

PEUT-ON « MIEUX LÉGIFÉRER » EN DROIT INTERNATIONAL ?

Romain LE BŒUF¹

Résumé

Les objectifs qui animent le projet « Mieux légiférer » de l'Union européenne ne sont pas inconnus du droit international. Au contraire, de nombreux efforts ont été menés par les États et les organisations internationales dans le but d'améliorer les modes de création du droit international et d'assurer à la fois une meilleure efficacité et une plus grande effectivité à ses dispositions. Cependant, certains caractères propres à la discipline font obstacle à une réception du projet tel qu'il est aujourd'hui conçu par les institutions européennes. La présente contribution a pour objet d'identifier ces difficultés et de s'interroger sur la manière dont l'Union – en tant qu'association d'États – peut parvenir à les surmonter.

Abstract

The “Better Law Making” agreement reached by the European Union in 2016 relies on some principles and aims which are not unknown in international law. States and international organisations have conducted strong efforts to improve normative processes and to ensure a better efficiency to international rules. Some characteristic inherent to the international law nevertheless restrain the ability of this European project to be fully endorsed. This article focuses on those constraints and on the way the European Union can handle them.

« La régénération du droit international n'est possible que suivant les données historiques. En proposant des réformes, il faudra se garder de toute illusion, il faudra se laisser guider par la réalité et par la consultation du passé. Les illusions peuvent charmer, mais elles conduisent souvent à la déception cruelle de leurs apôtres dévoués. »

J. DE LOUTER²

¹ Professeur de droit public, Aix Marseille Univ, Université de Toulon, Univ Pau & Pays Adour, CNRS, DICE, CERIC, Aix-en-Provence, France.
² « La crise du droit international », *RGDIP*, 1919, p. 91.

Les aspirations à mieux légiférer ne sont assurément pas spécifiques au droit de l'Union européenne. La préoccupation est ancienne et partagée par les divers ordres juridiques. Les termes peu amènes du Président du Conseil constitutionnel, dans son discours de clôture d'un colloque consacré en 2014 à cette question en droit français, témoignent même d'une forme de lassitude par rapport à cet enjeu : il en irait de ces questionnements « comme des saisons ou des fleurs. Ils reviennent avec régularité »³. Il est vrai que la doctrine française s'est fortement intéressée, ces dernières années, au thème de la « qualité de la loi »⁴. Le choix du Conseil d'État de consacrer son étude annuelle de 2016 à la simplification et à la qualité du droit témoigne encore du caractère toujours pressant de ce sujet⁵. Par contraste avec ce double engouement des droits internes et du droit européen, on peut avoir le sentiment que la doctrine internationaliste s'est peu souciée de ces enjeux. Pourtant, l'idée de transposer au droit international les problématiques du « Mieux légiférer » paraît s'imposer d'évidence tant le droit international se voit reprocher – plus que tout autre peut-être – un fonctionnement archaïque, lent, peu apte à parvenir à des décisions et moins encore à en assurer la mise en œuvre. Pour le dire de façon abrupte, le droit international constitue sans doute, à bien des égards, l'antithèse du « Mieux légiférer » tel qu'il est promu par les institutions de l'Union européenne. En réalité, la désaffection de la doctrine par rapport à ces questions n'est qu'apparente. Les internationalistes se sont de longue date intéressés à des problématiques qui recourent pour une très large part les objectifs du « Mieux légiférer ». Les travaux portant sur les modes de création du droit et ceux touchant à l'effectivité des règles adoptées sont légion. Les différences qui opposent de ce point de vue les études menées en droit international à celles conduites en droits internes et européen tiennent moins à l'existence des questions qu'à la nature et à la portée des réponses qui y sont apportées. L'idée de réforme est, il faut l'admettre, plutôt étrangère à la pensée internationaliste⁶. Cette réticence résulte sans doute, pour une part, des propensions conservatrices de la doctrine – pour ne pas dire d'une forme d'aveuglement face au changement⁷. Cependant, et de façon plus fondamentale, cette posture prudente de la doctrine résulte également d'un certain nombre de contraintes structurelles qui rendent en réalité l'idée même d'une transformation significative de la matière difficilement envisageable. Le processus évolutif – sans être absent, tant s'en faut – est à la fois plus diffus et plus « progressif »⁸.

3 *Mieux légiférer*, Colloque organisé à l'initiative du Président de l'Assemblée nationale, tenu à l'Hôtel de Lassay le 28 novembre 2014, actes publiés en supplément à *JCP G.*, 2015, n° 14. L'auteur poursuit en soulignant que si cette régularité « est heureuse s'il s'agit de voir réapparaître les bourgeons ; elle est plus lassante quand il s'agit de réfléchir à la médiocrité de la loi. Au sentiment de déjà-vu, s'ajoute celui qu'on peut difficilement remédier à la situation ».

4 V. p. ex. dans la période récente : P. ALBERTINI (éd.), *La qualité de la loi : expériences française et européenne – actes du colloque organisé par le CUREJ à la Faculté de droit, sciences économiques et gestion de l'université de Rouen les 13 et 14 novembre 2014*, Mare & Martin, Paris, 2015, 312 p. ; P. RRAPI, *L'accessibilité et l'intelligibilité de la loi en droit constitutionnel – Étude du discours sur la « qualité de la loi »*, Paris, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèse, n° 137, 2014, 280 p. ; V. aussi les actes du colloque organisé en mai 2013 par l'Institut d'études politiques de Paris sur le thème de « La qualité de la loi », *Revue juridique Thémis*, n° 48-1, 2014, p. 185-277.

5 Conseil d'État, *Étude annuelle 2016 – Simplification et qualité du droit*, coll. Les rapports du Conseil d'État, La documentation française, Paris, 256 p.

6 V. en ce sens M. KOSKENNIEMI, « Repetition as Reform : Georges ABI-SAAB Cours général de droit international public », *EJIL*, vol. 9, 1998, p. 405-411. L'idée de changement n'est néanmoins pas entièrement absente : v. en ce sens et à différentes périodes A. PELLET, « L'adaptation du droit international aux besoins changeants de la société internationale – conférence inaugurale de la session de droit international public », *RCADI*, t. 329, 2007, p. 9-48 ; Ph. CAHIER, « Changements et continuité du droit international : cours général de droit international public », *RCADI*, t. 195, 1985 ; J. KUNZ, « La crise et les transformations du droit des gens », *RCADI*, t. 88, 1955, p. 1-104.

7 Pour un aveu en ce sens, v. A. PELLET, « L'adaptation du droit international aux besoins changeants de la société internationale – conférence inaugurale de la session de droit international public », *RCADI*, t. 329, 2007, p. 17-18.

8 Cette idée de « développement progressif du droit international » figure expressément dans la Charte des Nations, parmi les missions dévolues à l'Assemblée générale (art. 13, par. 1, *lit. a.*).

Ces contraintes particulières imposent au renouvellement du droit international un cheminement qui lui est propre et qui rend délicate la réception en droit international des trop explicites débats nationaux et européens relatifs au « Mieux légiférer ». Assurément, cette divergence de méthodes n'exclut pas l'existence, au fond, d'un certain nombre de préoccupations communes. Il ne faut, d'ailleurs, pas méconnaître les démarches entreprises au niveau international pour améliorer les conditions de production et d'application du droit, à la lumière de certains objectifs qui s'apparentent à ceux du « Mieux légiférer » (1). Cependant, ces efforts ne peuvent que se heurter à un ensemble d'obstacles inhérents à la structure de l'ordre juridique international (2).

1) Les efforts internationaux en faveur du « Mieux légiférer »

La question du « Mieux légiférer » peut être envisagée à un double point de vue en droit international. D'un côté, on peut envisager le droit international comme un moyen pour les États de mieux légiférer dans leurs droits internes respectifs. De l'autre, il faut apprécier, de façon plus spécifique, les efforts menés par les acteurs internationaux en vue d'améliorer les conditions de fonctionnement du droit international lui-même. Il convient donc de distinguer les tentatives de mieux légiférer *par* le droit international (1.1) de celles destinées à mieux légiférer *en* droit international (1.2).

1.1 Les tentatives de mieux légiférer par le droit international

Le développement des rapports internationaux a sans doute, par lui-même, profondément contribué aux réflexions des États en matière de légistique. Les rapports de coopération et de concurrence qui s'établissent entre des sociétés fondées sur des traditions juridiques différentes engagent nécessairement les États dans une démarche de comparaison de leurs dispositifs législatifs respectifs. De ce point de vue, l'internationalisation des rapports sociaux engendre par elle-même – de façon presque mécanique – une réflexion qualitative sur le droit, réflexion qui est au fondement de toute démarche tendant à mieux légiférer. Le droit international sert ainsi classiquement de moyen permettant d'harmoniser, à partir des expériences et des difficultés rencontrées par chaque État, le contenu des normes internes. De façon plus occasionnelle, le droit international détermine également, au-delà du seul contenu des normes internes, les procédures en vertu desquelles elles doivent être produites.

