Journal du Droit Transnational

Directeurs:
Ilias Bantekas
Catherine Maia
Tarcisio Gazzini
Francesco Seatzu

www.journaldudroittransnational.it

Vol. 1 – 2024

RÉFLEXIONS SUR LES TRAITÉS OBTENUS PAR LA MENACE OU LA FORCE. QUEL TRAITÉ DE PAIX POUR L'UKRAINE ?

Syméon KARAGIANNIS
Professeur à l'Université de Strasbourg

Personne ne saurait être dupe. Rédiger un papier sur la validité d'un traité « *obtenu* » par la force exercée sur l'une des parties ne peut, en ce moment (mai 2025), que concerner une situation tout à fait concrète, celle prévalant dans les rapports entre l'Ukraine et la Russie. D'ores et déjà, un nombre non négligeable de publications portant sur ce conflit ont vu le jour et, sans aucun doute, bien d'autres seront à attendre dans les années à venir tant ce conflit aura marqué notre époque en révolutionnant l'« art » de la guerre (militairement, politiquement, économiquement) et en divisant profondément la planète mais également, avec un certain retard, le monde occidental lui-même, surtout depuis l'élection présidentielle de 2024 aux États-Unis d'Amérique. Comme toujours, on pourra trouver dans la masse des publications le meilleur et le moins meilleur. Une certaine politisation des arguments peut être crainte, un certain manichéisme, le cas échéant, aussi, tandis que souvent la production juridique des « autres » aura été négligée, faute de temps pour la prendre en considération (écrire sur l'actualité, c'est aussi écrire dans la précipitation), faute de compétences linguistiques pour l'aborder, mais aussi, possiblement, faute de réelle liberté académique qui peut caractériser les « autres » ou bien la possibilité pour eux de publier dans les grandes revues juridiques du « monde libre », les sanctions, que ce dernier décrète, pouvant être non seulement économiques mais aussi académiques comme elles ont pu être également culturelles, sportives ou informationnelles.

Rédiger quelques pages non pas sur le *jus ad bellum* et encore moins sur le *jus in bello*, mais sur le *jus finis belli* peut paraître prématuré, gratuit, voire une sorte de droit-fiction, pour l'excellente raison que ladite *finis* ne peut, pour le moment, qu'être souhaitée (encore que, possiblement, pas par tous tout de suite). Cela dit, outre le fait que le droit est souvent, par sa logique et structure, une vaste fiction, on peut, pour une fois, devancer l'histoire tout en faisant attention à ne pas trop quand même « coller » sur le cas russo-ukrainien. En effet, si ce conflit monopolise peu ou prou l'attention des médias et des revues en Europe, il est loin d'être le seul qui soit concerné par la problématique esquissée dans les pages qui suivent. En effet, d'autres situations peuvent ou pourront à l'avenir être rattrapées par cette problématique.

L'hypothèse d'un traité extorqué par la contrainte est esquissée dans l'article 52 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, une disposition aussi brève que secrète, qui énonce, sous l'intitulé « *Contrainte exercée sur un État par la menace ou l'emploi de la force* », que : « *Est nul tout traité dont la conclusion a été obtenue par la menace ou l'emploi de la force en violation des principes du droit international incorporés dans la Charte des Nations Unies* »[1].

[1] On notera que la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités lie juridiquement aussi bien la Russie que l'Ukraine depuis le 29 avril 1986, la Biélorussie, troisième république soviétique à avoir eu une certaine « existence » internationale avant l'implosion de l'Union soviétique, étant, elle, liée depuis le 1er mai de la même année. Les autres anciennes républiques soviétiques ont choisi d'y accéder *motu proprio,* après leur indépendance, et non pas de se considérer comme juridiquement liées par cet instrument en tant que successeurs de l'Union

Certaines situations peuvent, au demeurant, comporter un degré de complexité supplémentaire dans la mesure où l'on ne sait pas précisément quelle peut être la « qualité » des parties à un traité tel celui dont traite la présente étude. La question se pose, tout particulièrement, s'agissant de la Palestine ou encore du Kosovo, mais aussi d'autres entités ayant proclamé leur indépendance quoique bien moins reconnues par ce que l'on appelle – de manière évasive et incertaine – la « communauté internationale ». Au-delà, on peut s'interroger sur la pertinence de l'article 52 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, sur lequel s'appuie pour l'essentiel cette étude, lorsque l'une des parties à un accord relevant de cette problématique est un mouvement de libération nationale[2]. Est-ce que, par exemple, les accords d'Oslo de 1993 entre l'État d'Israël et l'Organisation de libération de la Palestine pourraient être analysés sous l'angle de l'article 52 de cette Convention de Vienne même si, évidemment, cette dernière ne s'applique formellement qu'aux traités entre États ?[3]

On a, du reste, exactement le même texte dans l'article 52 de la Convention de Vienne de 1986 sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales. On peut se demander, néanmoins, si la transposition de cette disposition de la Convention de 1969 dans celle de 1986 n'est pas un peu mécanique et donc correspondant assez peu à la réalité des relations internationales. En effet, il est difficile de voir comment une organisation internationale, qui, en principe, ne dispose pas d'une armée (car disposer d'une armée que l'on puisse employer « souverainement » est un signe extrêmement pertinent de possession de souveraineté), puisse jamais utiliser la

soviétique (ce que les États baltes ont toujours par ailleurs réfuté) ; parfois, l'accession a été tardive (par exemple, l'Azerbaïdjan : en 2018). En revanche, plusieurs puissances occidentales, protagonistes dans les coulisses (et, de plus en plus, en dehors des coulisses) du conflit russo-ukrainien, ne sont toujours pas liés par cet instrument (États-Unis, France, Norvège, Roumanie, Turquie…). En ce qui concerne ces États et leur éventuelle participation à un traité de paix ou similaire mettant fin à ce conflit, l'article 52 ne pourrait jouer, en tant que tel, mais il est possible de considérer que cette disposition ne fait que refléter le droit coutumier en la matière, en tout cas postérieurement à 1945 (voir, pour un vaste tour d'horizon, des travaux de la Commission du droit international ainsi que de la pratique avant 1969, H. Brosche, *Zwang beim Abschluss völkerrechtlicher Verträge. Eine Untersuchung der in der Wiener Vertragsrechtskonvention von 1969 getroffenen Regelung,* Berlin, Ducker & Hublot, 1974, p. 22 et s.). Voir dans le sens de la transformation – pénible, parfois – de la règle de l'article 52 en norme coutumière, O. Corten in Corten et Klein, dir., *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités. Commentaire article par article,* Bruxelles, Bruylant, 2006, vol. II, p. 1870 et s. Toutefois, on aura l'occasion de constater dans les pages qui suivent qu'il existe nombre d'incertitudes aussi bien quant à la détermination des conditions qui rendraient l'article 52 applicable que quant à la possibilité de contourner la règle, coutumière ou pas, qu'il incorpore. Dans ces conditions, le vénérable label de codification du droit coutumier attribué par nombre de juridictions internationales à l'article 52 (par exemple, CIJ, *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande), Compétence de la Cour,* arrêt du 2 février 1973, *Recueil*, p. 15, par. 24 ; *Dubai-Sharjah Border Arbitration*, sentence arbitrale du 19 octobre 1981, *International Law Reports*, vol. 91, 1993, p. 569) nous laisse un peu pantois. Une auteure note pertinemment que « *the customary basis of Art 52 as well as the provision itself necessarily mirror the flaws of Art 2 para 4 UN Charter produced by inconsistent State practice* » (K. Schmalenbach in Dörr et Schmalenbach, dir., *Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary*, 2e éd., Berlin, Springer, 2018, p. 959).

[2] Lors des travaux préparatoires de la Convention de Vienne de 1969, une délégation s'était interrogée sur l'applicabilité du futur article 52 aux accords d'Évian de 1962 (Schmalenbach, *op. cit.,* p. 944). C'était la délégation ukrainienne. Il peut s'agir, totuefois, d'autres groupes armés ne pouvant être qualifiées de mouvement de libé »ration antionale. Une auteure évalue à presque 650 (!) le nombre de *peace agreements* conclus entre 1990 et 2020 entre des gouvernments et des groupes d'opposition armés (A. Ozcelik, « Entrenching Peace in Law : Do Peace Agreements Possess International Legal Status ? », *Melbourne Journal of International,* 2020, pp. 1-40).

[3] Suivant son article premier, « la présente Convention s'applique aux traités entre États ».

« *force* » au sens de l'article 52[4]. Il est évident que, derrière, parfois, l'entrée en scène d'organisations internationales formant peu ou prou des alliances politico-militaires (OTAN, Union européenne, voire Union africaine ou Ligue des États arabes et certaines autres)[5], se cachent – fort maladroitement – des États. Le domaine de l'utilisation de la force (ou de la menace de l'utiliser) est même extrêmement révélateur d'une certaine fiction qui entoure la véracité de toute organisation internationale, selon l'enseignement de Rolando Quadri et de l'école napolitaine du droit international.

On ajoutera, que, en tout état de cause, pour conceptualiser une organisation internationale en tant qu'entité « menaçante » dans le contexte de l'article 52, il nous faudra faire abstraction de l'intitulé de cette disposition de la Convention de 1986, qui est ainsi libellé : « *Contrainte exercée sur un État ou une organisation internationale par la menace ou l'emploi de la force* ». En effet, dans cet intitulé, une organisation internationale se présente uniquement comme une entité potentiellement menacée d'un recours à la force, point comme une entité virtuellement menaçante ou recourant à la force[6]. Or, s'il est peu ou prou « *manifestement absurde ou déraisonnable* »[7] de voir dans une organisation internationale l'auteur d'une action militaire agressive (ou de la menace correspondante), il l'est tout autant de voir en elle la victime d'une telle action ou d'une telle menace. Décidément, qu'ont à faire ici des notions telles que l'indépendance politique ou encore l'intégrité territoriale, notions, on le verra, capitales pour comprendre la logique de l'article 52 ?[8]

En considérant le plus souvent un hypothétique traité de paix entre l'Ukraine et la Russie, quoique pas uniquement, on discutera sommairement, dans cette brève étude, des trois principaux éléments contenus dans la brève et, néanmoins, par certains côtés fort hermétique disposition de l'article 52 de la Convention de Vienne (celle de 1969)[9]. Il y a d'abord une règle (I), qui peut souffrir de dérogations (II), tandis que, si la règle trouve à s'appliquer, le résultat sera dévastateur pour la validité du traité concerné (III).

I. Le champ d'application de l'article 52 : la règle posée

Pour que le résultat que l'on étudie à la fin de cette étude soit obtenu, il faut qu'une menace ou un emploi de la force puisse affecter la conclusion d'un traité, lequel peut être bilatéral mais aussi multilatéral. Cela dit, de nos jours, l'hypothèse multilatérale sera de plus en plus difficile à envisager pour autant que l'article 52 de la Convention de Vienne prévoie une violation « *des principes du droit international incorporés dans la Charte des Nations Unies* ». En fait, cela dépasserait l'entendement que plusieurs États membres de

[4] Voir pour les débats au sein de la Commission du droit international ainsi que pour une justification (convaincante ?) du maintien de l'article 52 dans la Convention de 1986 O. Corten *op. cit*., p. 1902 et s.

[5] On verra plus loin le cas de l'ONU.

[6] On le verra, cela vaut aussi, s'agissant des États, de l'article 52 de la Convention de Vienne de 1969. Les Conventions de Vienne n'ont d'yeux (et de la compassion) qu'à l'égard des victimes (si l'on excepte leur fort ambigu article 75, examiné plus loin). C'est compréhensible et c'est humain.

[7] Pour reprendre les termes de l'article 32 des deux Conventions de Vienne mentionnées.

[8] Il sera extrêmement difficile de prétendre qu'une organisation internationale possède un territoire. Voir sur cette question S. Karagiannis, « The Relationship(s) between Treaties and Territory », *in* Hollis, dir., *The Oxford Guide to Treaties,* Oxford, OUP, 2e éd., 2020, pp. 309-335, spec. p. 325 et s.

[9] C'est à elle que renvoie dorénavant, dans cette étude, la référence à la « Convention de Vienne ».

l'ONU collaborent pour qu'un traité violant les « *principes* » sur lesquels s'appuie la vénérable organisation puisse être conclu. L'hypothèse envisagée par l'article 52 serait surtout celle d'un vase clos étouffant où un État possédant un avantage militaire cherchera à imposer sa volonté à un autre État, militairement inférieur (et donc vulnérable à des menaces de recours à la force), voire effectivement battu sur le champ de bataille.

Les relations internationales peuvent, néanmoins, ménager des surprises que les rédacteurs des grands traités n'auraient tout simplement pas envisagées. On n'est pas loin d'une telle surprise en ce moment où la cessation du conflit russo-ukrainien semble, quoique cahin-caha, faire l'objet de (trop vagues ?) négociations[10] non pas (pour le moment ?) entre les deux belligérants directs, mais entre l'un d'entre eux et un État qui formellement se présente comme tiers, à savoir les États-Unis d'Amérique. Tiers, certes, les États-Unis ne le sont pourtant pas entièrement dans la mesure où ils auraient, accompagnés de plusieurs États membres de l'Union européenne et d'autres États « occidentaux », contribuer puissamment à l'entraînement, l'équipement, le renseignement[11], voire la stratégie de l'armée ukrainienne[12]. À partir de là, plusieurs questions pourraient se poser et s'imposer, telle le concept ambigu de « cobelligérance » ou, celui-ci s'avérant inopérant ou trop obscur, celui, bien plus clair (et autrement plus « engageant »), de belligérance tout court[13]. Toutefois, pour la clarté de cet exposé, on préfèrera évacuer ces embarrassants questionnements et se centrer sur l'hypothèse selon laquelle les États-Unis négocieraient vraiment comme tiers avec la Russie, même si leurs liens militaires et économiques avec l'Ukraine demeurent, à ce jour, fort étroits ; et, en fait, ce sont ces liens qui légitimeraient les États-Unis comme négociateur avec la Russie aux yeux même de l'Ukraine. Cette légitimation semble parfois contestée par certains alliés

[10] L'auteur de ces lignes évitera autant que possible de donner des exemples concrets en la matière, *primo*, parce que, et c'est normal, presque rien de concret (et encore moins définitif) ne semble sortir de ces négociations ; *secundo*, parce que de vraies fausses (et de fausses vraies) pistes sortent dans les médias ; *tertio*, parce que la situation se modifie actuellement plusieurs fois par semaine.

[11] Le renseignement américain et, dans une moindre mesure, français ou britannique, est devenu absolument vital pour la continuité de l'effort de guerre ukrainien. La ligne de séparation défendue par l'administration Biden entre fourniture de renseignement (et d'armes et de munitions bien sûr) et désignation de cibles russes est, selon nombre de commentateurs, assez tenue avec le risque pour les Américains (et les Européens) d'être impliqués en tant que complices d'éventuels violations du droit de la guerre, voire du droit humanitaire international. Cf. M. Milanovic, « The United States and Allies Sharing Intelligence with Ukraine », blog du 9 mai 2022 (in https://www.ejiltalk.org/the-united-states-and-allies-sharing-intelligence-with-ukraine/).

[12] Célèbre est d'ores et déjà devenu l'article paru le 29 mars 2025 dans le *New York Times* (« ***The Partnership : The Secret History of the War in Ukraine*** ») révélant « *the untold story of America's hidden role in Ukrainian military operations against Russia's invading armies* » (in https://www.nytimes.com/interactive/2025/03/29/world/europe/us-ukraine-military-war-wiesbaden.html). Un officier européen de services secrets y est cité comme disant, en apprenant le degré d'implication des États-Unis, que « *they are part of the kill chain now* ».

[13] Des questions analogues se posent aussi concernant des États qui, à un titre ou à un autre, soutiennent l'effort de guerre russe, essentiellement la Corée du Nord, mais aussi, dans un moindre degré, la Biélorussie ou l'Iran. L'effacement progressif des lignes, autrefois plus ou moins nettes, entre belligérance et non-belligérance (on n'ose plus parler de neutralité …) est un des grands fléaux et un des grands flous du *jus ad bellum* contemporain. Il a toutes les chances de le devenir encore plus à l'avenir avec des aides de toutes sortes fournies aux – authentiques – belligérants en sous-main par des « tiers », y compris en matière de cyber-activités. Voir en général sur ces problématiques A. Wentker, *Party Status to Armed Conflict in International Law,* Oxford, OUP, 2024, y compris sur le critère de l''intention subjective d'être partie à un conflit armé (p. 189 et s.).

européens des États-Unis (et de l'Ukraine), mais cela n'a apparemment que peu d'importance. En effet, qu'un tiers (ou « tiers ») conteste la légitimation d'un autre tiers de mener ces négociations pratiquement seul[14] est sans pertinence juridique. La seule chose qui importe est ce que l'Ukraine fait ou ressent et l'on sait que, malgré tout, celle-ci sait distinguer, parmi ses multiples « alliés », ceux qui comptent plus que les autres.

Il n'empêche, le fait que ce soit un tiers[15] qui négocie un traité (de paix ou autre ; on y reviendra) avec un belligérant, traité qui risque d'avoir de fâcheuses conséquences pour l'autre belligérant, est bien original comme cas de figure[16]. La question est si, dans une telle configuration, l'article 52 de la Convention de Vienne peut encore trouver à s'appliquer. Formellement, le corps de l'article 52 ne dit mot de l'État aux dépens duquel la force ou la menace aura été utilisée. L'État en question n'apparaît que dans l'intitulé de l'article 52 et l'on sait que ce n'est pas la première fois où il n'y a pas d'accord absolu entre une disposition et son intitulé, ce dernier pouvant parfois dire plus ou moins ou différemment du corps de l'article. Au-delà de ce que d'aucuns pourraient appeler un pur juridisme, la question est de savoir si, en cas de « conclusion » d'un traité russo-américain concernant l'Ukraine, cette dernière pourrait exciper d'une force utilisée contre elle[17] pour contester un traité « conclu » alors même qu'elle n'aurait pas œuvré ou participé à sa « conclusion ».

Il n'a pas été rare par le passé de voir des États négocier et conclure des traités de natures variées au nom d'un autre État. Cela fut vrai pour les États protégés dans le cadre d'un protectorat, comme, dans le cas de la France, par rapport au Maroc ou à la Tunisie[18], mais, à la base de ces protectorats, on trouvait, en principe, de véritables accords, quoique, bien sûr, passablement inégaux[19]. Aucun accord formel de ce genre ne semble exister pour les relations ukrano-américaines, mais est-il toujours nécessaire, en droit international, d'avoir un accord « formel » et écrit ? La jurisprudence de la Cour permanente de justice

[14] Cela fut surtout le cas au début du printemps de 2025.

[15] On ne remettra plus de guillemets mais on peut, à l'occasion, supposer que ceux-ci seraient justifiés.

[16] Il se peut, toutefois, que le précédent des Accords de Munich du 29 septembre 1938 fût encore plus original puisqu'il a scellé le cas du *Sudetenland* et, de proche en proche, celui de la Tchécoslovaquie sans que cette dernière fût même invitée à participer aux négociations et alors que l'on ne fut pas dans une situation de conflit armé. La seule menace de Hitler aurait suffi. Il est vrai que l'on était à une époque où l'actuel article 52 de la Convention de Vienne n'avait aucune validité et que, au contraire, ses rédacteurs se sont inspirés de ce malheureux précédent, qui a eu les conséquences que l'on sait moins d'un an plus tard. Pour mémoire, les territoires des Allemands des Sudètes avaient été divisés en deux zones, une première cédée directement à l'Allemagne et une seconde, qui serait à déterminer, où un plébiscite allait pouvoir être organisée en faveur ou pas du rattachement à l'Allemagne.

