématiser ce qui représente selon nous ses enseignements les plus fondamentaux.

C'est dans cette perspective que nous reprendrons chacun des éléments de notre modèle pour en préciser le contenu. La classification de ces éléments sera opérée en fonction de deux axes qui caractérisent à notre sens le mieux la double signification du « raisonnable » dans le discours du juge international. Nous verrons ainsi que le modèle du lien de causalité suffisant se caractérise essentiellement par deux aspects complémentaires que sont :

— le refoulement de la dimension axiologique du « raisonnable » (A) ; et
— la mise en exergue corrélative de la dimension rationnelle du « raisonnable » (B).

(1) Voy. pour plus de précision les catégories distinguées dans la section précédente.

A. — *Un refoulement de la dimension axiologique du « raisonnable »*

586. Un point commun de l'ensemble des précédents que nous avons analysés, que ceux-ci concernent la Cour européenne des droits de l'homme ou d'autres instances internationales, est le refus du juge d'effectuer, ou plutôt de déclarer effectuer, des choix personnels d'ordre axiologique. La juridiction saisie se refuse à déterminer elle-même les valeurs de référence qui doivent présider à l'interprétation du « raisonnable », pour prendre acte du choix opéré par l'État en cause et se contenter d'un contrôle marginal de ce que nous avons appelé une « marge d'appréciation » (2). Ce refoulement de toute dimension axiologique se traduit de deux manières : d'abord dans la détermination du but légitime du comportement en cause, laissé aux autorités nationales (1) et, ensuite, dans le caractère procédural du contrôle effectué par le juge (2).

1. *Le refoulement de la dimension axiologique dans la détermination du but légitime*

587. Lors de l'analyse de la jurisprudence de la C.E.D.H., nous avons relevé que la légitimité du but dépendait de la qualification opérée par les autorités étatiques en cause pour expliquer leur comportement, et ne ressortait pas d'une détermination juridictionnelle (3) : la méthode du lien de causalité suffisant consiste d'abord à prendre acte du but avancé par les autorités étatiques en cause. Deux remarques doivent être formulées pour préciser la manière dont il faut comprendre cette première étape de notre modèle.

588. D'abord, quant à l'identification de ce but légitime, plusieurs hypothèses peuvent être distinguées :

— le but peut être précisé dans la règle primaire au sein de laquelle est énoncé le « raisonnable » ; il suffira à l'État de mentionner un des buts énumérés sans qu'il soit permis de le contester sur ce point ; on pense par exemple aux dispositions de la C.E.D.H. qui énumèrent des objectifs susceptibles de justifier certaines restrictions des autorités nationales aux droits garantis (4) ;

(2) Voy. en particulier *supra*, Chapitre V, section 2, §§ 339 et s.
(3) Voy. *supra*, Chapitre VII, section 1, §§ 503 et s.
(4) V. pour le détail *supra*, Chapitre VII, section 1, § 504.

— le but légitime peut aussi ressortir non de l'énoncé de la règle primaire, mais de l'objet et du but de l'instrument en cause, ce qui laissera à l'État un grande marge d'appréciation ; il lui suffira de se référer aux grands objectifs d'une convention, que celle-ci protège les droits de la personne, l'environnement, ou qu'elle consacre des obligations en matière économique... (5) ;

— un troisième cas d'espèce consiste à avancer un but qui n'est ni énoncé dans la règle primaire, ni induit par l'objet et le but de l'instrument, mais qui n'est pas non plus spécifiquement interdit ; l'État renvoie alors à l'exercice de sa souveraineté, qui lui permet d'opter pour tout objectif qui relève de sa politique nationale ; sa marge d'appréciation atteint ici son ampleur maximale ; l'hypothèse n'est guère exceptionnelle, et nous avons relevé de nombreux précédents où les juridictions internationales prennent acte d'un but de ce type (6) ;

— la dernière hypothèse est par contre toute théorique ; c'est celle où l'État avance expressément un but qui est interdit par le droit international par l'intermédiaire de certaines obligations primaires comme la non-discrimination ou la non-intervention (7) ; ce type d'interdiction est déjà rare en soi ; plus rare encore sera la référence expresse à un but interdit qui serait le fait des autorités amenées à justifier leur comportement ; en réalité, nous n'avons relevé aucun exemple de ce genre dans notre matériau (8).

Cette dernière remarque illustre la réticence du juge à déterminer à la place de l'État le but légitime qui guide son action. La méthode du lien de causalité suffisant pourra peut-être, comme nous l'avons constaté, aboutir à discréditer la poursuite du but officiellement proclamé en raison de l'insuffisance des éléments le reliant au comportement en cause, mais cette remise en cause sera toujours basée sur une vérification de type instrumental (9). C'est en ce sens que l'on peut parler de refoulement de la dimension axiologique de l'interprétation du « raisonnable ».

(5) Voy. à ce sujet nos développements exposés *supra*, Chapitre VI, section 3.

(6) Voy. en particulier *supra*, Chapitre VII, section 1, § 505. On peut rappeler de manière générale la jurisprudence relative aux expropriations, qui laisse à l'État une large marge d'appréciation pour la formulation des buts qu'il poursuit ; v. p. ex. NGUYEN HUU TRU, « La validité internationale des mobiles d'expropriation », *R.B.D.I.*, 1990-2, pp. 447 et s., sp. p. 460.

(7) Jean SALMON, « L'intention en matière de responsabilité internationale », *in Mélanges Michel Virally*, Paris, Pédone, pp. 416 et s.

(8) Voy. en particulier *supra*, Chapitre VII, section 1.

(9) Voy. ci-dessus, section 1 du présent chapitre, § 555.

589. Cela ne signifie évidemment pas, et cette deuxième remarque est fondamentale pour comprendre le modèle du lien de causalité suffisant, que le rôle du juge est totalement inexistant dans la détermination des buts légitimes qu'il importe de prendre en compte. Lors de notre analyse de la fonction latente de systématisation, nous avons mis l'accent sur la prise en compte de valeurs induites par l'utilisation du « raisonnable » dans une perspective diachronique d'adaptation du système aux évolutions, notamment axiologiques, de l'environnement extérieur (10). Ainsi, le juge invoquera fréquemment lui-même des buts qui découlent de l'objet de la Convention (11). De manière plus générale, son contrôle consistera souvent à réaliser un équilibre entre différents buts qui, à bien des égards, apparaissent à première vue divergents. Il suffit encore de penser à l'exemple de la C.E.D.H., où des objectifs de protection des droits de l'individu coexistent avec des objectifs de politique nationale (sécurité publique, défense de l'ordre, *etc.*) (12).

590. Ce constat remet-il en cause le refoulement de la dimension axiologique du « raisonnable » que nous croyons pouvoir observer dans le cadre de notre modèle ? Nous ne le pensons pas.

Lorsque le juge oppose à l'État un autre but que celui que cet État avance devant lui, il le fait sur base non de considérations personnelles, mais de l'instrument juridique applicable. Reprenons l'exemple significatif de la jurisprudence de la C.E.D.H. Le recours à des valeurs de la communauté juridique représentée par les États membres du Conseil de l'Europe ne peut être perçu comme le signe d'un pouvoir prétorien, mais découle de la lecture de la Convention, et en particulier de la clause des restrictions « nécessaires dans une société démocratique » que l'on retrouve dans bon nombre de dispositions (13). Si on analyse le discours juridictionnel sur ce point, on constate que c'est bien par référence à la volonté des États parties que se déploie le raisonnement dans son ensemble, même lorsqu'il intègre la référence à des valeurs.

La dimension axiologique n'est donc nullement le résultat de la mise en œuvre d'appréciations qui dépassent la compétence du juge telle que délimitée par les États. Il ne s'agit pas de droit naturel,

(10) V. *supra*, Chapitre III, section 3, §§ 233 et s.
(11) V. *supra*, Chapitre VI, section 3.
(12) V. pour le détail *supra*, Chapitre VII, section 1, § 504.
(13) Pour des exemples précis, v. *supra*, Chapitre VII.

ou même de « droit naturel positif », mais seulement de droit positif. Les valeurs ne sont utilisées que dans la mesure où elles sont *déjà formalisées* dans l'énoncé de la règle primaire pertinente. L'affirmation du juge peut être contrôlée par un critère d'ordre technique : la prise en compte de cette valeur découle-t-elle bien de l'instrument juridique applicable ?

591. La doctrine a relevé cette particularité du discours juridictionnel, qui reste théoriquement fermé à l'introduction de valeurs nouvelles.

Comme le relève Jerzy Wroblewski, « l'emploi de termes évaluatifs n'est pas nécessairement le signe d'une référence aux règles ou évaluations extra-juridiques » (14). Au contraire, Stamatios Tzitzis souligne que

> « [...] en matière d'interprétation juridique, une des tâches fondamentales du juge est de rechercher des solutions aux conflits entre les règles en hiérarchisant des valeurs, pas seulement celles créées par les règles, mais aussi celles protégées par les règles » (15).

En l'occurrence, et conformément à sa reconnaissance du caractère strictement juridique de l'interprétation du « raisonnable » (16), le juge n'oppose pas à l'État une nouvelle valeur, mais seulement une valeur que cet État a préalablement acceptée. La démarche est toujours la même : seules les autorités dont le comportement est en cause sont aptes à formuler le but légitime qu'elles poursuivent, le juge ne pouvant tout au plus que leur rappeler des objectifs qu'elles ont admis par ailleurs. Le choix du juge se prête dès lors à une vérification sous forme de jugement de fait : soit le but qu'il avance est déjà formalisé dans la règle juridique, soit il ne l'est pas mais, dans les deux cas, on peut le vérifier à l'aide d'un discours en apparence axiologiquement neutre. Il ne s'agit là que d'une application particulière de toute confrontation d'un comportement à la règle, décrite par Hans Kelsen de la façon suivante :

> « Toute norme est l'expression d'une valeur : d'une valeur morale s'il s'agit d'une norme de la morale, d'une norme juridique s'il s'agit d'une norme du droit. Si l'on constate que le comportement d'un individu correspond ou ne correspond pas à une norme positive, on émet un jugement de valeur, mais un tel

(14) « La règle de décision dans l'application judiciaire du droit », *in* Ch. PERELMAN (sous la direction de), *La règle de droit*, Travaux du C.N.R.L., Bruxelles, Bruylant, 1971, p. 88.

(15) « Droit et valeurs. Perelman entre tradition et modernité », *in* G. HAARSCHER (sous la direction de), *Chaïm Perelman et la pensée contemporaine*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 163.

(16) V. *supra*, Chapitre V, section 1.

> jugement ne diffère pas essentiellement d'une constatation de fait (ou jugement de réalité), car il se rapporte à une norme positive et par elle à l'acte qui l'a créé » (17).

En ce sens, le juge n'invoque, dans son discours, pas tant une valeur qu'un instrument ayant formalisé cette valeur. Comme le relève Chaïm Perelman,

> « la justice en tant que manifestation de la raison dans l'action doit se contenter d'un développement formellement correct d'une ou plusieurs valeurs, qui ne sont déterminées ni par la raison ni par un sentiment de justice » (18).

Le juge doit donc présenter sa décision comme logiquement agencée avec des principes généraux qui

> « doivent être compris comme exprimant des valeurs qui sont considérées comme étant significatives dans et pour le système juridique ou une branche de ce système » (19).

En vertu des exigences du système juridique international, ces valeurs sont déterminés par les États.

592. Il reste que cette neutralité, si elle se reflète dans le discours juridictionnel, ne correspond pas toujours à la réalité, dans la mesure où la marge d'appréciation des juridictions est particulièrement large dans les choix de valeurs qui jalonnent leur raisonnement, et semble dans certains cas dépasser le cadre strict du système juridique (20). Cette circonstance ne fait que renforcer nos conclusions : les choix subjectifs et idéologiques, s'ils sont bel et bien déterminants, ne sont nullement assumés par le juge, qui préfère les masquer sous les apparences d'un discours juridictionnel d'ordre technique. Mais ce refoulement se manifeste aussi d'une autre manière, qui concerne le caractère procédural du contrôle juridictionnel.

2. *Le refoulement de la dimension axiologique dans le caractère procédural du contrôle juridictionnel*

593. Comme nous l'avons relevé à l'occasion de décisions particulières, le juge ne développe pas son interprétation du « raisonnable » de manière classique, conformément au modèle du syllogisme judi-

(17) Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, Neuchâtel, Ed. de la Baconnière, 1988, p. 28.
(18) *Justice et raison*, Bruxelles, P.U.B., 1963, pp. 75-76.
(19) Neil MAC CORMICK, « Le raisonnement juridique », *A.P.D.*, tome XXXIII, La philosophie du droit aujourd'hui, 1988, p. 110.
(20) V. *supra*, Chapitres III et IV.

ciaire, c'est-à-dire en commençant par rechercher la signification de la règle, pour ensuite confronter le comportement de l'État à cette définition (21). Cette particularité nous a amené à présenter l'interprétation du « raisonnable » selon deux axes distincts. En vertu du premier, nous avons distingué une interprétation « négative », qui consistait à écarter le déraisonnable, et une interprétation « positive », qui revenait à analyser les définitions données dans des cas particuliers au « raisonnable » lui-même (22). Le second axe sépare les éléments formels de définition, qui ne s'attachent pas au contenu de la motivation mais qui en précisent les modalités, et les éléments de fond, qui permettent de mieux appréhender le contenu même du discours (23).

Arrivé à l'issue de notre examen de la jurisprudence, nous pouvons relever dans quel sens on peut faire pencher la balance au sein de chacun de ces axes. Quant au premier, on aura relevé la prégnance d'une définition négative du « raisonnable » dans le discours juridictionnel : amené à examiner le contenu précis conféré à la notion dans des cas particuliers, nous n'avons pu que constater la réticence des juridictions à préciser de manière positive le contenu de la notion ; c'est bien en ce sens que l'on doit comprendre le modèle du lien de causalité suffisant, qui revient bien à sanctionner le déraisonnable, et non à déterminer le « raisonnable » lui-même. Quant au second axe, ce même modèle témoigne du succès d'une méthode formelle d'interprétation : il s'agit toujours de sanctionner une motivation sommaire, incompréhensible, incohérente, ou qui ne peut se rattacher à des autorités juridiquement admises (24). La détermination des éléments définitionnels de fond n'a fait que préciser quelles étaient ces autorités, mais sans jamais placer le juge sur le terrain d'un débat portant directement sur le contenu même de la notion. Le mécanisme du contrôle marginal de la marge d'appréciation traduit bien le double succès d'une définition négative et formelle (25).

(21) V. *supra*, Chapitre V, section 2, §§ 335 et s.

(22) La distinction correspond à la séparation opérée entre le Titre II et le Titre IV de la présente étude.

(23) La distinction correspond à la séparation opérée entre le Chapitre V et le Chapitre VI de la présente étude.

(24) Voy. l'ensemble des éléments précisés *supra*, Chapitre V, section 2.

(25) V. *supra*, Chapitre V, section 2, §§ 339 et s.

594. Ce refus de préciser le contenu exact de la notion est en réalité la conséquence directe du refus de déterminer un but légitime à la place des premiers interprètes du « raisonnable », et est lui aussi le signe d'un refoulement de toute dimension axiologique. Puisque les juridictions se contentent de contrôler une motivation par rapport à un but légitime admis, elles ne peuvent aboutir que soit à une sanction d'une motivation irrégulière, soit à une absence de sanction, mais pas à une véritable définition :

— dans le premier cas, on considérera que l'État a adopté un comportement non conforme à l'obligation prescrivant un acte raisonnable : il n'y aura en revanche pas de précision quant au comportement qui aurait été raisonnable en l'espèce ;

— dans le second cas, le comportement de l'État ne sera pas considéré comme déraisonnable parce que le juge aura estimé que sa motivation répond aux modalités que lui laissent sa marge d'appréciation ; mais il serait abusif d'en déduire que ce comportement a bien été qualifié de raisonnable ou en tout cas de seul raisonnable.

Cette alternative n'est que la conséquence du caractère procédural de la raison mise en œuvre par le juge.

595. Une confirmation de cette constatation peut être trouvée dans des exemples précis tirés de la jurisprudence.

La pratique des organes de la C.E.D.H. lorsqu'ils sont amenés à aborder la question de la réparation du dépassement d'un délai raisonnable est à cet égard particulièrement édifiante. En théorie, la réparation ne devrait couvrir que la période qui excède un point précis à partir duquel le délai est devenu déraisonnable. Ce point pourrait donc être déterminé afin d'évaluer le montant dû par l'État dont le comportement négligent a été reconnu illicite. En pratique, les organes de la Convention n'opèrent pourtant pas toujours de la sorte. Dans l'affaire *Matznetter*, la Commission a estimé la longueur de la détention préventive du requérant excessive au regard de l'article 5, § 3, prescrivant le respect d'un délai raisonnable, tout en précisant qu'elle ne

> « [...] croit pas devoir préciser à quel moment ladite détention lui apparaît avoir excédé un 'délai raisonnable'. *Il s'agirait en effet d'une situation continue qui ne*

se prêterait pas à une division en deux périodes dont la première serait 'raisonnable' et la seconde 'déraisonnable' » (26).

L'expression soulignée dénote bien le refus de préciser exactement et de manière positive le contenu du « raisonnable ». Dans l'affaire *Neumeister (art. 50)*, la Cour fixe une date à partir de laquelle le délai ne peut plus être considéré comme raisonnable, pour ajouter aussitôt qu'« [e]lle revêt sans doute un caractère approximatif, mais la Cour ne voit pas la nécessité d'une plus grande précision » (27).

Certaines décisions de la Cour internationale de Justice vont dans le même sens. Dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*, la Cour a été amenée à se prononcer sur la nécessité de respecter un préavis raisonnable avant de donner effet au retrait de sa déclaration d'acceptation de la juridiction obligatoire par un État. En l'espèce, les États-Unis avaient laissé un préavis de trois jours. La Cour considère dans ce contexte que

« la question de savoir quel délai raisonnable devrait être respecté n'a pas à être approfondie : il suffira d'observer que le laps de temps du 6 au 9 avril ne constitue pas un 'délai raisonnable' » (28).