L'harmonisation du contenu des normes internes

Il n'y a pas lieu d'insister sur la fonction d'harmonisation des droits internes par le droit international. Sans aller jusqu'à admettre que cette fonction est inhérente au droit international – elle n'a longtemps été que très marginale –, elle est assurément devenue centrale avec la multiplication des conventions multilatérales sectorielles destinées à coordonner les politiques nationales dans différents domaines à partir de la seconde moitié du XIX^e siècle. Cette harmonisation peut résulter de considérations distinctes.

Dans la majeure partie des cas, il s'agit pour les États de prévenir ou de réagir au développement de certains comportements transnationaux que les droits internes ne sont pas, à eux seuls, en mesure de réguler. Le passage par le droit international est alors un moyen pour les États d'assurer l'adaptation de dispositifs nationaux condamnés, en l'absence de coordination internationale, à l'ineffectivité. Ce souci d'efficacité – parfois expressément mentionné dans le préambule des accords⁹ – permet alors de rattacher ce procédé à l'une des problématiques cardinales du « Mieux légiférer ». L'harmonisation des droits nationaux peut également viser – tout à l'inverse, – à encourager certains comportements, notamment en assurant l'accessibilité et l'intelligibilité du droit¹⁰, le cas échéant par la diminution ou la suppression de particularismes juridiques nationaux¹¹. Ce triple souci d'accessibilité, d'intelligibilité et d'encouragement aux activités économiques rencontre, là encore très nettement, les fondamentaux du « Mieux légiférer ».

Dans d'autres cas, le recours au droit international ne vise pas à répondre à des enjeux internationaux par nature, mais à identifier en commun un ensemble de bonnes pratiques permettant de répondre à des problèmes d'ordre purement interne, mais communs à plusieurs États. La détermination des règles internes les plus pertinentes fait alors l'objet de discussions au niveau international, éventuellement dans le cadre de commissions dont les travaux et études vont inspirer les règles qui seront ensuite édictées au niveau national par chaque État. On trouve un exemple de ce procédé dans la Convention de 1946 relative à la suppression de l'habitude de fumer l'opium : cette convention comporte un certain nombre de prescriptions destinées à limiter, sur un plan interne, la consommation de ce stupéfiant : monopole d'État, rationnement, âge minimum, prohibition de la vente à crédit, *etc.* Selon les termes du préambule de cette convention, ces diverses dispositions étaient établies par les parties contractantes à partir des « conclusions et suggestions de la Commission chargée par la Société des Nations de procéder à une enquête sur le contrôle de l'opium à fumer en Extrême-Orient »¹². De façon plus contemporaine, les multiples enquêtes et études confiées à des organisations internationales, telles que l'OCDE, sont autant de moyens pour les États de se concerter afin d'améliorer l'efficacité de leurs réglementations internes respectives dans divers secteurs, rencontrant ici encore les attentes du « Mieux légiférer ».

9 Convention internationale pour la répression de la circulation et du trafic des publications obscènes, conclue à Genève le 12 septembre 1923, *RTSDN*, vol. 27, p. 214 : les États parties s'affirment « [é]galement désireux de donner le plus d'efficacité possible à la répression de la circulation et du trafic des publications obscènes »

10 V. en ce sens la remarquable résolution de l'Institut de droit international comportant des *Propositions pour un accord international aux fins de l'institution d'un Comité international permanent pour faciliter aux gouvernements et aux citoyens de chaque pays la connaissance des lois actuellement en vigueur* (Résolution adoptée le 12 septembre 1885 par l'Institut, à l'occasion de sa session de Bruxelles).

11 C'est le cas, parmi de nombreux exemples, de la convention sur la circulation routière du 19 septembre 1949, dans laquelle les États se disent « désireux de favoriser le développement de la circulation routière internationale [...] en établissant des règles uniformes » (*RTNU*, vol. 125, p. 31).

12 Accord relatif à la suppression de l'habitude de fumer l'opium, conclu à Bangkok le 27 novembre 1931, *RTSDN*, vol. 177, 1937, p. 374, préambule.

L'amélioration des procédures normatives internes

Plus rarement, le droit international ne va pas seulement avoir pour but d'assurer la qualité substantielle des normes nationales, mais va également tendre à une amélioration des procédures de création et d'application du droit. Les exemples sont longtemps demeurés rares et les préconisations très générales. De façon très évasive, on pourra citer l'article 25 du Pacte international sur les droits civils et politiques, qui tend à imposer la démocratie comme forme de gouvernement, et donc comme mode de production du droit. Tout citoyen doit ainsi avoir « le droit et la possibilité [...] [d]e prendre part à la direction des affaires publiques, soit directement, soit par l'intermédiaire de représentants librement choisis ». L'Organisation des Nations unies s'est prononcée dans le même sens en incorporant dans ses Objectifs du millénaire une rubrique consacrée à la « bonne gouvernance », et qui appelle à « l'adoption dans tous les pays de processus politiques plus égalitaires, qui permettent la participation effective de tous les citoyens à la vie politique »¹³. Ces exigences très générales sont parfois complétées, sur un plan sectoriel, par quelques exigences plus spécifiques. Par exemple, dans le domaine commercial, les accords de Cotonou conditionnent certains avantages commerciaux à la réalisation, par les États bénéficiaires, de « réformes institutionnelles » fondées sur les idées de démocratie, de transparence et de bonne gouvernance¹⁴. Le développement des obligations internationales relatives à l'exigence préalable de réalisation d'études d'impact en amont de certaines actions étatiques contribue également à améliorer les modalités de prise de décision en droit interne. La Convention des Nations unies sur le droit de la mer prévoit ainsi l'obligation pour les États de procéder à une évaluation *a priori* des effets de leurs projets¹⁵ et de communiquer les résultats de cette évaluation à la communauté internationale¹⁶. Des telles obligations d'évaluation préalable sont aujourd'hui fréquentes en droit de l'environnement¹⁷.

Ces quelques initiatives au niveau universel rencontrent également un écho au niveau régional. Le Conseil de l'Europe a ainsi multiplié les instruments destinés à encadrer l'exercice du pouvoir politique dans les États membres, et donc en partie à favoriser certaines modalités de création du droit. Sans revenir sur la très classique promotion de la démocratie¹⁸, le Conseil de l'Europe a explicitement promu, en adoptant dès 1985 une Charte européenne de l'autonomie locale, un modèle de

13 Assemblée générale des Nations unies, Résolution 55/2, 8 septembre 2000, pt. 5.

14 Accord de partenariat entre les membres du groupe des États d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique, d'une part, et la Communauté européenne et ses États membres, d'autre part, signé à Cotonou le 23 juin 2000, *JOUE*, L. 317, 15 décembre 2000, p. ex. arts 1, 9 par. 3, 20 par. 1 et 33. De façon plus spécifique, on mentionnera également le domaine du rétablissement et de la consolidation de la paix, dans lequel le cadre politique interne est établi, de façon parfois très minutieuse, par un instrument de nature internationale. On se bornera à cet égard à rappeler que le cadre constitutionnel de la Bosnie-Herzégovine est défini par l'Annexe 4 à l'Accord-cadre pour la paix conclu en 1995 à Dayton. Cette annexe prévoit ainsi la répartition des compétences entre le gouvernement fédéral et les entités fédérées, la structure bicamérale de l'Assemblée parlementaire et les procédures applicables à l'adoption des lois, ainsi que la procédure applicable à l'adoption des actes du pouvoir exécutif.

15 Convention des Nations unies sur le droit de la Mer, signée à Montego Bay le 10 décembre 1982, art. 206 : « Lorsque des États ont de sérieuses raisons de penser que des activités envisagées relevant de leur juridiction ou de leur contrôle risquent d'entraîner une pollution importante ou des modifications considérables et nuisibles du milieu marin, ils évaluent, dans la mesure du possible, les effets potentiels de ces activités sur ce milieu ».

16 Convention des Nations unies sur le droit de la Mer, précit., art. 205 et 206. Dans sa récente sentence à propos du différend en Mer de Chine méridionale, le Tribunal a considéré que le simple fait pour un État de ne pas publier les résultats d'une étude d'impact environnemental suffit à constituer une violation de l'article 206 (*The South China Sea Arbitration (The Republic of Philippines v. The People's Republic of China)*, sentence du 12 juillet 2016, par. 991).

17 V. sur ces questions M. PRIEUR, « Instruments internationaux et évaluation environnementale de la biodiversité : enjeux et obstacles », *RJE*, 2011/5, p. 7-27 et E. NAIM-GESBERT, « L'étude d'impact écologique », *RJE*, 2015/4, vol. 40, p. 597-599.