[17] Cela fait plusieurs années que le cas de la menace contre elle est dépassé …

[18] Le traité de Fès du 30 mars 1912 entre le sultan du Maroc et la France ou le traité de Bardo du 12 mai 1881 entre le bey de Tunis et la France.

[19] On s'abstiendra, dans cette étude, de faire référence aux traités dits inégaux. On peut juste dire que, si un accord relevant de l'article 52 de la Convention de Vienne, a toute chance d'être un accord de cette nature, l'inverse ne sera pas forcément exact. Voir, de manière générale, sur la question, qui se réfère pour l'essentiel à des traités conclus au XIXe siècle entre puissances européennes et extra-européennes, I. Detter, « The Problem of Unequal Treaties », *International and Comparative Law Quarterly*, 1966, pp. 1069-1089 ; F. Nozari, *Unequal Treaties in International Law*, Stockholm, S-Byran Sundt & Co, 1971 ; L. Caflisch, « Unequal Treaties », *German Yearbook of International Law*, 1992, pp. 52-81 ; Chr. Mestre, *La notion de traité inégal : réflexions sur l'inégalité dans les traités,* thèse, Université Robert Schuman de Strasbourg, 1989 ; M. Craven « What Happened to Unequal Treaties? The Continuities of Informal Empire », *Nordic Journal of International Law*, 2005, pp. 335-382.

internationale a, fût-ce implicitement, répondu par la négative[20] quitte à ce que la Convention de Vienne de 1969 ne régisse pas de tels accords autrement que *per analogiam*. Plus embarrassant est le fait que l'institution du protectorat privait, pour l'essentiel, l'État protégé de sa souveraineté sur la scène internationale (donc, en substance, le privait de sa souveraineté)[21], ce qui n'est pas le cas de l'Ukraine sauf à considérer[22] qu'une forte dépendance militaire et économique vaut, en fait, privation de souveraineté, ce qui serait non seulement exagéré mais bouleverserait carrément les fondements de l'ordre juridique international westphalien[23].

Quoi qu'il en soit, le fait de reconnaître à un autre, explicitement ou pas, la possibilité de conclure des accords vous concernant ne mène pas forcément à la vieille, inégalitaire et, selon les standards actuels, ambiguë, du point de vue de la légalité internationale, hypothèse du protectorat. Un mandat pour se faire représenter dans tel ou tel domaine des relations internationales par un autre État a pu exister dans nombre d'hypothèses entre deux États que l'on ne peut que qualifier de souverains selon les standards habituels. On peut mentionner l'Union économique belgo-luxembourgeoise basée sur le traité du 25 juillet 1921 régulièrement prolongée depuis lors pour de nouvelles périodes de dix ans ou encore les relations entre la Suisse et le Lichtenstein qui, basées sur plus d'une centaine d'accords, aboutissent à ce que Berne représente souvent sur la scène internationale son petit voisin de l'Est. On peut même dire que l'Union européenne, qui n'est pas un État (ce qui rend le tout encore plus pimenté), constitue un exemple assez intéressant de cette possibilité, seule l'Union, par exemple, ayant compétence pour conclure des accords commerciaux avec des « pays » tiers, point ses États membres. Il est vrai que beaucoup dépend du point où l'on situe les confins politiques, juridiques et intellectuels de la notion de souveraineté.

Cela dit, et même si un accord international peut être uniquement verbal, comme on l'a déjà vu, un accord doit exister positivement pour qu'un État prenne des initiatives au niveau international pour le compte d'un autre État. Un accord verbal, quelles que soient les difficultés pratiques pour en prouver l'existence, est toujours plus qu'un accord implicite dont l'existence et le contenu seraient déduits du seul comportement de l'un d'entre eux[24]. Cela vaut à plus forte raison lorsque l'enjeu des négociations menées par un État « au nom » d'un autre État touche de près à l'intégrité territoriale de ce dernier. L'on voit mal actuellement l'Ukraine conférer aux États-Unis un mandat général de

[20] *Statut juridique du Groënland oriental,* arrêt du 5 avril 1933, Série A/B n° 53, p. 71. Particulièrement claire est la position sur ce point du juge Anzilotti dans son opinion dissidente (mais convergente sur ce point), *ibid.,* p. 91.

[21] De toute façon, contrairement peut-être à une certaine politique britannique, la très jacobine Troisième République française s'accommodait assez mal d'un degré d'autonomie interne pour « ses » protectorats tant et si bien que les institutions locales, royales, beylicales ou autres, ont vite fini par ne relever que du folklore juridique local.

[22] Mais la Russie, par la bouche même de Vladimir Poutine, semble l'avoir fait. Ce qui fait penser à la vielle boutade du temps de la guerre froide, attribuée à Henry Kissinger, selon laquelle il n'y aurait que deux États non alignés (on dirait, aujourd'hui, indépendants), les États-Unis et l'Union soviétique.

[23] Et même post-westphalien, si ce dernier existe.

[24] Voir, sur toile fond de l'affaire du Groënland oriental, J. W. Garner, « The International Binding Force of Unilateral Oral Declarations », *American Journal of International Law*, 1933, pp. 493-497. Pour un auteur contemporain, « *la figure de l'accord tacite nous plonge dans l'univers parallèle du droit des traités, dominé par le non-dit, par la volonté inexprimée par des mots mais non moins tangible et effective* » (G. Distefano, « L'accord tacite ou l'univers parallèle du droit des traités », *Questions of International Law*, 2015, pp. 17-37, spéc. p. 17).

négociation de « sa » paix avec la Russie. Encore moins un chèque en blanc. Cela dit, de manière plus concrète, un moment déconcertée par les initiatives de l'administration Trump, l'Ukraine semble avoir saisi la balle au bond et commence à contribuer à la réflexion américaine en matière de négociations, mais il est difficile d'en déduire l'existence d'un mandat tacite conféré à Washington.

Il est bien sûr possible (et même hautement probable) de considérer que, dans le cas où l'Ukraine ne soit pas invitée à conclure un traité de paix ou équivalent que Moscou et Washington concluraient, l'Ukraine puisse être vue comme partie tierce par rapport à ce futur éventuel traité[25]. Or, *pacta tertiis non nocent* et chacun peut comprendre qu'un hypothétique (au moment de la rédaction de ces lignes) traité russo-américain sera(it) bien plus nocif qu'avantageux aux intérêts ukrainiens, du moins en ce qui concerne les (con)cessions territoriales. Il est, certes, possible pour un tiers d'accepter une « *obligation* » sur la base d'une *res inter alios acta*, mais cela uniquement « *expressément et par écrit* », selon l'implacable précision de l'article 35 de la Convention de Vienne de 1969. À supposer que cela soit consenti par Kiev, on pourra se demander si l'article 52 de la même Convention puisse avoir une quelconque applicabilité. En effet, pourrait-on interpréter l'article 52 de manière extensive de sorte qu'il couvre non seulement un traité entre des parties dont l'une use de la force (ou de la menace) contre l'autre, mais également l'hypothèse où un tiers accepte « *expressément et par écrit* » un traité le désavantageant et auquel il n'est pas partie ? Est-ce que, dans un tel cas, ledit tiers a « conclu » ledit traité comme explicitement l'exige, en vue de sa propre application, l'article 52 ? Cela semble constituer un angle mort de la problématique chère à l'article 52 mais pouvoir admettre l'interprétation extensive mentionnée est loin d'être certain. N'oublions pas que la solution donnée par l'article 52 est, en elle-même, une dérogation à la règle générale « *Pacta sunt servanda* » et que l'interprétation des dérogations/exceptions est censée être toujours étroite[26].

Une autre hypothèse, qui n'est pas improbable, est que Kiev refuse effectivement de « conclure » un traité de paix ou équivalent avec Moscou (ou ne se voie même pas donner cette possibilité) et, au lieu de souscrire à la déclaration que prévoit l'article 35 de la Convention de Vienne, se voie offrir la possibilité de conclure un accord avec les États-Unis qui reprendrait les termes de l'accord Moscou-Washington ou qui se contenterait d'y renvoyer. Bien sûr bien des choses dépendront, dans un tel cas de figure, des termes et de l'étendue du renvoi et l'on sait que cette technique conventionnelle est souvent riche d'incertitudes, de lacunes et de pièges de toutes sortes[27]. Ici encore, on se demandera, toutefois, si l'article 52 de la Convention de Vienne serait applicable à un tel accord

[25] Il va de soi que beaucoup de choses dépendront ici du comportement des responsables ukrainiens. Quelle que soit leur désir, bien compréhensible, de ne point irriter Washington, plus susceptible que jamais, semble-t-il, Kiev devrait faire attention à ce que ses « contributions » adressées à l'administration Trump en matière de négociations avec Moscou, ne puissent paraître comme une forme d'accord tacite pour que Washington mène les négociations en son nom et pour son compte.

[26] À sa manière, l'article 42§1 de la Convention de Vienne en rend compte, si besoin était, lorsqu'il stipule que « *la validité d'un traité ou du consentement d'un État à être lié par un traité ne peut être contestée qu'en application de la présente Convention* ». Il s'agit d'autant de clauses qui tranchent sur la plupart des clauses de la Convention de Vienne, lesquelles, en principe, n'ont qu'un caractère supplétif, d'ordinaire un traité pouvant largement disposer autrement.

[27] Cf. M. Forteau, « Les renvois inter-conventionnels », *Annuaire français de droit international*, 2003, pp. 71-104.

ukrano-américain entérinant, par renvoi à un autre accord, des pertes territoriales ukrainiennes. Est-ce que avoir *ex hypothesi* contribué à donner un effet juridique à une situation créée par l'emploi de la force par un autre État ferait des États-Unis un État ayant employé lui-même sinon la force (ce ne sera sûrement pas le cas) du moins la « menace » de la force au sens de l'article 52 ? Ou, alternativement (et plus prosaïquement), la menace de faire cesser la menace sur l'ennemi commun[28] (dont a pu profiter l'Ukraine) relève-t-elle de la problématique de l'article 52 ? Cela semble assez peu probable, mais, *in fine*, bien des choses seront fonction de la valeur juridique d'un traité affecté par les tares décrites dans l'article 52, question qui est examinée plus loin.

On peut maintenant revenir à l'hypothèse la plus classique que le rédacteur de l'article 52 a eue probablement en tête, à savoir celle d'un accord entre les deux belligérants « directs » ou bien entre le « menaçant » et le « menacé ». Cette hypothèse a failli se réaliser de manière parfaite (si l'on ose dire …) puisque, d'après de multiples sources journalistiques, au tout début du conflit, vers mars-avril 2022, Kiev (pris de panique ?) a négocié et presque conclu un accord avec l'envahisseur russe[29]. L'emploi de la force fut, à l'occasion, certain même si l'administration russe a soigneusement évité de parler de guerre ou même de conflit armé, préférant l'expression, jugée plus anodine, de « *специальная военная операция* » que l'on traduit presque toujours en français par « opération militaire spéciale » quoique, dans cette traduction, le mot « *военная* », l'épithète dérivant du mot « *воина* » (= guerre), brille singulièrement par son absence[30]. Quelle que soit l'étendue d'engagement des forces armées russes ou encore la stratégie militaire russe, jugée par nombre d'observateurs énigmatique, ou incertaine, ou maladroite, elle ne fait aucunement échapper les deux parties à l'application du *jus in bello* dans la mesure où les Conventions de Genève de 1949 s'appliquent à l'occasion de « *tout […] conflit armé surgissant entre deux ou plusieurs des Hautes Parties contractantes, même si l'état de guerre n'est pas reconnu par l'une d'elles* » (article 2, alinéa 1, commun aux quatre Conventions) ; point intéressant qu'aucun des belligérants ne semble, et depuis déjà un moment, mettre en doute.

S'agissant des conditions à remplir pour qu'un traité relève de l'article 52, on indiquera, tout d'abord, que l'« *emploi de la force* », au sens de cet article, ne coïncide pas forcément avec l'« *agression* » telle que définie par l'Assemblée générale dans sa résolution 3314 (XXIX) de 1974 ou bien telle qu'on la trouve dans l'article 8bis du Statut de la Cour Pénale Internationale[31]. Cela vaut aussi bien matériellement[32] que subjectivement, en ce sens que l'utilisateur de la « *force* » de l'article 52, qui sera *a priori* celui qui impose le traité « inégal », en tout cas, « injuste », ne sera pas forcément l'agresseur. En d'autres termes, il se peut parfaitement que l'article 52 de la Convention de Vienne de 1969 trouve à

[28] Essentiellement, en coupant ou en diminuant (fortement ? pas fortement ?) la fourniture d'équipements et/ou de renseignements militaires à l'armée ukrainienne.

[29] Voir, entre autres, S. Charap et S. Radchenko, « The Talks That Could Have Ended the War in Ukraine », *Foreign Affairs*, avril 2024 (https://archive.is/NqRec#selection-997.0-997.50). Les auteurs attribuent l'échec final de ces négociations en grande partie au premier ministre britannique de l'époque alors que la diplomatie américaine aurait été bien plus réceptive.

[30] Bref, la traduction est plus édulcorée que l'original.

[31] Lequel, on l'oublie parfois, demeure *res inter alios acta* aussi bien pour Moscou que pour Washington, la position de Kiev étant des plus ambiguës jusqu'à son adhésion au Statut de la Cour sur le tard, en octobre 2024.

[32] L'agression, dans les définitions mentionnées, est tantôt plus large tantôt plus étroite que l'utilisation de la force tout court.

s'appliquer alors que l'État contraint de conclure un accord le désavantageant ait été lui-même l'agresseur, les opérations et aventures militaires ayant entretemps tourné court pour lui[33].

Il est possible, néanmoins, que cette conclusion soit contrecarrée par ce qui est prévu à l'article 75 de la Convention de Vienne aux termes duquel « les *dispositions de la présente Convention sont sans effet sur les obligations qui peuvent résulter à propos d'un traité, pour un État agresseur, de mesures prises conformément à la Charte des Nations Unies au sujet de l'agression commise par cet État* ».

L'interprétation de cette disposition[34] ne va pas de soi, mais l'on ne peut exclure qu'elle implique (voire qu'elle impose) que le « bénéfice » escompté d'une application de l'article 52 ne vaille point pour l'État contractant « *agresseur* » ou, dit plus clairement, qu'un État agresseur auquel un traité de paix (ou similaire) aurait été imposé ne puisse invoquer l'article 52 pour se libérer de l'obligation de l'exécuter[35]. Toutefois, le fait même que la Commission du droit international dans son commentaire portant sur l'article 52 ne se réfère[36] jamais à l'article 75[37] et, naturellement, l'article 75 lui-même non plus, jette une suspicion sur ce que la Commission avait réellement en tête avec l'insertion dans son projet de ce qui est devenu l'article 75[38]. Il est possible, de ce point de vue, que l'article 75 ne soit plus qu'une de ces « *dispositions diverses* »[39], qui, entre autres, assurent une – mauvaise et incertaine – liaison de la Convention de Vienne sur le droit des traités avec quelques domaines annexes (ou connexes) tels la succession d'États en matière de traités ou la rupture des relations diplomatiques ou consulaires ou encore l'ouverture d'hostilités. Sur la base d'une telle interprétation, qui, entre autres, serait de nature systémique[40], l'article 75 ne porterait pas sur l'hypothèse de l'article 52 en matière d'invalidité des traités. Si, malgré tout, on cherchait à lui faire (re ?)intégrer le giron de l'invalidité des traités, force est de se poser de sérieuses questions sur son applicabilité dans l'affaire russo-ukrainienne.

---

[33] Pendant longtemps, aussi bien l'Ukraine que nombre de ses alliés européens ont cru ou voulu croire ou voulu faire croire que la défaite militaire russe était portée de main, surtout dans les semaines qui ont suivi la « contre-offensive » ukrainienne lancée le 8 juin 2023 et se prolongeant jusqu'au mois de novembre de cette année.

[34] Disposition qui, de l'avis pratiquement unanime de la doctrine, ne correspond pas au droit coutumier international.

[35] Pour certains auteurs, l'article 75 devrait être lu en combinaison avec l'article 52 (G. Ténékidès, « Les effets de la contrainte sur les traités à la lumière de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 », *Annuaire français de droit international*, 1974. pp. 79-102, spéc. p. 88).

[36] La constatation est de Chr. Tomuschat (in Corten et Klein, dir., *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités. Commentaire article par article,* Bruxelles, Bruylant, 2006, vol. III, p. 2666, n° 12). Les – possibles – conclusions et extrapolations qui suivent sont à nous.

[37] Alors même que des références au futur article 75 avaient été faites par plusieurs membres de la Commission durant les travaux (M. Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties,* Leyde, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, p. 913). Ce qui rend le tout encore plus suspect.

[38] Il y a peut-être une référence implicite à l'Allemagne nazie (ainsi, avec d'autres, Krieger in Dörr et Schmalenbach, dir., *Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary*, 2e éd., Berlin, Springer, 2018, p. 1381 et s.) ; un État agresseur qui, ayant perdu militairement en 1945, a été amputé d'une bonne partie de son territoire de 1919. En réalité, l'Allemagne n'existait plus en mai 1945 (*debellatio* !) ; il s'agissait des zones d'occupation alliées. Vaguement, l'article 75 de la Convention de Vienne pourrait être vu comme le pendant de l'article 107 de la Charte de San Francisco.

[39] C'est précisément l'intitulé de la Partie VI de la Convention de Vienne.

[40] L'article 52 fait, lui, partie de la Partie V de la Convention de Vienne intitulée « *Nullité, extinction et suspension de l'application des traités* ».

De prime abord, question est ici, tant dans l'intitulé de l'article 75 (« *Cas d'un État agresseur* ») que dans le corps de cet article, d'un « *État agresseur* » mais, si l'on excepte l'hypothèse d'un arrêt de la Cour pénale internationale condamnant éventuellement une personne pour crime d'agression[41], seul le Conseil de sécurité[42] semble en mesure de qualifier une situation de « *rupture de la paix* » d'« *agression* », soit en se prévalant de l'article 39, soit, de manière davantage indirecte, en se prévalant de l'article 51 de la Charte des Nations Unies[43]. Il va sans dire qu'il faut pouvoir compter ici avec un veto d'un membre permanent du Conseil de sécurité. À supposer que cette première étape « qualificative » soit dépassée, encore faudra-t-il que des « *mesures prises conformément à la Charte des Nations Unies au sujet de l'agression commise par* » l'État agresseur soient effectivement prises. Ici encore, un membre permanent du Conseil de sécurité ne va pas adopter des mesures contre soi-même ou contre un autre État qu'il souhaite « couvrir ».
De quelque côté que l'on se tourne, on voit mal comment l'article 75 de la Convention de Vienne puisse jouer en pratique un rôle « correcteur » vis-à-vis de l'article 52. En tout cas, dans l'affaire russo-ukrainienne, il ne peut, logiquement, constituer l'exception à l'exception que constitue déjà l'article 52 et que certains commentateurs entrevoient[44].
Puis, sauf débâcle militaire russe, on ne peut imaginer un traité de paix, bilatéral ou multilatéral, qui désavantagerait, y compris peut-être territorialement[45], la Russie qui, au préalable, eût dû consentir, au sein du Conseil de sécurité, que la Russie fût un « *État agresseur* » au sens de l'article 75.
Sinon, on ne va pas s'attarder outre mesure sur le fait que la « *force* » n'est, tout comme d'ailleurs dans l'article 2§4 de la Charte des Nations Unies, point qualifiée d'« armée ». En effet, une déclaration syrienne souscrite au moment de la ratification par cet État de la Convention de Vienne en 1970 énonce que « *le terme de la menace ou l'emploi de la force prévu par cet article* [l'article 52] *s'applique également à l'exercice des contraintes*

[41] *A priori*, la Cour pénale internationale est chargée de se prononcer sur la culpabilité de personnes physiques (article premier du Statut de Rome du 17 juillet 1998), pas d'États. Toutefois, le chemin entre un dirigeant politique condamné pour « *agression* » et son État qui aurait mis en œuvre celle-ci est assez court. Demeure, cela dit, l'obstacle des effets des jugements de la Cour à l'encontre de citoyens et, surtout, de dirigeants d'États non liés par le Statut ayant institué la Cour. La question de la compétence territoriale de la Cour, telle qu'esquissée dans l'article 12 de son Statut, continue de provoquer l'indignation des non-parties à son Statut quelles que soient les tentatives de justifier cette sorte de contrariété à la règle *pacta tertiis* que l'article 12 impliquerait pour certains États (cf. M. Vagias, *The Territorial Jurisdiction of the International Criminal Court*, Cambridge, CUP, 2014, p. 187 et s.).

