

RUDE VITREGE ALE IZVOARELOR DE DREPT
INTERNAȚIONAL

DOI: 10.24193/SUBBIur.68(2023).4.3
Data publicării online: 30.06.2024

Diana BOTĂU*

Rezumat. Articolul 38 §1 din Statutul Curții Internaționale de Justiție enumeră limitativ izvoarele de drept în sistemul internațional. Raportat la textul acestui Articol, nicio normă internațională care nu este formată ca normă convențională, ca normă cutumiară sau ca principiu general de drept recunoscut de națiunile civilizate nu poate fi recunoscută drept validă, în sistemul juridic internațional. Totuși, începând din anii '60, tot mai multe voci din doctrină, în grade diferite de intensitate, consideră legitim să pună la îndoială faptul că actuala configurare a sistemului internațional mai poate fi conciliată cu exclusivitatea izvoarelor de drept enumerate în Articolul 38. Articolul își propune să identifice sursele argumentative și confuziile care alimentează doctrina izvoarelor flexibile și să demonstreze că majoritatea propunerilor „revizioniste” sunt lipsite de rigoarea analitică care să le confere viabilitate. În acest scop, lucrarea evaluează principalele pseudo-izvoare de drept internațional a căror fizionomie juridică ar părea să justifice, în mod eronat, ideea că ele pot fi integrate în familia izvoarelor legitime.

Cuvinte cheie: izvor de drept, act unilateral, doctrină, jurisprudență, echitate, standard, *soft law*, revizionism, autoritate juridică.

* Lect.univ. dr. Diana BOTĂU, Facultatea de Drept a Universității Babeș-Bolyai, diana.botau@law.ubbcluj.ro, <https://orcid.org/0000-0001-9819-148X>.

STEP RELATIVES OF SOURCES OF INTERNATIONAL LAW

Abstract: Article 38 §1 of the Statute of the International Court of Justice indicates a closed list of sources of law within the international system. Given the text of this Article, an international rule that has not been created as a conventional rule, as a customary rule, or as a general principle of law recognized by civilized nations cannot be considered valid within the international legal system. However, starting with the '60, more and more scholarly voices questioned, with different degrees of intensity, the idea that the current configuration of the international system could still be conciliated with the exclusive list of sources of law indicated by Article 38. This paper aims to identify the causes and the confusions that justify and feed the doctrine of flexible sources, while also trying to demonstrate that most of such 'revisionist' proposals lack the analytical rigor to give them viability. To this end, the paper evaluates the main pseudo-sources of international law, whose legal physiognomy might look as justifying, in an erroneous manner, the idea that they belong to the same family as the legitimate sources.

Keywords: source of law, unilateral act, doctrine, case-law, equity, standard, soft law, revisionism, legal authority

Introducere

Potrivit Articolului 38 §1 din Statutul Curții Internaționale de Justiție¹, izvoarele de drept în sistemul internațional sunt tratatul, cutuma și principiile generale de drept recunoscute de națiunile civilizate. Alături de aceste trei izvoare de drept, același paragraf menționează, la litera (d), și alte două tipuri de texte cărora le atribuie o relevanță particulară, în dreptul internațional: hotărârile judecătorești (sub rezerva dispozițiilor Articolului 59) și doctrina celor mai calificați specialiști în drept public ai diferitelor națiuni. Jurisprudența și doctrina nu sunt însă izvoare de drept, ci mijloace

¹ În continuare, „Statut/Statutul Curții”.

auxiliare (sau subsidiare) de determinare a regulilor de drept, altfel spus, mijloace care servesc la clarificarea și la interpretarea dreptului internațional pozitiv.

De altfel, Articolul 59 din Statut, la care face trimitere Articolul 38 §1 litera (d) a aceluiași text, transmite explicit ideea că jurisprudența nu este izvor de drept, întrucât precizează că hotărârile Curții nu sunt obligatorii decât pentru părțile unui diferend și numai cu privire la cauza pe care o soluționează. Ca atare, hotărârile judecătorești nu au valoarea unui precedent judiciar cu valoare normativă generală, așa cum se întâmplă în sistemele de tip *common law*. Curtea Internațională de Justiție poate doar să aplice dreptul și, cel mult, să constate existența anumitor reguli juridice, însă nu poate crea drept, iar opozabilitatea hotărârilor sale este relativă, deci limitată *inter partes*.