18 V. p. ex. Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Résolution 1154 (1998), *Fonctionnement démocratique des Parlements nationaux*, adoptée le 20 avril 1998.

gouvernance fondé sur la décentralisation. La Charte énonce ainsi que « l'existence de collectivités locales investies de responsabilités effectives permet une administration à la fois *efficace* et *proche du citoyen* »¹⁹. Ce double souci d'efficacité et d'adéquation des politiques publiques aux besoins des administrés rejoint ici les préoccupations du « Mieux légiférer ».

L'OCDE a de la même façon institutionnalisé un programme portant sur la « coopération réglementaire »²⁰. Ce programme s'appuie sur un « Comité de la politique et de la réglementation [ayant] pour mandat d'aider les Membres et non-Membres à établir et renforcer leur capacité à œuvrer pour la qualité et l'adaptation de la réglementation »²¹. Le Conseil de l'OCDE a entériné les travaux du Comité en adoptant une recommandation qui, selon les termes du Président du Comité, « adresse aux pouvoirs publics des conseils quant au renforcement des institutions et à l'application d'outils de gestion de la réglementation »²². Cette recommandation « propose aussi des outils de mesure ou des points de référence concrets permettant aux pays d'évaluer leur aptitude à élaborer et à appliquer une réglementation de qualité »²³. D'une façon plus générale, la recommandation est destinée à servir « de base à un dialogue plus clair avec les Membres et les non-Membres sur les politiques, les pratiques et les institutions nécessaires à l'amélioration systémique de la qualité de la réglementation. Elle facilitera la mise en place de pratiques comparatives et, partout où les capacités actuelles sont limitées, servira de cadre à la formulation de conseils à l'intention des pays désireux d'améliorer leur gouvernance réglementaire »²⁴.

Ces différents cadres, adoptés dans des contextes très divers, traduisent tous l'émergence d'un ensemble de principes internationaux s'appliquant à la création des règles de droit au sein des États. Sans être rigoureusement homogènes, ces principes sont néanmoins convergents dans leurs lignes directrices et rejoignent les principales préoccupations du « Mieux légiférer ».

1.2 Les tentatives de mieux légiférer en droit international

Reste à déterminer dans quelles mesures ces préoccupations appliquées aux États demeurent pertinentes pour guider les conditions de l'élaboration du droit international lui-même. Il convient à cet égard de souligner que l'amélioration des conditions de production et de mise en œuvre du droit international est une aspiration constante, même s'il est vrai qu'elle n'a formellement donné lieu qu'à des initiatives limitées.

19 Charte européenne de l'autonomie locale, adoptée le 15 octobre 1985, préambule (nous soulignons). Cet engagement du Conseil de l'Europe en faveur de la décentralisation a connu une nouvelle impulsion, les 15 et 16 octobre 2007, de la part des ministres européens responsables des collectivités locales et régionales par la promotion d'une « Stratégie pour l'innovation et la bonne gouvernance au niveau local », formellement adoptée par le Comité des Ministres le 26 mars 2008. Dans le cadre d'un programme intitulé « Éloges », le Conseil de l'Europe remet également des prix de « bonne gouvernance » aux collectivités locales des États membres respectant les principes énoncés dans la stratégie de 2007 et tient régulièrement des conférences sur les « bonnes pratiques » au niveau des administrations locales, avec le projet de convertir ces pratiques en programmes de formations. Ce programme, s'il s'adresse en premier lieu aux États membres, cherche désormais à s'exporter, comme en témoigne la création du partenariat oriental. Sur ces programmes, v. le site internet du Conseil de l'Europe, sous les rubriques « Démocratie » et « Bonne gouvernance ».

20 V. les multiples rubriques dédiées à ce programme sur le site de l'OCDE [www.oecd.org/fr/gov/politique-reglementaire; lien valide au 7 avril 2017]

21 OCDE, *Recommandation du Conseil concernant la politique et la gouvernance réglementaires*, 2012, p. ii.

22 G. BANKS, « Avant-propos », in *Recommandation du Conseil concernant la politique et la gouvernance réglementaires*, précit., p. 2.

23 *Ibid.*

24 *Ibid.*

Une aspiration constante

Les problématiques du « Mieux légiférer » ne font certainement pas défaut en droit international. Les auteurs qui se sont intéressés à la matière s'en sont saisis de longue date. Dans son *Projet de paix perpétuelle*, Kant laisse déjà entrevoir des considérations relatives à la publicité des traités internationaux, estimant qu'« [u]n article secret dans les traités de droit public est objectivement, c'est-à-dire relativement à son contenu, une contradiction »²⁵. La doctrine juridique lui emboîtera d'ailleurs le pas à la fin du XIX^e siècle, l'Institut de droit international formant notamment dès 1885 un « Vœu concernant la publication des traités »²⁶ et proposant quelques années plus tard, en 1891, la constitution d'une « Union pour la publication des traités »²⁷ qui assurerait « une publication aussi universelle, aussi prompte et aussi uniforme que possible, des traités et conventions entre les États »²⁸. Il s'agit là de l'une des premières manifestations positives du souci de produire un droit international, sinon de meilleure qualité, du moins plus transparent et plus accessible. Cette exigence de publicité sera très vite incorporée au Pacte de la Société des Nations²⁹ et figure toujours, aujourd'hui, à l'article 102 de la Charte des Nations unies³⁰.

Dans un même ordre d'idées, l'énumération des sources du droit international dans le Statut de la Cour permanente de Justice internationale, aujourd'hui l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, peut être considérée comme une importante contribution à la prévisibilité du droit international. Les nombreux projets de codification du droit international coutumier témoignent encore de la volonté de substituer à l'incertitude d'une source obscure des principes à la fois accessibles et intelligibles³¹. Très spécifiquement, les travaux de la Commission du droit international relatifs à la codification du droit des traités³², aux actes unilatéraux des États³³ ou à l'identification de la

25 KANT, « Essai philosophique sur la paix perpétuelle – deuxième supplément » in *Éléments métaphysiques de la doctrine du droit*, trad. Jules BARNI, éd. Auguste Durand, Paris, p. 316.

26 Institut de droit international, *Vœu pour la publication des traités*, résolution adoptée le 11 septembre 1885 à l'occasion de la session de Bruxelles.

27 Institut de droit international, *Vœu concernant la formation d'une Union internationale pour la publication des traités*, résolution adoptée le 12 septembre 1891 à l'occasion de la session de Hambourg. L'Institut adoptera dès l'année suivante un projet de convention concernant la création de cette Union (projet adopté le 7 septembre 1892 à l'occasion de la session de Genève). Sur cette question, v. M. ROSTWOROWSKI, « L'Union internationale pour la publication des traités », *RGDIP*, 1894, p. 135 et s.

28 *Ibid.*

29 Pacte de la Société des Nations, article 18 : « Tout traité ou engagement international conclu à l'avenir par un membre de la Société devra être immédiatement enregistré par le secrétariat et publié par lui aussitôt que possible. Aucun de ces traités ou engagements internationaux ne sera obligatoire avant d'avoir été enregistré ».

30 Charte des Nations unies, art. 102 « 1. Tout traité ou accord international conclu par un Membre des Nations unies après l'entrée en vigueur de la présente Charte sera, le plus tôt possible, enregistré au Secrétariat et publié par lui. 2. Aucune partie à un traité ou accord international qui n'aura pas été enregistré conformément aux dispositions du paragraphe 1 du présent Article ne pourra invoquer ledit traité ou accord devant un organe de l'Organisation ».

31 Ce souci de codifier le droit international est ancien, ainsi qu'en témoigne déjà le manuel de M. BLUNTSCHLI, *Le droit international codifié*, trad. Par M. C. LARDY, éd. Guillaumin, Paris, 1874. Mentionnant déjà, quelques années auparavant, l'idée suggérée par Jeremy BENTHAM d'un « universal international code » (« Principles of International Law » in *The Works of Jeremy Bentham*», W. TAIT, Édimbourg, 1843, vol. II, p. 537). Pour une présentation générale des efforts de codification antérieurs à la création de la Commission du droit international en 1947, v. *La Commission du droit international et son œuvre*, Nations unies, New York, 2009, vol. I, spéc. p. 1-8.

32 La Commission s'est attachée à de nombreux aspects du régime des traités internationaux, qu'il s'agisse des traités entre États (le projet d'articles adopté en 1966 a donné naissance à la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités entre États) ou conclus par des organisations internationales (le projet adopté en 1982 donnera lieu à une convention en 1986). D'autres travaux portent sur des aspects plus spécifiques (réserves aux traités, 2011 ; effets des conflits armés, 2011), certains sujets étant toujours en cours (les accords et la pratique subséquentes en relation avec l'interprétation des traités, depuis 2008 ; l'application provisoire des traités, depuis 2012).