[42] Il est douteux que l'Assemblée générale puisse jouer un rôle de catalyser en la matière, notamment en cas de « paralysie » du Conseil de sécurité. Toutefois, en théorie, la question mériterait d'être explorée plus en profondeur. En pratique, pas du tout.

[43] On peut imaginer le désordre entre une telle qualification par la Cour pénale internationale (éventuellement, par la Cour internationale de justice aussi ?) et une non-qualification parallèle de la part du Conseil de sécurité, voire un refus clair de celui-ci de procéder à une telle qualification.

[44] Villiger, *op. cit.,* p. 918. *Contra* Krieger (*op. cit.,* p. 1387, n° 13) pour lequel, étant donné que l'article 52 n'exclut pas qu'une certaine « contrainte » puisse être justifiée (voir plus loin dans notre texte, in II), cette disposition n'entre pas en contradiction avec celle de l'article 75. En tout cas, cet auteur admet à plusieurs reprises le manque de clarté de l'article 75.

[45] À moins qu'une « perte » de tout ou partie du territoire de l'un des oblasts annexés depuis 2014 eût pu constituer une hypothèse d'application des articles 52 et 75. Pareille hypothèse, que l'on pourrait soutenir par rapport à la Russie, est tout simplement une non-hypothèse pour l'immense majorité des États qui n'ont jamais reconnu *de jure* cette annexion.

économiques, politiques, militaires et psychologiques ainsi que tous les genres de contraintes qui entraînent l'obligation d'un État à conclure un traité contre son désir ou son intérêt ». La position syrienne n'est pourtant point isolée et représente plutôt la face émergée de l'iceberg ainsi que cela ressort des débats aussi bien au sein de la Commission du droit international qu'au sein de la Conférence de Vienne en 1968-1969. Une telle position avait pu rallier un grand nombre de délégations du « tiers monde » et d'États est-européens. Ne pouvant *in fine* être acceptée par la plupart des États occidentaux, et alors qu'elle continue à intéresser passionnément tout commentateur de l'article 52, elle a donné naissance à une « *Déclaration sur l'interdiction de la contrainte militaire, politique, ou économique lors de la conclusion de traités* » adoptée par la Conférence de Vienne et dont la nature juridique est – forcément – disputée[46]. Cette Déclaration énonce que la Conférence « *condamne le recours à la menace ou à l'emploi de toutes les formes de pression, qu'elle soit militaire, politique ou économique [...] en violation des principes de l'égalité souveraine des États et de la liberté du consentement* ».

L'interprétation (ou réserve ?) syrienne, condamnée par plusieurs États occidentaux, n'en ouvre pas moins, selon certains auteurs[47], la voie à une évolution future en matière de perception de la règle de l'article 52 ainsi que cela ressort, entre autres, d'une « remarque » suédoise à la déclaration syrienne selon laquelle, « *étant donné que l'article 52 traite de la menace ou de l'emploi de la force en violation des principes du droit international incorporés dans la Charte des Nations Unies, il conviendrait de l'interpréter en tenant compte de la pratique qui s'est instaurée* ou qui s'instaurera en ce qui concerne l'application des dispositions de la Charte »[48]. Cela dit, l'interprétation syrienne semble aller plus loin que la Déclaration adoptée par la Conférence de Vienne en ce que la première fait même référence à des « *contraintes psychologiques* » alors que la seconde, quoique, sans doute, conçue largement puisqu'elle parle de « *toutes les formes de pression* », semble néanmoins limiter son champ d'application à des pressions de nature « *militaire, politique ou économique* ». Le risque est chaque fois le même : que ces termes vagues, dont certains auteurs préfèrent minimiser le caractère vague[49], ne contribuent à

[46] Ce n'est sûrement pas parce qu'un texte international s'intitule « déclaration » qu'il faudrait lui nier toute normativité (cf. C. Murphy, « Economic duress and unequal treaties », *Virginia Journal of International Law,* 1970, pp. 51-70, spéc. p. 61 ; assez catégoriquement *contra* la sentence arbitrale *Dubaï-Sharjah* (*op. cit*., p. 569). Lui reconnaîtrait-on une certaine normativité, il ne pourrait, en tout cas, bénéficier des dispositions « institutionnelles » de la Convention de Vienne. Philosophe (ou désabusé ; mais c'est presque la même chose), Malcolm Shaw, tout en admettant que des pressions de nature non militaire peuvent être conformes au droit international, note que « *clearly a lot will depend upon the relevant circumstances* » (*International Law*, Cambridge, CUP, 9e éd., 2021, p. 823).

[47] Cf. Corten, *op. cit*., p. 1873 et s. ; J. Verhoeven, « Invalidity of Treaties : Anything New in/under the Vienna Conventions ? », in Cannizzaro, dir., *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*, Oxford, OUP, 2011, pp. 297-319, spéc. p. 305 ; P.-M. Dupuy et Y. Kerbrat, *Droit international public*, Paris, Dalloz, 17e éd, 2024, p. 327, n° 275. D'autres auteurs commencent même à voir une réalisation, notamment dans des jurisprudences nationales, de cette évolution qu'ils appellent apparemment de leurs vœux (D. Carreau, A. Hamann et F. Marrella, *Droit international,* Paris, Pedone, 13e éd., 2022, p. 198, n° 123). Voir aussi, pour une vue qui se veut réaliste, Ch. E. Partridge, Jr., « Political and Economic Coercion : Within the Ambit of Article 52 of the Vienna Convention on the Law of Treaties ? », *The International Lawyer,* 1971, pp. 755-769.

[48] Nous soulignons.

[49] Ainsi Corten, *op. cit*., p. 1883, n° 24. Cela, non sans raison, au vu de plusieurs autres assouplissements de ladite *Grundnorm* que comporte la Convention de Vienne ; au premier rang desquels figure le vénérable et largement applaudi *jus cogens* …

faire voler en éclats ce qui reste de la norme « *Pacte sunt servanda* », la véritable *Grundnorm* du droit des traités.

Quoi qu'il en soit, à supposer, néanmoins, que l'on puisse s'accorder sur l'interprétation du terme « *force* » et même de l'expression « *emploi de la force* », l'interprétation de l'expression « *menace [...] de la force* » pose des problèmes interprétatifs d'une tout autre nature. Rien de moins facile que de cerner la notion de « *menace* » dans la Convention de Vienne tout comme dans la Charte des Nations Unies (où elle est, tout de même, utilisée à cinq reprises !)[50]. Il est vrai que, parfois, l'interprétation de la « *menace* » est assez large[51], entre autres lorsqu'elle sert de préliminaire (ou de prétexte) au Conseil de sécurité pour l'adoption d'une résolution contraignante dans le cadre du chapitre VII de la Charte[52]. On peut juste imaginer que, dans l'expression « *menace [...] de la force* » de l'article 52 de la Convention de Vienne, la « *force* » sera de même qualité que dans l'expression « *emploi de la force* », c'est-à-dire, en principe, selon la position dominante dans le *credo* diplomatique occidental, une force « armée »[53]. Il reste que soit la « *menace* », soit l'« *emploi de la force* » lui-même ne suffisent pas à conduire *per se* à une application de l'article 52. Logiquement, soit dit en passant, on ne peut avoir les deux en même temps. Il est tout à fait possible que, dans le « différend » opposant deux États, se voient succéder chronologiquement une menace, puis un emploi effectif de la force. Toutefois, au moment critique pour l'application de l'article 52, ce sera soit sous la pression de la première, soit sous la pression du second que le traité aura été « *conclu* »[54]. En vérité, si la menace n'implique (pas encore ...) l'utilisation de la force, cette dernière comporte toujours une menace, tout en l'absorbant ; il s'agit de la menace d'une utilisation de la force en continu ou, pire encore, d'une utilisation de la force à un degré encore supérieur. Plus généralement, une force militaire, surtout si elle émane d'une

[50] Un auteur n'en distingue pas moins de cinq grandes hypothèses pouvant, chacune différemment, cerner la notion de « *menace* » dans l'article 2§4 de la Charte (N. Stürchler, *The Threat of Force in International Law*, Cambridge, CUP, 2007, p. 37 et s.).

[51] Un exemple quasi-judicaire en ce sens sont les conclusions de l'avocat général Jacobs (ECLI:EU:C:1995:109) prononcées en 1995 dans l'affaire *Commission c. Grèce* (affaire qui n'a pas donné lieu à un arrêt correspondant de la Cour de Justice parce que la Commission a retiré son recours en manquement). Dans ces conclusions, on lit, en interprétation de l'expression « *menace de guerre* » dans l'article – actuellement numéroté – 347 TFUE, que, pour apprécier si une telle menace existe, « *c'est souvent l'évaluation subjective des parties au différend qui est décisive* » tandis que, « *si de telles situations devaient être appréciées exclusivement à l'aune de ce que les observateurs étrangers considèrent comme une attitude raisonnable, les guerres n'auraient peut-être jamais lieu* » (par. 58).

[52] Voir, entre autres, J. Arntz, *Der Begriff der Friedensbedrohung in Satzung und Praxis der Vereinten Nationen*, Berlin, Duncker & Humblot, 1975 ; J.-M. Sorel, « L'élargissement de la notion de menace contre la paix » in Société française pour le droit international, *Le Chapitre VII de la Charte des Nations Unies*, Paris, Pedone, 1995, pp. 3-57.

[53] Comme l'écrit une auteure, « *que exista una prohibición amplia del uso de la fuerza no quiere decir que la definición misma de fuerza sea amplia* » (X. Fuentes Torrijo, « La prohibición de la amenaza y del uso de la fuerza por el derecho internacional », *Araucaria. Revista iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, 2014, pp. 255-267, spéc. p. 258).

[54] Résumant la doctrine et la pratique internationale sur ce point, Romana Sadurska a écrit à propos de la menace que « *either it precedes actual violence and therefore is eclipsed in legal appraisals by the latter, or it is not followed by the use of force and thus ceases to demand prompt legal consideration* » (in « Threats of Force », *American Journal of International Law*, 1988, pp.239-268, spéc. p. 239).

puissance dominante, ne sert pas tant à défendre qu'à menacer[55]. À moins que la menace ne soit elle-même une forme de défense[56]. Encore faut-il, aux fins de l'application de l'article 52 de la Convention de Vienne, que soit la menace, soit l'emploi effectif de la force se trouvent à l'origine de la « *conclusion* » du traité concerné. En réalité, l'expression utilisée par cette disposition (« *tout traité dont la conclusion* a été obtenue[57] *par la menace ou l'emploi de la force* ») n'est pas innocente. « *Conclusion [...] obtenue* » semble impliquer, dans ce contexte spécifique, une sorte de malhonnêteté ou de ruse[58] de la part du cocontractant et, à cet égard, on voit un rapprochement conceptuel entre ce qui se passe dans l'article 52 et ce qui se passe dans l'article 50 de la Convention de Vienne, lorsque c'est « *l'expression du consentement d'un État à être lié par un traité [qui] a été* obtenue[59] » par corruption du représentant de l'État (ou bien, dans l'article 51, « *obtenue* » par contrainte sur le représentant de l'État). On présumera que, sans ces actes concrets (corruption ; contraintes) ou sans la « *menace* » de l'article 52[60], rien n'aurait été « *obtenu* »[61]. Même si le verbe « *obtenir* » peut paraître assez neutre, le verbe équivalent dans la version anglaise (« *to procure* »)[62] introduit une nuance intéressante[63] en ce qu'il signifie « *to endeavour to bring about (mostly something evil) ; to bring about by care or pains* »[64] ou « *to obtain something, especially something that is difficult to get* »[65] ou encore « to obtain something, especially with effort or difficulty »[66]. Dit autrement, le consentement à être lié ou, dans le cas de l'article 52, la « conclusion » du traité ont dû être précédés d'actes – pour le moins – malveillants et se déroulant probablement sur une

[55] Célèbres sont restés les propos Elihu Root, représentant du gouvernement des Etats-Unis d'Amérique dans l'affaire des Pêcheries des côtes septentrionales de l'Atlantique arbitrée en 1910, propos qui, se référant au droit de passage inoffensif des navires de guerre dans la mer territoriale, énoncent que « *warships may not pass without consent into this zone* [mer territoriale], *because they threaten. Merchant ships may pass and repass because they do not threaten* » (cité, entre autres, par Ph. Jessup, *The Law of Territorial Waters and Maritime Jurisdiction*, New York, G. A. Jennings Co, Inc., 1927, p. 120).

[56] Cf. M.W. Sisson, J.A. Siebens et B.M. Blechman, « Multi-Tasking : How the Armed Forces Support US National Interests Short of War » in Sisson, Siebens et Blechman , dir., *Military Coercion and US Foreign Policy,* Londres, Routledge, 2020, pp. 16-32.

[57] Nous soulignons.

[58] Une « *menace* » pourra souvent être analysée comme une ruse ; sauf bien sûr si elle est suivie effectivement d'un recours à la force.

[59] Nous soulignons.

[60] Une menace n'est pas, en tant que telle, un acte, mais, en toute hypothèse, elle doit pouvoir s'appuyer sur un ou plusieurs actes la véhiculant, fussent-ils des actes non matérialisés sur le « terrain » (discours ou déclarations comminatoires, etc.).

[61] On trouve le verbe « *obtenir* » et, dans la version anglaise, le verbe « *to procure* » dans les trois articles de la Convention ici examinés. En revanche, il devient difficile de considérer que l'article 50 (sur la corruption) puisse être enclenché sur simple menace de corruption. En principe, cela n'a pas de sens. En revanche, envisager, dans le contexte de l'article 51, une menace contre le représentant de l'État peut paraître plausible. Le texte de cette dernière disposition parle de « *contrainte [...] exercée sur le représentant* [de l'État*] au moyen d'actes ou de menaces* ».

[62] « *if [the treaty's] conclusion has been procured by the threat or use of force* ».

[63] Cela n'échappe pas à l'attention de Brosche, *op. cit*., p. 172 et s.

[64] *The Oxford English Dictionary,* Oxford, Clarendon Press, 2e éd., 1989, vol. 12, p. 559.

[65] *Longman. Dictionary of American English*, Harlow (Essex), 4e éd., 2009, p. 801.

[66] *Macmillan English Dictionary for Advanced Learners of American English,* Oxford, Macmillan Education, 2000, p. 1105.

certaine longueur de temps, actes dont l'auteur est vraisemblablement l'État cocontractant (ou, peut-être aussi, des États alliés à lui[67]).

Une condition nécessaire pour que l'article 52 puisse entrer en jeu est, assez logiquement, que la « conclusion » du traité soit le résultat de la menace/emploi de la force[68]. Un nécessaire lien de causalité[69] doit, en effet, être présent. Ce lien peut, en général, être présumé lorsque, à la suite de l'emploi de la force, l'État qui succombe militairement dans un conflit aura peu le choix face aux conditions que, par exemple, un traité de paix lui imposera. En revanche, si aucun conflit n'a eu lieu et que seules des « menaces » ont pu être enregistrées, il pourra se révéler délicat de présumer que l'article 52 soit d'application. Par exemple, s'agissant du cas – très – spécial de la « menace », ce ne peut être telle déclaration comminatoire d'un député ou d'un ministre matériellement incompétent qui pourrait être invoquée par le « menacé » comme cause de nullité du traité qu'il aurait accepté de conclure. A fortiori, il ne peut s'agir d'articles de presse véhiculant une haine ou des menaces ou encore de reportages de télévision même au cas où la presse et la radio-télévision seraient sous le contrôle étroit des autorités de l'État « menaçant ». Tout autre serait l'hypothèse d'un État qui exprimerait ses menaces par la bouche de son chef d'État, de son premier ministre ou de ses ministres des affaires étrangères ou de la défense[70]. Critique serait aussi le cas où le parlement national qualifierait de *casus belli* un acte qu'entreprendrait un État tiers cible de ses menaces, par exemple délimiter de telle manière telle frontière maritime, ne pas porter la longueur de

[67] Même si cette éventualité n'est – plus ou moins – ouvertement admise que dans le texte de l'article 50 concernant la corruption du représentant de l'État (« *corruption […] par l'action directe ou indirecte d'un autre État ayant participé à la négociation* »), une auteure va plus loin en admettant que la cause d'invalidité dans l'article 52 « *sussiste inoltre anche quando la coercizione non proviene da uno dei soggetti partecipanti al negoziato : dunque, non necessariamente vi è coincidenza fra l'ambito soggettivo del rapporto pattizio e quello relativo al rapporto di responsabilità* » (S. Forlati, *Diritto dei trattati e responsabilità internazionale*, Milan, Giuffrè, 2005, p. 35).

[68] Cette construction logique correspond très précisément à la version russe de l'article 52 en ce que la « *заключение явилось результатом угрозы силой или ее применения* », soit, littéralement, la « conclusion se présente comme le résultat de la menace de la force ou de son emploi ». Il reste que, sinon, la terminologie est, dans cette version, aussi neutre que celle de la version française ou encore de celle espagnole (« *tratado cuya celebración se haya obtenido por la amenaza o el uso de la fuerza* », contrairement à la version anglaise) ; même s'il n'est plus question, dans la version russe, de se mêler des subtilités véhiculées par « *obtenir* » ou « *to procure* ». La construction de la version russe semble par conséquent davantage « objectiviste ». Ce qui peut être intéressant s'agissant surtout du volet « *menace* » dans l'article 52.

[69] L'expression est d'O. Corten, *op. cit.,* p. 1886, n° 29. Villiger parle aussi d'une « *direct causal relationship between coercion and the conclusion of the treaty, i.e., the treaty would not have been concluded if there had not been a threat or use of force* » (Villiger, *op. cit.,* p. 645). Cette conclusion, éminemment logique, peut cependant se heurter à une difficulté de preuve plus ou moins impossible à apporter ; comment savoir, en fait, ce que quelqu'un aurait pu faire si un autre avait pu agir différemment ? Cela dit, un tel doute vaudra surtout en cas de « simple » « *menace* » ; en cas d'utilisation effective de la force, les choses se clarifient considérablement (quoique, on le verra, pas toujours). Villiger donne, en tout cas, un exemple incontestable illustrant une absence de lien de causalité, à savoir une « *application of force at an earlier stage of a State's history would not suffice* » (*ibid*.).

[70] Pourtant, une certaine souplesse serait parfois de rigueur. Certaines personnalités ne semblent pas exercer une influence politique considérable au vu des fonctions qu'ils occupent mais, en réalité, ce sont elles qui font la pluie et le bon temps. Par exemple, Léonid Brejnev n'a accédé au poste de président du présidium du Soviet suprême que treize ans après avoir été élu secrétaire général du comité central du parti communiste.

sa mer territoriale à 12 milles marins, etc.[71] Il faudra, le plus souvent, une certaine épaisseur pour que la « menace » devienne opérationnelle dans les termes de l'article 52[72].