Lors de la procédure au fond concernant la même affaire, le juge Schwebel semble lui aussi refuser de donner un contenu précis au « raisonnable » lorsqu'il avance que

« les Etats-Unis ont agi et continuent d'agir raisonnablement — *en tout cas de manière non déraisonnable* — en décidant que l'exercice continu des pressions armées et autres sur le Nicaragua est nécessaire pour juguler l'exercice continu par le Nicaragua de pressions armées et autres contre El Salvador » (29).

Un autre exemple encore peut être trouvé dans une des phases de l'affaire de la *Barcelona Traction*. Le juge Armand Ugon y défend la thèse que l'admission de l'Espagne aux Nations Unies en 1955 n'a pas pour effet d'empêcher la compétence de la Cour sur base de l'article 37 de son statut (consacrant le transfert de compétence de la C.P.J.I. à la C.I.J. en 1945), dont les effets sont seulement suspendus jusqu'à l'admission, tout en relevant que

« si la prolongation de cette admission s'étend dans le temps de façon démesurée, une telle interprétation peut conduire à des résultats déraisonnables, qui doivent s'examiner avec la plus grande prudence. Quand une telle suspension cesse-t-elle

(26) Nous soulignons ; C.E.D.H., *Série A, n° 10*, 10 novembre 1969, § 2 de l'arrêt.
(27) C.E.D.H., 7 mai 1974, *Série A, n° 17*, § 38.
(28) C.I.J., *Recueil 1984*, pp. 419-420, § 63.
(29) Nous soulignons ; C.I.J., Affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*, *Recueil 1986*, op. diss., p. 296, § 76.

> d'être déraisonnable ? La difficulté réside dans la recherche d'unités de mesure. Quelle est l'unité du 'raisonnable' ? A quelles valeurs de comparaison ou d'appréciation doit-on recourir ? *La frontière entre le raisonnable et le non raisonnable reste toujours arbitraire, pour la raison qu'entre une situation et l'autre il n'y a pas de brusque transition* » (30).

Ces extraits, et l'absence d'exemples en sens contraire (31), témoignent de la réticence du juge de déterminer exactement le contenu du « raisonnable », réticence qui n'est qu'une des manifestations de la prégnance du caractère procédural du contrôle opéré, et du refus corrélatif d'assumer dans le discours un choix de valeurs qui seul permettrait une interprétation précise.

596. Cette particularité de la jurisprudence laisse la voie à deux types d'interprétations.

Le premier pourrait être désigné comme la « théorie de la zone grise ». La jurisprudence refusant de déterminer un point de passage entre raisonnable et déraisonnable, il y aurait entre les deux notions non pas une limite mais une zone qui recouvrirait ce qui n'est ni raisonnable, ni déraisonnable ; c'est ce qu'on pourrait appeler le « non raisonnable ». Dans son ouvrage précité, Stevan Jovanovic semble se retrouver dans cette tendance, même s'il présente les choses de manière légèrement différente ; pour lui, le juge ne sanctionnerait pas le déraisonnable mais seulement le « manifestement déraisonnable » :

> « tout déraisonnable n'est pas pour autant illicite, une certaine gradation est effectuée, un degré de distension par rapport à ce qui est habituel et acceptable est nécessaire : est sanctionné seulement ce qui est manifestement déraisonnable, ce qui dépasse de façon évidente le seuil de l'acceptable » (32).

(30) Nous soulignons ; C.I.J., *Recueil 1964*, op. diss., p. 152.

(31) Dans l'affaire des *Zones franches de Haute Savoie et du pays de Gex*, la C.P.J.I. « [...] considère comme approprié l'octroi au Gouvernement français d'un délai raisonnable dans lequel il devra se conformer aux termes du présent arrêt. A cette fin, la Cour fixe au 1er janvier 1934 la date à laquelle le Gouvernement français [... devra avoir exéxuté l'arrêt] » (*Série AB, n° 46*, pp. 170-171). On a ici un exemple où le délai raisonnable est fixé avec précision. Mais il ne s'agit nullement d'une exception ; la Cour ne tranche pas un différend sur le caractère raisonnable du délai, mais énonce une règle dans le contexte de laquelle on peut trouver des éléments d'interprétation en cas de litige ultérieur.

(32) Stevan JOVANOVIC, « Le principe de l'exercice raisonnable des compétences », *in Restriction des compétences discrétionnaires des États en droit international*, Paris, Pédone, 1988, p. 168.

Il y aurait donc le « raisonnable », juridiquement permis, le « déraisonnable », juridiquement interdit (33) mais juridictionnellement non sanctionné, et le « manifestement déraisonnable », juridiquement interdit et juridictionnellement sanctionné (34). On pourrait à l'appui de cette position citer un extrait de l'affaire du *T.A.N.U.* par lequel la Cour se prononce sur le caractère prétendument déraisonnable d'une indemnité octroyée par le tribunal administratif dont elle contrôle la décision en concluant qu'elle « [...] doit se borner à conclure que l'indemnité n'a rien de *si déraisonnable* qu'elle se situe hors des limites du pouvoir discrétionnaire du tribunal » (35). L'expression soulignée semble accréditer la thèse d'un comportement déraisonnable non sanctionnable.

Une deuxième interprétation consiste à nier l'existence d'une « zone grise ». Le refus des juridictions de déterminer un point précis de passage du raisonnable au déraisonnable ne signifie pas qu'il existe une zone d'indécision (il est toujours possible de trancher dans l'un ou l'autre sens), mais seulement que le caractère formel et négatif du contrôle marginal n'aboutit, comme nous le relevions plus haut, qu'à une solution qui ne prétend pas correspondre à une véritable définition positive de la notion. Si on reprend l'extrait de la Commission européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Matznetter*, on peut l'interpréter de la manière suivante. Ce qui est reproché à l'État dans le cadre de l'article 5, § 3, de la Convention, c'est non pas l'écoulement du temps, mais une omission (36). Soit cette omission trouve son origine dans des motifs légitimes, soit tel n'est pas le cas. La réponse à cette question conditionne la licéité du comportement, et il n'y a aucune raison de déterminer positivement quelles auraient été les actions propres à éviter une condamnation pour négligence. Quant au calcul de la réparation, il suffit d'appliquer les règles générales en la matière, qui prescrivent de pla-

(33) Même si l'auteur semble le considérer comme licite. Cette affirmation entrerait en effet en totale contradiction avec l'énoncé de la règle qui, par hypothèse, interdit le déraisonnable sans distinction quant à son caractère manifeste ; sur ce dernier point, on rappellera que l'article 32 de la Convention de Vienne, écartant une interprétation aboutissant à un résultat « manifestement absurde ou déraisonnable », codifie une jurisprudence qui ne ~~prend~~ reprend pas, loin de là, l'adjectif « manifestement » de manière systématique (v. *supra*, Chapitre I, section 1, § 31). La distinction que nous reformulons semble être la seule qui permette d'expliquer de manière crédible cette théorie de la « zone grise ».

(34) V. aussi Paul FORIERS, « Le raisonnement pratique. Le raisonnable et ses limites », *in La nouvelle rhétorique. Essais en hommage à Chaïm Perelman*, *Revue internationale de philosophie*, n° 127-128, 1979, p. 323.

(35) C.I.J., *Recueil 1973*, p. 197, § 65.

(36) V. nos développements reproduits *supra*, Chapitre VII, section 2, § 517.

cer la victime dans la situation qui aurait été la sienne en l'absence d'acte illicite.

On l'aura compris, nous plaidons quant à nous pour cette dernière explication. Outre qu'elle cadre difficilement avec le caractère procédural du contrôle marginal, la théorie de la zone grise se concilie mal avec la pratique, et ce pour deux raisons. D'abord, on ne voit le plus souvent nulle trace dans la règle primaire de l'exigence du caractère « manifestement » déraisonnable du comportement interdit. Nous avons déjà abordé ce problème précédemment, et il suffira de se reporter aux passages pertinents pour comprendre cette tendance jurisprudentielle à insister sur le caractère manifeste d'une violation afin de souligner le caractère marginal du contrôle (37). Ensuite, consacrer un contrôle juridictionnel réduit pour l'interprétation du « raisonnable » reviendrait à rejoindre les thèses des auteurs de concepts comme le « droit mou » ou la *soft law*, dont nous avons constaté qu'elles n'avaient pas trouvé écho dans la jurisprudence, ni même dans la majorité de la doctrine ayant traité cette question (38).

597. L'ensemble de ces réflexions dénote le refoulement constant, dans le discours juridictionnel consacré à l'interprétation du « raisonnable », de la dimension axiologique de la notion. Le modèle du lien de causalité suffisant doit être envisagé comme la mise en œuvre d'un contrôle théoriquement dépourvu de jugement de valeur. On peut dans cette perspective rappeler les deux enseignements que nous venons d'exposer :

1° le but légitime à l'aune duquel sera exercé le contrôle ressort de la libre appréciation de l'État, seuls les buts expressément interdits par le droit international n'étant pas acceptés ; le juge ne peut quant à lui invoquer des objectifs que dans la mesure où ils ont été formalisés dans la règle applicable ;

2° le contrôle juridictionnel opéré sur base de la prise en compte du but légitime restant essentiellement procédural, le résultat de l'interprétation du raisonnable sera soit la sanction du comportement comme déraisonnable, soit le refus de cette sanction, mais sans pour autant préciser ce qui aurait été raisonnable en l'espèce.

(37) Voy. l'association opérée par François OST, « Quelle jurisprudence pour quelle société ? », *A.P.D.*, tome XXX, La jurisprudence, 1985, p. 28. V. par ailleurs *supra*, Chapitre I, section 1, § 31.

(38) V. *supra*, Chapitre V, section 1, §§ 321 et s.

Pour préciser ces deux caractéristiques du discours, on pourra schématiser le raisonnement juridictionnel en reprenant les différentes étapes du modèle du lien de causalité suffisant, étapes qu'il importe à présent d'examiner pour se rendre compte que le refoulement de la dimension axiologique se manifeste aussi par un accent sur la dimension rationnelle du « raisonnable ».

B. — *Une mise en exergue de la dimension rationnelle du « raisonnable »*

598. Les nombreuses illustrations que nous avons opérées du modèle du lien de causalité, ainsi que de la méthode de la mesure qu'il comprend, ont toutes démontré la prégnance d'une dimension de rationalité dans le discours juridictionnel relatif à l'interprétation du « raisonnable ». C'est sur la base de nombreux exemples que nous avons déjà constaté que le juge présentait son interprétation comme le fruit d'un jugement de fait, et non d'un jugement personnel de valeur (39). Cette tendance doit être précisée pour démontrer le caractère opérationnel du modèle. On peut ainsi reprendre les deux principales étapes en démontrant leur caractère rationnel : on envisagera d'abord l'établissement du lien de causalité (1), ensuite la vérification du caractère suffisant de ce lien (2).

1. *La dimension rationnelle de l'établissement du lien de causalité*

599. La jurisprudence de la C.E.D.H., qui a fourni le matériau de base à partir duquel nous avons induit le modèle du lien de causalité, a démontré que l'on pouvait rattacher ce modèle à une notion d'efficacité, lorsque c'est une action qui était appréciée, ou à une notion d'imputabilité, lorsque c'est une omission qui était en cause (40). Ce constat a été confirmé à la lecture d'autres précédents, concernant des domaines aussi variés que le traitement des étrangers, le droit international fluvial, le droit international économique,... (41). Il n'est point besoin de développer longuement les notions d'efficacité ou d'imputabilité pour se rendre compte qu'elles se rattachent à une dimension de rationalité théoriquement neutre sur le plan axiologique. Affirmer qu'une mesure est inefficace, ou

(39) V. *supra*, Chapitre VI, conclusion, §§ 482 et s.
(40) V. *supra*, Chapitre VII, section 2.
(41) V. ci-dessous, section 1 du présent chapitre.

qu'une négligence est imputable à des autorités étatiques, ce n'est pas se prononcer sur la légitimité des actes en question.

Un certain nombre d'éléments du discours juridictionnel international confirment cette tendance.

600. En particulier, l'utilisation de raisonnements appuyés sur des autorités de type scientifique témoigne de la rationalité du discours, comme la doctrine l'a reconnu en réfléchissant sur le droit interne (42). On peut rappeler une certain nombre d'exemples à cet égard :

— dans l'affaire *Irlande c. Royaume-Uni*, la C.E.D.H. a fondé une certitude « au-delà de tout doute raisonnable » selon laquelle les ressortissants irlandais avaient été victimes de mauvais traitements infligés par les forces de l'ordre anglaises sur la base de rapports médicaux attestant de la corrélation entre leur passage dans les geôles britanniques et la survenance des lésions (43) ;

— dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, l'imputabilité à l'Albanie d'un défaut de prévention a été établie à la suite de l'envoi d'une commission d'experts qui a attesté de l'impossibilité pour toute personne située sur les bords du détroit de ne pas voir des navires y poser des mines (44) ;

— dans les nombreux précédents où une indemnité raisonnable a été calculée en guise de réparation, ce calcul a été effectué à l'aide de paramètres scientifiques (45) ;

— dans l'affaire *Abdulaziz, Cabales et autres*, la Cour a jugé que les différenciations opérées par les autorités britanniques entre les hommes et les femmes pour restreindre l'entrée de leur territoire étaient discriminatoires parce que non justifiées par la poursuite du but légitime de la protection de l'emploi dans le pays, et ce sur la base d'une étude économique appuyée notamment par des instruments statistiques (46).

---

(42) Jerzy WROBLEWSKI, « Le postulat de la décision justifiée et l'argument d'autorité en droit », *in* G. HAARSCHER, L. INGBER et R. VANDER ELST (sous la direction de), *Arguments d'autorité et arguments de raison en droit*, Travaux du C.N.R.L., Bruxelles, Nemesis, 1988, p. 359 ; Chaïm PERELMAN et Lucie OLBRECHTS-TYTECA définissent le rationnel au sens large comme « ce qui est conforme aux méthodes scientifiques » ; *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, Bruxelles, Ed. de l'Université de Bruxelles, 5e éd., 1992, p. 3.

(43) C.E.D.H., *Série A, n° 25*, 18 janvier 1978, §§ 161 et s.

(44) Voy. les références exactes et le détail *supra*, not. Chapitre I, section 2.

(45) V. not. l'affaire du *Détroit de Corfou* et les autres affaires citées *supra*, Chapitre I, section 2, §§ 50 et s.

(46) C.E.D.H., *Série A, n° 94*, 28 mai 1985, §§ 77 et s.

Les juridictions internationales font fréquemment appel aux sciences pour appuyer leur interprétation du « raisonnable ».

601. Ce type de motivation charrie un aspect de la rationalité lié à la modernité (47). Selon Jacques Lenoble, cette dimension instrumentale acquiert de plus en plus d'importance dans le droit contemporain :

> « Le droit définit de plus en plus des buts à atteindre, laissant ainsi aux appareils publics qui ont la charge de l'appliquer une marge d'indétermination de plus en plus grande. Mais l'indétermination, un instant ouverte à l'encontre de la sécurité formaliste du droit libéral classique, se referme aussitôt 'grâce' au rationalisme scientiste : *l'expert — et son savoir technique — est supposé fournir les bases d'un calcul rationnel permettant de définir les références normatives sûres* dans les domaines 'déformalisés' » (48).

L'auteur pense déceler cette tendance dans le droit interne, mais ses conclusions paraissent transposables à certains égards aux décisions des juridictions internationales que nous venons de citer.

L'utilisation d'instruments scientifiques dans la jurisprudence internationale peut assurément être interprétée comme un élément de ce raisonnement à vocation neutraliste. Comme le relève François Ost, avec la mise en œuvre d'une structure discursive sur le mode d'une relation instrumentale ou causale,

> « [...] le choix des valeurs qui est nécessairement sous-jacent à la fois à la position des fins et à la sélection des moyens est occulté, refoulé par l'apparente neutralité du raisonnement scientifique » (49).

De même, Chaïm Perelman et Lucie Olbrechts-Tyteca relèvent à propos des valeurs que

> « dans les raisonnements d'ordre scientifique, elles sont généralement refoulées à l'origine de la formation des concepts et des règles qui constituent le système en cause, et au terme du raisonnement, en tant que celui-ci vise la valeur de vérité. Le déroulement en est, autant que possible, exempt [...] » (50).

---

(47) V. not. Michel VILLEY, « Préface historique », *A.P.D.*, tome XXIII, Formes de rationalité en droit, 1978, pp. 6 et s. Là encore, cela n'empêche pas la persistance d'évaluations dans le chef du juge ; Jerzy WROBLEWSKI, « La preuve juridique : axiologie, logique et argumentation », *in* Ch. PERELMAN et P. FORIERS (sous la direction de), *La preuve en droit*, Travaux du C.N.R.L., Bruxelles, Bruylant, 1981, p. 351.

(48) Nous soulignons ; *Droit et communication. La transformation du droit contemporain*, Paris, Cerf, 1994, p. 8.

(49) François OST, « Quelle jurisprudence pour quelle société ? », *loc. cit.*, p. 31.

(50) *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, *op. cit.*, p. 100.

On rappellera en ce sens le lien entre la rationalité et l'idéologie, particulièrement dans l'occultation des prises de position (51). Cette occultation s'explique aisément, si l'on admet qu'

> « un discours considéré comme 'objectif' confère à son auteur [une] légitimité sociale [...]. Tout se passe comme si ce qui est rationnel était nécessairement bon et juste, ce qui est subjectif, mauvais et suspect de partialité » (52).

Le refoulement de la dimension axiologique et l'affirmation d'une dimension rationnelle sont donc les deux faces d'une même médaille, Karl-Otto Apel évoquant un « paradigme de rationalité de la science axiologiquement neutre » (53).

602. Bien entendu, la rationalité dont il est question dans l'établissement du lien de causalité ne renvoie nullement à des méthodes relevant des sciences exactes — à supposer que ce qualificatif ait encore un sens (54) — ou encore à une notion de vérité absolue. Il s'agit plutôt d'une conception large de la rationalité (55) comme renvoyant à une raison de type instrumental, prescrivant l'adoption de moyens appropriés à une fin (56) déterminée par ailleurs, en l'occurrence par les États. La raison dont il est question ne prétend nullement à l'exclusivité du résultat qu'elle soutient, ni d'ailleurs à son caractère définitif (57), mais admet une pluralité de solutions (58) : c'est ce que l'on appelle parfois le « rationalisme critique » (59), et que nous avons rencontré sous la forme de la « raison procédurale » (60). Cette souplesse se manifeste encore dans l'appréciation du caractère suffisant du lien de causalité.