33 La Commission a adopté en 2006 une série de *Principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations juridiques* (*Ann. CDI*, 2006, vol. II (2)).

coutume³⁴ sont autant de démarches tendant à une rationalisation des modes de production des normes en droit international public³⁵. D'une façon plus indirecte, les efforts de « la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations »³⁶ tendent eux aussi à assurer une plus grande cohérence à ce « bric-à-brac » normatif qu'a longtemps pu être le droit international³⁷. Il existe donc sans aucun doute une véritable aspiration à mieux légiférer en droit international.

Des initiatives limitées

Cependant, les conséquences pratiques de cette aspiration à produire un droit international de meilleure qualité demeurent limitées. Ce n'est pas que les efforts font défaut.

Les organisations internationales s'attachent, chacune en ce qui la concerne, à améliorer les conditions de leur action. Si les bases de données informatisées des Nations unies ne renvoient pour l'heure aucune réponse en ce qui concerne l'expression « Mieux légiférer », la substance de cette préoccupation transparaît régulièrement dans les travaux de l'Organisation. Dès 1985, l'Assemblée générale des Nations unies adopte une résolution intitulée « Examen de l'efficacité du fonctionnement administratif et financier des Nations unies »³⁸, question qui restera inscrite de façon permanente à son ordre du jour sous des intitulés qui glisseront peu à peu, au fur et à mesure des résolutions, vers le souci de « revitalisation des travaux » de l'Assemblée³⁹. Les objectifs que se fixe l'Assemblée recourent assez largement ceux établis par l'Union européenne dans le cadre de son programme « Mieux légiférer ». La résolution 58/126 du 19 décembre 2003 – l'une des plus complètes et des plus ambitieuses en la matière – énonce ainsi la nécessité de « rationaliser davantage les méthodes de travail de l'Assemblée générale, afin qu'elle fonctionne avec plus d'efficacité et d'efficacités »⁴⁰, en adoptant des « résolutions [...] plus concises, mieux centrées et à finalité plus concrète »⁴¹ et en faisant en sorte que « les travaux et les décisions de l'Assemblée soient mieux diffusés »⁴². Plus généralement, l'Assemblée s'engage dans un processus d'évaluation devant lui permettre « de déterminer les pratiques optimales et les meilleures méthodes de travail »⁴³, tout en se donnant les moyens lui permettant d'assurer « l'application effective des résolutions adoptées »⁴⁴. Toutefois, le projet s'enlise assez vite dans les contradictions et l'Assemblée – tout en affirmant son souhait de concision et d'efficacité –

34 La Commission a inscrit en 2012 à son ordre du jour la question de l'*Identification du droit international coutumier*. Noter que l'article 24 du Statut de la Commission du droit international lui donne pour mission d'« examiner les moyens susceptibles de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier, par exemple la compilation et la publication de documents établissant la pratique des États et des décisions de juridiction nationales et internationales sur des questions de droit international, et [de faire] rapport à l'Assemblée générale sur ce sujet ». La Commission a remis son rapport à l'Assemblée générale dès 1950 (*Ann. CDI*, 1950, vol. II, p. 367 et s.).

35 Sur certaines analogies méthodologiques de la codification et du Mieux légiférer, v. *infra*, Partie 2.

36 Pour reprendre les termes de l'article 38 de la Cour internationale de Justice.

37 J. COMBACAU, « Le droit international : bric-à-brac ou système ? », *APD*, 1986, vol. 31, p. 85-105.

38 Assemblée générale des Nations unies, Résolution 40/237, 18 décembre 1985.

39 Assemblée générale des Nations unies, Résolution 70/305, 13 septembre 2016. V. précédemment la série des résolutions 41/213, 48/264, 52/12 B, 58/126, 58/316, 59/313, 60/286, 63/309, 67/297, 68/307 et 69/321.

40 Assemblée générale des Nations unies, Résolution 58/126, 13 janvier 2004, part. B.

41 *Ibid.*, part. B, pt. 6.

42 *Ibid.*, part. A, pt. 8.

43 *Ibid.*, part. B, pt. 8.

44 Assemblée générale des Nations unies, Résolution 59/313, 12 septembre 2015, pt. 1.

entasse les rapports sur la question⁴⁵, multiplie les résolutions⁴⁶ et souligne la nécessité « d'appliquer les résolutions relatives à la revitalisation de ses travaux »⁴⁷; celles-là mêmes qui avaient pour objet, précisément, d'assurer l'effectivité des décisions de l'organe. Les résultats pratiques des efforts consentis en vue d'améliorer la qualité de la norme au niveau de l'Organisation des Nations unies demeurent donc assez faibles⁴⁸.

Cependant, il faut ici encore faire état des travaux récemment entrepris dans le cadre de l'OCDE dans le domaine de la coopération réglementaire. L'OCDE a ainsi initié une large étude des modes de production du droit au sein des organisations internationales elles-mêmes. Il en est résulté un rapport, publié en 2016, intitulé *International Regulatory Co-operation – The Role of International Organisations in Fostering Better Rules of Globalisation*⁴⁹. Le rapport, établi à partir de l'analyse des travaux d'une cinquantaine d'organisations internationales, souligne d'emblée « *the diversity of international organisations involved in standard-setting and rule making* »⁵⁰, tout en mettant en exergue le caractère commun des objectifs de cet « *international rule making* »⁵¹ tourné vers l'« inclusivité », la « transparence », la « pertinence », l'« efficacité » et la « flexibilité »⁵². S'il est trop tôt pour tirer un bilan pratique de cette coopération réglementaire, il est néanmoins très net que le lexique employé recoupe l'essentiel des objectifs du « Mieux légiférer » promu par l'Union. Il existe donc un important travail réalisé à la fois au sein et entre les différentes organisations internationales, en vue d'améliorer la qualité des normes produites sur le plan international.

Pour autant, il importe de souligner que le produit de ces efforts demeure limité. Les démarches initiées par les organisations internationales sont entravées par des obstacles qui échappent, en réalité, à leur bonne volonté. De plus, il faut noter que les travaux de ces organisations demeurent confinés en leur sein et ne peuvent constituer des leviers efficaces en ce qui concerne les procédures normatives extérieures à ces organisations. Dans un cas comme dans l'autre, les États restent les maîtres dans l'élaboration du droit international. Or, leur activité diplomatique reste souvent déterminée – au moins en partie – par des considérations liées à leurs ordres juridiques nationaux, sinon à leurs stratégies de politique extérieure⁵³. La légistique internationale est donc assez largement prédéterminée par des considérations qui échappent à toute tentative de rationalisation. Il existe donc des obstacles structurels à la réception du « Mieux légiférer » dans l'ordre international.

45 V. de façon significative la Résolution 63/309 du 14 septembre 2009 : l'Assemblée y « [p] rend note avec satisfaction du rapport du Groupe de travail spécial sur la revitalisation de l'Assemblée générale » (pt. 1) et, dès le paragraphe suivant, « [d]écide de créer [...] un groupe de travail spécial sur la revitalisation de l'Assemblée générale » chargé de lui « présenter un rapport à ce sujet » dès la prochaine session (pt. 2).

46 V. le catalogue dressé par l'Assemblée dans sa résolution 63/309 : « Réaffirmant ses résolutions relatives à la revitalisation de ses travaux, notamment les résolutions 46/77 du 12 décembre 1991, 47/233 du 17 août 1993, 48/264 du 29 juillet 1994, 51/241 du 31 juillet 1997, 52/163 du 15 décembre 1997, 55/14 du 3 novembre 2000, 55/285 du 7 septembre 2001, 56/509 du 8 juillet 2002, 57/300 du 20 décembre 2002, 57/301 du 13 mars 2003, 58/126 du 19 décembre 2003, 58/316 du 1er juillet 2004, 59/313 du 12 septembre 2005, 60/286 du 8 septembre 2006, 61/292 du 2 août 2007 et 62/276 du 15 septembre 2008 ». Les résolutions les plus récentes se bornent à « Réaffirm[er] [...] toutes ses résolutions antérieures », énumérées en note de bas de page.

47 Assemblée générale des Nations unies, Résolution 63/309, précit., préambule.

48 Pour ce qui concerne les efforts de l'Organisation en ce qui concerne les procédures de conclusion des traités internationaux conclus sous ses auspices, v. *infra*, partie 2.

49 OCDE, *International Regulatory Co-operation – The Role of International Organisations in Fostering Better Rules of Globalisation*, OCDE Publishing, Paris, 2016, 220 p.

50 *Ibid.*, p. 3.

51 *Ibid.*

52 *Ibid.* (nous traduisons).