S'agissant maintenant d'un cas de conflit armé entraînant une défaite militaire, on peut se demander quelle doit être l'étendue de cette dernière pour que plus aucun choix ne soit offert à l'État victime d'un traité auquel s'appliquerait l'article 52. De toute façon, la défaite sur le champ de bataille ne peut être absolue allant jusqu'au démantèlement des institutions de l'État. Une debellatio[73] ne met pas un État en situation de « contrainte » ; elle supprime simplement l'État tant et si bien que l'article 52 n'a plus du tout à être appliqué[74]. Ce qui, pour des esprits chagrins, constituerait un paradoxe de taille : une « petite » ou « modérée » défaite militaire justifierait une application de l'article 52 ; une défaite militaire retentissante entraînant l'occupation du territoire national, le démantèlement de l'armée vaincue, des institutions politiques, etc. pourrait, faute d'État subsistant, ne plus du tout concerner l'article 52.

Or, si l'on peut tenir compte, dans les termes que l'on vient de voir, de l'utilisation maximale de la violence guerrière, qu'en est-il d'une violence minimale ? En d'autres termes, est-ce que quelques coups de fusil échangés entre deux armées nationales peuvent s'avérer suffisants pour qu'un traité entre les États correspondants tombe dans l'escarcelle de l'article 52 de la Convention de Vienne ? Ceci est loin d'être sûr et, en l'occurrence, il convient de ne pas confondre le début d'application du droit humanitaire et du droit de la guerre avec les prémices de mise en œuvre de l'article 52 ou même de l'article 2§4 de la Charte. Il serait trop commode (et hautement déstabilisateur des relations internationales) si tout État pouvait contourner la règle « *Pacta sunt servanda* » en prétextant avoir dû conclure un traité sous la « *contrainte* » dans l'hypothèse de quelques escarmouches à la frontière. Le mot « *contrainte* », qui figure, comme on le sait, dans le – seul[75] – intitulé de l'article 52, ne peut être interprété autrement que comme signifiant une (quasi-)absence de choix sous le poids de l'action militaire adverse ou, à la

[71] Certes ici, dans cet exemple tiré de la « pratique » de la Turquie vis-à-vis de son voisin de la mer Égée, est en cause non pas un traité (quoique celui-ci puisse se conclure à l'avenir) mais un acte unilatéral que l'on cherche à « *obtenir* » de la part du « menacé ». En tant que tel, l'article 52 est inapplicable, mais la logique au fond est strictement la même. Après tout, l'idéal pour tout État agitant des menaces serait que le « menacé » se conforme à ses *desiderata motu proprio* sans passer par la conclusion d'un traité.

[72] Le cas des menaces diffuses qu'auraient fait peser sur la Grèce l'ancienne république yougoslave de Macédoine serait à évaluer, probablement, comme un cas limite (voir *supra* note 51). Cela dit, le contexte historique pourrait être utilisé par l'État « menacé » pour rendre davantage crédible la menace dont il se dit la cible. La crédibilité en la matière peut s'avérer capitale aux fins de l'utilisation de l'article 52.

[73] La *debellatio* a été définie comme une « *situation où, à l'issue d'une guerre, un État est complètement soumis à l'autorité de l'État vainqueur qui substitue sa souveraineté à celle de son adversaire sur le territoire de ce dernier. La personnalité juridique de l'État vaincu disparaît* » (J. Salmon, dir., *Dictionnaire du droit international public,* Bruxelles, Bruylant/AUF, 2001, p. 294).

[74] Des actions militaires (on peine à songer à des cas de légitime défense dans ces hypothèses) comme celle contre l'Irak en 2003 ou celle contre la Grenade en 1983 perpétrées par le principal allié actuel de l'Ukraine sont des illustrations tristes et éloquentes de ce paradoxe. Même si, dans les deux cas, les Etats-Unis ont pris la – vaine – précaution d'enrober leur action militaire sous le ouvert d'intervention de coalitions. Et même si l'Irak ou la Grenade n'ont pas *in fine* subi le sort de l'Allemagne nazie en 1945 ou celui du royaume de Pologne en 1795 ; ou alors pour assez peu de temps.

[75] Contrairement à l'article 51 où la « *contrainte* » est présente aussi bien dans l'intitulé que dans le corps de la disposition.

limite, sous le poids d'une menace militaire écrasante[76]. Des situations dans cette zone grise que les Anglo-Saxons appellent « *conflicts short of war* »[77] ne pourraient, en principe, être comptabilisées comme des exemples d'« *emploi de la force* » au sens de l'article 52[78]. Il va de soi que si l'on veut plier autrui à notre volonté, s'agissant surtout de relations interétatiques, autant utiliser les moyens nécessaires au degré nécessaire. Il n'y a rien de plus ridicule et décrédibilisant qu'une tentative de contrainte qui échoue. Or, au moins par certains côtés, c'est ce qui c'est probablement passé dans les premiers mois de l'intervention militaire russe en Ukraine[79].

Cela dit, même si « *menace* » et « *emploi de la force* » produisent exactement les mêmes effets juridiques, bien des choses séparent ces deux notions ne serait-ce que parce que, logiquement, un « *emploi de la force* » sous-entend ou implique ni plus ni moins une *défaite* militaire assez caractérisée. On voit, en effet, mal comment un État sortant victorieux d'une confrontation militaire accepterait les termes d'un traité le désavantageant. Comme a pu répondre au roi perse[80], qui lui demandait de rendre les armes, Cléarque, le chef des mercenaires grecs victorieux, tel que Xénophon le cite dans l'*Anabase*, ce n'est pas au vainqueur de rendre les armes. En revanche, la « *menace* » implique qu'aucun « *emploi* » n'a eu lieu. Dans ce cas, comment savoir que la « *menace* » aurait été à l'origine du traité défavorable ? Et si, belle tautologie, le vainqueur se révèle, à la fin d'un conflit effectif, le plus puissant, le menaçant n'aura pas été forcément le plus puissant avant l'éclatement du conflit, personne ne sachant comment un conflit peut se dérouler et quel peut être le résultat final de la confrontation[81].

À toutes ces difficultés relevant tantôt de l'interprétation de l'article 52 tantôt de l'appréciation des conditions matérielles qu'il énumère, on doit en ajouter encore une : la notion de « conclusion » d'un traité, pierre angulaire dans la perspective d'application de notre disposition, peut se révéler passablement obscure. Alors que plusieurs des termes utilisés dans la Convention de Vienne reçoivent une définition formelle, notamment dans son article 2, aucune définition de la « conclusion » d'un traité n'est disponible bien que ce terme soit utilisé à un grand nombre de reprises (dans la version française, seize en

[76] De manière intéressante, « *contrainte* » signifie, pour un dictionnaire standard de la langue française, « *violence exercée contre quelqu'un ; entrave à la liberté d'action* » (*Le Grand Robert de la Langue Française,* Paris, 2e éd., 2001, tome 2, p. 524). De même « *coercion* », le terme équivalent dans la version anglaise, signifie « *application of force to control the action* » (*The Oxford English Dictionary,* Oxford, Clarendon Press, 2e éd., 1989, vol. 3, p. 435) et, tout aussi, pertinemment, « *to coerce* » signifie « *to constrain or restrain by the application of superior force* » (*ibid*.). Quant au terme correspondant espagnol (« *coacción* »), il signifie « *fuerza o violencia que se hace a alguien para obligarlo a que diga o ejecute algo* » (Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua española*, Madrid, 21e éd., 2011, édition numérique).

[77] Voir, entre autres, J. Galliott, dir., *Force Short of War in Modern Conflict. Jus ad Vim*, Edinburg, Edinburgh University Press, 2019. Par ailleurs, il ne faudrait pas confondre de telles situations avec les « conflits de basse intensité », zones encore plus grises dans le jus ad bellum contemporain (cf. T. Ruys, « The Meaning of "Force" and the Boundaries of the *Jus ad Bellum* : Are "Minimal" Uses of Force Excluded from UN Charter Article 2(4) ? », *American Journal of International Law*, 2014, pp. 159-210.

[78] Toutefois, échappant à cette qualification, de telles situations peuvent se retrouver dans la case « menace » de l'article 52. Pourvu, bien entendu, que la « *menace* » en question soit crédible, ce qui pourra toujours susciter les controverses, théoriques et pratiques, dont on a déjà parlé.

[79] Même si nombre de points obscurs auront à être éclaircies à l'avenir par les historiens. Si, en tout cas, des historiens peuvent encore avoir les moyens d'éclaircir le passé.

[80] Artaxerxès II, pour mémoire …

[81] Par exemple, au vu du rapport de forces global, il était peu probable que la France s'effondrât militairement en juin 1940.

tant que substantif et dix-sept en tant que verbe « conclure »). Ce n'est qu'indirectement que l'on arrive à cerner à peu près le sens de ces termes. Ainsi, par exemple, de l'intitulé de la Partie II de la Convention de Vienne (« Conclusion et entrée en vigueur des traités »), on obtient que la « conclusion » n'est pas synonyme d'« entrée en vigueur » et que, logiquement, elle ne constitue qu'une phase indispensable mais antérieure à l'« entrée en vigueur ». Toutefois, un tel raisonnement est malmené par l'article 59 de la Convention de Vienne dont, déjà, l'intitulé est éloquent : « *Extinction d'un traité ou suspension de son application implicites du fait de la conclusion d'un traité postérieur* ». La question, logique, est, en effet, de savoir comment le traité antérieur peut subir une suspension ou, pire, une extinction dès la « *conclusion* » du traité postérieur. On voit donc que, parfois, la « *conclusion* » se confond avec la production de vrais effets juridiques par le traité postérieur, donc, s'il faut tout dire, avec son entrée en vigueur. D'un autre côté, la « *conclusion* » d'un traité ne saurait être confondue avec sa « *négociation* » et l'article 40§2, *litt.* b, de la Convention de Vienne s'emploie à bien distinguer ces deux étapes tout comme d'ailleurs son article 30§5 distingue entre « *conclusion* » et « *application* » d'un traité. Par ailleurs, la « *conclusion* » d'un traité ne s'épuise pas forcément en un seul acte. Il s'agit plutôt de toute une suite d'actes, postérieurs, comme on l'a vu, à la négociation et antérieurs au *legal binding* de l'État concerné. Aussi l'article 7§2, *litt.* a, de la Convention de Vienne parle-t-il, au pluriel, d'« *actes relatifs à la conclusion d'un traité* ».

Pas tout à fait claire[82], la notion de « *conclusion* » d'un traité peut par conséquent affecter l'applicabilité de l'article 52 qui se réfère explicitement à une « *conclusion [...] obtenue par la menace ou l'emploi de la force* ». Faut-il, eu égard aux développements qui précèdent, exclure donc toute applicabilité de cette disposition durant la phase des négociations ? Cela est envisageable d'un point de vue formel, ce qui donnerait qu'un emploi de la force exercé durant cette phase ne saurait, en tant que tel, empêcher une conclusion valide du traité sous condition bien entendu que l'emploi de la force ne se prolonge pas jusqu'à la phase de la « *conclusion* ». Mais comment traiter alors le volet « *menace* » de l'article 52 ? L'ombre de la « *menace* » ne serait-elle pas présente durant la phase de la « *conclusion* » même si, en ce moment-là, les armes se seraient tues ? Qu'est-ce qui empêcherait que celles-ci reprennent service ? Certes, tout est possible, mais ce qui est théoriquement possible n'est pas toujours très probable. La « *menace* », concept fuyant et embarrassant[83], est un concept bien plus large que l'emploi effectif de la force et risque par conséquent d'élargir considérablement le domaine d'application de l'article 52 surtout si on l'envisage dans le spectre large cher à l'avocat général Jacobs[84].

Enfin, que faire, toujours dans le cadre de l'article 52, de ce qui suivra la « *conclusion* » obtenue, par hypothèse, « grâce » à une menace ou à un emploi réel de la force ? Si on l'envisage sous le prisme du consentement à être lié[85], la « *conclusion* » sera la base pour

[82] Le *Dictionnaire du droit international public,* cité, s'en trouve embarrassé face à une telle polysémie de ce terme (*op. cit*., p. 225). Il distingue un « *sens large* » (« *procédure suivie en vue de l'engagement des parties à une convention* ») et « *un sens plus restreint* » (« *ensemble des opérations nécessaires pour que le contenu d'un traité soit définitivement arrêté* ». Le double sens de la notion de « conclusion » d'un traité est repris par Dupuy et Kerbrat, *op. cit.,* p. 315, n° 258. Disons, néanmoins, que, du point de vue du droit des traités, ces deux situations n'ont pas grand-chose en commun.

[83] C'est, pour Stürchler (*op. cit*., p. 275 et s.), le « *blind spot* » du *jus ad bellum* onusien.

[84] *Supra* note 51.

[85] Techniquement, on pourrait l'assimiler à la signature ou à la ratification du traité ou à l'accession à celui-ci. Si le traité a besoin d'être ratifié, sa signature, qui n'exprimera pas le consentement définitif à être lié, produira quand

une éventuelle (et attendue) « *application* » du traité. Si la « *conclusion* » se révèle invalide sur la base de l'article 52, pourrait-on quand même valider ensuite le traité affecté du fait même que l'État concerné ait accepté de l'« *appliquer* » ? Cette intéressante question sera examinée sous peu, lorsque l'on se penchera sur les effets juridiques d'un tel traité.

II. Le champ d'application de l'article 52 : les dérogations consenties

Malicieux, les textes juridiques tendent souvent des pièges aux lecteurs non avertis. Un des rets qu'ils affectionnent démesurément consiste à ce que la norme édictée soit accompagnée d'une ou de plusieurs exceptions ou, selon une variante, à ce que certaines conditions précises soient exigées pour que la norme édictée puisse s'appliquer. L'exemple de la règle fondamentale de la Charte des Nations Unies, celle interdisant le recours à la force dans son article 2§4, est un exemple pertinent[86]. Au-delà des difficultés d'interprétation substantielles que posent ici les termes « *menace* » ou « *emploi de la force* », difficultés qui réapparaissent à la lecture de l'article 52 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, le problème est que la « mise hors la loi » de la « guerre » qu'opère la Charte se heurte à la clause suivant laquelle cela ne vaut que pour autant que le recours à la menace ou à l'emploi de la force se fassent « *contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout État [ou] de toute autre manière incompatible avec les buts des Nations Unies* ».
Il est évident que l'article 52 de la Convention de Vienne se calque sur le modèle de l'article 2§4 de la Charte dans la mesure où il n'invalide un traité *« obtenu par la menace ou l'emploi de la force* » que sous condition que cela soit « *en violation des principes du droit international incorporés dans la Charte des Nations Unies* ». En réalité, toutefois, l'artiche 52 semble vouloir dépasser le cadre des Nations Unies. C'est le but qui, apparemment, a été confié au participe passé « *incorporés* » (« *embodied* » ; « *incorporados* », « *воплощение* »[87]), lequel montrerait que lesdits principes sont à la fois antérieurs et quelque peu extérieurs à la Charte (et liant ainsi même des États non membres de l'ONU). Alors on pourra dire que ces « *principes* » sont des principes coutumiers qui, en tant que tels, lieraient même des États non membres des Nations Unies et, inversement, même pas parties à la Convention de Vienne. Il existerait donc un monde hors Charte, mais, vu ainsi, le commentaire de la Commission du droit international sur ce qui va devenir l'article 52 n'est donc plus tout à fait pertinent dans la mesure où, selon elle, « *la portée précise des actes couverts par cette définition* [« *menace* » ou « *emploi de la*

même quelques effets juridiques, pas toujours négligeables, compte tenu de la théorie du *pactum de contrahendo* codifiée, de nos jours, dans l'article 18 de la Convention de Vienne. Voir aussi *infra* note 128.

[86] Pour mémoire : « *Les Membres de l'Organisation s'abstiennent, dans leurs relations internationales, de recourir à la menace ou à l'emploi de la force, soit contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout État, soit de toute autre manière incompatible avec les buts des Nations Unies* ».

[87] En lieu et place de la formule que la Commission du droit international avait retenue dans son rapport final à l'Assemblée générale et selon lequel « *est nul tout traité dont la conclusion a été obtenue par la menace ou l'emploi de la force en violation des principes de la Charte des Nations Unies* » (*Annuaire CDI*, 1966, vol. II, p. 268). Très explicitement, Forlati (*op. cit*., p. 38) admet que, en cas de – surtout future – divergence entre droit coutumier et dispositions pertinentes de la Charte, il faudra s'en référer au premier pour évaluer le caractère invalide d'un traité dans le contexte de l'article 52. Bref, cet article peut, le cas échéant, prendre quelques distances vis-à-vis de la Charte et revendiquer donc une certaine autonomie. Ainsi aussi P. Reuter, *Introduction au droit des traités*, Genève, IHEID, 3e éd par Ph. Cahier, 1985, p. 161.

force »] *doit être déterminée en pratique par l'interprétation des dispositions pertinentes de la Charte* »[88].

Il n'en reste pas moins que les dérogations consenties aussi bien par l'article 52, que par le droit coutumier ou par l'article 2§4 de la Charte demeurent *exceptiones,* lesquelles, logiquement, *strictissimae interpretationis sunt.* Comment faire, toutefois, si, substantiellement, ces exceptions sont conçues plutôt largement et même si, parfois, leurs limites et leurs contours sont mouvants, au gré des appréciations politiques et juridiques de tiers ? Puis, cela vaut aussi la peine de se demander si le texte de l'article 2§4 de la Charte prévoit réellement, d'un côté, une règle et, d'un autre côté, des exceptions à cette règle. Il se peut que ce qui est souvent interprété comme une exception ne soit, en fait, que la condition nécessaire pour que la règle vaille[89]. Certes, en pratique, la différence entre les deux hypothèses peut ne pas paraître énorme mais elle peut, malgré tout, finir par peser d'un certain poids à propos d'un éventuel partage du fardeau de la preuve.

Quoi qu'il en soit, attenter à « *l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout État* », deux atteintes qui peuvent être proches sans pour autant être synonymes, ne peut , normalement, être compatible « *avec les buts des Nations Unies* ». Cela pourrait le devenir, toutefois, si l'une des deux conditions bien connues prévues par la Charte peut être remplie. Avant de les examiner brièvement à la lumière de l'affaire ukrainienne, force est de rappeler que, visiblement, l'une des bases de négociation avancées depuis longtemps par la Russie et, parfois, non contestées par les Etats-Unis[90], est la reconnaissance de l'annexion (déjà fait unilatéralement) d'une partie non négligeable du territoire ukrainien par la Russie, qu'il s'agisse de la Crimée seule ou de la Crimée avec d'autres oblasts, au moins quatre pour Moscou[91]. Un traité de paix qui entérinerait une telle amputation territoriale serait un traité relevant sans ambages de l'article 52 de la Convention de Vienne. De prime abord, en tout cas.

Il est également possible, et, en tout cas, les revendications de la Russie n'ont jamais varié sur ce point, que l'Ukraine devrait consentir, lors d'une future paix, des concessions de nature proprement politique en sus de celles de nature territoriale. Au-delà des slogans politiques de propagande, qu'il est inutile d'examiner ici (« dénazification » de l'Ukraine,

[88] *Annuaire CDI*, 1966, vol. II, p. 268, sous 3).

[89] Aussi Derek Bowett se demande-t-il, déjà en 1958, « *whether the Charter contains a prohibition of action which would normally be legitimate as the exercise of self-defence, a right admitted and recognized by the general law. We must presuppose that rights formerly belonging to member states continue except in so far as obligations inconsistent with those existing rights are assumed under the Charter* » (*Self-Defence in International Law*, Manchester, Manchester University Press, 1958, p. 184).