---

(51) V. *supra*, Chapitre IV, section 1, §§ 266 et s., en particulier les travaux de Habermas.

(52) Roselyne KOREN, « Perelman et l'objectivité discursive : le cas de l'écriture de presse en France », *in Chaïm Perelman et la pensée contemporaine, op. cit.*, p. 471.

(53) *Éthique de la discussion*, Paris, Cerf, 1994, p. 24.

(54) V. les réflexions de René POIRIER, qui procède à une comparaison entre les méthodes juridiques et scientifiques et montre, de manière générale, leurs ressemblances ; « Rationalité juridique et rationalité scientifique », *A.P.D.*, 1978, pp. 16 et s. Cela n'empêche pas que persistent certaines différences de degré dans le statut des énoncés ; v. Jean-Marc FERRY, « Les limites du contextualisme », *in* G. HOTTOIS et M. WEYEMBERGH (sous la direction de), *Richard Rorty. Ambiguïtés et limites du postmodernisme*, Paris, Vrin, 1994, pp. 101 et s. et Gilbert HOTTOIS, « Jeux de langages et pratiques technoscientifiques. La science postmoderne », *ibid.*, pp. 146 et s.

(55) C'est ce que Michel VILLEY appelle le « modèle technique » ; « Préface historique », *A.P.D.*, tome XXIII, Formes de rationalité en droit, 1978, pp. 4-5.

(56) Voy. la définition donnée dans Raymond BOUDON et François BOURRICAUD, *Dictionnaire critique de la sociologie*, Paris, P.U.F., 4° éd., 1994, p. 479.

(57) Voy. not. P. HABA, « Rationalité et méthode dans le droit », *A.P.D.*, 1978, pp. 271 et s.

(58) Voy. en particulier *supra*, Chapitre III, section 2.

(59) Jean-Marc FERRY, *Philosophie de la communication. Tome 1. Justice politique et démocratie procédurale*, Paris, Cerf, 1994, p. 39.

(60) V. *supra*, Chapitre V, section 2, §§ 342 et s.

2. *La dimension rationnelle de la vérification du caractère suffisant du lien de causalité*

603. Selon notre modèle, il ne suffit pas d'établir l'existence d'un lien de causalité entre but légitime avancé et comportement suivi, il faut encore vérifier si ce lien de causalité est « suffisant » (61). On ne pourra donc échapper à la mise en œuvre de ce que nous avons appelé la « méthode de la mesure », qui consiste à comparer le comportement effectivement adopté à un standard de référence. Ce standard est le fruit d'une construction intellectuelle qui consiste soit en une idéalisation basée sur la pratique, soit en une construction prenant en compte des références conventionnelles. Nous avons détaillé ce mécanisme dans un chapitre antérieur, dans lequel nous remarquions déjà la prégnance d'un modèle axiologiquement neutre (62).

A cet égard, il est intéressant de souligner que, lors des discussions au sein de l'Institut de droit international sur la notion de « diligence raisonnable » dont doivent faire preuve les États de manière à éviter la pollution des cours d'eaux et des fleuves internationaux, on a refusé d'assimiler l'expression à une « faute ». Au professeur Zourek qui soulevait cette question, le rapporteur répondit que

> « On peut se demander s'il n'y a pas ici une simple querelle de mots. A vrai dire, une obligation de diligence est simplement une obligation qui prescrit un comportement déterminé en qualifiant les moyens à employer par la notion de diligence. La responsabilité sera entraînée s'il y a manquement à cette obligation là. Il n'y a donc pas là question de faute [...] » (63).

Cette mise au point témoigne du refus d'assimiler le « raisonnable » à une notion laissant la voie ouverte à un contrôle subjectif des intentions. Le terme prescrit la prise en compte d'un standard qui doit, théoriquement, être utilisé sous un mode syllogistique, et en ce sens selon une méthode rationnelle.

Nous tenterons, dans les lignes qui suivent, de vérifier cette assertion en reprenant chacune des deux manières dont on peut construire le standard de référence.

(61) V. *supra*, Chapitre VII, section 2, §§ 534 et s.
(62) V. *supra*, Chapitre VI, section 1, §§ 422 et s.
(63) « La pollution des fleuves et des lacs et le droit international », Rapport définitif de Jean SALMON, *A.I.D.I.*, vol. 58-I, 1979, p. 338.

i) *élaboration du standard par référence à la pratique*

604. Dans un certain nombre de précédents, le juge renvoie à un étalon issu d'une idéalisation de la pratique observable dans des cas considérés comme similaires à celui de l'espèce. Nous avons déjà mentionné des précédents qui en attestaient (64). Ainsi, dans l'affaire *Informationsverein Lentia et autres*, la C.E.D.H. a rejeté un argument avancé par l'État pour justifier une mesure restreignant la liberté d'expression en signalant que l'on pouvait trouver d'autres mesures moins restrictives dans « la pratique de certains États » (65).

Mais ajoutons l'un ou l'autre exemple. Dans l'affaire de la *Namibie*, le juge Ammoun considère que le juge ne peut se baser sur ses propres vues pour établir une limite au pouvoir discrétionnaire des États, mais qu'il doit appliquer un

> « standard objectif [...] qui lui est proposé par le comportement de la généralité des États ainsi que des organisations internationales » (66).

Dans l'affaire *Paquet*, le tribunal considère que

> « The constant practice among European governments has been never to refuse to give the representative of a party expelled the reasons which have moved the government expelling him to exercice this right. The demand, therefore, that this be done in those case does not seem unreasonable » (67).

Dans l'affaire *LAFICO*, le tribunal, amené à se prononcer sur la répartition des dépens entre les parties, procède à une analyse de la pratique avant de déterminer quel est le « montant raisonnable » dû par chacune d'entre elles (68). Le plus souvent, la référence est cependant moins directe. Ainsi, lorsque le juge utilise des expressions comme « raisonnablement conclure, considérer, déduire,... » ou qu'il se réfère à une « position, un prix, une conclusion raisonnable » (69), nous avons constaté un renvoi très général à une norme représentant ce qu'aurait fait tout homme raisonnable dans une même situation (70).

---

(64) V. *supra*, Chapitre VI, section 1, § 416.

(65) C.E.D.H., *Série A, n° 276*, 24 novembre 1993, § 39 ; v. l'extrait et notre commentaire *supra*, Chapitre VII, section 2, § 542.

(66) C.I.J., *Recueil 1971*, op. indiv., pp. 88-89.

(67) *R.S.A.*, vol. IX, p. 323.

(68) Décision du 4 mars 1991, *in R.B.D.I.*, 1990-2, pp. 560-561. Il est vrai que, on l'espèce, le tribunal ne parvient pas à déceler dans la pratique une norme de référence.

(69) Pour des références exactes, on se reportera *supra*, Chapitre I, section 4.

(70) Nous avons d'ailleurs cité certains extraits de jurisprudence se référant expressément à une telle personne idéale ; v. *supra*, Chapitre III, section 3, § 218.

605. Cette méthode appelle deux remarques.

D'abord, elle révèle le plus souvent un problème de motivation, dans la mesure où, sauf exception, la référence au standard de comportement n'est pas appuyée par des exemples pratiques précis. Idéalement, le juge devrait procéder à une véritable étude des précédents similaires au cas d'espèce, justifier son échantillonnage, et ne se prononcer qu'à l'issue d'une comparaison sérieuse. En pratique, il faut bien constater qu'il se contente d'une sorte d'appel à l'évidence ou au « sens commun ». Cette démarche peut sans doute se justifier dans certains cas. Comme nous l'avons constaté à l'analyse des modalités d'une motivation,

1° le principe d'économie dispense le locuteur de poursuivre à l'infini la chaîne de justifications qui doit bien se terminer par un renvoi à une autorité présumée acceptée par l'interlocuteur (71) ;

2° le principe d'inertie permet au locuteur de ne pas justifier une position présumée conforme à la norme, pour réserver une motivation détaillée lorsqu'il s'écarte de cette norme (72).

Mais, en pratique, on constate que ces principes sont souvent le prétexte à une carence de motivation et à des formes discursives correspondantes qui relèvent de la tautologie, à l'instar de la plupart des affirmations présentées comme des évidences.

En tout état de cause, on constate, et c'est la deuxième remarque qui concerne cette méthode, qu'elle illustre bien le refoulement de la dimension axiologique du « raisonnable ». Les choix du juge sont en effet essentiels, tant dans la détermination de la longueur de la motivation que — à supposer même que cette motivation soit détaillée — dans l'appréciation du caractère similaire des précédents utilisés pour élaborer le standard. La référence à l'« homme raisonnable », ainsi que la méthode syllogistique à consonance déductive charriée par la méthode de la mesure, tendent cependant à présenter la solution comme le fruit d'un raisonnement neutre axiologiquement (73). Cet extrait d'une opinion dissidente du juge Jessup, se prononçant sur le caractère discriminatoire des mesures de l'Afrique du sud en Namibie est significatif de cette démarche :

(71) V. *supra*, Chapitre V, section 2, § 360.

(72) V. *supra*, Chapitre V, section 2, § 360.

(73) Voy. à ce sujet les réflexions de H. Ph. Visser't Hooft, « La philosophie du langage ordinaire et le droit », *A.P.D.*, tome XVII, L'interprétation dans le droit, 1972, pp. 283-284 et de Alfred Dufour, « Le paradigme scientifique dans la pensée juridique moderne », *in* P. Amselek (sous la direction de), *Théorie du droit et science*, Paris, P.U.F., 1994, pp. 157 et s.

> « Il n'est pas nécessaire ici de s'attaquer aux mobiles de l'Afrique du sud et je n'ai nullement l'intention de le faire ; ils ne sont pas en cause [...] si le choix de mesures adoptées par un Mandataire est soumis à un examen, il ne s'ensuit pas que chaque membre de la Cour doive décider subjectivement si, d'après lui, le Mandataire a fait un choix sage ou bien fondé. Le droit abonde en exemples de 'standards' ou de critères appliqués par les tribunaux pour apprécier le comportement humain [dont celui de] 'l'homme raisonnable', standard objectif [...] » (74).

Ainsi, le discours juridique condamnant l'*apartheid* serait dépourvu de tout jugement de valeur puisqu'il ne représenterait qu'une mesure de l'écart entre le comportement suivi et la norme de référence, celle-ci n'intégrant que des valeurs déjà formalisées en droit international.

606. Il est enfin essentiel de rappeler que l'interprétation du « raisonnable » s'appuie le plus souvent sur des autorités de fait, et non sur une interprétation détaillée précisant le contenu des règles applicables : un comportement sera considéré comme déraisonnable si l'État en cause a omis de prendre en compte telle ou telle circonstance factuelle, tel ou tel effet induit par son acte (75). Le débat portera souvent sur la sélection des faits. Dans l'avis sur la *Composition du Comité de la sécurité maritime de l'O.M.C.I.*, le Liberia et le Panama ont invoqué pour invalider l'élection l'illégalité pour *unreasonableness* (76). La controverse s'est centrée sur la pertinence des éléments de fait qui doivent être pris en compte pour procéder à l'élection (77). C'est notamment sur base de ce précédent que Stevan Jovanovic conclut :

> « [...] Lorsque la notion de raisonnable a servi de moyen pour restreindre et contrôler le pouvoir discrétionnaire, elle a eu une signification essentiellement objective : le principe comporte une obligation de rattachement nécessaire et effectif de l'acte juridique à des faits pertinents ; l'acte résultant de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire doit être justifié par les faits. Aussi le contrôle de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire sera centré sur les faits qui sont à la base de la décision, et non pas sur l'intention avec laquelle le titulaire a agi. Le juge examinera, en premier lieu, l'exactitude des faits, pour se prononcer, ensuite, et c'est là le point capital de son contrôle, sur la qualification de ces faits » (78).

(74) C.I.J., Affaire du *Sud-Ouest africain*, *Recueil 1966*, op. diss., pp. 434-436.

(75) V. les exemples et références cités *supra*, Chapitre V, section 2, § 358.

(76) C.I.J., *Plaidoiries*, 1960, pp. 172-173, cité dans Stevan JOVANOVIC, « Le principe de l'exercice raisonnable des compétences », *in Restrictions des compétences discrétionnaires des États en droit international*, *op. cit.*, p. 160.

(77) *Ibid.*, p. 161.

(78) *Id.*, p. 168.

La citation montre bien la prégnance des jugements de fait dans le discours juridictionnel. Il s'agit là encore d'un signe de refoulement de la dimension axiologique de l'interprétation, qui se traduit par l'utilisation d'un discours en apparence neutre par opposition à une forme argumentative affirmée (79).

ii) *élaboration du standard par référence à des instruments juridiques*

607. Une deuxième option consiste pour le juge à fonder l'élaboration de son standard de référence non plus sur la seule pratique mais sur des éléments conventionnels : l'étalon n'est plus ce qui se fait dans des conditions similaires mais ce que les États ont conventionnellement considéré comme normal. Lorsque nous évoquons le caractère conventionnel de cette option, il faut entendre la notion au sens large comme tout ce qui est issu d'un accord, que ce soit de manière directe ou indirecte. A cet égard, trois hypothèses peuvent être distinguées.

La première est celle où le juge renvoie à la jurisprudence comme élément permettant de déceler le contenu de l'accord (80). Nous avons déjà relevé que cette hypothèse aboutit rarement à un résultat très précis dans la mesure où les précédents sont difficilement comparables. La jurisprudence est plutôt invoquée de manière générale pour justifier une méthode (81).

Il se peut ensuite que le contenu du standard de référence puisse être trouvé dans le contexte de la règle primaire applicable dans laquelle est énoncé le « raisonnable ». Si cette règle donne des indications sur le comportement considéré comme tel, il suffira de les consacrer. Nous avons ainsi cité un certain nombre d'exemples traduisant les possibilités d'aménagements du sens ordinaire de la notion (82). De même, si des indications peuvent être décelées non dans la règle primaire mais dans d'autres instruments juridiques obligatoires pour les deux parties en cause, elles seront utilisées comme références privilégiées. Lorsque le juge admet l'obligation de déployer une « diligence raisonnable », et qu'il applique une conven-

(79) Voy. à ce sujet Chaïm PERELMAN et Lucie OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, *op. cit.*, p. 206.

(80) Pour des exemples précis, v. *supra*, Chapitre V, section 1, §§ 313 et s.

(81) Voy., de manière générale, Chaïm PERELMAN, « Les notions à contenu variable. Essai de synthèse », *in Le raisonnable et le déraisonnable en droit*, Paris, L.G.D.J., 1984, pp. 136-137.

(82) V. *supra*, Chapitre VI, section 2.

tion qui traduit les modalités de cette diligence dans un cas similaire à celui de l'espèce, comme par exemple la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques en cas d'attaque d'une ambassade, il renvoie à un contexte élargi. Dans cette première catégorie de précédents, la méthode de la mesure sera relativement facile à mettre en œuvre puisque des dispositions précises suffiront normalement à résoudre le cas d'espèce.

Dans la plupart des cas cependant, le contexte, même élargi, ne permet pas d'établir directement une norme de référence caractérisant le « raisonnable ». Comment le juge peut-il procéder dans cette hypothèse ? Tout au long de la présente étude, nous avons rencontré un certain nombre de cas où les juridictions ont employé des instruments juridiques qui révèlent un accord sur le contenu du « raisonnable », mais qui ne sont pourtant pas des instruments obligatoires entre les parties. Sans même évoquer la référence à la jurisprudence antérieure, formellement non obligatoire mais citée comme élément pertinent dans l'appréciation, on peut rappeler les exemples suivants :

— dans l'affaire du *Différend frontalier, terrestre, insulaire et maritime*, la Chambre se réfère à un traité non ratifié pour consacrer une délimitation qui y était contenue, en la qualifiant de « solution raisonnable et équitable » (83) ;

— dans l'affaire *LAFICO*, le tribunal, cherchant à identifier le standard de comportement en matière de traitement des étrangers qui précise ce qu'on entend par une *reasonable cause*, renvoie à plusieurs traités non applicables en l'espèce, comme le Pacte de San José des Nations Unies, la Charte africaine des droits de l'homme, et même des déclarations de la Commission européenne des droits de l'homme (84) ; la référence à un standard se retrouve dans cet extrait de la motivation du tribunal

> « Certes, le Burundi n'a adhéré au Pacte des Nations Unies et à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples que postérieurement aux faits de la cause. Les textes témoignent cependant de la prise de conscience par les États que toute expulsion collective rend pratiquement impossible la réalisation des garanties qui doivent normalement entourer l'expulsion pour qu'elle soit licite » (85) ;

(83) C.I.J., *Recueil 1992*, §§ 262 et 263.
(84) Décision du 4 mars 1991, *in R.B.D.I.*, 1990-2, pp. 540 et s.
(85) *Ibid.*, p. 542, n° 47.

— la jurisprudence de la C.E.D.H. comprend de nombreux renvois à des traités non applicables en l'espèce, comme la Convention sur le statut juridique des enfants nés hors mariage, la Convention des Nations Unies de 1965 contre la discrimination raciale, ou encore la Convention de Rome sur les dommages causés par des aéronefs étrangers (86) ;

— toujours de la part de la Cour de Strasbourg, on constate certaines références à des résolutions du Conseil de l'Europe à portée non obligatoire (87).

Dans tous ces cas, la juridiction internationale estime pouvoir utiliser des instruments juridiques non obligatoires non en tant que tels mais pour préciser un standard de comportement à l'aune duquel sera apprécié le cas d'espèce.