Prin urmare, raportat la textul Articolului 38 din Statutul CIJ, nici o normă internațională care nu este formată ca normă convențională, ca normă cutumiară sau ca principiu general de drept recunoscut de națiunile civilizate nu poate fi recunoscută drept validă, în sistemul internațional².

Cu toate acestea, începând din anii '60, tot mai multe voci din doctrină, în grade diferite de intensitate, consideră legitim să întrebe dacă actuala configurare a sistemului internațional mai poate fi conciliată cu exclusivitatea izvoarelor de drept enumerate în Articolul 38 din Statutul Curții Internaționale de Justiție³. Inițial, propunerea de a reconsidera doctrina

² Desigur, vor putea fi considerate valide și normele cuprinse în acte unilaterale derivate din norme convenționale, sub condiția să fie concepute ca norme general obligatorii.

³ V.: e.g., Jorge CASTANEDA, *Legal Effects of the United Nations Resolutions*: Columbia University Press, New York, 1969; Godefridus J.H. VAN HOOF, *Rethinking the Sources of International Law*: Kluwer, Dordrecht, 1983; Gennadii Mikhailovich DANILENKO, *Law-making in the International Community*: Martinus Nijhof, Dordrecht, 1994; Alan BOYLE, Christine

izvoarelor de drept urmărea o conciliere a teoriei cu rolul Națiunilor Unite și, în special, cu autoritatea rezoluțiilor adoptate de Adunarea Generală. Ulterior, ideea s-a extins și la analiza altor posibile sau pretinse surse ale dreptului. Aceasta, în condițiile în care, de pildă, actele unilaterale ale statelor au un regim juridic asemănător cu cea al actelor convenționale (*e.g.*, promisiunea) și pot fi izvoare de drepturi și obligații. De asemenea, actele emise de anumite organe ale unor organizații internaționale beneficiază de o forță juridică superioară în sistem și de opozabilitate generală, așa cum este cazul rezoluțiilor Consiliului de Securitate ONU. Alteori, diverse acte care, teoretic, nu au forță juridică obligatorie, generează un drept emergent (*soft law*), situat undeva între non-drept și efectivitate; este un tip de drept embrionar, cu potențialitatea de a deveni drept pozitiv, care uneori chiar se convertește în drept propriu-zis și care, din acest motiv, este analizat în vecinătatea izvoarelor de drept, în spectrul unei noțiuni largi și generale a normativității, a ceea ce cuprinde dreptul internațional astăzi.

În plus, sistemul internațional este influențat de autoritatea pe care o exercită diverse entități nonguvernamentale⁴, fie ele ONG-uri (*e.g.*, Greenpeace, Transparency International, Human Rights Watch, Amnesty International etc.) sau companii internaționale foarte puternice din punct de vedere financiar, logistic și al expertizei pe care o dețin într-un anumit domeniu (*e.g.*, Apple, Microsoft, Amazon, Tesla, SpaceX, Alphabet/Google, Alibaba, Facebook etc.). Astfel de entități exercită o influență semnificativă la

CHIKIN, *The Making of International Law*: Oxford University Press, Oxford, 2007. Pentru detalii în legătură cu acest subiect v. și Jean D'ASPROMONT, *Formalism and Sources of International Law*: Oxford University Press, Oxford, 2011 sau Jörg KAMMERHOFER, *Uncertainty in International Law. A Kelsenian Perspective*: Routledge, London, 2011.

⁴ V.: Deborah D. AVANT, Martha FINNEMORE, Susan K. SELL (ed.), *Who Governs the Globe*: Cambridge University Press, New York, 2010; Anne-Marie SLAUGHTER, *A New World Order*: Princeton University Press, 2004.

nivel global și încearcă să impună standarde de comportament sau, cel puțin, standarde ale unor practici dezirabile, pe care guvernele nu le pot ignora. La fel, dreptul transnațional din domeniul comercial (*lex mercatoria*) sau sportiv s-a format fără participarea propriu-zisă a statelor, dar beneficiază, cu toate acestea, de o confirmare și de o susținere fermă din partea lor.