[90] Il est assez difficile de suivre la politique américaine à cet égard. Il se peut que, selon une tactique de négociateurs du privé, les politiciens en charge du dossier cherchent à avancer, tantôt vis-à-vis de l'un tantôt vis-à-vis de l'autre belligérant, des « revendications » disproportionnées afin qu'ils puissent, ensuite, autour d'une table de négociation « mûre », accepter des compromis. Toutefois, la diplomatie a ses propres règles surtout si elle se fait de manière ouverte ou (prétendument ?) transparente. Il n'est pas possible, sans que cela ne crée des « précédents », annoncer un jour que l'Ukraine ne peut espérer avoir la Crimée et l'autre que l'Ukraine est en droit d'exercer sa souveraineté sur tous ses territoires pour le moment perdus.

[91] Et sans savoir si par oblasts on entend, chaque fois, leur territoire actuellement sous le contrôle de l'armée russe ou leur territoire tel que déterminé administrativement par l'Ukraine. S'agirait-il de ce dernier cas et il y aurait une malicieuse et ironique allusion à la doctrine de *uti possidetis juris*, celle-là même que la Russie semble contester à l'égard de l'Ukraine prise comme un ensemble.

etc.), un possible régime de neutralité politique et militaire[92], voire une forte « démilitarisation » de l'Ukraine sont des positions constantes de Moscou. Il est également probable qu'une fédéralisation (forte ? atténuée ?) du pays, une reconnaissance du russe comme langue co-officielle, la légalisation de partis considérés comme favorables à Moscou (le parti des régions, le parti communiste et le parti socialiste ukrainien, etc.), voire la levée de sanctions à l'encontre de l'Église orthodoxe n'ayant pas rompu ses liens avec le patriarcat de Moscou, une amnistie en faveur des politiciens et citoyens « pro-russes », etc. puissent être avancées comme revendications russes en vue de la conclusion d'un traité de paix. Il va de soi que de telles revendications seront autant d'interventions affectant sérieusement la politique intérieure ukrainienne. Peu importe leur éventuel bon sens (ou non...) ; ce qui compte, au vu de l'article 52 de la Convention de Vienne, est le seul fait que de telles transformations, parfois radicales, de la politique et, peut-être aussi, de la Constitution ukrainienne, risquent d'être imposées à Kiev alors même que Kiev les rejette constamment jusqu'ici ou, en tout cas, ne les aurait probablement pas mises en œuvre sans l'intervention militaire russe. Il est à noter que, même si un traité de paix confirmait l'Ukraine dans ses frontières d'avant 2022, voire d'avant 2014, ce qui est actuellement fort peu probable, à moins d'une déconfiture militaire russe, le fait qu'au moins certaines des conditions politiques mentionnées ci-dessus auraient pu être imposées à cet État par un traité de paix aurait fait que ce dernier relevât de l'article 52 de la Convention de Vienne. Une concession territoriale est loin de constituer le seule caractéristique de traités auxquels pourrait s'appliquer l'article 52.

On notera aussi que, possiblement, il n'y aurait pas que la Russie qui serait concernée par des clauses relevant de cette disposition de la Convention de Vienne. En cas d'effondrement politique et militaire (mais sans *debellatio*) de l'Ukraine, des États voisins pourraient, à leur tour, faire valoir des revendications territoriales, comme la Hongrie, la Roumanie, voire la Pologne. Au-delà de ce qui relève du volet « territorial » de l'article 52 de la Convention de Vienne vu sous l'angle de l'article 2§4 de la Charte, le volet « *indépendance politique* » pourrait être, à son tour, concerné par des clauses d'un traité de paix global (et multilatéral) pour autant que des revendications, souvent excessives, avancées de manière soudaine, brutale et assez peu courtoise par les Etats-Unis puissent y être confirmées (mainmise sur les « terres rares », sur d'autres richesses minérales, sur des terres agricoles, etc.).

De telles revendications, surtout si elles excluent une nationalisation future des concessions correspondantes, iraient sans aucun doute à l'encontre de la résolution 1803 (XVII) de 1962 de l'Assemblée générale portant souveraineté permanente sur les ressources naturelles, un des grands principes du droit international contemporain. Il est certain qu'une « *indépendance politique* » sans indépendance économique ne saurait être imaginée. Encore faudrait-il que ces clauses économiques imposées, par exemple, sous prétexte de remboursement de dettes contractées pour faire face au conflit fassent partie d'un traité de paix global mettant un terme à ce conflit. Si des clauses économiques

[92] Ce qui heurterait frontalement l'article 102, al. 3, de la Constitution ukrainienne, introduit par une révision constitutionnelle de 2019, qui fait du président de l'Ukraine le garant de l'orientation stratégique d'adhésion à l'Union européenne et à l'OTAN et de la réalisation de celle-ci (« *є гарантом реалізації стратегічного курсу держави на набуття повноправного членства України в Європейському Союзі та в Організації Північноатлантичного договору* »). On examine plus loin les obstacles constitutionnels ukrainiens à un traité de paix tel que Moscou l'esquisse communément.

analogues faisaient partie d'un traité bilatéral américano-ukrainien imposé, fût-ce de manière fort peu délicate, à Kiev, on se heurterait au fait que seul l'emploi de la « *force* » ou, à la limite, la menace de l'employer ferait relever un tel traité de l'article 52 de la Convention de Vienne. Or, comme on le sait, par « *force* » on a plutôt tendance à entendre celle militaire. Du moins dans la doctrine dominante « occidentale ». On pourrait s'interroger sur l'incidence, en la matière, des encouragements américains et, plus généralement, occidentaux, poussant Kiev, en mars-avril 2022 (et postérieurement), à se montrer intraitable vis-à-vis de l'intervention militaire russe. La dette militaire et économique colossale contractée par Kiev à l'instigation, d'une certaine manière, des Occidentaux et auprès, précisément, de ceux-ci pose, à l'évidence, un problème éthique si l'on exige son remboursement à marche forcée à ce pays exsangue qui lutte pour sa survie. Toutefois, la morale ne coïncidant pas toujours avec le droit et, possiblement, avec le droit international encore moins, il faudra des trésors d'imagination aux conseils de Kiev pour dénoncer, en des termes juridiques, l'injustice d'un tel traitement.

Prudemment, mais aussi dans une certaine précipitation, il apparaît, en ce début de mai 2025, que les Etats-Unis se sont fortement orientés vers la solution d'un accord « économique » bilatéral avec l'Ukraine les termes duquel seraient relativement plus équilibrés que les projets initiaux de Washington ne le prévoyaient. Washington aurait intérêt à s'en tenir là et à ne point souhaiter, à l'avenir, que les clauses de cet accord bilatéral fassent, *in partem* ou *in toto,* directement ou par renvoi, partie d'un vaste traité de paix. Comme ce dernier risque de se révéler un peu « inégal »[93] au sens de l'article 52 de la Convention de Vienne, mieux vaut que les clauses de l'accord bilatéral ne puissent se faire contaminer au contact d'un futur éventuel traité de paix.

Si l'on se tourne maintenant vers les exceptions prévues à la règle de l'article 2§4 de la Charte (à moins qu'il ne s'agisse, on le répète, de conditions d'application de cette règle), tout étudiant un tant soit peu familiarisé avec le droit international général sait que l'on aura affaire soit au feu vert de la part du Conseil de sécurité, soit au principe de légitime défense[94]. Il est inutile (à moins qu'il ne soit fort pernicieux) de discuter d'autres exceptions/conditions comme celles vaguement invoquées par des gouvernements d'États membres de l'OTAN lors de leur intervention militaire de 1999 au Kosovo et en Serbie faisant état de la responsabilité de protéger, de prévenir un génocide, etc.[95] La

[93] Toutefois, il n'y aurait pas de comptabilisation en tant que dette ukrainienne de l'aide militaire accordée par l'administration Biden depuis 2022 et l'Ukraine garde, apparemment, des prérogatives importantes quant à l'extraction et commercialisation de ses richesses minières. « Économique », cet accord ne comporte pas, d'un autre côté, de garantie sécuritaire américaine. La clé, d'un point de vue politique et sécuritaire, est, pour l'Ukraine, d'attirer d'importants investissements américains de sorte que les Etats-Unis se sentent obligés d'œuvrer en faveur du maintien d'un contrôle politique et militaire ukrainien, notamment sur les zones où les minerais « rares » s'y trouveraient. Il est trop tôt pour dire si ce « stratagème » remplirait ses promesses. De toute façon, des investissements américains non négligeables existaient avant la conclusion de cet accord ; ce qui n'a pas empêché l'intervention militaire russe.

[94] Brosche parle globalement de « *erlaubte Gewalt* » (*op. cit.,* p. 192). On est bien sûr assez loin du Pacte de Paris de 1928 même si, pour certains (à commencer par le secrétaire d'État américain Kellogg), le Pacte aurait implicitement reconnu l'*exceptio* de la légitime défense. Trop implicitement, probablement.

[95] Ce qui est curieux (ou maladroit) est que la Russie elle-même invoque le risque de génocide à l'encontre de populations est-ukrainiennes russophones afin de justifier son intervention militaire, y compris devant la Cour internationale de justice (cf. A. de Nanteuil, « La guerre en Ukraine et le droit international public », *Journal du droit international,* 2022, pp. 721-748, spéc. p. 728 et s.). Dans son ordonnance du 16 mars 2022 adoptée dans l'affaire des *Allégations de génocide au titre de la convention pour la prévention et la répression du crime de*

Charte, surtout sur un point aussi « constitutionnel » de l'ordre juridique international, ne peut être révisée unilatéralement par un État ou par un groupement d'États. Le membre de phrase « *soit de toute autre manière incompatible avec les buts des Nations Unies* » est trop abstrait pour qu'il puisse couvrir de nouvelles dérogations à la règle d'illicéité des interventions militaires (et des menaces afférentes), à buts « humanitaires » ou autres.

Et encore le feu vert du Conseil de sécurité n'est, en réalité, que le succédané de l'échec total (et pourtant fort prévisible dès le départ) du Comité d'état-major des Nations Unies censé pouvoir mettre en exécution les résolutions contraignantes du Conseil de sécurité comportant l'usage de la force militaire à l'encontre d'un État menaçant la paix, provoquant une rupture de la paix ou coupable d'une agression. Ce n'est bien sûr pas ici l'endroit idéal pour analyser le fondement juridique dudit succédané qui fait reposer l'exécution des mesures militaires du Conseil de sécurité sur des États « volontaires » car, de toute façon, on ne voit pas comment l'hypothèse du feu vert puisse intervenir dans le cas dont traite la présente étude. Si l'on veut faire, néanmoins, ici du droit-fiction, autant y aller loin. On peut, en effet, envisager la conclusion d'un traité de paix qui, de manière très « classique », relèverait de l'article 52 de la Convention de Vienne (amputations territoriales, mise en péril de l'« *indépendance politique* » de l'Ukraine, etc.). Au cas où, après avoir conclu un tel traité, Kiev refuserait de le mettre en œuvre en invoquant, justement, l'article 52 de la Convention de Vienne, serait-il possible au Conseil de sécurité de l'avaliser en en effaçant ainsi, par sa baguette magique, les tares d'origine, même sans menacer de donner le feu vert à des actions militaires de la part de quelques États « volontaires » ? Un tel scenario, paraissant, pour le moment, fou, et, de toute façon, particulièrement injuste pour le vaincu contraint de conclure le traité sous la force, risque, néanmoins, de ne pas forcément heurter la Charte[96].

Sans aucun doute, l'obstacle majeur qui se dressera devant l'invalidité d'un traité de paix « imposé » aura à faire à la « grande » mais aussi oh combien secrète seconde exception/condition à la règle du non-recours à la force. Il s'agit bien entendu de

génocide (demande en indication de mesures conservatoires), la Cour affirme qu'« *il est douteux que la convention* [de 1951 sur le génocide], *au vu de son objet et de son but, autorise l'emploi unilatéral de la force par une partie contractante sur le territoire d'un autre État, aux fins de prévenir ou de punir un génocide allégué* » (*Recueil*, p. 225, par. 59). Une telle affirmation sonnerait-elle, rétrospectivement, le glas d'« interventions humanitaires » armées à l'étranger prétextant, plus particulièrement, de sauver des populations d'un génocide ? Ajoutons que la notion de crime de génocide n'a de cesse d'être galvaudée et que le « crime des crimes » risque de perdre la singularité qui est censée le caractériser. Des tueries, même à grande échelle, ne sont pas forcément des génocides.

[96] Voir sur le précédent ambigu d'« acceptation » par le Conseil de sécurité de l'accord de Koumanovo de 1999 entre l'OTAN et la Serbie in Corten , *op. cit*., p. 1893 et s. ainsi que Schmalenbach, *op. cit.,* p. 957 et ss. En tout état de cause, ce n'est pas la première fois que le Conseil de sécurité procède à la légalisation de situations illégales. Voir, à propos de ses hypothétiques compétences « légalisatrices » postérieurement à l'invasion de l'Irak en 2003, S. Karagiannis, « La légalisation des situations illégales en droit international. L'exemple du recours illégal à la force » *in* Ben Achour et Laghmani, dir., *Le droit international à la croisée des chemins. Force du droit et droit de la force,* Paris, Pedone, 2004, pp. 105-136. Voir sur la possibilité et les limites pour le Conseil de sécurité de « valider » un traité de paix en Ukraine relevant de l'article 52 G. Herbert, « Territorial Concessions to the Aggressor. (In-)Validity of a Prospective Peace Treaty Between Russia and Ukraine ? », 6 janvier 2025 in https://verfassungsblog.de/territorial-concessions-to-the-aggressor/. La question reste controversée (cf. Gr. Fox, « A Legal Framework for a Russia-Ukraine Peace Agreement », 18 décembre 2024, in https://www.ejiltalk.org/a-legal-framework-for-a-russia-ukraine-peace-agreement/).

l'argument s'appuyant sur la légitime défense[97], *a priori* la légitime défense décrite (mais plutôt défectueusement et, en tout cas, pas complètement) dans l'article 51 de la Charte ou bien la légitime défense « *droit naturel* » (pour suivre la version française[98]) qui, sur certains points, ne serait pas, selon certains, identique à celle de la Charte[99]. Sans pouvoir ici se livrer à une analyse approfondie qui, qui plus est, porterait sur des faits et des prétentions singulièrement controversés, il pourrait y avoir application, dans l'une ou l'autre forme, d'une légitime défense dans son volet « collectif » si, en suivant la prétention russe, l'armée russe s'était portée, en février 2022, au secours de deux entités (les « républiques populaires » de Donetsk et de Louhansk) que Moscou venait (juste la veille de l'intervention) à reconnaitre comme États.

À supposer qu'un cas de légitime défense fût constitué (ce qui peut se heurter à de nombreuses objections), force est de considérer que l'une des règles sacrosaintes est, en la matière, la riposte proportionnée. On pourrait, à la limite, considérer que l'emploi de forces limitées au début de l'opération, fait qui a surpris maint expert militaire, était une sorte de traduction du principe de proportionnalité et l'on pourrait même (mais avec plus de difficultés …) faire couvrir par l'article 51 de la Charte l'emploi de ces forces souvent bien loin du front initial (les frontières des oblasts sécessionnistes reconnus comme « États »), stratégie militaire « obligeant ». Toutefois, le but de toute légitime défense est la riposte le temps que le Conseil de sécurité puisse prendre « *les mesures nécessaires pour maintenir la paix et la sécurité internationales* ». Une difficulté politique de taille se pose lorsque celui qui prétend se prévaloir de la légitime défense est membre permanent du Conseil de sécurité et peut, par son veto, paralyser cet organe[100], du moins dans le cadre du Chapitre VII de la Charte (dont fait partie l'article 51 sur la légitime défense)[101]. À

[97] Ainsi, clairement, R. Rivier, *Droit international public*, Paris, PUF, 2012, p. 486, n° 609 ou encore M. Villiger, p. 643. Plusieurs auteurs évitent de mettre en exergue la légitime défense comme cause d'inapplicabilité de l'article 52. On peut les comprendre tant la légitime défense constitue un terrain glissant. Et encore on ne parlera pas de la légitime défense préventive ou préemptive qui sème encore plus le trouble dans le domaine potentiellement le plus troublant du droit international post-1945. À en croire certaines sources, l'intervention militaire russe aurait été déclenchée en février 2022 pour prévenir une attaque (ou une contre-attaque ?) majeure de l'armée ukrainienne contre la « république populaire de Donetsk ». À supposer que cela fût confirmé, aurait-on eu besoin, côté russe et côté sécessioniste, d'argumenter là-dessus du moment que l'entité en question « subissait » (de son point de vue), déjà depuis 2014, les efforts militaires ukrainiens visant à la liquider ?

[98] On sait que les autres versions, sans forcément contredire la version française, se montrent plutôt hésitantes à recourir aussi facilement aux incertains concepts jusnaturalistes (« *inherent right* », « *derecho inmanente* »), l'écart devenant d'ailleurs plus préoccupant avec la version russe qui parle de « *неотъемлемое право* », expression que l'on traduirait comme « droit imprescriptible ». C'est, somme toute, la version chinoise (« *自然权利* ») qui semble la plus proche de la version française dans la mesure où « *自然* » (zirán) signifie « nature » et « *权利* » (quánlì) « droit ».

[99] Ainsi Bowett pour lequel cela pourrait couvrir l'hypothèse d'une légitime défense préventive (*op. cit.,* p. 187). *Contra* H. Kelsen, *Law of the United Nations. A Critical Analysis of Its Fundamental Problems,* Londres, Stevens & Sons, 1951, p. 797.

[100] Une compétence est pourtant donnée pour être, le cas échéant, utilisée. Des demandes d'enlever à la Russie son droit de veto, voire son statut de membre permanent du Conseil de sécurité, sont d'un ridicule total d'un point de vue juridique, si l'on connaît les règles, compliquées, de révision de la Charte. À moins que l'on ne puisse s'appuyer sur le fait que seule l'Union soviétique est membre permanent d'après l'article 23 de la Charte et que la fédération de Russie ne coïncide pas totalement avec l'État disparu en question. Mais devrait-on dire la même chose du Royaume-Uni, si, à l'avenir, l'Irlande du Nord s'unissait à la République d'Irlande ?

[101] On peut supposer qu'il en aille différemment s'agissant des compétences du Conseil de sécurité dans le cadre du Chapitre VI de la Charte. En effet, suivant l'article 27§3 de la Charte, « *les décisions du Conseil de sécurité*

supposer encore que, dans une telle hypothèse, la légitime défense puisse continuer à valoir face à une paralysie du Conseil de sécurité provoquée par celui même qui se prévaut de la légitime défense, on s'interrogera sur la finalité ultime de cette principale exception à la règle du non-recours à la force. Certes, rien ne transparaît du texte de l'article 51 de la Charte, mais il est plus que probable que son *τέλος* soit le rétablissement du *statu quo ante bellum*, pas vraiment des modifications territoriales même dans le but de prévenir de futures « agressions ».