608. Faut-il voir là une contradiction avec le principe, reconnu par la jurisprudence internationale, d'une interprétation strictement positiviste (88) du « raisonnable » ? Ce serait mal comprendre le raisonnement juridictionnel dont il est question. La force obligatoire du standard de comportement ne découle pas en effet de l'instrument juridique à l'aide duquel on l'élabore, mais résulte de la règle primaire au sein de laquelle est énoncé le « raisonnable ». On peut schématiser l'opération de la manière suivante. Un État s'engage à adopter un comportement raisonnable (instrument n° 1) mais ne précise pas le sens qu'il convient de conférer à l'expression. Le juge, amené à l'interpréter, renvoie à un traité, une résolution, ou un texte (instrument n° 2), non obligatoire en soi, mais qui reflète ce que les États considèrent comme « raisonnable » de manière générale. C'est bien l'instrument n° 1 qui est le seul obligatoire même s'il renvoie, pour son interprétation, à la prise en compte de l'instrument n° 2. Le mécanisme n'a rien d'exceptionnel dans une perspective positiviste. Lorsque deux États renvoient à une ancienne carte pour préciser une délimitation frontalière, le tracé cartographique deviendra obligatoire non en vertu de l'instrument qui la contient, mais de l'accord ultérieur de délimitation. L'utilisation d'instruments non obligatoires ne dénote donc nullement une prise de liberté avec le principe d'une interprétation positiviste, mais n'en constitue qu'une des modalités possibles au même titre, par

(86) Voy. pour les références exactes *supra*, Chapitre VII, section 2, note 129.
(87) V. pour les références exactes *supra*, Chapitre VII, section 2, note 130.
(88) V. à ce sujet *supra*, Chapitre V, section 1.

exemple, que la référence à la jurisprudence ou l'application de l'article 31, § 3, b), de la Convention de Vienne sur le droit des traités qui prescrit la prise en compte de la pratique interprétative des États concernés dans la mesure où elle révèle un accord sur l'interprétation de la règle.

Finalement, cette méthode est plus respectueuse de la volonté des États que celle qui consiste dans le meilleur des cas à élaborer son standard par une idéalisation de la pratique, dans la plupart par un simple renvoi au modèle de l'homme raisonnable. Idéalement, s'il veut rester cohérent avec son discours positiviste, le juge devrait pour chaque cas d'interprétation du « raisonnable » l'appuyer par des instruments précisant ce que les États en cause considèrent comme tel.

609. Il est vrai que certains précédents ne semblent pas strictement conformes à ce prescrit. Dans l'affaire *LAFICO*, le tribunal arbitral évoque la prise de conscience par « *les* États » de l'illicéité des expulsions collectives, en invoquant des traités non ratifiés par le Burundi au moment des faits (89). Dans l'arrêt *Marckx*, la C.E.D.H. élabore un standard par référence à la volonté de *certains* États parties à la Convention, dont ne faisait pas partie la Belgique, État défendeur (90). On pourrait interpréter cette jurisprudence comme le signe d'une dérive du juge qui élabore le standard en se référant de manière très générale à la volonté de la communauté des États, sans vérifier si l'État à qui il l'oppose a bien donné son consentement.

Une autre interprétation en accord avec le discours consensualiste peut toutefois être avancée. D'abord, il faut rappeler que le juge ne procède à l'élaboration du standard que parce que les États en cause ont accepté ce standard dans un instrument juridique applicable ayant force obligatoire. Dans l'affaire *LAFICO*, il s'agissait de la règle coutumière prescrivant la démonstration de l'existence d'une *reasonable cause* en cas d'expulsion. Dans la jurisprudence de la C.E.D.H., c'est la clause de la « société démocratique » déjà décrite qui fonde la démarche (91). Dans tous les cas, le principe de l'élaboration d'un standard a été accepté par les États parties. Quant aux modalités d'élaboration du standard, leur mise en œuvre

(89) Nous soulignons ; v. la référence ci-dessus, note 84.
(90) Nous soulignons ; v. la référence ci-dessus, note 86.
(91) Voy. ci-dessus, § 590.

témoigne sans doute, à l'occasion, d'une certaine souplesse. Encore faut-il préciser que, dans certains cas, on pourrait interpréter le silence d'un État face à un standard de référence comme une acceptation tacite.

Quoi qu'il en soit, si elle peut prendre des formes différentes, l'élaboration d'un standard de nature conventionnelle peut être observée dans la pratique.

610. Le caractère opérationnel de notre modèle ouvre ici de larges perspectives, dans la mesure où il existe souvent des instruments qui pourraient, le cas échéant, être utilisés.

On pense par exemple aux résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies qui contiennent des prises de positions des États sur les sujets les plus divers, et à l'aide desquelles il devrait être possible de déterminer un standard de comportement dans de nombreuses matières. Que ce soit en droit international économique, en droit international de l'environnement, ou qu'il s'agisse des droits de la personne,..., les États ont souvent, à défaut de conventions obligatoires, précisé ce qui, selon eux, serait l'attitude la plus souhaitable. Si cette attitude ne constitue, selon les États ayant adopté la résolution, qu'une norme à vocation *de lege ferenda* et qu'il ne saurait être question de lui attribuer un statut coutumier, la reconnaissance dans un autre instrument d'une obligation de suivre un comportement raisonnable peut aboutir à sa transformation en un droit *de lege lata*, pour les besoins de la cause exclusivement. Bien entendu, il faut dans cette hypothèse vérifier si les États ont bien accepté dans la règle primaire une obligation de suivre un comportement raisonnable et si, par ailleurs, ils ont bien accepté le standard de comportement représentant ce qui est raisonnable de manière générale dans l'instrument non obligatoire utilisé. Moyennant le respect de ces conditions, la démarche reste correcte sous l'angle d'un discours juridictionnel positiviste, et l'est en tout état de cause certainement plus qu'une détermination par un simple renvoi unilatéral au « bon sens ».

On peut en guise d'illustration citer un autre passage de l'opinion dissidente précitée du juge Jessup qui, après avoir évoqué le standard de « l'homme raisonnable », recourt à des condamnations effectuées par l'Assemblée générale de l'O.N.U. en affirmant que ces condamnations « prouvent l'existence en la matière d'un 'standard' », qui doit « tenir compte des vues et des attitudes de la com-

munauté internationale contemporaine » (92). Le juge Padilla Nervo se prononce de manière similaire :

> « L'Assemblée générale a compétence eu égard à l'interprétation de la Charte et elle a le pouvoir d'adopter des recommandations qui, en matière de discrimination raciale, se sont transformées en principes ou 'standards' généralement acceptés sur le plan international » (93).

La Cour s'inspira de ces réflexions dans son avis sur la *Namibie*.

Si le « raisonnable » n'est pas systématiquement cité, la méthode de détermination du standard à laquelle il est fait référence s'y applique parfaitement.

*
* *

611. Trois remarques clôtureront notre réflexion.

1° Nous avons élaboré un modèle apte à expliquer le discours juridictionnel existant ; il s'agit d'une systématisation d'éléments jurisprudentiels, qui ne prétend évidemment pas refléter chaque décision, mais que l'on peut soit greffer sur une décision déjà rendue, soit utiliser pour résoudre un cas qui n'a pas encore été tranché.

2° Ce modèle est opérationnel, dans la mesure où chacun de ces éléments peut être utilisé concrètement dans tout cas potentiel d'application. Ces éléments sont :

— la détermination d'un but légitime, en prenant acte du but proclamé par l'État en cause, et en le modulant éventuellement par des objectifs qui découlent de l'instrument applicable ;
— l'établissement d'un lien de causalité entre comportement suivi et but déterminé, à l'aide de critères d'efficacité ou d'imputabilité qui se traduisent par l'utilisation de procédés de type scientifique ;
— la vérification du caractère suffisant de ce lien par la prise en compte d'un standard de référence élaboré à l'aide d'une idéalisation de la pratique ou, de préférence, d'une construction basée sur des instruments non obligatoires mais témoignant de ce que les États en cause considèrent comme conforme à ce standard.

(92) C.I.J., Affaire du *Sud-Ouest africain*, *Recueil 1966*, op. diss., pp. 440-441.
(93) C.I.J., Affaire du *Sud-Ouest africain*, *Recueil 1966*, op. diss., p. 455.

3° Un tel modèle se déploie sur un mode de rationalité ; chacune de ces étapes est théoriquement constituée de simples jugements de fait exprimés dans le discours juridictionnel ; les aspects axiologiques sont formellement exclus de ce discours.

Conclusion

612. Le « raisonnable » a occasionnellement fait l'objet de critiques virulentes par des praticiens du droit international. Cet extrait d'une opinion du juge Ammoun jointe à l'affaire du *Plateau continental de la Mer du Nord* est significatif :

> « Le raisonnable perçait déjà sous la plume du jurisconsulte romano-phénicien Paul. Mais le raisonnable, à l'exclusion de l'équitable, ne satisfait pas complètement l'esprit. Tel qu'il est conçu dans le temps comme dans l'espace, il revêt un caractère de subjectivité, voire de relativité, qui tranche avec le caractère objectif de l'équitable. On est, de surcroît, en droit de se demander s'il s'agit, pour les protagonistes du raisonnable, de la raison pure, ou si l'on se réfère à la raison pratique. Il y a une différence notable entre l'une et l'autre doctrine, celle qui sépare l'entendement de la loi morale. La morale, a-t-on dit, rôde autour du droit. Et l'on peut ajouter avec N. Politis et après Ulpien et Cicéron, qu'elle doit y régner. En s'en détournant, le droit international se condamne à la stérilité face à une société bouillonnante de vie. L'école normative et sa théorie pure du droit, dans la mesure où elles rejettent les éléments moraux, sociaux et politiques, qualifiés de métajuridiques, s'isolent des réalités internationales et de ses institutions progressives : *ubi societas, ubi jus* » (1).

Cette citation comprend trois critiques que l'on peut synthétiser comme suit :

— le « raisonnable » serait trop subjectif ;
— le « raisonnable » serait trop imprécis, dans la mesure où on ne sait pas s'il renvoie à la raison pure ou à la raison pratique ;
— une conception strictement positiviste serait inadaptée à l'évolution sociale que le droit est amené à régir.

Nous pouvons reprendre ces critiques une à une pour tenter d'y répondre en le confrontant au modèle du « lien de causalité suffisant » qui ressort du discours juridictionnel international selon les modalités que nous venons de décrire.

613. En ce qui concerne le caractère subjectif du « raisonnable », le juge Ammoun insiste en ajoutant :

(1) C.I.J., *Recueil 1969*, op. indiv., p. 137, § 36.

« Qu'on se souvienne que Platon et Aristote, qui étaient, pour ainsi dire, la raison même, justifiaient contre toute équité l'esclavage, qui ne fut définitivement condamné au nom de l'égalité entre les hommes qu'à l'avènement du christianisme. Encore fut-il toléré comme raisonnable jusqu'à la Révolution française.

Qu'on n'oublie pas non plus que le colonialisme, si inéquitable entre les nations, était considéré comme raisonnable par de grands juristes occidentaux jusqu'en des temps très proches. On peut en dire autant des inégalités sociales et économiques subsistant en tout temps et en tous lieux.

Enfin l'esprit public dans maints pays très évolués estime encore raisonnable l'inégalité entre la femme et l'homme dans la jouissance ou l'exercice de certains droits civiques, civils, ou de famille » (2).

Comme cette citation le laisse paraître, l'accusation est à la fois fondée et non fondée.

Fondée si on prend en compte la diversité des positions idéologiques qui peuvent se parer du qualificatif de « raisonnable » ; nous avons d'ailleurs antérieurement exposé de nombreux exemples dans lesquels ce qualificatif soutenait, dans une même affaire, des affirmations diamétralement opposées (3). Encore que, même dans cette perspective, on voit mal en quoi la notion d'équitable échapperait aux mêmes écueils ; il est significatif de constater que les mêmes exemples (légitimation de l'esclavage, du colonialisme, de la ségrégation sexuelle) peuvent être illustrés par l'utilisation de l'« équitable » dans le discours (4).

Mais la critique n'est en tout état de cause pas fondée si l'on prend en compte la spécificité de l'interprétation du « raisonnable » par les juridictions internationales, qui s'attachent à un contrôle formel de motivation se développant selon un modèle rationnel, et donc relativement objectif, ou à tout le moins intersubjectif. En ce sens, l'accusation de subjectivité n'est pas plus fondée que pour d'autres termes contenus dans des règles juridiques, qui laissent toujours place à des choix dans l'application au cas d'espèce, qu'il s'agisse de termes relativement précis ou, *a fortiori*, de notions à contenu variable, comme l'équitable.

614. Le modèle répond par ailleurs à la question de la distinction entre raison pure et raison pratique qui ne serait pas clairement opérée par le « raisonnable ».

(2) *Ibid.*, note 2.
(3) V. *supra*, Chapitre IV, section 1, § 244.
(4) V. p. ex. Monique CHEMILLIER-GENDREAU, « La signification des principes équitables dans le droit international contemporain », *R.B.D.I.*, 1981-1982, not. p. 529.

D'un côté, la notion renvoie à la raison pratique, dans la mesure où elle intègre des jugements de valeur. Nous avons constaté que certains éléments comme l'équilibre ou la modération contenaient une dimension axiologique (5), présente dès l'introduction de la notion dans le discours, largement motivée par la nécessité d'opérer des choix laissés sans réponse dans une perspective purement rationnelle (6). Cette dimension ressort aussi de la variété des domaines couverts par la notion : l'établissement des faits, mais aussi l'interprétation, notamment de règles comme la non-discrimination où il s'agit bien de peser des valeurs dans un cas particulier (7).

D'un autre côté, nous avons également constaté que ces valeurs ne pouvaient intervenir que si elles se trouvaient formalisées dans les règles primaires applicables, que ce soit expressément ou par l'intermédiaire de la prise en compte de l'objet et du but de l'instrument pertinent. Le contrôle effectué par le juge se développe sur la base de jugements de fait : soit l'État parvient à justifier son comportement au regard de valeurs juridiquement admises, soit tel n'est pas le cas, mais il ne s'agit en aucun cas de débattre de la mesure qui aurait été la plus raisonnable à la place des autorités.

Finalement, c'est le concept de raison procédurale qui traduit le mieux la méthode d'interprétation du « raisonnable » suivie par les juridictions. La validité de la prétention dépend d'une procédure de discussion dans laquelle chacun devra fonder sa position sur un raisonnement rationnel et logique renvoyant à des autorités juridiquement admises. Les choix de valeurs ne sont pas exclus, mais ils ne sont départagés que par l'intermédiaire des justifications apportées *a posteriori*. En ce sens, la raison procédurale transcende le clivage entre raison pure et raison pratique (8).

615. Le modèle répond enfin à la critique fustigeant le positivisme pour son détachement de la réalité sociale.

S'il est vrai que le modèle fait la distinction entre le droit et la morale, cette distinction n'aboutit nullement à opposer les deux ordres normatifs. Le droit regorge de valeurs morales, mais n'admet

(5) V. *supra*, Chapitre VI, section 1.

(6) V. *supra*, Chapitre III, section 2.

(7) V. p. ex. *supra*, Chapitre VII, section 1 ; v. M.A. GIULIANI, « La logique juridique comme théorie de la controverse », *A.P.D.*, tome XI, La logique du droit, 1966, p. 112.

(8) V. *supra*, Chapitre V, section 2, ainsi que la conclusions des Chapitres V et VI.

leur prise en compte que si elles sont formalisées c'est-à-dire, pour le droit international, acceptées par les États en cause (9). En d'autres termes, le débat sur les valeurs n'est nullement nié, mais se déroule d'abord dans une réalité sociale extérieure au droit, pour aboutir éventuellement à l'introduction de nouvelles valeurs par formalisation.

En ce sens, le modèle du lien de causalité suffisant ne saurait être critiqué pour sa rigidité par rapport à l'évolution de la vie sociale. Non seulement de nouvelles valeurs peuvent-elles être prises en compte si elles sont formalisées dans le système juridique, mais encore avons-nous constaté la diversité des solutions possibles résultant de l'application du modèle, diversité susceptible de rencontrer des réalités et des aspirations très diverses. La fonction d'adaptation constatée pour l'introduction du « raisonnable » dans le discours normatif se reflète remarquablement dans le discours précisant le contenu de la notion.

Ici encore, on ne peut que constater le pluralisme axiologique admis par la raison procédurale et, plus généralement, par les enseignements de l'épistémologie contemporaine. Le positivisme dont il est question s'apparente à Comte plutôt qu'à Weber (10), dans la mesure où il prétend s'appliquer aux jugements de valeur ; mais la modestie propre à la raison procédurale (11) écarte toute vocation scientiste.

616. Finalement, ces réflexions confirment la pertinence d'un modèle de justification rationnelle en tant que reflet d'un discours portant sur l'interprétation du « raisonnable ».

La circonstance que la notion soit axiologiquement connotée n'y change rien. On sait que plusieurs auteurs ont élaboré des modèles rationnels destinés à régir des notions de ce genre. On pense notamment à Chaïm Perelman, pour qui « la notion de justice formelle est claire et précise et son caractère purement rationnel est mis nettement en évidence » (12). On pense aussi à John Rawls qui, travail-

(9) V. en particulier *supra*, Chapitre IV, section 1, § 259.

(10) V. à ce sujet Alain RENAUT et Lukas SOSOE, *Philosophie du droit*, Paris, P.U.F., 1991, pp. 340 et s.

(11) V. à ce sujet *supra*, conclusion du Chapitre VI, § 485.

(12) *Justice et raison*, Bruxelles, P.U.B., 1963, p. 41 et p. 57 ; Guy HAARSCHER relève que Perelman « [...] essayait de définir un minimum de rationalité pour cette notion morale et politique éminemment chargée d'émotions » ; « Qu'est-ce que le perelmanisme ? », *in* G. HAARSCHER (Ed.), *Chaïm Perelman et la pensée contemporaine*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 8.

lant sur le concept de justice, a avancé un modèle composé de principes qui renvoient à un contrôle rationnel (13), basé notamment sur des critères d'efficacité (14). Le principe selon lequel une inégalité n'est acceptable que si elle n'inflige aucun désavantage à la catégorie défavorisée en constitue un exemple particulièrement édifiant (15). Bien entendu, le modèle de John Rawls, tout comme celui de Chaïm Perelman (16), reposent sur certaines valeurs (17), posées *a priori*, comme l'objectif de parvenir à une société basée sur une forme d'Etat-providence (18). Mais la même démarche est observable dans la mise en œuvre du modèle du lien de causalité suffisant qui, répétons-le une fois encore, ne fonctionne que dans la mesure où il s'appuie sur des prises de position axiologiques formalisées et, donc, posées comme valables.