În condițiile acestor influențe multiple asupra sistemului internațional, statele și-au pierdut monopolul de decizie și de acțiune în chestiuni de interes global. Prerogativele politice pe care, tradițional, le exercitau doar subiectele primare de drept sunt acum accesibile și altor entități, non-statale. Or, izvoarele de drept enumerate în Articolul 38 din Statutul CIJ țin cont de o configurare etatistă a lumii, unde criteriul de validitate al normelor juridice este consimțământul statelor. Cei care pledează pentru acceptarea unei flexibilități a izvoarelor de drept insistă tocmai pe această „governare în rețea” (*network governance*)⁵, care există azi în relațiile internaționale. Dintr-o asemenea perspectivă, într-o lume structural diferită ar fi necesară recunoașterea unor criterii noi de validitate a normelor, care să completeze și să lărgescă sfera izvoarelor de drept consacrate de Articolul 38. În această logică, sfera izvoarelor de drept internațional s-ar lărgi și s-ar transforma, dintr-o enumerare limitativă, rigidă, într-un spectru al normativității, capabil să includă norme cu grade diferite de obligativitate sau chiar „prezumții de obligativitate”⁶ și care să reflecte realitățile politice contemporane.

⁵ V.: Maarten A. HAJER, *Authoritative Governance: Policy-making in the Age of Mediatization*: Oxford University Press, Oxford, 2009.

⁶ V.: Jan KLABBERS, „Law-making and Constitutionalism”, în *The Constitutionalization of International Law* (Jan KLABBERS, Anne PETERS, Geir ULFSTEIN, ed.): Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 81-124.

Propunerile de acest tip sunt lipsite de rigoare analitică și nu pot fi luate în considerare ca idei viabile, capabile să justifice extinderea izvoarelor de drept enumerate de Articolul 38. Cu excepția rezoluțiilor adoptate de Consiliul de Securitate ONU și, eventual, a anumitor acte unilaterale ale statelor, nici una dintre variantele propuse în doctrină, ca ipostaze suplimentare ale izvoarelor de drept, nu trec testele de bază ale normativității, în general, și ale normativității internaționale, în special. Spre exemplu, oricare dintre ele ar fi greu de conciliat cu exigențe legate de claritatea, precizia sau predictibilitatea dreptului, cu cerințele asociate lui *rule of law* și, cu atât mai puțin, cu principiul suveranității statelor, care rămâne, în fond, principiul ordonator al sistemului internațional. Până la urmă, chiar și rezoluțiile Consiliului de Securitate își datorează forța juridică obligatorie acordului statelor și caracterului universal al Națiunilor Unite. Cât despre actele unilaterale ale statelor, este discutabil, de asemenea, dacă ele ar putea fi privite ca izvor de drept (și care dintre ele se pretează la această calificare) sau, mai curând, ca simple izvoare de drepturi și obligații⁷. De altfel, printre sursele care alimentează doctrina izvoarelor flexibile se numără tocmai confuziile dintre izvoare de drept și izvoare de drepturi și obligații, dintre efectivitate și validitate⁸, dintre așa-zise grade de normativitate și categorii normative propriu-zise, cum sunt regula, principiul, standardul⁹.

⁷ Pentru această distincție, v. Sir GERALD FITZMAURICE, „Some Problems Regarding the Formal Sources of International Law”, în *British Contributions to International Law 1915-2015. An Anthology Set* (JILL BARRETT, JEAN-PIERRE GAUCI, ed.): Brill/Nijhoff, Leiden, 2020, Ch. 19, pp. 475-496.

⁸ v. GAVIN ANDRESON, *Constitutional Rights after Globalization*: Hart Publishing, Oxford, 2005; BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, *Toward a New Legal Common Sense*: Butterworths, London, 2002.

⁹ v. JAN KLABBERS, *International Law*: 2014, Cambridge University Press, Cambridge, p. 39.

Lucrarea analizează punctual cele mai influente propuneri „revizioniste” care tind să extindă lista limitativă a izvoarelor de drept enumerate de Articolului 38 din Statutul CIJ. Prima parte, introductivă, deschide subiectul texturii închise/deschise a acestei norme de recunoaștere specifică sistemului internațional. Partea a doua analizează cele mai influente „rude vitrege” ale izvoarelor de drept internațional, respectiv actul unilateral, doctrina și jurisprudența, cărora le oferă un portret juridic marcat de trăsături și caracteristici care le exclud, totuși, din categoria izvoarelor propriu-zise de drept. În fine, partea a treia a lucrării este dedicată unor categorii de concepte juridice plasate uneori în spectrul izvoarelor de drept, datorită potențialului lor germinativ în plan juridic: echitatea, standardele juridice, normele programatorii și *soft law*.