53 G. DE LACHARRIÈRE, *La politique juridique extérieure*, Economica, Paris, 1983, p. 5.

2) Les obstacles internationaux au « Mieux légiférer »

L'objectif consistant à transposer le « Mieux légiférer » en droit international se heurte à plusieurs obstacles, qui tiennent simultanément à l'idée de « mieux » et à celle de « légiférer ». Saisis dans le contexte du droit international, ces termes présentent une physionomie particulière liée, d'un côté, à la nature spécifique des sources du droit international (2.1) et, de l'autre côté, à l'ambiguïté axiologique inhérente à la discipline (2.2).

2.1 Les obstacles tenant à la nature des sources du droit international

La nature des sources du droit international fait doublement obstacle au projet consistant à « Mieux légiférer ». En premier lieu, il faut souligner que le droit international ne comporte pas de procédure permettant de produire des normes susceptibles d'être assimilées – même imparfaitement – à des normes légiférées. En second lieu, il faut insister sur le caractère très décentralisé de la matière, qui permet difficilement d'envisager une refonte d'ensemble en vue de rationaliser et de mettre en cohérence ses divers modes de création du droit.

L'absence de procédure permettant de légiférer en droit international

Le second des termes compris dans le syntagme « Mieux légiférer » renvoie à une terminologie qui est tout sauf neutre⁵⁴. En effet, et indépendamment de l'idée de progrès suggérée par le comparatif « mieux », l'emploi du verbe « légiférer » est déjà par lui-même porteur d'une certaine exigence qualitative. En effet, dire d'une norme qu'elle est une « norme légiférée », c'est en soi lui reconnaître un ensemble de propriétés – internes et externes – qui la distingue de normes résultant d'autres modes de création du droit. Car légiférer, ce n'est pas réglementer, ce n'est pas convenir, ce n'est pas constater ; bref, légiférer, ce n'est pas produire n'importe quel type de norme juridique. Légiférer, à en croire les dictionnaires, c'est « établir des lois », donc des normes de nature législative. Il ne s'agit pas, par cette observation, de s'engager dans une impossible définition de la loi et de ses propriétés intrinsèques. Il importe néanmoins de souligner que l'idée même d'un droit international permettant de « légiférer » soulève d'importantes interrogations quant à la nature de ce droit et quant à son rapport avec ses sujets. Pour prendre la mesure de la difficulté, il faut se souvenir ici du très classique débat – initié par John Austin⁵⁵ – relatif à l'aptitude au prétendu « droit international » à produire des normes *juridiques*, quelles qu'elles soient⁵⁶. Sans souscrire aux nombreux excès de l'argument, il est vrai que l'on est en droit d'être sceptiques quant à l'existence en droit international

54 L'utilisation du terme « légiférer » n'est pas seulement un accident de traduction. Les travaux menés par l'Union européenne oscillent régulièrement entre l'usage des expressions « Améliorer la réglementation » (en anglais : « Better regulation ») et « Mieux légiférer » (en anglais : « Better Law Making »). Or, c'est bien cette dernière expression qui apparaît dans l'intitulé du récent accord interinstitutionnel conclu entre le Parlement européen, le Conseil de l'Union européenne et la Commission le 12 mai 2016. L'idée de législation se retrouve également dans les autres versions linguistiques du texte.

55 J. AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined*, ed. J. Murray, Londres, 1832, spéc. p. 147-148 : « rules of this species, which are imposed by opinions current amongst nations, are usually styled the *law of nations* or *international law*. Now a law set or imposed by general opinion is a law improperly so called. It is styled a *law* or *rule* by an analogical extension of the term » (les italiques sont dans le texte).

56 Sur ce débat, v. très classiquement l'analyse de H. L. A. HART, *The Concept of Law*, 2^{de} édition, Clarendon Press, Oxford, 1994, p. 213-237.

de normes méritant l'appellation de « lois », et donc d'une activité consistant à « légiférer ». Cette carence, Michel Virally l'a souligné, ne tient pas à une quelconque infirmité de l'ordre international, mais à ses caractères propres⁵⁷. Tenons-nous en à cette idée, exprimée par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, de la loi comme « expression de la volonté générale »⁵⁸. Cette condition suffit à elle seule à disqualifier l'essentiel des sources du droit international. En ce qui concerne les sources mentionnées à l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, l'incompatibilité est évidente : le traité n'est pas l'expression d'une volonté générale et la coutume, pas plus que les principes généraux, ne consiste en l'*expression* d'une volonté, quelle qu'elle soit. En effet, il n'y a rien de général dans la technique conventionnelle. Du point de vue de son élaboration, la norme conventionnelle n'est pas, comme le voudrait Jean-Jacques Rousseau, le produit de « plusieurs hommes réunis [qui] se considèrent comme un seul corps [et] n'ont qu'une seule volonté »⁵⁹. La négociation diplomatique s'apparente beaucoup plus à ce que le philosophe tient pour l'antithèse du procédé législatif, c'est-à-dire à une synthèse d'« intérêts embrouillés, contradictoires avec le bien commun »⁶⁰. Pour le dire autrement, le traité n'est pas l'expression d'une volonté collective, mais le produit d'un simple faisceau de volontés individuelles concordantes. Le défaut de généralité de la technique conventionnelle se manifeste encore, passée la conclusion du traité, au stade de son application. Étroitement enserré dans les limites de l'adage *res inter alios acta*, codifié à l'article 34 de la Convention de Vienne, le traité ne lie que les parties sans produire aucun effet sur les tiers. La technique conventionnelle s'avère donc doublement incapable de sublimer la juxtaposition des volontés individuelles en une volonté générale. Elle ne saurait donc être une source permettant de légiférer en droit international.

Pour des motifs différents, la même conclusion s'impose en ce qui concerne la coutume et les principes généraux, qui ne traduisent de la part des États ni une « expression », ni une « volonté ». Sous toutes les réserves qu'imposent évidemment les théories réalistes de l'interprétation, coutumes et principes généraux reposent sur un acte de connaissance, et non sur un acte de volonté. Les sources mentionnées à l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, si elles permettent de produire des normes, ne permettent donc pas de légiférer. Si l'on s'extrait du cadre sans doute un peu archaïque de cet article, on découvre dans les actes unilatéraux des organisations internationales une source qui se prête à première vue beaucoup mieux à l'idée de « norme légiférée ». En effet, les actes des organisations internationales sont assurément des *manifestations* de volonté. Cette volonté revêt de plus un indubitable caractère général tant du point de vue de l'élaboration de l'acte que du point de vue de sa portée. En ce qui concerne leur mode de création, les actes unilatéraux sont imputés à l'organisation en tant que telle, et non à chacun de ses membres considérés individuellement. En ce qui concerne leur portée, les actes adoptés vaudront aussi bien pour les États ayant voté en faveur du texte que pour ceux qui s'y sont opposés. Il semble donc bien y avoir, cette fois,

57 M. VIRALLY, « Sur la prétendue "primitivité" du droit international » in *Le droit international en devenir – Essais écrits au fil des ans*, Puf, Paris, 1990, spéc. p. 98.

58 Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, art. 6.

59 J.-J. ROUSSEAU, « Du contrat social, ou principes du droit politique », M.-M. Rey, Paris, 1762, p. 179.

60 *Ibid.*, p. 180.

sublimation des volontés individuelles, non seulement en volonté collective, mais aussi en volonté générale (étant admis que l'acte ne vaut qu'à l'égard des États membres et que la généralité n'a donc qu'un caractère relatif). Cependant, cette conclusion est toute théorique, car elle fait l'économie de l'hétérogénéité des actes unilatéraux. Or, une approche plus précise conduit à remettre en cause le caractère « législatif » de l'immense majorité des actes adoptés par les organisations internationales. En effet, de très nombreux actes adoptés par les organisations internationales n'ont en réalité qu'une portée réduite à quelques destinataires. Ces actes ont alors le caractère de « décisions » nominatives et circonstanciées, mais ne peuvent prétendre à la qualité de « règles » générales et impersonnelles. Ainsi, notamment, de la majeure partie des résolutions du Conseil de sécurité des Nations unies, dont le pouvoir de décision est borné à l'examen d'une situation d'espèce⁶¹. À l'inverse, lorsqu'un organe international se voit accorder le pouvoir d'adopter des textes ayant une portée indiscutablement générale, ces textes sont dans l'immense majorité des cas dépourvus de toute normativité et ne revêtent plus le caractère contraignant qui s'attache classiquement à la loi. C'est le cas, toujours aux Nations unies, des résolutions de l'Assemblée générale : ces résolutions constituent pour les États membres de simples recommandations, dépourvues de caractère obligatoire⁶². Les actes unilatéraux des organisations internationales sont donc en pratique enfermés dans cette permanente oscillation entre le défaut de généralité et le défaut de normativité.