(13) *Théorie de la justice*, Paris, Seuil, 1987, pp. 91 et s.

(14) V. à ce sujet les commentaires de Jacques BIDET, *John Rawls et la théorie de la justice*, Paris, P.U.F., 1995, pp. 31 et s., et p. 134.

(15) *Théorie de la justice, op. cit.*, pp. 99 et s. ; le principe est expressément associé à un « principe d'efficacité ». L'auteur fait par ailleurs le lien entre rationalité et « la capacité d'employer les moyens les plus efficaces pour atteindre des fins données » (*id.*, p. 40). V. aussi, du même auteur, *Justice et démocratie*, Paris, Seuil, 1993, pp. 63 et s.

(16) Guy HAARSCHER, « Après Perelman », *in* G. HAARSCHER et L. INGBER (Eds.), *Justice et argumentation. Essais à la mémoire de Chaïm Pereman*, Bruxelles, Ed. U.L.B., 1986, p. 228 ; Letizia GIANFORMAGGIO, « La tolérance libérale dans la pensée de Chaïm Perelman », *in* G. HAARSCHER (Ed.), *Chaïm Perelman et la pensée contemporaine*, *op. cit.*, p. 447.

(17) Voy. p. ex. Marc VAN QUICKENBORNE, « La justice selon Chaïm Perelman et John Rawls », *in Justice et argumentation. Essais à la mémoire de Chaïm Pereman*, *op. cit.*, p. 201 ; Jean-Marc FERRY, *Philosophie de la communication. Tome II. Justice politique et démocratie procédurale*, Paris, Cerf, 1994, p. 29.

(18) Jacques BIDET, *John Rawls et la théorie de la justice*, *op. cit.*, p. 13 ; Denis TOURET, *Introduction à la sociologie et à la philosophie du droit*, Paris, Litec, 1995, p. 163.

CONCLUSION GÉNÉRALE

617. En entamant cette étude, nous avons formulé l'hypothèse de travail selon laquelle il était possible d'identifier une méthode rationnelle de détermination du contenu du « raisonnable » dans le discours juridictionnel international, en dépit de l'ouverture aux subjectivités qui caractérisait à première vue la notion. Nous insistions alors sur la nécessité de partir d'une clarification des *fonctions* de l'utilisation de la notion dans le discours, et de ne développer que sur cette base notre analyse de l'*interprétation* qui en était donnée. C'est dans cette perspective que nous nous sommes efforcé de confronter notre hypothèse aux tendances qui se dégagent de notre matériau.

618. Le résultat de cette confrontation ne saurait être exposé en quelques lignes, et on se reportera aux développements qui précèdent pour retrouver des enseignements un tant soit peu respectueux des particularités d'une jurisprudence extrêmement diversifiée tant en ce qui concerne les domaines abordés que les solutions choisies. Il nous semble toutefois possible de formuler quelques conclusions d'ordre général, en mettant en exergue ce qui constitue selon nous la spécificité du « raisonnable » dans le discours juridictionnel international. Si nous devions caractériser l'utilisation de cette notion en quelques mots, nous risquerions l'affirmation suivante : le « raisonnable » représente à la fois le signe des contradictions qui parcourent ce que l'on pourrait appeler le champ juridique international, et une tentative discursive de leur dépassement, ou de leur occultation. Lorsque nous évoquons une contradiction, nous ne renvoyons pas à une notion de logique formelle, mais à un concept de type dialectique en vertu duquel deux pôles contraires interagissent de manière féconde (1).

619. A notre sens, le « raisonnable » dénote la persistance de plusieurs types de contradictions.

(1) Voy. à ce sujet le v° « dialectique » dans Raymond BOUDON et François BOURRICAUD, *Dictionnaire critique de sociologie*, Paris, P.U.F., 4e éd., 1994, pp. 175 et s.

La première oppose le discours juridique et la réalité sociale qu'il régit. Cette contradiction se révèle la plus importante dans notre perspective puisqu'elle permet de répondre de manière générale à l'interrogation qui est à l'origine de l'étude en reprenant, dans l'ordre du raisonnement suivi, les résultats de nos recherches.

D'autres contradictions peuvent aussi être relevées : elles opposent les modèles d'interprétation exégétique et téléologique, le développement d'un discours rationnel et la persistance de choix subjectifs, la volonté collective et la volonté individuelle. Ces contradictions transparaissent à divers endroits de notre raisonnement ; elles nous semblent ouvrir la voie à des approfondissements éventuels. Ces perspectives seront exposées ensuite.

Une contradiction entre réalité sociale et discours juridique

620. La première partie de la présente étude visait essentiellement à expliquer les fonctions de l'utilisation de la notion dans le discours juridictionnel. Nous avons commencé par constater la très large étendue du champ d'application du « raisonnable », tant sur un plan vertical (dans le cadre de chacune des opérations du syllogisme judiciaire) que sur un plan horizontal (au sein d'un grand nombre de règles primaires) (2). Cette (omni)présence témoignait de l'importance de la notion, et suscitait ainsi des interrogations sur son rôle. Sur ce point, l'analyse a révélé que l'introduction de la notion visait à dépasser, mettre entre parenthèses, voire occulter, des contradictions entre le discours juridique et la réalité sociale qu'il vise à régir, et ce tant pour les fonctions « techniques » que pour les fonctions « idéologiques » analysées.

621. En ce qui concerne les fonctions que nous avons qualifiées de *techniques*, les contradictions peuvent prendre différentes formes.

La fonction d'adaptation remplie par l'énonciation du « raisonnable » traduit une contradiction entre la vocation du discours juridique à régir une réalité sociale par définition dynamique, et l'utilisation de textes par définition statiques (3). La notion traduit cette

(2) Voy. *supra*, respectivement les Chapitres I et II.
(3) V. *supra*, Chapitre III, section 1.

contradiction et tend à la dépasser en permettant à l'interprète d'intégrer les facteurs d'évolution auxquels il se trouve confronté.

La fonction latente de renvoi au fondement de chacune des opérations du syllogisme judiciaire, qui s'effectue par l'intermédiaire du renvoi à la raison induit par le « raisonnable », témoigne de la contradiction entre la vocation du discours juridique positiviste à une rationalité axiologiquement neutre, et l'impossibilité de trouver des solutions exemptes de choix dans les sciences (épistémologiques ou historiques pour l'établissement des faits, herméneutiques pour l'interprétation de la règle, et logiques pour les inférences qui forment le syllogisme) auxquelles renvoie le positivisme (4). Le « raisonnable », qu'il qualifie une certitude, une interprétation ou une déduction, dénote le malaise du juge à respecter un modèle positiviste théoriquement descriptif alors qu'il ne peut se baser que sur des normes laissant à l'interprète un choix d'ordre prescriptif.

La fonction latente de systématisation est plus indirecte puisque c'est essentiellement la raison qui constitue par définition le concept à vocation systématisante (5). L'utilisation du « raisonnable » pour combler des lacunes, assurer une cohérence ou présenter l'ordre juridique comme unique, est cependant particulièrement édifiante, en ce qu'elle occulte la contradiction entre la vocation du discours juridictionnel à présenter le droit international comme un système, et la réalité d'une « société » internationale fragmentée, qui ne répond que sur le papier aux caractéristiques de complétude, de cohérence, et d'unité. Comme le relève Jean Salmon,

> « Tout ceci montre encore une fois combien une des profondes contradictions du droit international réside dans la coexistence d'entités souveraines qui entendent n'être liées que par un droit qu'elles acceptent avec des institutions [...] qui, quelques précautions oratoires qu'elles prennent, ont nécessairement un discours juridique normatif et universalisant » (6).

622. C'est dans ce contexte que nous avons souligné le caractère profondément *idéologique* de l'utilisation du « raisonnable ».

En premier lieu, la présence de la notion dans le discours vise à une légitimation de la position du locuteur, présentée comme le résultat de la mise en œuvre de la raison, concept universel par

(4) V. *supra*, Chapitre III, section 2.

(5) V. *supra*, Chapitre III, section 3.

(6) « L'autorité des prononcés de la Cour internationale de La Haye », *in* G. HAARSCHER, L. INGBER et R. VANDER ELST (sous la direction de), *Arguments d'autorité et arguments de raison en droit*, Travaux du C.N.R.L., Bruxelles, Nemesis, 1988, p. 47.

excellence. Au-delà, c'est l'ensemble du système juridique concerné qui fait l'objet d'une légitimation, légitimation d'autant plus nécessaire qu'elle doit masquer la contradiction entre la vocation obligatoire de la règle juridique, et l'absence d'une véritable force prescriptive à la fois du langage performatif utilisé et de la norme qu'il formule. La raison représente l'argument suprême destiné à amener les destinataires à l'obéissance, en ce qu'elle permet de présenter une assertion comme le résultat « correct » obtenu en application d'un raisonnement issu de la science et de la technique (7).

La fonction d'occultation recouvre enfin la naissance ou la persistance de contradictions entre les différents acteurs du système juridique, que ce soit entre ses sujets (entre États ou entre États et individus, par exemple) ou entre les États et le juge lui-même (8). La contradiction peut tantôt être qualifiée de primitive, antérieure à la formulation de la règle, tantôt de consécutive, c'est-à-dire postérieure à cette formulation. Le « raisonnable » jouera un rôle important dans chacune de ces étapes, puisqu'il masque le jeu des rapports de forces entre ces différents acteurs de la réalité sociale. La notion est ainsi particulièrement efficace pour préserver des revendications ou interprétations divergentes tout en permettant formellement de parvenir à un accord.

623. Dans la deuxième partie, nous avons analysé la manière dont les juridictions ont donné un contenu à cette notion dont la souplesse a motivé l'introduction dans la règle. Nous avons ainsi dégagé un certain nombre de méthodes d'interprétation que l'on peut présenter de la manière suivante.

Nous avons d'abord dégagé des *éléments formels* que l'on peut assimiler à des exigences concernant la manière de motiver le choix de la solution préconisée, sans considération pour le contenu de cette solution. Le juge respecte ainsi formellement une méthode juridique positiviste d'interprétation, tout en laissant au premier interprète de la notion le soin d'avancer une justification qui fera l'objet d'un contrôle marginal. Cette justification prendra la forme d'un raisonnement (suite de propositions présentées dans un but d'entendement) rationnel (intersubjectivement contrôlable), obéissant à une certaine logique (notamment quant au critère de compa-

(7) V. *supra*, Chapitre IV, section 1.
(8) V. *supra*, Chapitre IV, section 2.

tibilité, interne ou externe, actuelle ou potentielle) et se rattachant à des autorités juridiquement admises (que ces autorités soutiennent le fait, le droit ou les inférences qui les relient à la décision judiciaire) (9).

Nous avons ensuite tenté de dessiner les contours de modèles intégrant des *éléments de fond*, qui renvoient au contenu même de l'interprétation. Sous cet angle, nous avons dégagé un modèle en vertu duquel le juge vérifie si l'État concerné a établi un lien de causalité suffisant entre son comportement (action ou omission) et le but légitime qu'il prétend poursuivre (10). Les notions d'efficacité, pour les mesures positives, ou d'imputabilité, pour les mesures négatives, aident à mesurer ce lien. Celui-ci doit aussi être apprécié grâce à la mise en œuvre d'un standard de référence qui représente ce qui se fait, ou devrait se faire, dans une situation similaire à celle de l'espèce. Ce dernier critère, que nous avons désigné comme une « méthode de la mesure » à la suite d'une analyse basée à la fois sur la pratique jurisprudentielle et sur la terminologie à laquelle elle renvoie, peut le cas échéant être utilisé de manière autonome, en particulier lorsque le « raisonnable » ne module pas directement le comportement d'un sujet de droit international (11).

624. L'ensemble de ces éléments paraît parfaitement compatible avec notre hypothèse de travail.

D'une part, ils s'agencent tous d'une manière que l'on peut sans conteste qualifier de rationnelle, dans la mesure où l'utilisation de chacun de ces modèles non seulement explique l'ensemble du matériau étudié, mais permet l'interprétation du « raisonnable » dans tout cas potentiel d'application. Cette rationalité transparaît du reste dans diverses techniques discursives, comme l'obéissance à un modèle syllogistique, ou la référence à des autorités de type scientifique (12).

D'autre part, les modèles proposés sont parfaitement compatibles avec les fonctions de l'utilisation de la notion, puisque les choix de l'interprète restent extrêmement larges et, en tout état de cause, ne sont pas réduits à la mise en œuvre mécanique d'un modèle déductif qui n'aboutirait qu'à une seule solution possible. La diversité des

(9) V. *supra*, Chapitre V, section 1.
(10) V. *supra*, Chapitres VII et VIII.
(11) V. *supra*, Chapitre VI, section 1 et Chapitre VIII, section 1.
(12) V. *supra*, Chapitre VIII, section 2.

choix, et les contradictions qu'ils recouvrent sont observables tant au stade de l'introduction de la notion dans la règle, qu'à celui de la détermination de son contenu (13).

625. Finalement, le résultat de nos recherches se situe au-delà de l'hypothèse de travail retenue. *Non seulement il est possible de trouver dans la jurisprudence une méthode rationnelle d'interprétation du « raisonnable » qui respecte le contenu variable de la notion, mais* seule *une méthode rationnelle permet de répondre à cette fonction.* Si l'on devait opter pour une méthode purement subjective, y compris sur le plan discursif, le dépassement, la mise entre parenthèses ou l'occultation d'une contradiction ne pourrait être réalisée, puisque les subjectivités continueraient à s'affronter de manière ostensible au stade de l'interprétation. Le renvoi à la raison et l'utilisation de modèles formellement rationnels permet au contraire au juge de masquer sous l'apparence d'un discours technique la persistance de positions de nature idéologique.

Ce constat est, en soi, dépourvu de tout aspect critique. En particulier, on ne saurait l'interpréter comme prescrivant une méthode dont la rationalité s'étendrait à la « réalité objective » elle-même, qui ne serait plus dissimulée ou déformée par le discours juridique. Une telle méthode n'est tout simplement pas réalisable. Un autre enseignement de cette étude renvoie à l'utilisation, pour l'interprétation d'une notion axiologiquement marquée, d'une raison procédurale qui permet de conférer une certaine validité à un énoncé en tant que résultat d'une discussion réglementée par la communauté concernée. Pareil énoncé peut se parer non d'une objectivité inaccessible mais d'une intersubjectivité par définition relative. Dans cette perspective, on pourrait considérer que le caractère rationnel de la méthode ne peut en tout état de cause concerner *que* le discours, et non la réalité qu'il appréhende. Celle-ci reste traversée par des contradictions que la méthode rationnelle est impuissante à résoudre.

Nous venons d'observer ce phénomène de manière générale, mais diverses étapes de notre raisonnement ont aussi laissé apparaître d'autres contradictions, qui pourraient donner lieu à des approfondissements dont nous voudrions à présent donner un bref aperçu.

(13) V. *supra*, Chapitre VIII, section 2.

UNE CONTRADICTION ENTRE MODÈLES D'INTERPRÉTATION EXÉGÉTIQUE ET TÉLÉOLOGIQUE

626. L'interprétation du « raisonnable » s'effectue donc à l'aide d'une méthode que l'on peut qualifier de rationnelle. Encore faudrait-il préciser de quelle rationalité il s'agit. A cet égard, il semble qu'elle tend à dépasser la contradiction que l'on a pu observer dans la doctrine entre deux types de rationalité appliqués au droit, particulièrement en matière d'interprétation.

627. On peut d'abord concevoir la rationalité comme liée à la prévisibilité du résultat de l'interprétation. Il s'agit de ce qu'on pourrait appeler un modèle technique ou exégétique.

Dans cette perspective, on privilégie un type théorique déductif et systémique. Le droit est assimilé à un ordre contenant les outils qui permettront d'aboutir à une solution pour tout problème d'interprétation, grâce à une démonstration rigoureuse qui se développe sur un mode s'apparentant à de la logique formelle. On se trouve sur le plan philosophique dans le cadre d'une raison cartésienne, avec pour modèle les mathématiques, approfondie par la réflexion de Leibniz sur le droit, et consacrée par l'école de l'exégèse dans sa version la plus traditionnelle (14). Si cette tendance ne fait plus guère d'émules dans sa forme absolutiste, elle imprègne le discours positiviste normativiste et son modèle de type déductif prescrivant si pas une solution unique, à tout le moins une catégorie de solutions possibles pour chaque interprétation (15).

Ce type de rationalité laisse certaines traces dans le discours juridictionnel international. Nous ne reviendrons plus sur la prégnance du modèle du système observable dans de nombreux précédents, à travers les préceptes de complétude, de cohérence et d'unité (16). La prévisibilité du résultat de l'interprétation du « raisonnable » est par ailleurs affirmée dans une certaine mesure au moins par la recon-

(14) V. Benoît FRYDMAN, « Interprétation et science du droit : de l'histoire au système », *in Argumentation et sciences humaines*, colloque de l'U.L.B. des 3 et 4 novembre 1995, exposé oral présenté le 3 novembre ; v. aussi Jacques CHEVALLIER, « Les interprètes du droit », *in* P. AMSELEK (sous la direction de), *Interprétation et droit*, Bruxelles, Bruylant, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1995, pp. 122-123.

(15) V. Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, Neuchâtel, Ed. de la Baconnière, 1988, pp. 153-154. Voy. aussi, de manière plus générale, Riccardo GUASTINI, « Interprétation et description de normes », *in Interprétation et droit*, *op. cit.*, pp. 98-99.

(16) V. *supra*, Chapitre III, section 3.

naissance par le juge de la nécessité de respecter la volonté des États parties à la règle interprétée, le cas échéant en reconstituant cette volonté sur base du postulat du « législateur rationnel » (17).

628. On peut aussi concevoir la rationalité comme compatible avec une certaine imprévisibilité du résultat de l'interprétation, dont la mise en œuvre est conçue sous un angle axiologique ou téléologique.