I. Trei rude vitrege de gradul unu: actul unilateral, doctrina și jurisprudența

A. Actul unilateral, în dreptul internațional

Doctrina veche nu acordă o atenție specială actelor unilaterale și nu fixează tipologii¹⁰. Dionisio Anzilotti a fost, se pare, cel care a încorporat

¹⁰ *E.g.* Despagnet asociază deciziile judiciare, deciziile arbitrale și actele organizațiilor internaționale cu dreptul tratatelor, în măsura în care fundamentul validității lor se află în tratat (compromis, în cazul deciziilor judiciare și arbitrare, și statut, în cazul actelor organizațiilor internaționale); v. Frantz DESPAGNET, *Cours de droit international public*: Recueil Sirey, Paris, 1910. Bluntschli plasează declarația de neutralitate tot în dreptul convențional; v. Johann Caspar BLUNTSCHLI, *Le droit international codifié*: Libr. Guillaumin et Cie, Paris, 1886, p. 430 *et seq.* Le Fur indică doar *ultimatum-ul* (act prin care se pretind anumite prestații sub amenințarea războiului), ca act unilateral; v. Louis Le FUR, *Précis de droit international public*: Dalloz, Paris, 1937, p. 270.

pentru prima dată actele unilaterale ale statelor în prezentarea sistemului de drept internațional, încadrându-le într-o categorie mai largă, a „faptelor juridice” (*fatti giuridici*)¹¹. Totuși, ceea ce distinge actele unilaterale de alte fapte internaționale este *intenția de a produce efecte juridice*. Însă prezența acestei intenții nu este suficientă pentru a califica un act unilateral ca fiind juridic. Pentru a fi juridic, este necesară parcurgerea unei anumite proceduri care să genereze efecte juridice¹². Altfel spus, pentru a avea valoare juridică, actul unilateral trebuie să fi fost creat în conformitate cu alte norme secundare de recunoaștere¹³.

Din acest motiv, actul unilateral nu este, de principiu, un izvor propriu-zis de drept internațional. În schimb, practica și jurisprudența internațională au consacrat caracterul de *izvor de obligații* al actelor unilaterale, ceea ce implică faptul că aceste acte posedă un caracter justițiabil și pot constitui baza juridică (temeiul de drept) a unei sentințe internaționale. De principiu, actele unilaterale sunt acceptate ca izvor de obligații *în sarcina statului emitent*. De altfel, un act unilateral nu poate crea niciodată, *eo ipso*, obligații în sarcina unui terț. Eventualele obligații care ar putea decurge dintr-un act unilateral, în sarcina unui terț, sunt întotdeauna consecința unui consimțământ expres al terțului, în acest sens, sau consecința achiesării sale la conținutul actului. Însă aceste ipoteze ies din sfera unilateralului *sticto sensu* și pătrund în sfera convențională.

¹¹ V.: Dionisio ANZILOTTI, *Cours de droit international*: Panthéon Assas, Paris, 1999, p. 345 *et seq.*

¹² V.: Jean-Paul JACQUÉ, *Acte et norme en droit international public*: RCADI, 227/1991, p. 374.

¹³ De precizat, categoria analizată exclude actele unilaterale lipsite de *caracter autonom*, cum sunt cele care fac parte din tehnica formării tratatelor (*e.g.*, semnare, notificare, aderare, declarație interpretativă, obiecțiune, rezervă).

B. Doctrina

În studiile de drept internațional, termenul „doctrină” este utilizat în două accepțiuni. Într-o primă accepțiune, „doctrina internațională” desemnează poziția politică a unui stat (în general, a unei mari puteri), exprimată într-un context internațional dat sau construită pentru a justifica o anumită acțiune politică. În acest sens, se vorbește despre doctrina Monroe, doctrina Stimson, doctrina Wilson, doctrina Drago, doctrina Brejnev, doctrina Bush etc. A doua accepțiune a termenului „doctrină” este cea juridică, iar această a doua semnificație este cea relevantă pentru contextul rudelor vitrege ale izvoarelor de drept internațional.