Cette oscillation n'est évidemment pas fortuite : elle traduit précisément la réticence des États à constituer un véritable pouvoir législatif au niveau international. Il est ainsi rarissime que les États s'entendent pour réunir entre les mains d'une instance corporative le pouvoir d'adopter des normes obligatoires de portée générale. Même s'il y a d'autres précédents, l'Union européenne demeure une singularité si l'on croise l'étendue de ses compétences à l'autorité normative de ses actes. Et l'on sait encore les réticences à revêtir ces actes du nom de « lois »⁶³. Le fait est que les États savent sans doute trop bien les enjeux qui s'attachent au pouvoir de légiférer. Ils en ont éprouvé les effets dans leurs ordres internes, et ils ont pu mesurer pleinement la subordination qui en est résultée pour leurs nationaux. On conçoit donc qu'ils soient peu enclins à se soumettre eux-mêmes à une telle prérogative.

L'impossibilité d'une réforme globale des modes de production normative

La diversité des sources et la pluralité des acteurs du droit international font ressortir une autre difficulté de la réception du projet consistant à « Mieux légiférer » en droit international. En effet, si l'idée d'une réforme destinée à mieux légiférer peut être envisagée dans le cadre restreint et relativement centralisé de l'Union européenne, elle paraît peu transposable à un ordre juridique

61 Les rares fois où le Conseil de sécurité s'est engagé dans l'édition d'obligations de portée véritablement générale – en matière de terrorisme notamment –, ses résolutions furent bien qualifiées de « législatives » par la doctrine (V. notamment la très explicite qualification de ce pouvoir par P. KLEIN, « Le Conseil de sécurité et la lutte contre le terrorisme : dans l'exercice de pouvoirs toujours plus grands », *Revue québécoise de droit international*, hors série, 2007, p. 138). Ces décisions furent surtout très fermement dénoncées comme ayant été adoptées *ultra vires* (V. notamment L. CONDORELLI, « Le pouvoir législatif du Conseil de sécurité des Nations unies vu à la "loupe Salmon" » in *Droit du pouvoir, pouvoir du droit – mélanges offerts à Jean SALMON*, Bruylant, Bruxelles, 2007, p. 1229-1239).

62 Charte des Nations unies, arts. 10 à 14.

63 On se souvient que le projet de traité établissant une constitution pour l'Europe avait consacré, en remplacement des classiques « règlements » et « directives », des « lois » et des « lois-cadres » européennes (art. I-33). Ce changement de terminologie n'a pas survécu au traité de Lisbonne.

international à la fois beaucoup plus étendu, beaucoup plus diffus et beaucoup moins homogène. Il s'agit ici de prendre acte aussi bien de la pluralité des régimes composant le droit international que de leur caractère supplétif.

La pluralité des régimes internationaux rend illusoire toute initiative qui consisterait à rechercher une amélioration d'ensemble des modes de production du droit international. En ce qui concerne les conventions internationales – et exception faite des quelques grandes conventions multilatérales conclues sous les auspices des Nations unies⁶⁴ – les méthodes de négociations relèvent pour l'essentiel de discussions *ad hoc* entre les services diplomatiques des États concernés, seulement guidées par leurs traditions respectives et les exigences du moment⁶⁵. Il faut d'ailleurs remarquer que cette phase d'élaboration du texte conventionnel est pudiquement éclipsée par la Convention de Vienne, qui saute du constat des pleins pouvoirs des représentants étatiques⁶⁶ à l'adoption définitive d'un texte déjà établi⁶⁷. La Commission du droit international, en codifiant le droit des traités, a donc renoncé à toute tentative d'harmonisation des procédures de discussion du texte. Le même raisonnement vaut en ce qui concerne les processus décisionnels des organisations internationales : ces processus diffèrent d'une organisation à l'autre, et les évolutions souhaitées ne peuvent s'opérer que par la modification successive d'une infinité de traités constitutifs régissant des organisations si diverses qu'il paraît non seulement peu vraisemblable, mais aussi peu opportun, de prétendre les soumettre à une rationalité commune⁶⁸.

Le caractère essentiellement supplétif du droit international limite quant à lui l'efficacité des dispositifs d'harmonisation les plus ambitieux. En effet, les États demeurent à tout moment libres de prendre leurs distances par rapport aux modèles proposés. L'exemple de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités est ici encore significatif. La codification de la procédure conventionnelle se présente aux États beaucoup plus comme une ressource que comme une contrainte. Ses dispositions prévoient souvent de façon expresse la possibilité pour les parties de convenir de mécanismes autres que ceux prévus par le codificateur⁶⁹ ; celles qui ne prévoient pas une telle faculté ne sont d'ailleurs en réalité pas davantage à l'abri d'un aménagement consensuel.

La structure même du droit international n'autorise donc que des évolutions en pointillés, initiées par certains États ou certaines organisations dans certains contextes. Le « Mieux légiférer »

64 Il convient également de relever la démarche entreprise par l'Assemblée générale, à la fin des années 1970, en vue du « Réexamen du processus d'établissement des traités multilatéraux ». Initiée par la résolution 32/49 du 8 décembre 1977, la démarche se proposait d'évaluer l'efficacité et la pertinence des procédures appliquées par l'Organisation des Nations unies dans la formulation des textes multilatéraux, afin d'améliorer ces procédures ». Cette évaluation, reconduite par les résolutions 36/112 (10 décembre 1981) et 39/90 (13 décembre 1984), donnera lieu à un rapport du Secrétaire général de l'organisation ainsi qu'à de nombreuses communications des États membres, ainsi que de la Commission du droit international (V. le document de synthèse *Review of the Multilateral Treaty-Making Process*, publié en 1985 sous la côte ST/LEG/SER.B/21).

65 Pour un aperçu de ces enjeux, v. A. PLANTEY, *La négociation internationale au XXI^e siècle*, CNRS Éditions, Paris, 2002, spéc. p. 256-267 et 641-651.

66 Convention de Vienne sur le droit des traités entre États, 1969, art 7.

67 *Ibid.*, art. 9. L'article 8 envisage quant à lui la question de la confirmation par l'État des actes accomplis par des personnes non habilitées à le représenter.

68 Sur la possibilité et les moyens d'une réforme d'ensemble des institutions internationale, v. le très idéaliste article de B. S. CHIMNI, *International Institutions Today - An Imperial Global State in the Making*, *EJIL*, vol. 15, n° 1, 2004, spéc. p. 36-37.

69 V. la récurrence dans la Convention de l'expression « à moins que le traité n'en dispose autrement » (p. ex. les articles 20 à 22, relatifs au régime des réserves).

ne saurait donc avoir en droit international général les mêmes ambitions que celles affichées en droit de l'Union européenne. Les difficultés ne sont d'ailleurs pas seulement d'ordre technique. Sur un plan politique, l'Union peut se prévaloir d'une assez forte cohérence axiologique, de nature à imprimer une orientation aux évolutions envisagées. Or, cette cohérence fait essentiellement défaut en droit international général.

2.2 Les obstacles tenant à l'ambiguïté axiologique du droit international

L'idée même de « mieux » légiférer présuppose l'existence d'un ensemble de valeurs partagées, qui permet d'assigner un sens aux transformations des modes de production normative. Il importe alors de souligner combien les tensions qui parcourent la société internationale rendent hypothétique une conception univoque de l'amélioration des techniques juridiques. L'expression « Mieux légiférer » présente alors un risque : celui d'occulter, par une formulation consensuelle, le caractère à la fois idéologique et contingent des solutions préconisées.

L'hypothèse d'un « mieux » univoque

L'adverbe « mieux » ne pose que peu de difficultés lorsque l'on cherche à l'appréhender dans un cadre axiologique clair. On concevra ainsi généralement assez bien ce que peut recouvrir l'idée de « Mieux légiférer » au sein d'une organisation politique reposant sur des valeurs démocratiques. Tout le discours contemporain de la doctrine française sur la qualité de la loi repose ainsi sur un « idéal législatif »⁷⁰ très majoritairement partagé⁷¹. L'amélioration de la qualité de la loi passera alors notamment par une meilleure association des citoyens au processus de création de la norme et une meilleure accessibilité du droit existant.

En revanche, l'idée de « mieux » légiférer n'a plus de contenu évident dès lors que l'on essaie de la saisir dans un cadre axiologique ambigu, comme l'est celui du droit international. En effet, il n'existe pas – tant s'en faut – d'aspiration démocratique unanime en droit international. Il ne s'agit pas seulement, par cette remarque, de tracer une ligne entre les États démocratiques et les autres. En réalité, les grandes démocraties elles-mêmes sont les premières garantes de processus normatifs respectueux de leur souveraineté. Les procédés de la diplomatie internationale ne comportent aucune des exigences qui sont celles associées à la démocratie en droit interne : la convention de Vienne, notamment, n'instaure aucune obligation de transparence des négociations, ne prescrit aucune association – même minimale – des parlements nationaux et ne tire pour ainsi dire aucune conséquence d'une violation des règles internes de l'État de droit lors de la conclusion d'un traité⁷².