Plusieurs théoriciens, au premier rang desquels Chaïm Perelman, ont ainsi dénoncé une conception positiviste stricte, en insistant sur la pluralité des solutions possibles clôturant le mécanisme interprétatif (18), et sur la dimension axiologique du raisonnement juridictionnel dans son ensemble (19), particulièrement lorsqu'il s'agit d'interpréter des notions à contenu variable (20). Cette dénonciation ne verse cependant pas dans un relativisme sceptique tendant au rejet de toute prévisibilité (la règle ne prenant son sens que lors de son application), mais tend à la réhabilitation d'une raison pratique régissant les jugements de faits comme les jugements de valeur (21). Dans cette perspective, le rôle du juge s'avère particulièrement important puisqu'il est chargé d'adapter le texte de la règle aux réalités sociales qu'il appréhende, en faisant prévaloir les valeurs de la communauté dans laquelle il exerce sa fonction, le tout dans le contexte d'un « droit naturel positif » (22). La rationalité de l'interprétation ne se manifeste ainsi que par l'exigence d'une justification

(17) V. *supra*, Chapitre V, section 1 et Chapitre III, section 2.

(18) V. not. « Jugement, règles et logique juridique », *in Le raisonnable et le déraisonnable en droit*, Paris, L.G.D.J., 1984, pp. 143-144.

(19) Voy. do manière générale Jacques LENOBLE, « Repenser le libéralisme. Au-delà des critiques communautariennes et postmodernes », *in Mélanges François Rigaux*, Bruxelles, Bruylant, 1993, pp. 315 et s.

(20) V. pour ce qui concerne spécifiquement le droit international ; Jean SALMON, « Les notions à contenu variable en droit international public », *in* Ch. PERELMAN et R. VANDER ELST (sous la direction de), *Les notions à contenu variable en droit*, Travaux du C.N.R.L., Bruxelles, Bruylant, 1984, pp. 264-265 ; Monique CHEMILLIER-GENDREAU, « La signification des principes équitables dans le droit international contemporain », *R.B.D.I.*, 1981-1982, pp. 515 et s.

(21) V. not. Jerzy WROBLEWSKI, « Logique juridique et théorie de l'argumentation de Chaïm Perelman », *in* G. HAARSCHER et L. INGBER (sous la direction de), *Justice et argumentation. Essais à la mémoire de Chaïm Perelman*, Bruxelles, Ed. de U.L.B., 1986, p. 181 et Guy HAARSCHER, « Après Perelman », *ibidem*, pp. 223 et s.

(22) Paul FORIERS, « Essai de définition d'un droit naturel positif », *in La pensée juridique de Paul Foriers*, Travaux du C.N.R.L., Bruxelles, Bruylant, 1982, pp. 425-428 ; v. aussi, du même auteur, « Morale et droit », *ibid.*, pp. 432-434.

apte à persuader l'auditoire concerné dans une théorie interprétative d'inspiration téléologique (23).

Ce deuxième modèle de rationalité se reflète à bien des égards dans le discours juridictionnel international. L'analyse des fonctions techniques du « raisonnable » a montré la vanité d'une théorie positiviste absolutiste tendant à prévoir le résultat de la mise en œuvre d'une quelconque des opérations du syllogisme judiciaire, pour lesquelles des choix non seulement subsistent mais sont déterminants (24). Le « raisonnable » apparaît ainsi, comme nous l'avons relevé, comme un terme à la frontière entre le fait et les valeurs et, pour reprendre une terminologie wébérienne, entre le droit formel et le droit matériel (25).

629. L'analyse de notre matériau a permis de dégager une position qui dépasse la contradiction entre une rationalité liée à la prévisibilité et une rationalité s'accommodant de l'imprévisibilité, entre interprétation technique (ou exégétique) et interprétation axiologique (ou téléologique).

D'un côté, le discours juridictionnel traduit indéniablement une pluralité de solutions possibles, dans la mesure où, comme nous l'avons constaté, les éléments formels et négatifs prédominent, le juge se refusant à déterminer lui-même le contenu de la notion, mais se contentant d'un contrôle de la justification apportée par le premier interprète. On peut même ajouter que l'ouverture est consacrée par la volonté des États lorsqu'ils formulent la règle en y introduisant la notion. En d'autres termes, même le respect d'une théorie positiviste suppose le maintien d'une certaine plasticité, et n'équivaut donc nullement à une conception rigide et mécanique de l'interprétation. Il ne s'agit ici ni de droit naturel, ni de droit naturel positif, mais tout simplement de droit positif (26).

D'un autre côté, la rationalité entendue dans le sens de Chaïm Perelman ne réalise que trop peu sa vocation au maintien d'un

(23) Voy. Lyndel V. PROTT, « The Justification of Decisions in the International Court of Justice », *in* Ch. PERELMAN et P. FORIERS (sous la direction de), *La motivation des décisions de justice*, Travaux du C.N.R.L., Bruxelles, Bruylant, 1978, pp. 331 et s.

(24) V. *supra*, Chapitre III. Le constat est au demeurant reconnu par la plupart des positivistes ; v. p.ex. Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, pp. 148 et s.

(25) Voy. la distinction dans Max WEBER, *Sociologie du droit*, Paris, P.U.F., 1986, pp. 42 et s. ; v. aussi p. 164 ; selon cet auteur, l'utilisation du concept peut « signifie[r] l'intrusion explicite de suppositions matérielles dans le concept de raison qui, en fait, y sont depuis toujours de façon latente » (p. 212).

(26) V. Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, pp. 153-155.

minimum de prévisibilité. La théorie de l'argumentation, si elle n'est pas exempte de certains éléments limitant la subjectivité, confère au juge un rôle qui ne semble balisé par aucun critère strict bien déterminé. Plus spécifiquement, si le juge doit mettre le droit en rapport avec les nécessités de la vie sociale, rien n'est précisé quant à la forme que devrait revêtir son raisonnement (27). On se trouve parfois fort proche d'une sorte de renvoi au bon sens qui se prête mal aux exigences de contrôle intersubjectif propre à tout énoncé à prétention rationnelle.

La nécessité de respecter un modèle rationnel, non comme outil préexistant à l'interprétation (qui la prédéterminerait en quelque sorte (28)) mais comme prescrit applicable une fois l'interprétation effectuée, semble répondre à ces inconvénients. Elle s'intègre dans une perspective de rationalité procédurale qui rejette à la fois l'existence d'un contenu fixe pour la norme interprétée, et une herméneutique déconstructiviste menant à un relativisme sceptique, pour ériger une discussion pratique en étalon de validité (29). En exigeant du juge qu'il respecte certaines modalités de motivation, et ce sur base d'éléments tirés de la jurisprudence internationale elle-même, on peut dans une certaine mesure limiter — et donc prévoir — la gamme des solutions possibles, tout en maintenant le caractère « paradoxal » (30) de l'application de la norme. On connaît la réticence des juristes à défendre certaine positions qu'ils peuvent estimer moralement ou politiquement souhaitables s'ils ne parviennent pas à les justifier au regard des sources formelles du système juridique auquel ils appartiennent (31). Certains ont même cru voir dans ce phénomène une « mytho-logique » de la rationalité juridique (32).

(27) Voy. p. ex. Chaïm PERELMAN, « La règle de justice », *in Justice et raison*, Bruxelles, P.U.B., 1963, p. 233.

(28) On sait que certains modèles de prévisibilité ont été proposés, notamment par ce qu'on a appelé les « réalistes américains » ; v. p. ex. Françoise MICHAUT, « L'approche scientifique du droit chez les réalistes américains », *in* P. AMSELEK (sous la direction de), *Théorie du droit et science*, Paris, P.U.F., 1994, pp. 274 et s.

(29) Jacques LENOBLE, « Droit et communication : Jürgen Habermas », *in* P. BOURETZ (sous la direction de), *La force du droit. Panorama des débats contemporains*, Paris, Esprit, 1991, p. 187 ; v. pour plus de détail, *supra*, Chapitre V, section 2, §§ 342 et s.

(30) Sur ce caractère, v. *supra*, introduction de la présente étude, § 4.

(31) V. p. ex. Paul FORIERS, « Le raisonnement pratique. Le raisonnable et ses limites », *in La nouvelle rhétorique. Essais en hommage à Chaïm Perelman, Revue internationale de philosophie*, n° 127-128, 1979, p. 306 ; Danièle LOCHAK et Michel TROPER, « La neutralité de la dogmatique juridique : mythe ou réalité ? », *in Théorie du droit et science*, *op. cit.*, p. 293 ; v. encore Jacques CHEVALLIER, « Les interprètes du droit », *loc. cit.*, pp. 124-125.

(32) V. l'ouvrage de Jacques LENOBLE et François OST, *Droit, mythe et raison. Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique*, Bruxelles, F.U.S.L., 1980.

La nécessité d'interpréter des notions comme le « raisonnable » en développant un raisonnement rationnel obéissant à certaines exigences réduit en tout état de cause une imprévisibilité dont le maintien est non seulement incontournable, mais recherché, au même titre que le maintien d'une certaine prévisibilité propre au droit (33).

Il est vrai que cette solution ne se réalise qu'au prix d'une certaine contradiction entre le discours, au sein duquel la dimension rationnelle prédomine, et la réalité, qui reste traversée par des choix axiologiques. Cette contradiction pose question, à laquelle il importe à présent de donner des éléments de réponse.

Une contradiction entre le développement d'un discours rationnel et la persistance de choix subjectifs

630. L'objet même de cette étude était d'analyser le discours juridictionnel en se gardant, provisoirement à tout le moins, de prendre en compte les éléments externes à ce discours. A l'issue de notre analyse, nous pouvons confirmer que cette démarche se justifie, et ce à un double point de vue.

D'abord, c'est en analysant les affirmations officielles des juridictions que l'on peut s'informer le plus adéquatement sur leur sentiment concernant leurs obligations juridiques. Si le juge affirme rester fidèle à la volonté des États alors que, en réalité, tel n'est pas le cas, cela ne fait que renforcer la conclusion selon laquelle il ne s'estime pas apte juridiquement à s'en émanciper. On peut raisonner par analogie avec la recherche de l'état du droit international coutumier. La Cour internationale de Justice a admis que, si un État viole une règle (en réalité) tout en prétendant la respecter (dans le discours), cette règle voit sa force juridique non pas amoindrie mais renforcée (34). Il en va de même pour les enseignements que nous avons obtenus à l'examen du discours juridictionnel. Même si l'on parvenait à démontrer que, dans tel ou tel précédent, le juge ne respecte pas les prescrits auxquels il admet être lié (ce qui

(33) Voy. Jacques Lenoble, *Droit et communication. La transformation du droit contemporain*, Paris, Cerf, 1994, pp. 88-89 ; v. encore Aulis Aarnio, *Le rationnel comme raisonnable. La justification en droit*, Paris, L.G.D.J., Bruxelles, Story-Sciencia, 1992, p. 278.

(34) C.I.J., Affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, *Recueil 1986*, p. 98, § 186.

supposerait une analyse au cas par cas extrêmement approfondie, et débouchant sur des conclusions incertaines), cela ne ferait que confirmer la pertinence des modèles rationnels que nous avons dégagés (35).

Ensuite, seule une analyse interne du discours juridictionnel permet de cerner sa logique de manière adéquate, de manière à pouvoir la confronter à certains éléments externes. Plus spécifiquement, l'analyse des fonctions de l'introduction du « raisonnable » dans le discours nous a permis de constater que la contradiction avec la réalité n'était nullement incidente ou aléatoire, mais était recherchée. C'est précisément pour permettre la mise en œuvre de choix axiologiques sous l'apparence d'un discours rationnel que la notion est choisie. On a à cet égard relevé que, dans une société internationale idéologiquement pluraliste, seule une raison de type procédural laissant intacte le déploiement des subjectivités était apte à réaliser l'idéal d'universalisation (36). Le constat d'une coexistence entre une réalité à connotation subjective et un discours à vocation objective ne révèle pas un défaut de l'analyse, mais représente peut-être son enseignement le plus fondamental.

631. Il reste cependant certaines hypothèses qui posent problème, même au regard de la fonction d'occultation induite par l'utilisation du « raisonnable ». On sait en effet que, si le « raisonnable » laisse à son interprète une large marge d'appréciation, cette marge n'est pas illimitée. En d'autres termes, il existe peut-être une catégorie de significations possibles, à l'intérieur de laquelle pourra se déployer la subjectivité de l'interprète, mais le choix doit bien s'opérer à l'intérieur de cette catégorie (37). On pourrait démontrer, avec toute la difficulté que cela comporte, que le juge outrepasse ce prescrit dans certaines situations. En pareille hypothèse, la contradiction entre le discours et la réalité ne répond plus à la fonction de l'utilisation du « raisonnable ». Si l'on veut remédier à cette dysfonction, on se trouve devant une solution qui présente la forme d'une alternative.

(35) Voy. sur la pertinence d'une étude du discours juridique international en tant que révélateur de la réalité sociale de la société internationale ; Martti KOSKENNIEMI, *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument*, Helsinki, Lakimiesliiton Kustannus, 1989, p. XXIII.

(36) Voy. de manière générale les réflexions de Monique CHEMILIER-GENDREAU, *Humanité et souverainetés. Essai sur la fonction du droit international*, Paris, La découverte, 1995, pp. 343 et s.

(37) Voy. en ce sens Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 151.

On peut d'abord tenter de modifier le discours pour le faire correspondre à la réalité. Il s'agit alors d'assumer les choix subjectifs du juge, et d'assouplir ses exigences en matière de motivation afin que celui-ci ne doive plus masquer ses véritables choix de valeurs sous les apparences d'un raisonnement technique axiologiquement neutre. Cela suppose une confiance accrue dans cet acteur de la vie sociale, et c'est en ce sens que se développent certains courants contemporains (38) qui, à la suite de Perelman, confèrent au juge un pouvoir discrétionnaire (39), allant de la fonction judiciaire au sens classique jusqu'à une fonction de médiation au cours de laquelle il peut dépasser le cadre du droit positif (40).

L'autre terme de l'alternative consiste à tenter de faire correspondre la réalité au discours. Il s'agit alors de multiplier les exigences relatives aux modalités d'une motivation rationnelle des choix subjectifs. Si ceux-ci ne sont pas exclus, ils sont encadrés par la nécessité d'une justification qui les relie à des valeurs qui sont déjà présentes dans l'ordre juridique concerné. Dans ce contexte s'observerait une collaboration entre le législateur et le juge à travers l'interprétation de notions comme le « raisonnable », ce qui suppose

> « chez le législateur et dans le texte suffisamment d'indétermination pour prêter à interprétation, chez le juge suffisamment de contraintes pour produire un sens compatible avec le champ juridique dont il s'agit » (41).

Seuls les choix qui satisfont à cette exigence relèvent de la compétence du juge. L'indétermination du texte n'est pas niée, mais le débat sur sa signification est réglementé par des exigences formelles et procédurales dont le juge est le garant, et qu'il doit par conséquent lui-même observer (42). C'est en ce sens que se sont prononcés

(38) La tendance n'est évidemment pas nouvelle, v. p. ex. l'« Ecole libre de la recherche scientifique » de Gény, exposée et commentée par Renato TREVES, *Sociologie du droit*, Paris, P.U.F., 1995, pp. 111-113.

(39) La conception semble très répandue dans les *Law Schools* aux États-Unis ; v. Guy HAARSCHER, « Le procès chez Perelman », *A.P.D.*, tome XXXIX, Le procès, 1995, p. 209.

(40) Voy. p. ex. Jacques VAN COMPERNOLLE, « Vers une nouvelle définition de la fonction de juger : du syllogisme à la pondération des intérêts », *in Mélanges François Rigaux*, *op. cit.*, pp. 498 et s. ; v. aussi les réflexions de François OST, « Jupiter, Hercule, Hermès : trois modèles du juge », *in La force du droit. Panorama des débats contemporains*, *op. cit.*, pp. 257 et s.

(41) François OST et Michel van DE KERCHOVE, « De la théorie de l'argumentation au paradigme du jeu. Quel entre-deux pour la pensée juridique ? », *in* G. HAARSCHER (sous la direction de), *Chaïm Perelman et la pensée contemporaine*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 148.

(42) Voy. p. ex. Jacques LENOBLE, *Droit et communication. La transformation du droit contemporain*, *op. cit.*, pp. 88 et s. et, du même auteur, « Repenser le libéralisme. Au-delà des critiques communautariennes et postmodernes », *loc. cit.*, p. 333.

certains auteurs qui ont insisté sur le caractère rationnel de la justification en droit (43).

632. Comme nous l'avons déjà relevé, c'est le deuxième terme de l'alternative qui prédomine dans le discours juridictionnel international où le juge ne s'estime jamais habilité à statuer *ex aequo et bono*, même lorsqu'il est amené à interpréter une règle lui laissant une large marge d'appréciation, ce qui est le cas lorsque le « raisonnable » y est énoncé (44).

Peut-être nos conclusions se seraient-elles révélées différentes si notre matériau avait couvert un droit interne — et il est significatif de relever que les auteurs favorables au première terme de l'alternative y restent le plus souvent confinés —, où il semble que le juge conçoive ses pouvoirs de manière plus large (45). Cette différence s'explique par les particularités du système juridique international. Les juridictions n'y ont en effet que des compétences d'attribution, et elles dépendent en ce sens de la volonté de leurs justiciables (46). La même remarque vaut pour l'exécution des décisions rendues, qui n'est qu'exceptionnellement assurée par une organe neutre, et qui dépend donc entièrement de la bonne volonté des États en cause. On peut penser que cette particularité explique la réticence du juge international à outrepasser d'une quelconque manière les limites de sa compétence.

Ces considérations renforcent la crédibilité du deuxième terme de l'alternative. Le juge est particulièrement attentif aux exigences concernant la motivation. Plus celles-ci sont précises, moins il est apte à camoufler des choix axiologiques personnels. Nous avons relevé des exemples dans la jurisprudence où l'État ne parvenait pas à justifier son comportement au regard d'un but reconnu par le droit international, la justification contenant des incohérences ou des lacunes qui ne pouvaient s'expliquer que par la poursuite d'un autre but, purement subjectif celui-là (47). Cela montre bien que l'obligation de motiver rationnellement peut limiter effectivement

(43) V. p. ex. Christophe GRZEGORCZYK, « La rationalité de la décision judiciaire », *A.P.D.*, tome XXIII, Formes de rationalité en droit, 1978, pp. 240 et s.

(44) V. *supra*, Chapitre V, section 1, §§ 339 et s.