Doctrina juridică nu este un izvor de drept internațional. Scrierile „celor mai calificați specialiști în dreptul public ai diferitelor națiuni”¹⁴ nu este, în fond, decât o operă critică, prin care se clarifică și se sistematizează normele juridice¹⁵.

Articolul 38 din Statutul Curții Internaționale de Justiție nu trimite, textual, decât la doctrina individuală, de autor. Totuși, noțiunii de „doctrină juridică” îi sunt asimilate și operele de doctrină colectivă, create prin contribuții ale unor societăți științifice cum sunt *Academia de Drept Internațional* (1923), *Institutul American de Drept Internațional* (1912), *Societatea Americană de Drept Internațional* (1906), *Asociația de Drept Internațional* (1873), *Institutul de Drept Internațional* (1873). În plus, programele de cercetare în drept internațional ale Universității Harvard, din

¹⁴ Art. 38 (1, lit. d) din Statutul Curții Internaționale de Justiție.

¹⁵ Sau, într-o formulă sintetică, „funcția doctrinei este de a raționaliza ceea ce există deja în mersul lucrurilor, de a descoperi conceptul și, eventual, de a-i atribui un nume” (Jean COMBACAU, „Obligations de résultat et obligations de comportement; quelques questions et pas de réponse”, în *Mélanges offerts à Paul Reuter: le droit international, unité et diversité*: A. Pedone, Paris, 1982, p. 186).

prima jumătate a secolului al XX-lea, s-au bucurat, la rândul lor, de o influență incontestabilă.

În prezent, autorii de drept internațional recunosc autoritatea specială a Comisiei de Drept Internațional¹⁶ și a proiectelor sale de articole, destinate codificării. Jurisprudența mai recentă a Curții de la Haga conține numeroase trimiteri la lucrările Comisiei. Extrem de interesante sunt și tentativele individuale de codificare, majoritatea datând din secolul al XIX-lea. Printre cele mai celebre, sunt, de pildă, propunerile lui K. Bluntschli (*Das moderne Völkerrecht*, 1868), P. Fiore (*Il Diritto Internazionale Codificato E La Sua Sanzione Giuridica. Studii*, 1890) ș.a.

În ciuda influenței sale considerabile, doctrina rămâne un mijloc auxiliar (subsidiar) pentru determinarea regulilor de drept, iar nu un izvor de drept propriu-zis. Autoritatea ei nu se raportează la calități normative, ci la *credibilitatea* ei și, implicit, la neutralitatea științifică a autorului. De pildă, un autor originar dintr-un stat totalitar va avea un discurs științific marcat, probabil, de experiența proprie a libertății lui „originare” de expresie, astfel va tinde uneori să reflecte pozițiile oficiale expuse de ministerul său de externe. Pe de altă parte, dacă un autor pledează frecvent la Curtea Internațională de Justiție, în calitate de avocat, sau dacă este consilier al unor state care sunt părți în proceduri judiciare aflate pe rolul Curții, pozițiile sale teoretice vor tinde să se alinieze jurisprudenței de la Haga. La fel, dacă autorul este membru în *boardul* unei organizații internaționale sau colaborator al acesteia, spre exemplu în calitate de expert juridic, atunci opiniile lui în legătură cu inițiativele

¹⁶ Comisia de Drept Internațional a fost creată în 1947, ca organ subsidiar al Adunării Generale a Națiunilor Unite. Ea a început să funcționeze în 1949 și a elaborat, până în prezent, un număr impresionant de proiecte de tratate internaționale, care au fost ulterior adoptate sub egida Națiunilor Unite, dar și linii directoare sau concluzii, în diferite domenii relevante pentru societatea internațională.

normative ale acelei organizații nu vor atinge, cel mai probabil, pragul analizei științifice; pozițiile pe care le va exprima acel autor vor fi, cel mai adesea, în acord cu așteptările *staffului* organizației.