70 V. MARINESE, *L'idéal législatif du Conseil constitutionnel – Études sur les qualités de la loi*, thèse, Nanterre, 2007, 581 p.

71 Ce qui ne doit certainement pas conduire à occulter le caractère contingent et évolutif de cet idéal. Jean-Marie CARBASSE rappelle à cet égard la mutation qui s'est opérée en France lors de la période révolutionnaire : « [c]'est contre cette chatoyante diversité, héritée d'une longue histoire, que l'esprit philosophique du XVIII^e siècle s'est acharné. La raison se dresse alors contre l'histoire, rejette le multiple, exige l'un et l'uniforme [...]. Du point de vue technique, le nouvel idéal législatif culmine dans l'idée de Code, désormais défini comme législation systématique, nouvelle, exhaustive » (J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit*, Puf, Paris, Que sais-je ?, p. 97-98).

72 V. seulement le très restrictif article 46 : « 1. Le fait que le consentement d'un État à être lié par un traité a été exprimé en violation d'une disposition de son droit interne concernant la compétence pour conclure des traités ne peut être invoqué par cet État comme viciant son consentement, à moins que cette violation n'ait été manifeste et ne concerne une règle de son droit interne d'importance fondamentale.

La démocratie – pas plus qu’aucune autre valeur d’ailleurs – ne peut donc servir de compas universel permettant d’attribuer un sens univoque à l’idée de « mieux » légiférer : l’intelligibilité de la norme se heurte aux intérêts divergents des négociateurs et au rôle fondamental de l’ambiguïté – plus ou moins constructive – dans la conclusion des accords internationaux. L’efficacité, l’effectivité et l’efficacités sont elles-mêmes suspectes, en ce qu’elles accentuent les contraintes que fait peser le droit international sur la souveraineté des États. Pour autant, on ne saurait davantage élever de façon univoque cette souveraineté au rang de paradigme méthodologique indiscuté dans les conférences internationales. Si les États tendent à privilégier des modes de création et d’application du droit respectueux de leur indépendance et de leur égalité, cette propension est contrebalancée par leur souci d’universaliser certaines valeurs ou certains intérêts, y compris en surmontant les oppositions des États réticents. Cette tension entre souveraineté et universalité est permanente. La Cour internationale de Justice en avait déjà fait un élément structurant du régime des traités internationaux dans son avis de 1951 relatif aux *Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*⁷³. La lecture des travaux préparatoires à l’adoption de la Convention de Vienne, en 1969, illustre pleinement la manière dont les propositions formulées par la Commission du droit international ont le plus souvent fait l’objet de propositions d’améliorations contradictoires selon que les États auteurs des amendements étaient guidés par le souci de préservation de leur volonté souveraine ou par celui de promotion des intérêts collectifs. Les discussions ayant précédé l’adoption de l’article 9 de la Convention rendent compte de ces contradictions. Le second paragraphe de cet article se lit ainsi : « [l]’adoption du texte d’un traité lors d’une conférence internationale s’effectue à la majorité des deux tiers des États votants ». Cette disposition, qui permet d’adopter un texte conventionnel contre l’avis d’une minorité d’États, constitue donc une dérogation à la règle de l’unanimité qui prévaut ordinairement dans les rapports interétatiques⁷⁴. Cette dérogation à la règle de l’unanimité peut faire l’objet de deux lectures très différentes selon que l’on se place du point de vue de la souveraineté des États participants ou de l’intérêt commun qui s’attache au succès de la négociation. Le commentaire de cette disposition par la Commission du droit international laisse nettement entrevoir les positions contraires qui se sont exprimées lors des travaux de codification entre les membres soucieux de protéger les États minoritaires et ceux attentifs à la bonne marche des négociations⁷⁵. Ces vues divergentes seront reprises par les États lors de la Conférence de Vienne de 1969. Plusieurs États, parmi lesquels la France, chercheront à modifier le texte proposé par la Commission en réduisant la portée de l’exception⁷⁶. D’autres, comme l’Italie, s’interrogeront plus largement sur

2. Une violation est manifeste si elle est objectivement évidente pour tout État se comportant en la matière conformément à la pratique habituelle et de bonne foi ». Sur la genèse et la portée de cet article, v. J. HOSTERT. « Droit international et droit interne dans la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969 », *AFDI*, vol. 15, 1969, spéc. p. 92-121.

73 *Réserves à la Convention sur le Génocide*, avis consultatif du 28 mai 1951, *CIJ Recueil* 1951, spéc. p. 21-24.

74 Sur cette hypothèse de l’émergence d’un « phénomène majoritaire » en droit international, v. P.M. DUPUY et Y. KERBRAT, *Droit international public*, 3^e éd., Dalloz, Paris, 2016, p. 408.

75 Commentaire du projet d’articles sur le droit des traités entre États, *Ann. CDI*, 1966, vol. II, p. 211-212.

76 L’amendement français ne portait pas, il est vrai, sur le principe même de l’adoption majoritaire, mais sur l’exclusion de ce principe pour les traités multilatéraux restreints (V. l’intervention de M. VIRALLY, représentant de la France, lors de la 15^e séance de la Commission plénière de la Conférence de Vienne, le 5 avril 1968, in Conférence des Nations unies sur le droit des traités, *Première session, Vienne, 26 mars – 24 mai 1968 : documents officiels, comptes rendus analytiques des séances plénières et des séances de la Commission plénière*, éd. Nations unies, New York, 1969, p. 87-88, par. 2-3.

la nécessité même de déroger au principe de l'acceptation unanime⁷⁷. Pour ces États, l'amélioration du texte était à rechercher dans une meilleure protection de la volonté propre de chaque partie. À l'autre extrémité, d'autres États, comme la Suisse, jugèrent la majorité qualifiée des deux tiers regrettamment protectrice d'intérêts minoritaires⁷⁸. Pour ces États, l'amélioration de la procédure était à rechercher dans la promotion du principe majoritaire. En définitive, la majorité qualifiée des trois cinquièmes constitue donc un moyen terme entre le principe classique de l'unanimité – respectueux de la souveraineté étatique – et le principe de la simple majorité – favorable à l'extension du droit international. La règle consacrée n'a donc rien d'un idéal : elle fait au contraire figure de compromis chancelant entre deux idéaux opposés. On pourrait conduire le même raisonnement à partir de la question des réserves ou des modalités de vote dans les organisations internationales, le résultat demeurerait le même : la question du « mieux » est indépassable tant qu'il n'existe pas de compas commun permettant de fixer un cap aux améliorations attendues⁷⁹.

De ce point de vue, il semble que le droit de l'Union se ressente encore de ses origines internationales. Certes, les États membres ont fermement établi, dans le préambule des traités constitutifs de l'Union, le cap d'une démocratie allant sans cesse vers une union plus étroite entre les peuples. Toutefois, il est patent que cette affirmation textuelle n'a pas levé l'ambiguïté axiologique sur laquelle est bâtie l'organisation, qui oscille en permanence entre l'autonomie communautaire, la démocratie citoyenne et la souveraineté étatique. La notion de « mieux » se pose alors nécessairement comme une question, puisque les différentes composantes de l'Union n'envisagent pas les améliorations à la lumière des mêmes attentes. Les tractations d'apothicaires lors des discussions relatives à la détermination des règles de la majorité qualifiée ou la question du nombre de commissaires ne sont à cet égard que deux illustrations saillantes de la lutte qui prend place entre les valeurs divergentes qui sont au fondement de cette association démocratique d'États souverains. Cette tension originelle implique là encore de résister à la tentation d'un mieux univoque – qu'il soit démocratique, fédéral ou souverainiste. Cette univocité serait par elle-même la négation de la dynamique du projet européen⁸⁰.

77 Intervention de M. MARESCA, représentant de l'Italie, in Conférence des Nations unies sur le droit des traités, précit. p. 89, par. 22 : « la règle de l'unanimité est celle qui doit régir l'adoption des traités bilatéraux et [...] elle pourrait également convenir pour les traités conclus entre un grand nombre de parties ». Le représentant italien n'accepte en définitive l'article discuté qu'au regard du fait que « la règle de l'unanimité donnerait à chaque partie le droit de veto ».

78 Intervention de M. BINDSCHEDLER, représentant de la Suisse, in Conférence des Nations unies sur le droit des traités, précit., p. 89, par. 18 : « Étant donné que la règle de la majorité des deux tiers permet à une minorité de paralyser l'adoption d'un traité, M. BINDSCHEDLER est d'avis que la règle de la majorité simple serait plus pratique, mais la communauté internationale n'est manifestement pas prête à adopter une telle règle ».

79 V. dans le même sens, à propos du rôle dévolu par les États aux Nations unies dans la création du droit international, M. H. ARSANJANI, *The United Nations and International Law-Making*, RCADI, t. 362, 2012, spéc. p. 17 et s.