(45) V. les études de Paul FORIERS, comme « Le juriste et le droit naturel. Essai de définition d'un droit naturel positif », *loc. cit.*

(46) Voy. à ce sujet les réflexions de Michel VIRALLY, « Le champ opératoire du règlement judiciaire international », *R.G.D.I.P.*, 1983, pp. 281 et s.

(47) V. *supra*, Chapitre VIII, section 1, § 555.

les abus de tout interprète d'une notion à contenu variable. Il ne s'agit d'ailleurs là que d'une application particulière d'un principe épistémologique prescrivant au scientifique de motiver son énoncé dans le cadre de procédures collectives de discussion et de critique qui ne garantissent nullement la correspondance de l'énoncé avec la réalité, mais empêchent que n'importe quelle affirmation soit prononcée (48).

C'est dans cette perspective que Jean Salmon écrit en guise de conclusion de son étude sur le « concept de raisonnable en droit international public » :

> « La notion de raisonnable a ceci de positif qu'elle est une ouverture à la flexibilité, à l'évolution du droit, à la résolution future des contradictions. Pour limiter l'exercice d'une volonté arbitraire, elle doit être cependant chaque fois argumentée, justifiée. En ce sens, la notion de raisonnable appelle nécessairement une motivation » (49).

Nous espérons, tout au long de cette étude, avoir montré que cette exigence a été non seulement admise mais aussi précisée par la reconnaissance de l'applicabilité de certains critères par le juge international lui-même.

Ce choix se justifie par ailleurs si l'on prend en compte une autre contradiction que recouvre le « raisonnable », celle qui oppose la volonté collective et la volonté individuelle.

Une contradiction entre volonté collective et volonté individuelle

633. L'alternative entre assouplissement ou maintien (voire renforcement) des modalités de la justification juridique ne relève nullement d'un problème technique, ni d'un quelconque « bon sens » ou d'une « nature des choses » (50), mais d'un choix politique (51). Il

(48) Voy. p. ex. Michel Miaille, « La critique du droit », *Droit et Société*, n° 20-21, 1992, p. 79.

(49) *Mélanges Reuter*, Paris, Pédone, 1982, p. 478 ; dans le même sens, « Les notions à contenu variable en droit international public », *loc. cit.*, pp. 267-268 ; « Le fait dans l'application du droit international », *R.C.A.D.I.*, t. 175, 1982-II, p. 392.

(50) L'expression était déjà utilisée par Gény ; v. Jacques Lenoble et François Ost, *Droit, mythe et raison. Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique*, *op. cit.*, p. 243 ; v. encore Paul Foriers, « La motivation par référence à la nature des choses », *in La motivation des décisions de justice*, *op. cit.*, pp. 234 et s. ; Magdi Sami Zaki, « Définir l'équité », *A.P.D.*, 1988, pp. 105 et s.

(51) P. Haba, « Rationalité et méthode dans le droit », *A.P.D.*, tome XXIII, Formes de rationalité en droit, 1978, p. 290 ; v. par ailleurs Denis Touret, *Introduction à la sociologie et à la philosophie du droit*, Paris, Litec, 1995, pp. 188-189.

s'agit en effet de déterminer la référence privilégiée qui doit guider le résultat de l'interprétation du « raisonnable ». En d'autres termes, si on admet que la notion renvoie à la raison, il faut savoir de quelle raison on parle, la raison de l'interprète lui-même, ou la raison d'autres sujets et, dans l'affirmative, lesquels ? En droit international, l'alternative se résume à un choix entre le pouvoir du juge ou celui des États parties à la règle qu'on leur oppose.

634. Sous cet angle, la tendance de la jurisprudence à opter pour le deuxième terme révèle une conception de la raison inhérente à la modernité (52).

Le juge n'a d'autre légitimité que celle que lui confère le « législateur » (53), qui tire lui-même sa légitimé de la volonté de(s) sujet(s) de la société considérée. Lui laisser un pouvoir discrétionnaire revient, étant donné l'importance des choix ouverts par l'interprétation du « raisonnable » dans un cas particulier, à reconnaître une forme de gouvernement des juges. Comme le relevait déjà Thomas Hobbes,

> « le juge subalterne doit avoir égard à la raison qui a poussé son souverain à faire une telle loi, de telle manière que la sentence s'accorde avec cette raison : dans ces conditions, la sentence prononcée est celle du souverain : s'il n'en est pas ainsi, la sentence est celle du juge, et elle est injuste » (54).

La citation est particulièrement d'application en droit international, où la norme est le fruit d'un concours de souverainetés, d'une volonté collective émise par les seuls États (et non les individus) concernés, et non d'une volonté générale. Ce faible degré de démocratisation n'empêche que, dans l'état actuel de la théorie des sources, la seule attitude qui respecte la volonté du « législateur » consiste à ne s'appuyer sur des valeurs que si elles ont été formali-

(52) Voy. de manière générale François TERRÉ, « Les juristes et la philosophie du droit », *A.P.D.*, tome XXXIII, La philosophie du droit aujourd'hui, 1988, p. 9 et Philippe RAYNAUD, « La loi et la jurisprudence, des lumières à la révolution française », *A.P.D.*, tome XXX, La jurisprudence, 1985, pp. 61 et s.

(53) A ce sujet, il nous semble que l'affirmation selon laquelle le juge tire sa légitimité de « son indépendance et de son impartialité » (Jacques VAN COMPERNOLLE, « Vers une nouvelle définition de la fonction de juger : du syllogisme à la pondération des intérêts », *loc. cit.*, p. 505) relève de la tautologie : ces qualités ne peuvent être démontrées qu'en prenant en compte les garanties posées par le législateur.

(54) *Léviathan*, Paris, 1971, pp. 288-289, cité dans Jacques LENOBLE et François OST, *Droit, mythe et raison*, *op. cit.*, p. 259. La réticence à confier au juge de larges pouvoirs s'observe déjà chez ARISTOTE, pour qui « il faut [...] abandonner le moins de questions possibles à la décision souveraine du juge » ; *Rhétorique*, I, 1, 1354, b11-15 cité in *ibid.*, p. 409 ; v. les commentaires de Constantin DESTOPOULOS, « Le raisonnement juridique d'après Aristote », *A.P.D.*, 1972, p. 97.

sées dans les instruments juridiques existants qui, comme Durkheim le remarquait, sont les meilleurs indicateurs des choix moraux ou politiques de la communauté (55), ou à tout le moins de son groupe dominant (56). Henri Lévy-Bruhl s'est prononcé en ce sens en fustigeant un système conférant un large pouvoir au juge, ce qui

> « est contraire au principe sociologique aux termes duquel la règle de droit est l'expression de la volonté collective » (57).

Ce serait dès lors

> « [...] un remède pire que le mal, car le juge, privé du frein qu'est pour lui le texte légal, serait amené à statuer selon ses convictions politiques, philosophiques ou religieuses [...] cette solution, malgré les apparences, serait nettement antidémocratique car elle aurait pour résultat de donner au juge, non pas théoriquement, mais en fait, le pouvoir législatif, puisque la loi vaut surtout par son application » (58).

On se trouve bien dans devant un choix entre volonté individuelle et volonté collective (59).

635. Opter pour la solution d'un pouvoir du juge revient même à remettre en cause les fondements de l'État moderne et, plus largement, dans la mesure où celui-ci prétend réaliser une centralisation de la normativité, la notion de politique elle-même. Ce n'est pas un hasard si la glorification du rôle du juge se produit dans un contexte postmoderniste de remise en cause de la légitimité de l'intervention des autorités publiques dans la vie sociale (60). Marie-Anne Frison-Roche relevait, dans l'introduction d'un volume des *Archives de philosophie du droit* consacré au procès, que :

> « [...] le juge, par les décisions qu'il prend mais aussi par lui-même, est devenu le grand personnage actuel. Sorte de héros puissant et clairvoyant, redressant les lois vieillies ou contrefaites, incarnation d'une vertu de justice qui peut parfois

(55) *Les règles de la méthode sociologique*, Paris, P.U.F-Quadrige, 1re éd., 1990, pp. 44-45 ; v. les commentaires de Jean CARBONNIER, *Sociologie juridique*, Paris, P.U.F.-Quadrige, 1re éd., 1994, p. 102.

(56) Voy. les références reproduites *supra*, Chapitre IV, section 1, § 256.

(57) *Sociologie du droit*, Paris, P.U.F., 7e éd., 1990, p. 60.

(58) *Ibid.*, p. 77. On se trouve bien dans une conception moderne de l'interprétation ; v. p. ex. la citation de Mourlon dans Léon HUDSON, « Analyse critique de la méthode de l'exégèse », *A.P.D.*, tome XVII, L'interprétation dans le droit, 1972, p. 123.

(59) Voy. encore à ce sujet Max WEBER, *Sociologie du droit*, *op. cit.*, p. 166.

(60) Jean CARBONNIER, *Sociologie juridique*, *op. cit.*, p. 146 ; voy. à ce sujet les critiques de Mac Intyre rapportées dans Alain RENAUT et Lukas SOSOE, *Philosophie du droit*, Paris, P.U.F., 1991, pp. 221-222 ainsi que les réflexions de Xavier DIEUX, « Vers un droit 'post-moderne' ? (Quelques impressions sceptiques) », *in Mélanges Jacques Velu*, Bruxelles, Bruylant, 1993, pp. 44 et s. et de Pauline MAISANI et Florence WIENER, « Réflexions autour de la conception postmoderne du droit », *Droit et Société*, n° 27, 1994, pp. 445 et s.

prendre des allures de dieu vengeur, homme compatissant proche de l'affaibli qui réclame ses soins lorsque se constitue la théorie de la justice de proximité, c'est désormais le plus souvent à lui que l'on se réfère lorsqu'on attend quelque chose du droit [...]. Le juge a remplacé en politique fondamentale l'homme politique » (61).

Cette représentation du juge, idéalisé comme une sorte de « sage » apte à évaluer les besoins de la communauté (62), ne prend pas suffisamment en compte les déterminations sociales de ce type particulier d'acteur du système juridique (63). On a même évoqué un « risque d''aristocratie' présent dans l'idée d'un pouvoir suprême des juges » (64). On ne sait plus s'il faut sur ce point précis parler de postmodernité ou de prémodernité (65). Quoi qu'il en soit, nous avons constaté le peu de succès de ce retour vers la légitimité de la volonté individuelle dans le discours juridique international.

636. L'opposition entre les conceptions jusnaturalistes et positivistes peut être appréhendée sous le même angle.

Le jusnaturalisme ne limite la subjectivité de l'interprète que par une référence à un étalon — la nature, la raison, l'être (66) — qui, s'il se veut objectif par essence, laisse son interprétation sans possibilité de contrôle intersubjectif, dans la mesure où tout « simple » produit de la volonté des hommes est taxé d'arbitraire (67). On se trouve devant une théorie qui dérive vers l'argument d'autorité, car comment prétendre avoir saisi la « véritable » normativité d'un énoncé, sa force obligatoire transcendante, ou encore la spécificité

(61) « La philosophie du procès, propos introductifs », *A.P.D.*, 1995, p. 19 ; v. aussi François OST, « Jupiter, Hercule, Hermès : trois modèles du juge », *loc. cit.*, pp. 250 et s. ; v. par ailleurs pp. 267-268.

(62) Voy. p. ex. les réflexions de Paul MARTENS, « L'irrésistible ascension du principe de proportionnalité », *in Mélanges Jacques Velu*, *op. cit.*, pp. 63 et s.

(63) Voy. p. ex. Max WEBER, *Sociologie du droit*, *op. cit.*, pp. 217-218 et p. 231 ; Renato TREVES, *Sociologie du droit*, *op. cit.*, p. 203 ; Anne LAGNEAU-DEVILLÉ, « Questions sociologiques à propos de l'interprétation en droit », *in* M. van DE KERCHOVE (sous la direction de), *L'interprétation en droit. Approche multidisciplinaire*, Bruxelles, F.U.S.L., 1978, pp. 535 et s. ; François OST et Michel van DE KERCHOVE, « De la théorie de l'argumentation au paradigme du jeu. Quel entre-deux pour la pensée juridique ? », *loc. cit.*, pp. 145-146 ; v. aussi Marianne SALUDEN, « La jurisprudence, phénomène sociologique », *A.P.D.*, 1985, pp. 199 et s. et Pauline MAISANI et Florence WIENER, « Réflexions autour de la conception post-moderne du droit », *loc. cit.*, pp. 456-457.

(64) Guy HAARSCHER, « Le procès chez Perelman », *loc. cit.*, p. 209 ; v. aussi, du même auteur, « Essai de synthèse », *in Arguments d'autorité et arguments de raison en droit*, *op. cit.*, p. 360 ainsi que « La rhétorique de la raison pratique », *Revue internationale de philosophie*, n° 127-128, 1979, p. 125.

(65) Voy. Pauline MAISANI et Florence WIENER, « Réflexions autour de la conception post-moderne du droit », *loc. cit.*, p. 462.

(66) Voy. à ce sujet l'analyse de la pensée de Martin Heidegger par Alain RENAUT et Lukas SOSOE, *Philosophie du droit*, *op. cit.*, pp. 170-171.

(67) V. Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, pp. 95-96.

du droit par rapport au fait, sans renvoyer à quelque concept d'ordre métaphysique ? (68)

Par opposition, le positivisme s'en remet à une recherche empirique, portant sur le contenu de la volonté des sujets. Le statut de la norme ainsi interprétée peut paraître trivial, dérisoire même. Au moins peut-il se parer d'une autre autorité que de celle de la subjectivité d'un esprit individuel, si brillant fût-il. Il s'agit peut-être d'une volonté collective « injuste », mais il s'agit d'une volonté collective. Rien de plus, et il importe à cet égard d'aller jusqu'au bout d'une démarche positiviste en relativisant et en démystifiant le résultat de l'interprétation et, plus généralement, du droit comme ordre normatif de référence. Rien de moins non plus, ce qui reste certainement plus qu'une conception de la justice qu'un individu prétend incarner à l'encontre de la collectivité.

637. Cette prétention individuelle à atteindre la justice trouve d'ailleurs certaines limites sur le plan de la logique.

Jacques Derrida a ainsi mis en évidence le paradoxe à parler de décision judiciaire « juste ». La justice suppose en effet de se conformer à une règle, à une norme, à un étalon ; elle doit donc « être de l'ordre du calculable, ou du programmable » (69). Comme le remarque Chaïm Perelman, « la règle de justice [...] signifie simplement que, dans son action, il faut être fidèle à une ligne de conduite régulière » (70). Mais, d'un autre côté, et comme le relevait déjà Aristote (71), la justice suppose une certaine autonomie, un choix. Dès lors, Derrida remarque que

> « si l'acte consiste simplement à appliquer une règle, à dérouler un programme ou à effectuer un calcul, on le dira peut-être légal, conforme au droit, et peut-être, par métaphore, juste, mais on aurait tort de dire que la *décision* a été juste. Tout simplement parce qu'il n'y a pas eu, dans ce cas, de décision » (72).

En application de ce paradoxe, relevé au demeurant par d'autres auteurs (73), si le juge se conforme à la règle de droit, sa solution est conforme au droit, mais pas juste mais, s'il crée, elle n'est pas juste non plus, puisqu'elle est imprévisible. Le juge peut prendre une décision légale et injuste (s'il respecte la volonté des Etats) ou

(68) *Ibid.*, pp. 93-94.
(69) *Force de loi*, Paris, Galilée, 1994, p. 50.
(70) « La règle de justice », *in Justice et raison*, *op. cit.*, p. 227.
(71) *Ethique à Nicomaque*, Paris, Vrin, 1990, V, 10, p. 253.
(72) Jacques DERRIDA, *Force de loi*, *op cit.*, p. 50.
(73) Aulis AARNIO, *Le rationnel comme raisonnable. La justification en droit*, *op. cit.*, pp. 4 et s.

illégale et injuste (s'il ne la respecte pas). On peut même considérer que, s'il respecte la volonté des Etats, la décision est légale et juste, mais juste par référence à la justesse (conforme à un étalon (74)) et non à la justice.

Une interprétation rationnelle du « raisonnable » peut dans ce contexte être perçue comme une tentative d'échapper à ce dilemme. La détermination du contenu dans un cas particulier apporte en effet une dimension supplémentaire à la règle, tout en respectant la volonté des États si les valeurs à la base de la décision ont été formalisées dans le système juridique. Bien entendu, il suffit pour sortir du paradoxe d'adopter une autre définition du concept de justice, et de l'émanciper de l'une de ces deux composantes apparemment inconciliables. L'image est cependant révélatrice de la contradiction charriée par une conception purement individuelle de la justice.

Discours juridique, raison et contradictions

638. En définitive, la présence et l'interprétation du « raisonnable » dans le discours juridictionnel international dénotent l'existence d'une série de contradictions dont nous n'avons fait que donner quelques exemples, mais que l'on a retrouvé tout au long de notre étude. Si le droit a souvent été dénoncé comme un instrument idéologique, et ce essentiellement dans le cadre d'une rationalisation de la vie sociale (75), notre étude tend à montrer qu'un discours juridique rationnel peut lui-même être utilisé pour occulter des choix axiologiques et politiques. La conclusion s'impose avec une acuité particulière dans une « société internationale » qui reste composée par une multitude de sujets de puissance inégale, et traversée par une infinité de rapports de forces dont la complexité est croissante (76). Dans ce contexte, le rôle du juge international est, comme l'actualité l'a démontré à maintes reprises, particulièrement précaire. Son besoin de légitimité en est accru d'autant. En utilisant

(74) En ce sens, on a relevé que, pour Habermas, un énoncé normatif doit se mesurer non pas à l'aune de la vérité mais de la justesse ; Jacques Lenoble, « La théorie de la cohérence narrative en droit : le débat Dworkin-Mc Cormick », *A.P.D.*, 1988, p. 136.

(75) Voy. les références reproduites *supra*, Chapitre IV, section 1, §§ 266 et s.

(76) V. de manière générale Monique Chemilier-Gendreau, *Humanité et souverainetés. Essai sur la fonction du droit international*, *op. cit.*

le « raisonnable », le juge renvoie à la raison, c'est-à-dire au concept universaliste et consensualiste par excellence ce qui, du même coup, dénonce son assertion comme le fruit d'un choix particulier (77). En ce sens, le mécanisme est le signe d'un lien entre discours juridique, raison et contradictions.