Une hypothétique contre-argumentation russe pourrait, certes, considérer que but de la légitime défense serait (ou aurait été) de repousser l'« agresseur » aux frontières des oblasts/« États » concernés sauf que des territoires allant au-delà desdites frontières sont entretemps passés sous contrôle militaire russe et, comme il appert des positions avancées par les négociateurs russes, tous ces territoires devraient être reconnus comme russes dans un éventuel traité de paix. Il est vrai que deux nouveaux oblasts, Zaporijjia et Kherson, sont également concernés sans que l'on sache si (ou quand et comment) la Russie (inutile de chercher l'opinion d'autres États) les aurait, eux aussi, reconnus comme « États » qui, il est vrai, en tant qu'« États » souverains, pourraient ensuite décider de leur avenir, y compris en fusionnant avec un État « tiers », la Russie bien sûr. On pourrait, en vue de contrecarrer de telles positions, se référer à la vraisemblance, à la théorie des apparences, à la raison, à l'opinion d'autres États y compris de ceux particulièrement proches de la Russie, comme la Biélorussie ou d'anciennes Républiques soviétiques d'Asie centrale, tous réfutant (pour le moment) ces sécessions/annexions/absorptions. Par ailleurs, au point de vue de la vraisemblance, la situation n'est pas la même entre l'oblast de Donetsk et celui de Louhansk, d'une part, et ceux de Kherson et de Zaporijjia, d'autre part. Si les forces sécessionnistes pro-russes ont proclamé l'indépendance à Donetsk et à Louhansk, à la suite de référendums organisés déjà en 2014 et y ont pu assurer un contrôle effectif sur la majeure partie de ces territoires, des référendums d'indépendance n'ont été organisés dans les oblasts de Kherson et de Zaporijjia que le 27 septembre 2022[102], cette « indépendance » n'ayant, en fait, duré que trois jours puisqu'ils faisaient

sur toutes autres questions [autres que celles de procédure] *sont prises par un vote affirmatif de neuf de ses membres dans lequel sont comprises les voix de tous les membres permanents, étant entendu que, dans les décisions prises aux termes du Chapitre VI* […] *une partie à un différend s'abstient de voter* ». Toutefois, cette disposition, qui pose plus de problèmes qu'elle ne fournisse de solutions (cf. P. Tavernier in Cot, Pellet et Forteau, dir., *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article*, t. I, Paris, Economica, 3e, 2005, p. 938 et s.), a été appliquée de manière marginale par les Nations Unies. Puis, ce qui intéresse la présente discussion est le droit de veto dans le Chapitre VII, point dans le Chapitre VI de la Charte. Les tentatives d'effacement de la différence entre une « *situation* » relevant du Chapitre VI et un « *différend* » relevant du Chapitre VII ont parfois quelque chose de pathétique (cf. Fr. Naaman, « Fairness on the Security Council : Rediscovering the Duty to Abstain », blog du 13 mai 2025 (in https://www.ejiltalk.org/fairness-on-the-security-council-rediscovering-the-duty-to-abstain/). Pour un autre auteur, un « *"untold" consensus has crystallised in the Council in the last decades* » en faveur des pouvoirs des membres permanents (E. Milano, « Russia's Veto in the Security Council : Whither the Duty to Abstain under Art. 27(3) of the UN Charter ? », *ZaöRV*, 2015, pp. 215-231, spéc. p. 230).

[102] En général, ces référendums sont considérés comme illégaux par les autorités ukrainiennes et leurs alliés, ce qui n'est pas bien grave, rares étant les référendums d'autodétermination, en dehors de certaines hypothèses de décolonisation, dont la légalité aurait été reconnue (voir, néanmoins, les référendums québécois et écossais). Ce qui est bien plus préoccupant sont les conditions matérielles et juridiques dans lesquelles ces référendums semblent avoir pu se dérouler (participation d'électeurs sous pression, voire sous intimidation, ou sans contrôle de leur identité, organisation d'opérations électorales impossible dans une bonne partie de chacune des entités sécessionnistes, etc.). Comme toujours, toutefois, il y a beaucoup de propagande et beaucoup de faits impossibles

partie de la Fédération de Russie déjà le 30 septembre, annexion officialisée lors d'une cérémonie au Kremlin quelques jours plus tard.

Cela dit, le précédent du Kosovo, tel qu'est établi par la sagesse de la Cour internationale de justice, est toujours là pour nous rappeler que la proclamation unilatérale d'indépendance ne peut, en vérité, qu'être difficilement régie, contrôlée ou contrecarrée par le droit international, et cela sans même avoir recours à la théorie de la sécession-remède[103] prônée par l'Assemblée générale dans sa résolution 2625 (XXV)[104]. Une zone particulièrement grise, c'est-à-dire particulièrement dangereuse pour la stabilité des relations internationales et le maintien de la paix, est ainsi progressivement apparue depuis les sécessions déjà opérées dans l'ancienne République fédérative socialiste de Yougoslavie[105] et nul ne sait comment ce phénomène peut dorénavant être maîtrisé. Il va de soi que toutes ces inconnues, ainsi que, souvent, l'impossibilité pour un juge international de se prononcer sur ces matières (avec des chances raisonnables de se faire entendre et obéir, sinon ce n'est vraiment pas la peine de mettre en jeu sa crédibilité[106]) empêchent, à l'occasion, de voir quel traité de paix peut vraiment relever de l'article 52 de la Convention de Vienne.

à confirmer de part et d'autre. Il se peut qu'un jour les historiens puissent se prononcer sur ces questions, mais l'on sait aussi que l'histoire s'écrit par les vainqueurs.

[103] Il va de soi que la mise en œuvre de cette théorie dans tel ou tel cas concret place tout chercheur dans un terrain particulièrement glissant. Il lui sera difficile de se dépêtrer de constatations contradictoires et souvent subjectives et d'informations dont la véracité ne pourra (jamais ?) être établie. Il n'est pas étonnant, dans ces conditions, que la Cour internationale de justice a précautionneusement évité cet examen dans l'affaire du Kosovo (*Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo,* avis consultatif du 22 juillet 2010, *Recueil*, p. 438, par. 82 et 83).

[104] *Contra* nombre d'auteurs dont de Nanteuil pour lequel « *il ne suffit pas de se déclarer indépendant pour le devenir* » (*op. cit.,* p. 738). Il a peut-être raison mais cet aphorisme ne semble pas intégrer totalement l'« acquis » de l'avis *Kosovo* et sa dynamique par nature déstabilisatrice et assez peu contrôlable (si ce n'est par la force …). Pour rappel, selon la Cour, « *le droit international général ne comporte aucune interdiction applicable des déclarations d'indépendance* » (avis consultatif cité, *Recueil*, p. 438, par. 84). Il se peut que la Cour ne fasse que suivre Kelsen selon lequel « *la naissance et la fin de l'État sont des faits métajuridiques* » (cité par Th. Christakis, « The State as a "Primary Fact" : Some Thoughts on the Principle of Effectiveness » in M.G. Kohen, dir., *Secession. International Law Perspectives,* Cambridge, CUP, 2006, pp. 138-170, spéc. 139). *Kosovo* est, pour certains, un précédent malheureux (St. Oeter, « The *Kosovo* Case. An Unfortunate Precedent », *ZaöRV,* 2015, pp. 51-74). On retiendra que c'est un précédent même si aucune comparaison mécanique ne peut être faite entre deux sécessions, par exemple celle dans le Kosovo et celle en Crimée (cf., sur les différences entre les deux situations, que peut-être l'auteur augmente artificiellement en oubliant ce que la sécession kosovare doit à l'OTAN, Chr. Marxsen, « The Crimea Crisis. An International Law Perspective », *ZaöRV,* 2014, pp. 367-391).

[105] En dépit, dans ce cas, de la reconnaissance constitutionnelle d'un droit à la sécession, le même qui était prévu en son temps, par la Constitution de l'Union soviétique.

[106] Il reste bien sûr les juges nationaux ainsi que des tribunaux « supranationaux » qui leur ressemblent. Leurs jurisprudences peuvent agacer, parfois même sérieusement embêter des entités sécessionnistes ou des États qui, ensuite, seront tentés par leur annexion mais cela reste à un niveau modéré en attendant que le temps (lequel *omnia sanat*) passe. Une jurisprudence nationale ou même régionale supranationale reste un « *simple fait* » pour les tiers. Et même si l'on n'est pas tiers, mais, au contraire, partie du système, en quoi *Loizidou* a changé la situation au Nord de Chypre ?

III. L'effet juridique d'un traité de paix relevant de l'article 52

On est donc obligé de devoir travailler parmi des hypothèses obscures (mais c'est le sort quasi-quotidien du juriste, notamment de l'internationaliste …)[107] lorsque, enfin, il faudra considérer les conséquences et la validité juridiques d'un traité relevant de l'article 52 de la Convention de Vienne. De prime abord, le verdict est clair – et radical. Suivant cette disposition, « *est nul tout traité* » relevant de l'article 52. Les autres versions linguistiques ne sont pas moins claires ni moins radicales (« *A treaty is void if …* » ; « *Es nulo todo tratado …* » ; « *Договор являемся ничтожным если …* » ; « *条约*[…] *无效* » [tiáo yuē … wú xiào]). Toutefois, aucune clarté n'est absolue et aucune radicalité n'est entière. Il suffit de creuser un peu et nombre de questions surgissent.

De prime abord, il convient de comparer la nullité *ex* article 52 avec les autres cas de nullité que prévoit la Convention de Vienne dans la section 2 de sa partie V. Dans la plupart de ces cas, c'est à l'État victime d'un traité « mal » conclu à prendre l'initiative d'invoquer la nullité (articles 46 à 50). Fort intéressant se révèle, dans le contexte du conflit russo-ukrainien, le cas de l'article 46. Sous l'intitulé « *Dispositions du droit interne concernant la compétence pour conclure des traités* », il énonce, premièrement, que « *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 ».* Et, dans un second temps, il précise qu'« *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* ».

L'article 46 se réfère sûrement à la violation de règles constitutionnelles procédurales pour la « *conclusion* » d'un traité. Peut-on pour autant négliger l'hypothèse de violation de règles constitutionnelles substantielles[108] aussi fondamentales que celle de l'article 157 de la Constitution ukrainienne de 1996 suivant laquelle la Constitution ne peut être modifiée si les amendements proposés « *ont pour but de liquider l'indépendance ou de violer l'intégrité territoriale de l'Ukraine* » ?[109] Certes, l'expression « *ont pour but* » (« *спрямовані* ») ou encore celle de « *liquider l'indépendance* » (« *ліквідація незалежності* ») ne sont pas forcément d'une interprétation « *évidente* » au sens de

[107] Avec le recul, les mots du commentaire de la Commission du droit international, dans son rapport final, sur le futur article 52 (« *La Commission a estimé que la règle devait être énoncée en termes aussi simples et catégoriques que possible* » : *Annuaire CDI*, 1966, II, p. 269, sous 5) sonnent comme étrangement optimistes ; à moins qu'ils ne soient auto-congratulateurs. Comme un auteur l'indique, « *it might be difficult to identify which of the parties used force in violation of the Charter's principles, and which party used force in legitimate self-defence* » (J. Klabbers, « The Validity and Invalidity of Treaties » *in* Hollis, dir., *The Oxford Guide to Treaties,* Oxford, OUP, 2e éd., 2020, pp.545-567, spéc. p. 561). Michael Bothe pointe, entre autres problèmes relatifs à l'article 52, la question d'une sorte de légitime défense pouvant relever de l'article 52 en cas d'accession à l'indépendance d'un « peuple colonial » (M. Bothe, « Consequences of the Prohibition of the Use of Force », *ZaöRV,* 1967, pp. 507-519, spéc. p. 511).

[108] L'écart qui sépare, dans ce contexte, une question de fond d'une question de procédure est insignifiant.

[109] Notre traduction.

l'article 46§2 de la Convention de Vienne, mais celle de « *violer l'intégrité territoriale* » (« *порушення територіальної цілісності* ») semble, en revanche, l'être. Ainsi, au point de vue du droit constitutionnel, il faudrait impérativement, afin que l'Ukraine puisse accepter un tel traité, que la clause même de l'article 157 de sa Constitution puisse être révisée. Si cela est juridiquement[110] (et politiquement) possible. L'on ne peut, probablement, se contenter ici d'envisager la « loi » nationale comme un « *simple fait* », selon la célèbre expression de la Cour permanente de justice internationale[111]. En effet, par la grâce de l'article 46 de la Convention de Vienne, les textes nationaux, ici constitutionnels[112], qui concernent « *la compétence pour conclure des traités* » sont hissés au même niveau que le droit international, si les conditions posées par cette disposition conventionnelle sont remplies.

---

[110] On relève que l'article 157 lui-même est pourtant susceptible d'être révisé. Selon la logique prédominante en droit constitutionnel français (qui ne semble pourtant pas être celle qui vaut en Allemagne ou ailleurs), cela ne poserait, en fait, aucune difficulté (sauf une perte de temps) de réviser d'abord l'article 157 avant, dans un second temps, de s'attaquer à la question de l'intégrité territoriale. Il suffirait probablement de se conformer à l'article 9, al. 1, de la Constitution selon lequel un traité contraire à la Constitution ne saurait être conclu (on suppose, dans le sens « entré en vigueur ») que moyennant un amendement pertinent de la Constitution (« *лише після внесення відповідних змін до Конституції України* »). On présumera qu'une modification de l'article 2, al. 2, de la Constitution serait, en ce sens, indispensable, une disposition qui qualifie le territoire de l'Ukraine d'« *inviolable* » (« *Територія України […] є недоторканною* ») « *dans ses frontières actuelles* » (« *в межах існуючого кордону* »). Sans parler d'« obsession territoriale », comme Georges Scelle, par le passé, le faisait, notons qu'il y a ici une forte rigidité territoriale-constitutionnelle que l'on ne trouve pas forcément dans d'autres Constitutions. Comparer, par exemple, avec l'article 53 de la Constitution française ou bien avec l'article 80 de la Constitution italienne. On peut, toutefois, se demander, en dépit d'une formulation différente, si la Constitution russe ne comporte une règle analogue à celle de la Constitution ukrainienne dans son article 4§3, article selon lequel « *Российская Федерация обеспечивает целостность и неприкосновенность своей территории* » (« *La Fédération de Russie assure l'intégrité et l'inviolabilité de son territoire* »). Certes, la clause « *dans ses frontières actuelles* » fait ici défaut mais une révision constitutionnelle de 2020 ajoutera un nouveau paragraphe à l'article 67 de la Constitution russe selon lequel les actions (« *действия* ») et les appels à de telles actions (« *а также призывы к таким действиям* ») visant à céder une partie du territoire russe ne sont pas autorisés (« *не допускаются* »). L'interprétation de cette disposition ne sera pas facile. Si elle couvre le cas des projets d'amendements constitutionnels, on se rapproche évidemment du « modèle » ukrainien. L'article 67§3 réserve (heureusement !) le cas des délimitations et démarcations frontalières avec des États voisins. Sauf erreur, la Constitution ukrainienne ne le fait même pas ; en tout cas, pas explicitement.

[111] « A*u regard du droit international et de la Cour qui en est l'organe, les lois nationales sont de simples faits, manifestations de la volonté et de l'activité des États* » (*Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, arrêt du 25 mai 1926, Série A, vol. 7, p. 19).

[112] Et que dire alors d'un décret présidentiel ukrainien d'octobre 2022 (que l'auteur de ces lignes n'a pu consulter) suivant lequel toute négociation avec le président Poutine aurait été déclarée illégale (in https://www.reuters.com/world/europe/zelenskiy-decree-rules-out-ukraine-talks-with-putin-impossible-2022-10-04/) ? Pris sur le coup de l'émotion suivant l'annexion officielle de quatre oblasts ukrainiens par la Russie, ce décret ne semble pas avoir été abrogé jusqu'ici (mai 2025), ce qui, de l'avis des Russes, rendrait « illégales » des négociations proposées à Istanbul entre les deux présidents (https://apnews.com/article/russia-ukraine-war-putin-zelenskyy-peace-kremlin-4b562918462856b9020147fc50b37b16). Selon un quotidien anglophone ukrainien, le président de la Commission des affaires étrangères du Parlement ukrainien a une autre interprétation. Selon lui, la Constitution ayant une évidente supériorité hiérarchique sur un décret, ce n'est même pas la peine de modifier ou d'abroger ce décret (*The Kyiv Independent* du 12 mai 2025 (https://kyivindependent.com/didnt-zelensky-impose-a-ban-on-talks-with-putin-not-really/). En effet, la Constitution (article 106, sous 3)) confère au président compétence pour négocier et conclure des traités internationaux. À se demander donc pourquoi un tel décret avait été adopté et quelle est la portée réelle. À interdire des négociations personnelles avec V. Poutine ou avec la Russie en général ? Si c'est la seconde interprétation qui prime, comme faire pour dissocier la Russie de son président élu ?

Peu importent les conditions dans lesquelles une invocation de nullité d'un traité dans l'hypothèse des articles 46 à 50 peut être effectuée ; il est constant que, sans une initiative de l'État concerné (tant qu'à faire, initiative couronnée de succès, c'est-à-dire se conformant aux exigences des dispositions appropriées de la Convention de Vienne), le traité restera valide. Et c'est une autre question que de savoir s'il y a des délais pour l'invocation de la nullité ou si l'État peut définitivement, explicitement ou implicitement, renoncer, peut-être même *ex ante* (avant l'entrée en vigueur du traité), à une telle invocation.

Parallèlement, néanmoins, il y a, des hypothèses où la nullité du traité est acquise même si l'État ne prend aucune initiative pour l'invoquer (invalidité que les auteurs appellent souvent « absolue »). Il s'agit du cas où un traité contrevient à une règle de *jus cogens* (article 53), mais tel est, justement, le cas de l'article 52 aussi. Il est significatif que la sanction soit, dans ces deux hypothèses, la même[113], à savoir que le traité « *est nul* ». Cela est, après tout, logique, puisque les atteintes à l'intégrité territoriale ou à l'indépendance politique d'un État, les deux principales tares qui vicieront un traité relevant de l'article 52, constituent deux violations caractéristiques du *jus cogens* international[114], du moins tel que l'entend le célèbre arrêt *Barcelona Traction* de la Cour internationale de Justice sous la forme d'une obligation *erga omnes* (« *actes d'agression* ») même si le volet « *menace* » de l'article 52 peut ne point être couvert par une règle correspondante *jus cogens/erga omnes.*[115] Faut-il rappeler qu'une menace d'agression n'est pas exactement une agression ? De ce point de vue, l'article 52 de la Convention de Vienne semble aller plus loin que la jurisprudence *Barcelona Traction*[116] et le *jus cogens ex* article 53[117]*.*

On notera par ailleurs que la sanction prévue dans l'hypothèse de l'article 51 de la Convention de Vienne (« *Contrainte exercée sur le représentant d'un État* ») n'est pas moins sévère que celle que prévoit l'article 52 puisque le traité « *obtenu* » par ce type particulier de contrainte souffrira du fait que « *l'expression du consentement* [de l'] *État à être lié* […] *est dépourvue de tout effet juridique* ». La nuance entre « *dépourvu de tout effet juridique* » et « *nul* » est subtile. Le fait reste que si, *in fine*, il n'y a pas d'expression du consentement à être lié, il ne peut non plus y avoir traité en validité, surtout si le traité est bilatéral (et il le sera, normalement, dans le cas envisagé par l'article 51). En passant par-dessus la question du consentement, c'est le traité lui-même qui sera « *dépourvu de tout effet juridique* »[118]. Le problème est pourtant que l'on n'arrive pas à voir avec précision

[113] Enfin, presque, car les conséquences de la nullité qu'établit l'article 71 de la Convention de Vienne s'appliquent uniquement en cas de nullité *ex* article 53.

[114] Ainsi Reuter, *op. cit.,* p. 162. En brodant sur ce thème, J. Combacau et S. Sur écrivent que cette « *invalidité constitue une conséquence logique de la réglementation du recours à la force* » (*Droit international public*, Paris, Montchrestien/Lextenso Éditions, 10e éd., 2012, p. 132) et Michael Bothe y voit « *a corollary, a sanction of the prohibition of such use or threat of force* » (*op. cit.,* p. 508). En d'autres termes, ladite invalidité absolue sera une première sanction, probablement immédiate, d'un recours à la force destiné à « *obtenir* » le traité.