80 L'accord interinstitutionnel 13 avril 2016 traduit d'ailleurs une nette conscience de cette pluralité d'enjeux de la part des institutions de l'Union. Le texte explicite à cet égard l'attachement de chaque institution à la « méthode communautaire », définie simultanément par référence à la « légitimité démocratique » et à la « subsidiarité ».

Les risques d'une idéologie qui ne dit pas son nom

Au regard de ces contradictions, le projet consistant à « Mieux légiférer » appelle, sinon des observations critiques, du moins certaines mises en garde. D'autant plus, d'ailleurs, qu'il est formulé en des termes consensuels qui inhibent *a priori* toute possibilité de désaccord : comment s'opposer à l'idée consistant à mieux légiférer ? Cependant, cette évidence n'est que de façade et occulte ce qu'un tel projet peut comporter d'illusoire et de pernicieux. La démarche est illusoire si elle présume l'existence d'un consensus quant aux transformations à opérer ou l'existence d'un « mieux » objectif dont il suffirait de tirer les conséquences nécessaires. Elle est pernicieuse, aussi, en ce que le projet consiste en pratique à hisser au rang de vérités méthodologiques les valeurs de ceux qui le promeuvent⁸¹. La récurrence des références aux besoins des entreprises – alternativement placées à égalité avec les citoyens⁸² et avec la société dans son ensemble⁸³ – inscrivent nettement les théories du « Mieux légiférer » dans une pensée d'ordre libéral⁸⁴. Cela, assurément, ne suffit pas à discréditer le projet. Cependant, cette dimension profondément idéologique du « Mieux légiférer » est voilée par le recours à une expression consensuelle qui ne peut qu'emporter l'adhésion. Cette critique a été nettement formulée par Olivier Corten à propos du processus de codification du droit international coutumier. Classiquement présenté sous le jour d'une simple « opération de conversion »⁸⁵ de règles coutumières en règles écrites, le processus de codification n'en comporte pas moins une importante dimension « idéologique » (idéologie par ailleurs assez proche de celle véhiculée par le Mieux légiférer⁸⁶) qui ne saurait être niée au prétexte du prétendu caractère objectif de la méthode employée⁸⁷.

Ainsi conçu, le projet consistant à « Mieux légiférer » est potentiellement porteur d'un double danger. Le premier, d'ordre pratique, est celui de l'invocation instrumentale par les États d'un prétendu « mieux objectif », qui ne serait en réalité rien d'autre que l'expression de leurs aspirations propres, sinon de leurs intérêts bien compris⁸⁸. Le second danger, d'ordre épistémologique, consiste

81 Oliver CORTEN dénonce de façon analogue, à propos de la codification du droit international, un procédé « présentant comme objectives et universelles des règles qui ont été décidées par un organe composé d'à peine quinze membres » (O. CORTEN, « Les aspects idéologiques de la codification du droit international » in *Le Code Napoléon, un ancêtre vénéré ? Mélanges offerts à Jacques VANDERLINDEN*, Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 519). Sur les hésitations et divergences quant à la nature et aux fonctions de la codification en droit international, v. également A. MAHIOU, « Rapport général » in Société française pour le droit international, *La codification du droit international – Actes du colloque d'Aix-en-Provence*, Pedone, Paris, 1999, p. 41 et s.

82 Le site internet du Conseil dédié au programme « Mieux légiférer » prévoit une amélioration de la réglementation opérée « en simplifiant la législation et en l'adaptant mieux aux entreprises et aux citoyens » [<http://www.consilium.europa.eu/fr/policies/better-regulation>; lien à jour au 5 avril 2017 (nous soulignons)].

83 Le site internet du Conseil dédié au programme « Mieux légiférer » présente comme « indispensable de veiller à la qualité de la réglementation et de faire en sorte que celle-ci réponde aux besoins de la société et des entreprises » [<http://www.consilium.europa.eu/fr/policies/better-regulation>; lien à jour au 5 avril 2017 (nous soulignons)].

84 Comme le confirme par ailleurs la récurrence du lexique économique, le programme « Mieux légiférer » constituant selon les institutions de l'Union une « contribution essentielle à la compétitivité, à la croissance et à l'emploi » [<http://www.consilium.europa.eu/fr/policies/better-regulation>; lien à jour au 5 avril 2017]

85 P. DAILLER, M. FORTEAU, A. PELLET, *Droit international public*, LGDJ, Paris, 2009, p. 336, cité in O. CORTEN, « Les aspects idéologiques de la codification... », précit., p. 495.

86 O. CORTEN, « Les aspects idéologiques de la codification... », précit., p. 520 : « Le mythe de la rationalisation et l'unification remplit plus fondamentalement un rôle qui consiste à la fois à accompagner, favoriser et légitimer une société libérale en développement, une société soucieuse de sécurité et de prévisibilité, valeurs précisément portées par la codification ». Il suffit de remplacer le dernier mot de la citation par l'expression « Mieux légiférer » pour se convaincre de la communauté de finalités des deux processus.

87 *Ibid.*, p. 495.

88 V. *mutatis mutandis* les développements d'Olivier CORTEN sur l'usage de la codification comme moyen pour les États de légitimer leurs « positions politiques particulières » (O. CORTEN, « Les aspects idéologiques de la codification... », précit., p. 514).

en l'essentialisation par la doctrine d'un mode de production normative idéal, qui en viendrait à envisager les questions institutionnelles comme relevant du champ de la connaissance et non plus de la volonté, comme relevant de considérations techniques et non plus politiques⁸⁹.

Il existe donc des raisons de se montrer sceptique face à ce projet consistant à « mieux » « légiférer » en droit international – en tout cas dans les termes proposés par l'Union européenne. Cela, toutefois, ne doit pas conduire à conclure à l'impossibilité – et moins encore à l'inutilité – d'une réforme en profondeur de ses modes de création du droit. Les poussées en ce sens ne manquent d'ailleurs pas : certains dénoncent aujourd'hui fermement le caractère excessivement révérencieux du droit international à l'égard du consentement des États, y compris en matière de traités⁹⁰ ; d'autres regrettent les lenteurs du processus coutumier⁹¹. S'il est trompeur, ainsi que le soulignait Jean de Louter dès 1919, de croire que ces évolutions peuvent se faire à contresens de l'histoire de la discipline, il serait sans conteste tout aussi illusoire de penser que sa pratique, cristallisée au cours des siècles, est vouée à ne plus évoluer dans l'avenir. Les initiatives viendront sans doute, pour une part, des États et des institutions internationales elles-mêmes : le droit international sait – à sa manière, faire preuve de « créativité »⁹². Cependant, les transformations des modes de création et d'application du droit international résulteront également de la capacité de la doctrine elle-même à réinventer sa manière de concevoir et de rendre compte de la pratique des acteurs internationaux⁹³.

89 Sur cette question du rapport entre la technique et le politique dans l'organisation du pouvoir au sein de l'Union européenne, v. récemment Nilsa ROJAS-HUTINEL, *La séparation du pouvoir dans l'Union européenne*, thèse, Paris-Est Créteil, 2014, spéc. p. 19-29.

90 V. en ce sens la remarquable opinion jointe par le juge Antonio Augusto CANÇADO TRINDADE au jugement de la Cour interaméricaine des droits de l'homme en l'affaire *Blake c. Guatemala* (objections préliminaires, 2 juillet 1996, Série C, n° 27, par. 12-14). L'auteur – désormais juge à la Cour internationale de Justice – regrette l'« insufficient evolution of the precepts of the law of treaties to fulfil the basic purpose of effective protection of human rights » et invite à dépasser « the rigid postulates of the law of treaties » pour avancer « resolutely towards the gradual humanization of the law of treaties [...], as this chapter of international law persists still strongly impregnated with State voluntarism and an undue weight attributed to the forms and manifestations of consent ».

91 V. le classique débat, dont les termes ont été posés par René-Jean DUPUY, opposant les « coutumes sages », « lentement dégagées de faits immémoriaux », aux « coutumes sauvages » – « dont l'excroissance soudaine puise sa racine [...] dans les volontés alertées » (R.-J. DUPUY, « Coutume sage et coutume sauvage » in *La communauté internationale – Mélanges offerts à Charles Rousseau*, Pedone, Paris, 1974, p. 76).

92 S. SUR, *La créativité du droit international*, RCADI, t. 363, 2013.

93 V. pour une illustration récente É. FROMAGEAU, *Les institutions du droit administratif global – Étude des interactions avec le droit international public*, Bruylant, Bruxelles, coll. *Jus gentium*, 2016, 290 p. et plus spécifiquement sur les modes de création du droit dans ce contexte E. BENVENISTI, *The International Law of Global Governance*, RCADI, t. 368, 2013, spéc. le chapitre intitulé « Legal Regulation of the Decision-Making Process within Global Governance Bodies », p. 152 et s.