Prin urmare, imparțialitatea obiectivă și subiectivă - noțiuni care, în mod obișnuit, condiționează exercitarea funcției judecătorești - sunt importante și pentru încadrarea diverselor scrieri ale specialiștilor în drept internațional. Altfel spus, judecățile de valoare asupra opiniilor formulate în doctrină, evaluarea relevanței lor, implică, obligatoriu, judecăți asupra comportamentului autorilor și asupra contextului social în care s-au format acele opinii. Astăzi, tot mai mulți internaționaliști sunt încadrați vizibil în cercuri de interese profesionale sau sunt foști judecători ai unor diverse jurisdicții internaționale. Într-un asemenea context, doctrina foștilor judecători tinde să justifice, *ex post facto*, soluțiile arbitrale sau judiciare ale jurisdicției în care au funcționat. Chiar și imparțialitatea celor mai prestigioase societăți științifice a fost pusă, uneori, la îndoială. De pildă, în epoca pregătirii Convențiilor de la Geneva, din 1958, s-a discutat despre influența pe care au exercitat-o marile companii petroliere asupra Comisiei de Drept Internațional, prin intermediul unor juriști din cadrul Asociației de Drept Internațional¹⁷.

Doctrinei credibile i se poate pretinde, în mod legitim, imparțialitatea. În schimb, nu putem pretinde ca între reprezentații diverselor școli, curente și tradiții juridice să existe un consens aprioric asupra interpretării precise a conținutului unor norme internaționale sau asupra forței lor juridice. Un astfel de consens se poate realiza, cel mult, în colective de experți care au primit mandate speciale pentru a elabora lucrări de dezvoltare progresivă a dreptului (spre exemplu, în cadrul Comisiei de Drept Internațional). Iar

¹⁷ V.: Robert O. KEOHANE, Joseph S. NYE, *Power and Interdependence*: Little, Brown and Company, Boston/Toronto, 1977, p. 23.

prețul compromisului în proiectele de acte internaționale este, uneori, atenuarea forței juridice a normelor sau proiectarea lor sub zodia unei inefectivități probabile.

Începând cu anii '80, doctrina a condus la multiplicarea disputelor teoretice în chestiuni fundamentale, cum sunt: eventuala cristalizare de *opinio juris* prin acte ale organizațiilor internaționale, posibilitatea atestării cutumei instantanee (*instant custom*), introducerea conceptului de *rule of law* în sistemul internațional etc. În numele adaptării dreptului, au fost deseori estompate, sau chiar transgresate, limitele dintre *lex lata* și *lex ferenda* (conform preferințelor grupurilor de interese). Însă efectul eroziv și distructiv al unui anumit tip de doctrină (revizionistă) a început să fie cu adevărat perceptibil atunci când mai mulți autori au ținut să „autentifice” caracterul normativ al unor categorii de acte internaționale, cum sunt rezoluțiile adoptate de diverse organe internaționale care nu posedă competențe normative. Exemplul cel mai evident trimite la insistența cu care diverși autori încearcă să obțină norme de drept internațional general, din rezoluțiile Adunării Generale a Națiunilor Unite. În anii ei de glorie, doctrina revizionistă (căreia i s-au raliat nu doar autori din blocul comunist și din blocul Lumii a Treia, ci și numeroși autori occidentali) a avansat unele constructe și concepte pseudo-juridice, cărora a încercat să le justifice și să le atribuie funcții operative în interpretarea normelor sau a obligațiilor internaționale (*e.g.*, solidaritate, dreptul la dezvoltare, norme de drept internațional general, conștiință juridică, umanitate). Așa cum observa Prosper Weil, printr-o asemenea doctrină, „dincolo de destabilizarea tehnică a structurii normative, se profilează destabilizarea întregii societăți internaționale”¹⁸. S-ar putea ca pericolul privind efectul destabilizator să fie

¹⁸ Charles LEBEN, „Une nouvelle controverse sur le positivisme en droit international public”, *Droits*, 5/1987, p. 128.

exagerat, însă este clar că „juriștii au o anumită responsabilitate pentru calitatea dreptului”¹⁹.

Dacă în prima jumătate a secolului trecut doctrina dădea tonul interpretării și aplicării dreptului internațional, astăzi, ea se află într-un relativ declin. În epoca ei de glorie, cu peste un secol în urmă, când doctrina dreptului internațional nu își pierduse încă din prestigiu, Lassa Oppenheim sublinia că ea trebuie să rămână mereu în spectrul realismului: „Este preferabil ca dreptul internațional să rămână staționar, decât să se prăbușească în mâinile reformatorilor impetuoși și exaltați”²⁰.