(77) V. François EWALD, « Le droit du droit », *A.P.D.*, 1986, p. 25.

BIBLIOGRAPHIE SÉLECTIVE

AVERTISSEMENT

La bibliographie qui suit n'a pas vocation à couvrir l'ensemble des sources citées dans la présente étude. Deux motifs justifient en effet une sélection.

1° Sur le plan pratique, les notes infrapaginales contiennent les indications permettant de retrouver les documents, articles et ouvrages cités. Les renvois (*op. cit.*, ou *loc. cit.*) sont effectués à l'intérieur de chacune des sections, la première citation de l'étude ou du document étant complète.

2° Sur le plan théorique, notre sujet n'a pas été traité en tant que tel, de sorte que nous ne pouvons fournir une bibliographie qui le concerne spécifiquement. Les deux seules études consacrées à un sujet proche du nôtre sont les suivantes :

Jean J.A. SALMON, « Le concept de raisonnable en droit international public », *in Mélanges Paul Reuter*, Paris, Pédone, 1982, pp. 447-478.

Stevan JOVANOVIC, *Restriction des compétences discrétionnaires des États en droit international*, Paris, Pédone, Publications de la *R.G.D.I.P.*, Nouvelle série, n° 43, Préface de Prosper WEIL, Prix Nogaro 1986, 1988, 240 p., et plus particulièrement le chapitre V, « Le principe de l'exercice raisonnable des compétences », pp. 147-168.

Nous n'indiquerons ci-dessous que les sources doctrinales qui nous ont le plus inspiré dans notre raisonnement.

I. — OUVRAGES

AARNIO, Aulis, *Le rationnel comme raisonnable. La justification en droit*, traduit par Geneviève WARLAND, Paris, L.G.D.J., Bruxelles, Story-Scientia, 1992, XX et 303 p.

APEL, Karl-Otto, *Éthique de la discussion*, traduction de Mark HUNYADI, Paris, Ed. du cerf, coll. humanités, 1994, 119 p.

ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, traduction, introduction, notes et index par J. TRICOT, 7e tirage, Paris, Librairie philosophique J. Vrin, Bibliothèque des textes philosophiques, 1990, 539 p.

ARNAUD, André-Jean, *Critique de la raison juridique. 1. Où va la sociologie du droit ?*, Paris, L.G.D.J., Bibliothèque de philosophie du droit, vol. XXVI, 1981, 466 p.

AUSTIN, John L., *Quand dire, c'est faire*, Paris, Points, Essais, 203 p.

BOURDIEU, Pierre, *Ce que parler veut dire. L'économie des échanges linguistiques*, Paris, Fayard, 1982, 243 p.

CARBONNIER, Jean, *Sociologie juridique*, 1re éd. « Quadrige », Paris, P.U.F., 1994, 415 p.

CHEMILLIER-GENDREAU, Monique, *Humanité et souverainetés. Essai sur la fonction du droit international*, Paris, La découverte, 1995, 382 p.

— *Introduction générale au droit*, Avant-propos de Pierre-Henri CHALVIDAN et Pierre WEISS, Paris, Ed. Eyrolles, coll. Droit et Sciences Humaines, 1990, XXI et 173 p.

DERRIDA, Jacques, *Force de loi*, Paris, Galilée, 1994, 146 p.

ECO, Umberto, *Les limites de l'interprétation*, traduit par Myriem BOUZAHER, Paris, Bernard Grasset, 1992, 406 p.

FERRY, Jean-Marc, *Philosophie de la communication, tome 1, De l'antinomie de la vérité à la fondation ultime de la raison*, Paris, Ed. du cerf, coll. « humanités », 1994, 123 p.

FERRY, Jean-Marc, *Philosophie de la communication, tome 2, Justice politique et démocratie procédurale*, Paris, Ed. du cerf, coll. « humanités », 1994, 125 p.

GOUNELLE, Max, *La motivation des actes juridiques en droit international public. Contribution à une théorie de l'acte juridique en droit international public*, Préface de Paul REUTER, Paris, Pédone, Publications de la *R.G.D.I.P.*, Nouvelle série n° 33, 1979, 292 p.

HABERMAS, Jürgen, *La technique et la science comme « idéologie »*, traduit et préfacé par Jean-René LADMIRAL, Paris, Gallimard, coll. tel, 1973, XLIX et 211 p.

HABERMAS, Jürgen, *Raison et légitimité. Problèmes de légitimation dans le capitalisme avancé*, traduit par Jean COSTE, Paris, Payot, 1978, 212 p.

HABERMAS, Jürgen, *Law and Morality*, The Tanner Lectures on Human Values, Harvard, Harvard University Press, 1986.

HABERMAS, Jürgen, *Between Facts and Norms*, Oxford, Polity Press, 1996, xlii et 631 p.

HART, Herbert L.A., *Le concept de droit*, traduction de Michel van DE KERCHOVE, avec la collaboration de Joëlle van DROOGHENBROECK, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, n° 6, 1976, 314 p.

HEIDEGGER, Martin, *Le principe de raison*, traduit par André PRÉAU, Préface de Jean BEAUFRET, Paris, Gallimard, coll. tel, 1962, 270 p.

HORKEIMER, Max et ADORNO, Theodor W., *La dialectique de la raison. Fragments philosophiques*, traduit par ELIANE KAUFHOLZ, Paris, Gallimard, coll. tel, 1974, 281 p.

KELSEN, Hans, *Théorie pure du droit*, Adapté de l'allemand par Henri THÉVENAZ, 2e éd., Neuchâtel, Ed. de la Braconnière, être et penser, Cahiers de philosophie, 1988, 296 p. (*)

van DE KERCHOVE, Michel et OST, François, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, P.U.F., coll. Les voies du droit, 1988, 254 p.

— *Le droit ou les paradoxes du jeu*, Paris, P.U.F., coll. Les voies du droit, 1992, 268 p.

(*) La référence à l'œuvre de Kelsen restant très générale dans le cadre du présent ouvrage, nous nous permettons de renvoyer à la version abrégée de la *Théorie pure du droit*.

KOSKENNIEMI, Martti, *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument*, Helsinki, Lakimiesliiton Kustannus, 1989, XXVI et 550 p.

LAURIER, Daniel, *Introduction à la philosophie du langage*, Liège, Pierre Mardaga éd., 1993, 322 p.

LENOBLE, Jacques, *Droit et communication. La transformation du droit contemporain*, Paris, Ed. du cerf, coll. humanités, 1994, 115 p.

LENOBLE, Jacques et OST, François, *Droit, mythe et raison. Essai sur la dérive mythologique de la rationalité juridique*, Préface de Léon RAUCENT, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, n° 16, 1980, IX et 590 p.

LÉVY-BRUHL, Henri, *Sociologie du droit*, 7e éd., Paris, P.U.F., coll. que sais-je ?, 1990, 127 p.

MEYER, Michel, *Questions de rhétorique. Langage, raison et séduction*, Paris, livre de poche, biblio essais, n° 4171, 155 p.

— *Logique, langage et argumentation*, Paris, Hachette, 1982, 142 p.

MIAILLE, Michel, *Une introduction critique au droit*, Paris, François Maspero, 1976, 388 p.

ORIANNE, Paul, *Introduction au système juridique*, Bruxelles, Bruylant, 1982, 353 p.

OST, François et van DE KERCHOVE, Michel, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Travaux et recherches, n° 9, Bruxelles, 1987, 602 p.

— *Entre la lettre et l'esprit. Les directives d'interprétation en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1989, 334 p.

PASUKANIS, E.B., *La théorie générale du droit et le marxisme*, Traduction de J.M. BRAHM, Présentation de J.M. VINCENT, Paris, Etudes et documents internationaux, 1970, 173 p.

PERELMAN, Chaïm et OLBRECHTS-TYTECA, Lucie, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, 5e éd., Préface de Michel MEYER, Bruxelles, Ed. de l'Université de Bruxelles, 1992, 734 p.

PERELMAN, Chaïm, *Éthique et droit*, Présentation de Alain LEMPEREUR, Bruxelles, Ed. de l'Université de Bruxelles, 1990, 825 p.

— *Le raisonnable et le déraisonnable en droit. Au-delà du positivisme juridique*, Préface de Michel VILLEY, Paris, L.G.D.J., Bibliothèque de philosophie du droit, vol. XXIX, 1984, 203 p.

— *Justice et raison*, Travaux de la faculté de Philosophie et lettres, Tome XXV, Bruxelles, Ed. de l'Université de Bruxelles, 1963, 255 p.

RAWLS, John, *Théorie de la justice*, traduit par Catherine AUDARD, Paris, Ed. du Seuil, 1987, 666 p.

RECANATI, François, *La transparence et l'énonciation, pour introduire à la pragmatique*, Paris, Ed. du Seuil, coll. l'ordre philosophique, 1979, 215 p.

— *Les énoncés performatifs. Contribution à la pragmatique*, Paris, Ed. Minuit, 1981, 284 p.

RENAUT, Alain et SOSOE, Lukas, *Philosophie du droit*, Paris, P.U.F., recherches politiques, 1991, 484 p.

SALMON, Jean J.A., « Le fait dans l'application du droit international », Académie de droit international, *Recueil des cours*, 1982-II, Tome 175, Martinus Nijhoff, The Hague/Boston/London, 1983, pp. 257-414.

SAUSSURE, Ferdinand de, *Cours de linguistique générale*, Publié par Charles BALLY et Albert SÉCHEHAYE, avec la collaboration de Albert RIEDLINGER, édition critique préparée par Tullio de MAURO, Postface de Louis-Jean CALVET, Paris, Payot, 1972, XVIII et 520 p.

SOURIOUX, Jean-Louis et LERAT, Pierre, *Le langage du droit*, Paris, P.U.F., coll. sup, 1975, 133 p.

TREVES, Renato, *Sociologie du droit*, Paris, P.U.F., 1995, 281 p.

VELU, Jacques et ERGEC, Rusen, *La convention européenne des droits de l'homme*, Extrait du *Répertoire pratique du droit belge*, tome VII, 1990, Bruxelles, Bruylant, 1990, 1185 p.

VIRALLY, Michel, *Le droit international en devenir. Essais écrits au fil des ans*, Avant-propos de Lucius CAFLISCH, Paris, P.U.F., Publications de l'I.U.H.E.I. de Genève, 1990, 504 p.

VISSCHER, Charles de, *Théories et réalités en droit international public*, 3° édition, Paris, Pédone, 1960, 534 p.

— *Problèmes d'interprétation judiciaire en droit international public*, Paris, Pédone, 1963, 269 p.

WEBER, Max, *Sociologie du droit*, Préface de Philippe RAYNAUD, introduction et traduction de Jacques GROSCLAUDE, Paris, P.U.F., coll. recherches politiques, 1986, 242 p.

WITTGENSTEIN, Ludwig, *De la certitude*, traduit par Jacques FAUVE, Paris, Gallimard, coll. tel, 1976, 151 p.

ZOLLER, Elizabeth, *La bonne foi en droit international public*, Préface de Suzanne BASTID, Paris, Pédone, Publication de la *Revue générale de droit international public*, Nouvelle Série, n° 28, XXVI et 392 p.

II. — RECUEILS D'ARTICLES

AMSELEK, Paul (sous la direction de), *Interprétation et droit*, Bruxelles, Bruylant, Aix-Marseille, Presses universitaires, 1995, 245 p.

AMSELEK, Paul (sous la direction de), *Théorie du droit et science*, Paris, P.U.F., coll. Léviathan, 1994, 328 p.

Annales de la Faculté de droit et des sciences économiques de Reims, Deuxième partie, Les méthodes d'analyse en droit international, Rencontre des 23 et 24 juin 1973, Faculté de droit de Reims, Publications du Centre d'Étude des Relations Internationales, Edité par l'A.R.E.S., 1974, pp. 187-297.

Archives de philosophie du droit, Tome XI, La logique du droit, Paris, Sirey, 1966, 377 p.

Archives de philosophie du droit, Tome XVII, L'interprétation dans le droit, Paris, Sirey, 1972, 543 p.

Archives de philosophie du droit, Tome XIX, Le langage du droit, Paris, Sirey, 1974, 556 p.

Archives de philosophie du droit, Tome XXIII, Formes de rationalité en droit, Paris, Sirey, 1978, 474 p.

Archives de philosophie du droit, Tome XXX, La jurisprudence, Paris, Sirey, 1985, 444 p.

Archives de philosophie du droit, Tome XXXI, Le système juridique, Paris, Sirey, 1986, 460 p.

Archives de philosophie du droit, Tome XXXII, Le droit international, Paris, Sirey, 1987, 442 p.

Archives de philosophie du droit, Tome XXXIII, La philosophie du droit aujourd'hui, Paris, Sirey, 1988, 472 p.

Archives de philosophie du droit, Tome XXXV, Vocabulaire fondamental du droit, Paris Sirey, 1990, 442 p.

BOURETZ, Pierre (sous la direction de), *La force du droit. Panorama des débats contemporains*, Paris, Ed. Esprit, 1991, 274 p.

BEN ACHOUR, Rafâa et LAGHMANI, Slim (sous la direction de), *Les nouveaux aspects du droit international*, Préface de Yadh BEN ACHOUR, Rencontres internationales de la faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis, Colloque des 14, 15 et 16 avril 1994, Paris, Pédone, 1994, II et 330 p.

HAARSCHER, Guy (sous la direction de), *Chaïm Perelman et la pensée contemporaine*, Bruxelles, Bruylant, 1993, 491 p.

HAARSCHER, Guy, INGBER, Léon et VANDER ELST, Raymond (sous la direction de), *Arguments d'autorité et arguments de raison en droit*, Études publiées par Patrick VASSART, Travaux du C.N.R.L., Bruxelles, Nemesis, 1988, 374 p.

HAARSCHER, Guy et INGBER, Léon (sous la direction de), *Justice et argumentation. Essais à la mémoire de Chaïm Perelman*, Bruxelles, Faculté de droit, Ed. de L'U.L.B., 1986, 232 p.

INGBER, Léon, avec la collaboration de VASSART, Patrick (sous la direction de), *Le langage du droit*, Travaux du C.N.R.L., Bruxelles, Nemesis, 1991, 334 p.

van DE KERCHOVE, Michel (sous la direction de), *L'interprétation en droit. Approche multidisciplinaire*, Publication des Facultés universitaires Saint-Louis, n° 13, Bruxelles, FUSL, 1978, 588 p.

La nouvelle rhétorique. Essais en hommage à Chaïm Perelman, *Revue internationale de philosophie*, n° 127-128, 1979, 385 p.

La pensée juridique de Paul Foriers, Travaux du C.N.R.L., 2 vol., Bruxelles, Bruylant, 1982, 912 p.

Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. Méthodes d'analyse du droit international, Mélanges Charles Chaumont, Paris, Pédone, 1984, 595 p.

Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux, Avant-propos de Joe VERHOEVEN, Bruxelles, Bruylant, Bibliothèque de la Faculté de droit de l'U.C.L., 1993, XXIII et 659 p.

PETTITI, Louis-Edmond, DECAUX, Emmanuel, IMBERT, Pierre-Henri sous la direction de), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1995, XI et 1230 p.

PERELMAN, Chaïm (sous la direction de), *La règle de droit*, Avant-propos de Chaïm PERELMAN, Travaux du C.N.R.L., Bruxelles, Bruylant, 1971, 326 p.

— (sous la direction de), *Le problème des lacunes en droit*, Travaux du C.N.R.L., Bruxelles, Bruylant, 1968, 554 p.

PERELMAN, Chaïm et FORIERS, Paul (sous la direction de), *La motivation des décisions de justice*, Avant-propos de Chaïm PERELMAN, Travaux du C.N.R.L., Bruxelles, Bruylant, 1978, 428 p.

— (sous la direction de), *Les présomptions et les fictions en droit*, Travaux du C.N.R.L., Bruxelles, Bruylant, 1974, 350 p.

— (sous la direction de), *La preuve en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1981, 366 p.

PERELMAN, Chaïm, et VANDER ELST, Raymond (sous la direction de), *Les notions à contenu variable en droit*, Avant-propos de Chaïm PERELMAN, Travaux du C.N.R.L., Bruxelles, Bruylant, 1984, 377 p.

Réalités du droit international contemporain, vol. 1, Force obligatoire et sujets de droit (Actes des seconde et troisième rencontres de Reims, 23 et 24 juin 1974, 8 et 9 novembre 1975), Reims, Publications du Centre d'études des relations internationales, Faculté de Droit de Reims, 2e tirage, 1980, 278 p.

Réalités du droit international contemporain, vol. 2, La relation du droit international avec la structure économique et sociales (Actes de la quatrième rencontre de Reims, 15 et 16 octobre 1977), Reims, Publications du Centre d'études des relations internationales, Faculté de Droit de Reims, 1981, 137 p.

Réalités du droit international contemporain, vol. 3, Discours juridique et pouvoir dans les relations internationales : l'exemple des sujets de droit (Actes de la cinquième rencontre de Reims, 28 et 29 juin 1980), Reims, Publications du Centre d'études des relations internationales, Faculté de Droit de Reims, 1978, 134 p.

Réalités du droit international contemporain, Les rapports entre l'objet et la méthode en droit international (Actes de la huitième rencontre de Reims, 27-28 mai 1989), Reims, Presses universitaires de Reims (Université de Reims Champagne-Ardenne), Publications du Centre d'études des relations internationales, Faculté de Droit et Science Politique de Reims, 1991, 134 p.

Revue trimestrielle des droits de l'homme, 2e année, n° 5, n° spécial, Le délai raisonnable, 1er janvier 1991, 160 p.

WEYEMBERG, Maurice et HOTTOIS, Gilbert (sous la direction de), *Richard Rorty. Ambiguïtés et limites du postmodernisme*, Paris, Librairie philosophique J. Vrin, coll. pour demain, 1994, 318 p.

IMPRIMÉ EN BELGIQUE

ETABLISSEMENTS EMILE BRUYLANT, société anonyme, Bruxelles
Prés.-Dir. gén. : JEAN VANDEVELD, av. W. Churchill, 221, 1180 Bruxelles