[115] Et même si, pour certains, une obligation de *erga omnes* ne sera pas forcément, en toute hypothèse, une obligation de *jus cogens*. Il est impossible de se pencher sur cette question dans cette étude.

[116] Au moins donc s'agissant de son volet « *menace* », le débat reste ouvert quant à l'exacte correspondance entre l'article 52 et le droit coutumier. Mais on ne reviendra pas là-dessus.

[117] Voir, pour une distinction assez nette sur toile fond d'un futur traité de paix en Ukraine, G. Herbert, « Territorial Concessions to the Aggressor. (In-)Validity of a Prospective Peace Treaty Between Russia and Ukraine ? », 6 janvier 2025 in https://verfassungsblog.de/territorial-concessions-to-the-aggressor/.

[118] Selon la belle formule de G. Distefano, « *dans l'article 51, l'accent serait donc mis sur ce qui est obtenu par la contrainte en amont, c'est-à-dire le consentement, alors que, dans l'article 52, l'accent est mis sur ce qui est*

quelle peut être la différence entre un traité « *nul* » et un traité « *dépourvu de tout effet juridique* » (« *without any legal effect* » ; qui « *carecerá de todo efecto jurídico* » ; qui « *не имеет никакого юридического значения* »)[119]. À moins que le texte ne signifie que, la nullité du traité n'étant, dans le cas de l'article 51, qu'indirecte, il y aura toujours possibilité pour l'État victime de la supprimer tout simplement, en fait, en ne l'invoquant pas ; une hypothèse qui nous rapprocherait du cas des articles 46 à 50 de la Convention de Vienne. Mais, dans ce cas, on se demandera pourquoi la formule (et la tournure) dans l'article 51 est différente de celle des articles 46 à 50. Il se peut que tout soit question de symbole même si nombre de commentateurs autorisés sont d'avis que la nullité *ex* article 51 est, elle aussi, une nullité absolue[120]. Le fantôme du malheureux président tchécoslovaque Emil Hácha hante toujours l'article 51 de la Convention de Vienne[121].

Sans insister sur ces détails techniques distinguant les différentes clauses de nullité ou d'annulabilité de traités « viciés », détails qui auraient pu éventuellement être d'une moindre complexité[122], la question que l'on peut se poser maintenant est de savoir si, malgré le caractère – directement – « *nul* » du traité qu'envisage l'article 52, l'on ne peut, malgré tout, concevoir une sorte de remède. Avant d'y répondre, rappelons que, comme la « nullité » du traité n'est plus tributaire d'une quelconque subjectivité suivant laquelle ce serait à l'État victime d'en invoquer le vice, cet État n'a pas à entreprendre quelque action que ce soit pour que le caractère « *nul* » du traité soit reconnu. Plus particulièrement, l'article 65§1 de la Convention de Vienne (« *Procédure à suivre concernant la nullité d'un traité, son extinction, le retrait d'une partie ou la suspension de l'application du traité* ») ne « subjectivise » pas la nullité d'un traité imposé[123]. En effet, selon cette disposition, « *la partie qui, sur la base des dispositions de la présente*

obtenu par la contrainte en aval, à savoir le traité ! » (in Corten et Klein, dir., *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités. Commentaire article par article,* Bruxelles, Bruylant, 2006, vol. II, p. 1851, n° 28).

[119] On arrive encore moins à trouver la différence dans la version chinoise. Sans que les formules utilisées dans les articles 51 et 52 soient identiques, il y a deux éléments, c'est-à-dire deux idéogrammes, qui les rapprochent singulièrement. Chaque fois, on a « 无 » (wú) combiné avec « 效 » (xiào). Le premier véhicule l'idée de la négation, de la privation ; le second celle de l'effet, du résultat. Cela dit, on sera à peu près dans le même ordre d'idées si l'on considère de plus près, notamment, les expressions différentes dont se sert la version anglaise de la Convention de Vienne. On a vu que, dans l'article 51, elle qualifie le consentement obtenu par contrainte de « *without any legal effect* » et, dans l'article 52, elle qualifie le traité lui-même de « *void* ». Or, « *void* » signifie, justement, « *having no legal force, legally null, invalid* » (*The Oxford English Dictionary,* Oxford, Clarendon Press, 2e éd., 1989, vol. 19, p. 733). Finalement, les effets décrits dans les deux articles sont exactement les mêmes.

[120] Ainsi que la majorité des membres de la Commission du droit international dans les années 1960. On verra pourtant sous peu ce que valent les nullités absolues en droit des traités.

[121] Ce successeur d'Edvard Beneš à la présidence de la Tchécoslovaquie avait été convoqué par Hitler à Berlin le 14 mars 1939. Pour autant que l'on sache, on lui avait offert le choix entre une certaine autonomie pour son pays en cas d'acceptation des troupes allemandes et une disparition totale de la Tchécoslovaquie. Göring et Ribbentrop ont pourchassé leur « hôte » dans la salle de la chancellerie où ils étaient tous enfermés jusqu'à ce que Hácha, souffrant d'une attaque cardiaque à la menace proférée d'imminent bombardement de Prague, accepte de sceller le sort de l'État qu'il présidait. Cet ancien président de la Cour administrative suprême tchécoslovaque a joué, ensuite, un rôle dans le protectorat allemand de Bohême-Moravie. Peut-être à son corps défendant et toujours sous la menace (et sous bonne escorte) de la part des autorités allemandes « protectrices ». Devenu symbole réticent – et toujours menacé – de la collaboration entre 1939 et 1945, il a été capturé et torturé par la NKVD en mai 1945. Selon toute probabilité, il n'est pas mort de mort naturelle.

[122] Sir Ian Sinclair se réfère aux « *different degrees of "voidness"* » (*The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Manchester, Manchester University Press, 2e éd., 1984, p. 161). Un esprit rationnel, cartésien, bref un esprit simple, pourrait, néanmoins, se demander si zéro pouvait jamais être autre chose que zéro.

[123] C*ontra,* cependant, Schmalenbach, *op. cit.,* p. 956.

Convention, invoque soit un vice de son consentement à être liée par un traité, soit un motif de contester la validité d'un traité, d'y mettre fin, de s'en retirer ou d'en suspendre l'application, doit notifier sa prétention aux autres parties ». Il ne s'agit pas ici d'une question de fond mais de simple procédure. Le propos de la Commission du droit international selon lequel « *un traité obtenu par la menace ou par l'emploi de la force en violation des principes de la Charte doit être considéré comme nul plutôt que comme annulable à la demande de la partie lésée* »[124] n'infirme point une telle conclusion.

Cela dit, certains aspects de la problématique, qui ne semblent pas d'habitude attirer l'attention, méritent que l'on s'y attarde. En fait, pour que l'article 52 puisse jouer, il faut que le traité entre en vigueur. Si l'État menacé/vaincu n'exprime pas son consentement à être lié par le traité vicié, l'article 52 ne jouera tout simplement pas. Il ne jouera pas non plus évidemment si c'est le menaçant/vainqueur qui, pour des raisons qui lui sont propres, refuse d'exprimer son consentement à être lié[125]. Si, au demeurant, le traité est multilatéral, il faudra que le nombre exigible de ratifications nationales soit réuni pour que l'article 52 puisse jouer[126]. On découvre ici un autre paradoxe de cette disposition, paradoxe qui, peut-être, n'est pourtant qu'apparent. Pour que l'article 52 puisse jouer son rôle en sanctionnant l'illégalité du traité dont il traite il faut que cette illégalité entre, si l'on peut dire, en vigueur, qu'elle fasse, ne serait-ce que fort provisoirement (instantanément aussi ?), partie du droit international positif. C'est ce que l'on pourrait appeler l'aspect sanctionnateur/punitif de l'article 52.

D'un autre côté, pourrait-elle, cette disposition, posséder aussi un second aspect, disons un aspect prophylactique, dans le sens qu'elle puisse éviter que le traité vicié entre jamais en vigueur ? On ne peut l'exclure, au contraire même, on peut le souhaiter[127], mais, ici, de nouvelles questions se posent. En effet, selon l'article 69§1 de la Convention de Vienne, « *est nul un traité dont la nullité est établie en vertu de la présente Convention. Les dispositions d'un traité nul n'ont pas de force juridique* ». Or, des deux choses l'une : soit l'État menacé/vaincu a mis en œuvre l'application du traité vicié et, dans ce cas, on retombe dans ce que l'on vient de dire, à savoir que l'article 52 a besoin que le traité vicié entre en vigueur pour qu'il puisse ensuite « officier » en prononçant la peine de nullité ; soit, au contraire, que l'État menacé/vaincu s'est abstenu de mettre en œuvre le traité incriminé et, dans ce cas, peu lui chaut l'article 52 puisque le traité ne sera pour lui, au mieux, qu'une *res inter alios acta*. Dans cette dernière hypothèse, l'article 52 pourrait seulement jouer pour autant que l'État menacé/vaincu aura signé mais pas encore ratifié

[124] *Annuaire CDI*, 1966, vol. II, p. 269, sous 6).

[125] C'est, après tout, ce qui s'est passé aux Etats-Unis avec le traité de paix de Versailles de 1919.

[126] Toutefois, on peut trouver plusieurs variantes quant aux modalités d'entrée en vigueur de traités de paix. Ainsi, par exemple, le traité de paix de Paris du 19 février 1947 entre les puissances alliées et associées et l'Italie se contente, en vue de son entrée en vigueur « *immédiate* », des seules ratifications américaine, britannique, française et soviétique. Certes, son article 90 énonce que le traité « *devra également être ratifié par l'Italie* » mais la ratification par l'État vaincu n'est point une condition pour que le traité déploie ses effets juridiques. Le traité de paix avec le Japon du 8 septembre 1951 est, sur ce point, mieux élaboré (et davantage équilibré) en ce qu'il prévoit son entrée en vigueur dès que le Japon lui-même ainsi qu'une majorité des onze puissances alliées signataires l'auront ratifié, pourvu que, parmi les puissances le ratifiant, figurent les Etats-Unis d'Amérique « *en leur qualité de principale puissance occupante* ».

[127] Personne ne peut appeler de ses vœux que l'article 52 ait l'occasion de jouer fréquemment. Son vrai rôle pourrait n'être, au fond, que dissuasif. Mais tel est le rôle de toute règle qui prévoit une sanction.

le traité, en aidant, plus particulièrement, la « victime » à se débarrasser de ses obligations au titre de l'article 18 de la Convention de Vienne (*pactum de contrahendo*)[128]. Maintenant, objective, la nullité *ex* article 52 devrait aussi pouvoir être reconnue comme telle par les autres États[129], voire par les organisations internationales[130] et également constatée, le cas échéant, par les juges, internationaux ou nationaux. Comme la Commission du droit international le note pertinemment, dans son commentaire sur le futur article 52, « *les interdictions de la menace ou de l'emploi de la force contenues dans la Charte sont des règles du droit international dont chaque État doit se préoccuper d'assurer le respect sur le plan juridique* »[131].

Or, objective, la nullité d'un traité obtenu par la menace ou l'emploi de la force peut même être retournée, en théorie, contre l'État victime si, pour une raison quelconque, ce dernier serait prêt pourtant à appliquer le traité en question. Cela peut d'ailleurs conduire à une situation éminemment originale et embarrassante (à moins qu'elle ne soit surréaliste). Pour tous les États tiers et les organisations internationales, le traité serait « *nul* » tandis que, pour l'État « victime », il ne le serait pas. On suppose bien entendu que l'État qui a imposé ce traité à un autre ne serait pas mécontent si sa « victime » acceptait la validité de ce traité mais on peut pousser le droit-fiction encore plus loin et imaginer que même cet État finisse par reconnaître le vice dont est frappé le traité de sorte que seule la « victime » continue d'en accepter, fût-ce *in silentio*, la validité[132].

Une des explications possibles faisant que la « victime » adopte un tel comportement pourrait avoir trait au fait que, dans le traité, des clauses défavorables pourraient cohabiter avec d'autres qui lui seraient favorables. La question ultime est de savoir si l'article 52 fait sauter tout le traité ou uniquement les clauses défavorables à l'État qui aurait pu prétendre avoir agi sous la « *menace* » ou qui aurait été militairement battu. Il est vrai que l'article 52 n'y va pas par quatre chemins. Pour cette disposition, c'est le « *traité* » qui est « *nul* », ce qui exclurait *a priori* toute divisibilité de ses dispositions, ainsi que le confirme par ailleurs l'article 44§5[133]. Toutefois, dans un tel cas, grand est le risque

[128] Selon l'article 18, « *un État doit s'abstenir d'actes qui priveraient un traité de son objet et de son but, a) lorsqu'il a signé le traité […] le traité sous réserve de ratification […], tant qu'il n'a pas manifesté son intention de ne pas devenir partie au traité ; ou b) lorsqu'il a exprimé son consentement à être lié par le traité, dans la période qui précède l'entrée en vigueur du traité et à condition que celle-ci ne soit pas indûment retardée* ».

[129] Selon la Cour internationale de Justice, ces obligations (en l'occurrence, ne point imposer un traité à un État dans les conditions prévues par l'article 52), « *par leur nature même,* […] *concernent tous les États. Vu l'importance des droits en cause, tous les États peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à ce que ces droits soient protégés* » (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, arrêt du 5 février 1970, *Recueil,* p. 33, par. 33). Voir en général sur la question A. Gianelli, « Absolute Invalidity of Treaties and Their Non-Recognition by Third States » in Cannizzaro, dir., *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*, Oxford, OUP, 2011, pp. 333-349.

[130] Ainsi Reuter, *op. cit.,* p. 162. Toutefois, le rapporteur spécial pour la Convention de Vienne de 1986 estime que c'est peu ou prou grâce à cette deuxième convention sur le droit des traités que les organisations internationales ont la faculté, voire l'obligation, de ne pas donner crédit à un traité relevant de l'article 52. Cela n'est pas certain. Il l'est d'autant moins que, comme on l'a vu, l'article 52 de la Convention de 1986, présente une organisation internationale, contre toute vraisemblance, comme une « victime ». En principe, une organisation internationale ne saurait être que « menacée » et, de toute façon, pas au risque de perte de son intégrité territoriale, inexistante comme on le sait.

[131] *Annuaire CDI*, 1966, vol. II, p. 269, sous 6).

[132] Ce qui, avouons-le, serait fort problématique si le traité « imposé » était un traité bilatéral.

[133] « *Dans les cas prévus aux articles 51, 52 et 53, la division des dispositions d'un traité n'est pas admise* ». Astucieusement, Sinclair (*op. cit*., p. 167) pointe du doigt la possibilité de divisibilité si une norme de *jus cogens*

que non seulement les clauses défavorables mais également les clauses favorables à la « victime » perdent leur validité.

Peut-on pourtant imaginer, à la suite d'une défaite militaire retentissante, des clauses insérées dans le traité qui seraient favorables à l'État vaincu ? Si pénible que cela soit de le reconnaître, il peut en exister. Tout d'abord, c'est que l'État a su préserver son existence même, surtout si l'État vainqueur n'a pas eu la possibilité, politiquement ou juridiquement, d'anéantir son indépendance politique[134]. Il se peut aussi que l'État vainqueur ait consenti, dans le traité de paix, des clauses économiques favorables à l'État vaincu ou en faveur des ressortissants de l'État vaincu sur son territoire ou encore des clauses de protection accrue de minorités « relevant » de l'État vaincu. On ne peut naturellement dresser ici une liste exhaustive de clauses heureuses coexistant avec des clauses malheureuses mais, entre autres, il faut signaler celle qui consiste, tout simplement, à faire cesser le conflit armé et à sauver, par là-même, la vie de plusieurs milliers de soldats et, sans doute, d'autant de civils. Le problème dépasse de loin les considérations juridiques et est vieux comme le monde : une mauvaise paix ne peut-elle s'avérer meilleure qu'une bonne guerre ?

La position de la Commission du droit international (et, probablement, celle de la Conférence de Vienne en 1968-69) n'en peut pas moins étonner. Intransigeante, elle estime, dans son commentaire sur son rapport final de 1966, que, « *même si l'on pouvait concevoir qu'après avoir été libéré de l'influence d'une menace ou d'un emploi de la force, un État puisse désirer conserver un traité qui a été obtenu de lui par ces moyens,* [il est] *essentiel que le traité soit, en droit, considéré comme nul ab initio* »[135]. Catégorique, inflexible (rigide aussi ?), elle est peu encline à considérer qu'un vainqueur intelligent (il peut y en avoir qui le soient !)[136] ait accepté de faire certaines concessions vis-à-vis du vaincu et que, si ce dernier reconsidère sa position, le vainqueur puisse se braquer singulièrement.

D'un strict point de vue juridique, on rappellera que les conditions exigées pour la mise en œuvre de l'article 52 peuvent, elles-mêmes, s'avérer vicieuses. Il ne s'agit pas tant du volet emploi de la force[137] que du volet « *menace* » d'emploi de la force. On a pu voir le caractère particulièrement fuyant de ce concept, en psychologie autant que dans les relations internationales ou en droit, cependant qu'un État prétendant avoir agi sous la « *menace* » serait, *a priori,* fondé à faire valoir les conséquences *ex* article 52. En poussant plus loin, on peut craindre que le risque est que l'on soit conduit à la situation originale suivante : ce que les États n'obtiendraient pas en invoquant la clause *rebus sic stantibus,*

apparaît à l'avenir (combinaison des articles 44 et 64) puisque le cas du *jus cogens* subséquent dont traite l'article 64 n'est point mentionné dans la clause prohibant la divisibilité.

[134] Et cela serait plus ou moins la règle au cas où l'État méchant n'aurait usé à l'encontre de sa « victime » que des menaces.

[135] *Annuaire CDI*, 1966, vol. II, p. 269, sous 6).

[136] Jan Klabbers se réfère à Woodrow Wilson qui avait milité (certes, avec les résultats que l'on sait …) en faveur d'une « paix sans vainqueur » (*op. cit*., p. 561).

[137] Encore que, on l'a vu, le degré d'emploi de la force ne sera pas toujours une question subalterne si on a à établir un lien de causalité entre la force utilisée et l'« *obtention* » du traité défavorable.

ils pourraient l'obtenir en invoquant la « *menace* » sous l'emprise de laquelle ils auraient, selon leurs allégations[138], accepté de conclure le traité incriminé[139].

Au demeurant, il est possible que la perception de la « *menace* » ne soit pas la même pour l'État qui se prétend « victime » et pour les États tiers ou les organisations internationales appelés par la doctrine dominante (quoique pas au même degré par *Barcelona Traction*) à ne point reconnaître des situations conventionnelles obtenues « illicitement ». On ajoutera que, à supposer que cette perception soit la même[140], il peut y avoir une appréciation différente entre les tiers et la (prétendue ?) « victime » s'agissant du lien de causalité entre la « *menace* » et la conclusion du « *traité obtenu* ». Ce qui vaut d'ailleurs pour la « *menace* »[141] peut aussi valoir, quoiqu'à un moindre degré, de l'emploi effectif de la force. Pour rendre la situation définitivement inextricable, on peut aussi s'interroger sur le sort de l'applicabilité de l'article 52, qui ordonne, on le sait, une nullité absolue, lorsque certains États tiers (ou certaines organisations internationales) considéreront que les conditions exigées par cette disposition sont remplies tandis que d'autres le nieront[142]. Il sera presque toujours vain, dans de tels cas, de compter sur un juge international (rn tout cas universel) qui uniformiserait le sentiment des quelques deux cents États existants et des nombreuses organisations internationales à l'égard de la « *menace* », de l'« *emploi de la force* » et du lien de causalité ayant mené à la « *conclusion* » du traité.