C. Jurisprudența

Ipostazele relevante ale jurisprudenței, ca mijloc subsidiar de determinare a normei juridice internaționale, sunt hotărârile arbitrale, actele jurisdicționale sau cvasi-jurisdicționale ale Curții Permanente de Justiție Internațională și ale Curții Internaționale de Justiție (hotărâri, decizii, avize consultative), hotărârile unor jurisdicții regionale, speciale sau *ad-hoc*, sau hotărâri ale tribunalelor naționale.

Atât Curtea Internațională de Justiție, cât și predecesoarea sa, Curtea Permanentă de Justiție Internațională, au făcut deseori trimiteri la *jurisprudența tribunalelor arbitrale*, fie la precedente particulare²¹, fie chiar la ansamblul jurisprudenței arbitrale²². Dezvoltarea dreptului internațional a

¹⁹ Robert S. SUMMERS, *Form and Function in a Legal System - A General Study*: Cambridge, 2005, p. 23.

²⁰ Lassa OPPENHEIM, „The Science of International Law: Its Task and Method”, *American Journal of International Law*: 2/1908, p. 318.

²¹ V.:, e.g., CPJI, *S.S. „Lotus”* (Franța c. Turcia), 1927; CIJ, *Nottebohm* (Lichtenstein c. Guatemala), 1955, ș.a.

²² V.:, e.g., CPJI, *Fabrica din Chorzow* (Germania c. Polonia), 1928; CIJ, *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited* (Belgia c. Spania), 1970, ș.a.

fost marcată de hotărâri notorii, printre care se numără cele pronunțate în cauzele *Aminoil*²³ (1982), *Lacul Lanoux*²⁴ (1957), *Insula Palmas*²⁵ (1928), *Canevaro* (1912)²⁶, *Pretențiile Alabama* (1872)²⁷, *Yuille-Shortridge*²⁸ (1861), ș.a.

Tribunalele internaționale permanente au contribuit, de asemenea, la dezvoltarea progresivă a dreptului internațional. Câteva hotărâri, decizii și avize pronunțate după 1947 sunt, în mod deosebit reprezentative: *Canalul Corfu*²⁹ (1948, 1949), *Rezervele la Convenția pentru prevenirea și pedepsirea crimei de genocid*³⁰ (1951), *Dreptul de trecere prin teritoriul indian*³¹ (1957), *Sud-Vestul African*³² (1962, 1966), *Barcelona Traction, Light and Power Company*³³ (1964), *Testele nucleare*³⁴ (1974) ș.a. Unele au influențat lucrările de codificare a dreptului internațional, sub egida Comisiei de Drept Internațional. Altele, au exprimat însă un activism judiciar discutabil al Curții Internaționale de Justiție, așa cum au fost, de pildă, pronunțările din

²³ *Aminoil* (American Independent Oil Company c. Kuwait), Tribunal arbitral, 1982.

²⁴ *Lacul Lanoux* (Franța c. Spania), Tribunal arbitral, 1957.

²⁵ CPA, *Insula Palmas* (Țările de Jos c. SUA), 1928.

²⁶ CPA, *Canevaro* (Italia c. Peru), 1912..

²⁷ *Pretențiile Alabama* (SUA c. Marea Britanie), Tribunal arbitral, 1872; aici s-a stabilit principiul conform căruia nu poate fi indemnizat decât prejudiciul direct.

²⁸ *Yuille, Shortridge & Cie.* (Marea Britanie c. Portugalia), Tribunal arbitral, 1861.

²⁹ CIJ, *Canalul Corfu* (Marea Britanie c. Albania), 1949.

³⁰ CIJ, *Rezervele la Convenția pentru prevenirea și pedepsirea crimei de genocid*, aviz consultativ, 1951.

³¹ CIJ, *Dreptul de trecere prin teritoriul indian* (Portugalia c. India), 1960.

³² CIJ, *Consecințele juridice asupra statelor, ca urmare a prezenței continue a Africii de Sud în Namibia (Sud-Vestul African) în pofida Rezoluției 276 (1970) a Consiliului de Securitate*, aviz consultativ, 1974.