On peut compléter en suggérant que, substantiellement, ce n'est pas un État qui peut se sentir menacé, une personne morale n'ayant ni sentiments ni psychisme, mais le chef du gouvernement ou le chef de l'État ou le ministre des affaires étrangères au moment de la « *conclusion* » du traité incriminé[143]. Or, la perception de la menace peut se modifier suivant l'orientation politique ou les expériences personnelles ou professionnelles de

[138] Et un État aux abois pourra toujours fabriquer des débuts d'éléments de preuve soutenant une hypothèse de « *menace* ». Certes, il faut que les preuves soient convaincantes (voir, néanmoins, *supra* note 51). Puis, il faut qu'un juge international puisse avoir compétence pour régler un litige. Ce ne sera pas toujours le cas.

[139] Une simple lecture en parallèle des articles 52 et 62 rend manifeste qu'il est bien plus facile de s'appuyer sur une « *menace* » alléguée que sur les conditions, presque impossibles à satisfaire, d'allégation d'un changement fondamental des circonstances.

[140] Mais comment faire en cas de domination de la théorie subjectiviste de la « *menace* » ? Un subjectivisme s'imposant objectivement, c'est presque un oxymore.

[141] Et la question, sans doute désagréable pour la « victime », est : doit-elle la communauté internationale dépendre du sentiment subjectif de menace d'un État qui veut se débarrasser de ses obligations conventionnelles ? La prétention de l'un, même médiocrement soutenue par des « preuves », doit-elle s'imposer à tous ? On voit bien les impasses auxquelles de telles logiques peuvent vite conduire.

[142] Julius Stone prédit que c'est ce qui se passera puisque, contrairement à un projet antérieur de 1953 du rapporteur spécial Lauterpacht, la Commission n'a pas prévu de mécanisme collectif déterminant si un traité a été conclu (ou pas) sous la menace ou sous la force. Certes, un tel mécanisme relèverait d'une sorte d'idéalisme/angélisme étranger à la société internationale mais son absence même fait dire à Stone que c'est finalement l'État « victime » qui aura toujours (s'il le peut matériellement/militairement …) à tirer les marrons du feu. Tant et si bien que les différence entre nullité et annulabilité d'un traité n'est, au fond, que doucement moralisatrice (J. Stone, « De Victoribus Victis : The International Law Commission and Imposed Treaties of Peace », *Virginia Journal of International Law*,1968, pp. 356-374, spéc. pp. 370-371).

[143] Pour ne prendre que ces trois personnalités qui sont mentionnées ès-qualités dans l'article 7 de la Convention de Vienne en tant que représentants de leur État « *pour l'adoption ou l'authentification du texte d'un traité ou pour exprimer le consentement de l'État à être lié par un traité* ». Sous certaines conditions mentionnées dans le même article, d'autres personnalités peuvent également tenir ce rôle.

telle ou telle personnalité impliquée dans une négociation[144]. Ce qu'un premier ministre accepte à un moment donné un autre premier ministre peut parfaitement ne pas l'accepter à un autre moment (et inversement). Une nouvelle question surgit par conséquent : quelle est la marge de manœuvre d'un nouveau gouvernement qui aurait des affinités, politiques, culturelles ou autres, avec l'État vainqueur (ou bien avec l'État « menaçant ») alors même que le gouvernement précédent n'en aurait pas eues du tout ? Il se peut bien que le nouveau gouvernement ne fasse rien pour dénoncer le traité imposé à l'État vaincu (ou menacé), mais, comme on l'a vu, on n'a nul besoin des remontrances de l'État « victime » pour considérer que ce traité soit « *nul* » et, qui plus est, on peut constater (et proclamer *urbi et orbi*) ladite nullité alors même que le nouveau gouvernement dans l'État « victime » se montrerait tiède, voire favorable au traité incriminé, *in ultimo* après avoir soupesé attentivement les points positifs et les points négatifs que comporte le traité.

Il n'empêche, il y a une sorte d'obligation pour l'État « victime » d'actionner, dès que possible, le mécanisme de l'article 52 (ou, *a minima*, s'il le peut, de ne pas faire entrer en vigueur le méchant traité). Cette obligation, qui, certes, ne dit pas son nom, mais qui devient manifeste à la lecture du commentaire du projet de 1966 de la Commission du droit international[145], est communément expliquée par la nécessité de préserver la validité absolue frappant les traités relevant de l'article 52. Ce que l'État victime n'aura pas pu faire pendant un moment, les autres (États tiers et organisations internationales, principalement) doivent par ailleurs – pouvoir – le faire à sa place[146]. Toutefois, les conséquences de ceci ne sont pas négligeables. On met, ni plus ni moins, entre parenthèses la souveraineté de l'État victime, sa capacité d'agir, on l'infantilise, choses que peut-être le traité incriminé lui-même ne fait pas. On traite l'État menacé/vaincu comme un enfant qui, parce que enfant, n'aurait pas le pouvoir d'agir à son gré[147]. Suivant les hypothèses, le remède imaginé par la Convention de Vienne pourra été pire que le mal.

---

[144] Sans oublier le rôle des conseillers, juridiques, diplomatiques, militaires ou autres, conseillers omniprésents et – pour la Convention de Vienne – invisibles.

[145] *Supra* note 135. On peut aussi y lire que la nécessité d'avoir un nouveau traité « *permettrait à l'État intéressé de prendre sa décision au sujet du maintien du traité dans une position de complète égalité juridique avec l'autre État. Si, donc, le traité est maintenu en vigueur, ce serait en fait, par la conclusion d'un nouveau traité et non par suite de la reconnaissance de la validité d'un traité obtenu par des moyens contraires aux principes les plus fondamentaux de la Charte des Nations Unies. Si, donc, le traité est maintenu en vigueur, ce serait en fait, par la conclusion d'un nouveau traité et non par suite de la reconnaissance de la validité d'un traité obtenu par des moyens contraires aux principes les plus fondamentaux de la Charte des Nations Unies* » (*Annuaire CDI*, 1966, vol. II, p. 269, sous 6). Le propos est d'une rigueur toute puritaine. Il dénote aussi une certaine naïveté idéaliste. De quelle « *complète égalité juridique* » peut-on parler si, derrière, il y a une complète inégalité réelle ? Sans oublier que le commentaire ne s'étend pas sur les modalités de naissance du nouveau traité. Peut-il, par exemple, n'être que verbal ? Ou implicite ? Ou le « conclure » en contournant les parlements nationaux ? Si, bien sûr, ces derniers existent.

[146] La *ratio* est expliquée par Combacau et Sur du fait que « *l'État victime risque en pratique d'être privé de sa possibilité d'invoquer* [l'invalidité du traité]*, parce que la contrainte initiale peut fort bien se prolonger au stade de l'application du traité* » (*op. cit.,* p. 132).

[147] On dira même que l'infantilisation va encore plus loin puisque, selon la Convention des Nations Unies de 1989 sur les droits de l'enfant, « *les États parties garantissent à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant* » … Être sous la coupe de l'article 52 de la Convention de Vienne sur le droit des traités priverait-il donc un État jusqu'au « *discernement* » ?

Cela dit, les choses risquent de changer si un nouveau[148] gouvernement reprend les clauses du traité incriminé dans un nouveau traité avec l'État antérieurement menaçant (voire, si on avait été jusqu'à la confrontation, l'État militairement vainqueur). La question qui se posera ici est de savoir si la tare originelle qui affectait le premier traité (menace ou emploi effectif de la force) peut, à son tour, affecter le nouveau traité alors même que, de l'avis des deux gouvernements, il n'y aurait plus ni « *menace* » ni, *a fortiori*, « *emploi de la force* ». Certes, on peut s'interroger sur la volte-face politique du nouveau gouvernement dans l'État (anciennement ?) « victime » et questionner sa légitimité, voire sa légalité. *Primo*, néanmoins, la légitimité est une notion subjective dont le droit, contrairement à la science politique ou à la sociologie politique, n'a que faire et, *secundo*, la légalité d'un gouvernement ne peut être appréciée qu'en fonction de la Constitution politique de l'État concerné. Or, il serait périlleux d'écarter la doctrine Estrada et de prétendre interpréter la Constitution nationale « mieux » que les autorités compétentes de l'État concerné. Hormis quelques cas absolument flagrants[149], cela impliquerait une violation caractérisée de la souveraineté et de l'indépendance politique de l'État alors même que, en invoquant l'article 52 de la Convention de Vienne, on est censé, justement, défendre celles-ci.

* * * * *

À la fin de ces considérations éparses, on peut s'interroger sur les possibilités que le système juridique international contemporain offre en vue de la terminaison d'un conflit armé. La voie royale est, certes, comme toujours, la conclusion d'un traité de paix mais, en même temps, l'on observe que très peu nombreux sont les traités de paix conclus depuis l'entrée en vigueur de la Charte des Nations Unies[150]. On peut distinguer les deux traités de paix signés par Israël avec l'Égypte (1979) et la Jordanie (1994) mais il est vrai que ceux-ci ne modifient en rien le territoire des États signataires, la bande de Gaza, la Cisjordanie et Jérusalem-Est, qui continuent de rester – plus ou moins – sous contrôle israélien, ne se trouvant pas, du point de vue du droit international, sous souveraineté égyptienne ou jordanienne entre l'armistice de Rhodes de 1949 et la guerre des Six Jours de 1967[151]. D'autres traités de paix, comme le traité de paix de Paris avec l'Italie, la Bulgarie, la Finlande, la Hongrie et la Roumanie (1947) ou le traité de San Francisco avec le Japon (1951), ont, certes, conduit à des modifications territoriales, mais l'on peut facilement considérer que ces traités règlent des conflits antérieurs à la Charte des Nations Unies et donc, d'une certaine manière, n'en relèvent pas. En revanche, il ne semble

[148] On suppose que, assez souvent, il faudra un changement d'orientation politique. Toutefois, cela n'est pas nécessaire, le gouvernement qui s'est vu imposer le traité pouvant finir par y voir des choses positives.

[149] Un coup d'État, par exemple. Ou une révolution. La question est de savoir s'il y a une réelle différence entre les deux. Une différence autre que purement politique. Il y a peu de putschistes qui ne se présentent pas comme révolutionnaires. Inversement, les opinions publiques, nationales et mondiales, adorent les révolutionnaires et abhorrent les putschistes.

[150] Par contraste, les accords de paix entre gouvernements et groupes armés d'opposition semblent être bien plus nombreux (*supra* note 2).

[151] Cela même si la Jordanie a annexé, rapidement (1950), les territoires passés sous son contrôle militaire. Elle a pu aussi considérer Jérusalem-Est comme sa seconde capitale à partir de 1960 (cf. S. Karagiannis, *La capitale de l'État et le siège des institutions en droit constitutionnel comparé,* Limoges, Presses universitaires de Limoges, 2013, p. 25).

pas y avoir eu de recherches pour connaître le degré d'opposabilité du Pacte de Paris de 1928 aux clauses territoriales de ces traités de paix. Il est vrai, d'autre part, que les puissances de l'Axe, considérées comme ennemies des Nations Unies par l'article 107 de la Charte, étaient privées du droit d'invoquer son article 2§4[152].

D'autres conflits territoriaux ont pu être réglés de manière pacifique, même si, à l'occasion, des affrontements armés et des pertes humaines ont dû être, entretemps, déplorés, sans pour autant que l'on puisse toujours parler de véritables traités de paix et alors même que les racines des conflits ont pu être antérieurs à l'avènement de la Charte. Un – relatif – contre-exemple est l'Acte de Brasilia de 1998 qui, officiellement dénommé *Tratado de Paz*, règle, essentiellement au bénéfice du Pérou, l'ancienne contestation territoriale entre cet État et l'Équateur qui avait conduit à un conflit armé en 1995 (faisant suite au grand conflit de 1941)[153]. En revanche, de nombreuses autres confrontations armées s'achèvent sans aucun traité de paix, sous la forme incertaine d'accords d'armistice ou de cessez-le-feu, auxquels personne ne sait si l'article 52 de la Convention de Vienne est applicable[154]. Un conflit gelé reste pourtant un conflit.

Or, la lapalissade, têtue, provocante, gênante, est toujours la même : on ne peut concevoir de paix sans conclusion de paix et, parallèlement, l'on peut de moins en moins tolérer de conflits qui ne s'achèveraient pas. En même temps, on s'insurge spontanément contre un traité de paix imposé par la force et impliquant une grande injustice (laissons de côté l'obscur concept de la « *menace* »). Or, pour une fois, le droit semble, dans le contexte de

---

[152] La Commission du droit international s'est montrée souvent gênée (par exemple in *Annuaire CDI*, 1966, vol. II, p. 268, sous 8) quant à une applicabilité de l'article 52 à des traités passés, en gros postérieurs à 1945 mais antérieurs à l'entrée en vigueur de la Convention de Vienne (1980) ou, en tout cas, à la date (non précisée …) où, selon elle, les « *principes* » de l'article 52 seraient devenus des normes coutumières. Ceci n'était évidemment pas le cas par le passé comme l'observe J.A. Yáñez-Barnuevo, « La nulidad de los tratados impuestos mediante coacción ilícita, en perspectiva histórica », *Revista española de derecho internacional*, 2022, pp. 385-406. De manière intéressante, cet ambassadeur espagnol observe que, statistiquement, aucune crainte d'instabilité induite par l'article 52 n'aurait jamais été corroborée, les États, même ceux « victimes » préférant ne pas invoquer l'article 52 *(ibid.,* p. 406). En revanche, bon nombre d'auteurs font, ces derniers mois souvent référence à l'impossibilité d'un traité de paix en Ukraine qui serait, selon eux, aussitôt invalidé par l'article 52. Ainsi, D. Hollis, « Trump's Russia-Ukraine Deal Will Be Null and Void », 8 mai 2025 (in https://foreignpolicy.com/2025/05/08/ukraine-russia-trump-deal-peace-ceasefire-putin-zelensky-treaty-international-law/). D'autres auteurs testent les limites de l'hypocrisie en estimant que l'article 52 ne serait pas applicable si des concessions (surtout de nature politique) ukrainiennes n'étaient *in fine* point « *obtenues* » par le comportement de la Russie mais volontairement offertes par l'Ukraine (K. Schmalenbach et A. Prantl « How to End an Illegal War ? », 21 avril 2022 in https://voelkerrechtsblog.org/how-to-end-an-illegal-war/) ; et de citer la neutralité ukrainienne (voir, toutefois, *supra* note 92).

[153] Il est, toutefois, douteux que l'on puisse parler, à cette occasion, de modifications territoriales étant donné l'incertitude du *statu quo ante*. Cela dit, du point de vue de certains politiciens à l'Équateur, auquel le traité ne reconnaît qu'un kilomètre carré à l'intérieur du territoire péruvien, et encore sous régime de propriété privée évidemment démilitarisée, on pourrait parler de territoire « perdu ».

[154] Pour un auteur, il serait envisageable d'avoir à la place d'un traité de paix un non-binding agreement qui « *would formally leave Ukraine's sovereignty over the occupied territories untouched, thus leaving open the possibility of returning them to the control of the Ukrainian government eventually. The U.S. could join such a political agreement as a guarantor. In the meantime, the territories would remain subject to the law of belligerent occupation as enshrined in Articles 42 et seq. of the Hague Regulations and Articles 47 et seq. of the Fourth Geneva Convention* » (Ph. Kehl, « Treaty or No Treaty? – International Law and the Purported Trump Peace Proposal for Ukraine », 2 décembre 2024, in https://www.ejiltalk.org/treaty-or-no-treaty-international-law-and-the-purported-trump-peace-proposal-for-ukraine/). On peut bien sûr tout imaginer. Y compris la perpétuation de l'état de guerre. En réalité, ce n'est pas tout à fait ce qu'on cherche.

l'article 52 de la Convention de Vienne, répondre au sentiment de justice. Sophocle y trouverait son compte à ceci près que les États sont loin d'être aussi purs que son Antigone. Il est rare que tous les torts soient avec le vainqueur (ou le « menaçant ») et toutes les vertus avec le vaincu (ou le « menacé »). Tenir compte de la réalité qu'entre le blanc et le noir toute une gamme de coloris peut exister jette forcément une lumière crue sur l'article 52.

Et si le *gentle civilizer of nations*, qui nous sourit espièglement à travers l'article 52, empêcherait, à l'occasion, la terminaison de certains conflits ?[155] Il ne resterait, dans ce cas, qu'à faire privilégier la Charte de 1945 sur ce traité de 1969. Sous condition bien entendu que le premier souci de la Charte reste de nous préserver (tous !) du fléau de la guerre et de ses indicibles souffrances[156]. Ce qui peut susciter une objection, à savoir le fait que l'article 103 de la Charte envisage la primauté de la Charte sur les traités conclus ou à conclure par les membres des Nations Unies, pas sur le droit coutumier (que l'article 52 est censé refléter). À quoi on pourrait répliquer que *salvus pacis suprema lex esto*, norme coutumière s'il en est. En fait, il n'est pas si fréquent de voir deux normes coutumières se contredire. Derrière, il y a peut-être un problème avec l'article 52 et sa réelle ou prétendue correspondance au droit coutumier. Désenchanté, Jacques Laurent a pu écrire, « *c'était la vraie question, elle était donc sans réponse* »[157].

.

[155] Peu certain, Anthony Aust se contente d'observer que « *it might seem as if a peace treaty must involve some degree of coercion of the vanquished by the victor* » (A. Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge, CUP, 3e éd., 2013, p. 278). Plus précise, R. Rivier estime que « *les traités de paix conclus par les vaincus sous la contrainte des vainqueurs ne relèvent pas […] du champ de la règle d'invalidité si la licéité de l'emploi de la force ayant précédé leur conclusion n'est pas en cause (légitime défense)* » (*op. cit*., p. 488, n° 611). Elle a raison et elle a tort en même temps. Raison, parce que la réserve « légitime défense » figure, dans l'article 52, parmi les normes exonératrices de responsabilité (ici, exonératrice d'invalidité, si l'on peut dire). Tort, parce que tous les emplois de force ne s'appuient pas sur la notion de légitime défense. Elle a pourtant encore raison si l'on considère qu'il est, de nos jours, extrêmement rare, qu'un État agresse un autre État sans invoquer une quelconque légitime défense, même préemptive, et quelle que soit la faiblesse des arguments juridiques et, surtout, factuels qu'il invoque. Point de salut pour un agresseur, dans le monde d'aujourd'hui, en dehors de la légitime défense, notion qui devient tellement élastique qu'elle parvient à justifier *omnia*. Corten, de son côté, se contente, dans le contexte de l'article 52, d'une légitime défense existant « *à l'origine* » (*op. cit*., p. 1885, n° 27). Cette position est ambiguë. On sait qu'une action militaire peut perdre son caractère de légitime défense si, par exemple, elle se prolonge injustement dans le temps, si elle est disproportionnée, etc. Est-ce que ces « défauts » de la *self-defence* s'avéreraient totalement indifférents en cas de conclusion d'un traité de paix imposé au vaincu ?

[156] Serena Forlati élève le débat à une autre sphère, celle de l'intérêt commun qui est, bien entendu, en faveur de la paix (S. Forlati, « Coercion as a Ground Affecting the Validity of Peace Treaties » in Cannizzaro, dir., *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*, Oxford, OUP, 2011, pp. 320-332, spéc. p. 331). Pour elle, peut-être à partir d'une certaine étape (mais laquelle ?), l'intérêt de tous prévaudrait sur l'intérêt de l'un, l'État victime de « contrainte ». Ce qui pousse la professeure italienne à estimer que le but absolu de maintien de la paix peut obtenir, y compris par une action/résolution du Conseil de sécurité, la préséance sur les intérêts, y compris territoriaux, de l'État « victime » au sens de l'article 52.

[157] J. Laurent, *Le Miroir aux tiroirs,* 1990, paris, Grasset, p. 114.