³³ CIJ, *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited* (Belgia c. Spania), 1970.

³⁴ CIJ, *Testele nucleare* (Australia și Noua Zeelandă c. Franța), 1974.

cauzele *Aplicarea Convenției pentru prevenirea și pedepsirea crimei de genocid*³⁵ (2007), *Consecințele juridice ale construirii unui zid în Teritoriul palestinian ocupat*³⁶ (2004), *Liceitatea utilizării sau a amenințării cu utilizarea armelor nucleare*³⁷ (1996), sau din *Activități militare și paramilitare în Nicaragua și împotriva acesteia*³⁸ (1986).

Evident, așa cum precizează și Articolul 59 din Statutul Curții Internaționale de Justiție, hotărârile au o forță juridică relativă: ele sunt obligatorii doar între părțile în litigiu (*inter partes*) și numai pentru cauza pe care o soluționează. Totuși, Curtea Internațională de Justiție își invocă adesea propria jurisprudență și își utilizează hotărârile anterioare ca mijloace pentru determinarea conținutului normelor de drept internațional. Ceea ce este firesc, dacă avem în vedere faptul că exigențele coerenței, ale continuității, predictibilității și ale securității juridice sunt imperative ale oricărei jurisprudențe³⁹, interne sau internaționale.

Autoritatea precedentelor este afectată atunci când rezultă din majorități fragile. De pildă, în cauza *Lotus*⁴⁰, voturile judecătorilor din complet au fost 7 contra 7, iar hotărârea Curții s-a adoptat, în cele din urmă, cu votul decisiv al Președintelui Curții. La fel s-a întâmplat și în cauza *Sud-*

³⁵ CIJ, *Aplicarea Convenției pentru prevenirea și pedepsirea crimei de genocid* (Bosnia-Herțegovina c. Serbia și Muntenegru), 2007.

³⁶ CIJ, *Consecințe juridice ale construirii unui zid în Teritoriul palestinian ocupat*, aviz consultativ, 2007.

³⁷ CIJ, *Liceitatea utilizării sau a amenințării cu utilizarea armelor nucleare*, aviz consultativ, 1996.

³⁸ CIJ, *Diferendul frontalier, terestru, insular și maritim* (El Salvador c. Honduras, intervenient Nicaragua), 1992.

³⁹ v. Quoc Dinh NGUYEN, Patrick DAILLIER, Alain PELLET, *Droit international public*: LGDJ, Paris, 2002, p. 385.

⁴⁰ CPJI, S.S. „*Lotus*” (Franța c. Turcia), 1927.

*Vestul African*⁴¹ (faza a doua). În același timp, tehnica atașării la sentință a *opiniilor concurente* sau a *opiniilor dizidente* reprezintă un alt factor capabil să submineze, uneori, autoritatea precedentelor.

Jurisdicțiile internaționale regionale (Curtea de Justiție a Uniunii Europene, Curtea Europeană a Drepturilor Omului sau Curtea Interamericană a Drepturilor Omului), speciale (Tribunalul Mării, tribunalele administrative ale organizațiilor internaționale sau ale unor organe cu atribuții jurisdicționale speciale, cum sunt cele din sub-sistemul Organizației Mondiale a Comerțului) sau *ad-hoc* (Tribunale Internaționale Militare, Tribunalele Penale Internaționale pentru Fosta Iugoslavie, Rwanda, Somalia și Sierra Leone etc.) au creat, la rândul lor, o jurisprudență influentă, a cărei autoritate se justifică, printre altele, prin natura specializată a acestor tribunale, dar și prin dialogul jurisprudențial pe care îl practică, uneori, aceste jurisdicții. Ca atare, în dreptul internațional, problema autorității jurisprudenței are două aspecte distincte, atunci când ne raportăm la sub-sisteme. Pe de o parte, în cadrul unui sub-sistem, autoritatea jurisprudenței specializate este, în general, considerabilă, cu toate că depinde de statutul particular al tribunalului în sub-sistemul de referință. Fiecare dintre aceste tribunale de sub-sistem își evocă și își urmează propria jurisprudență. De obicei, trimiterile nu se referă la un singur precedent, ci la o serie întregă de hotărâri anterioare care configurează aceeași soluție sau, eventual, la cele mai recente dintre ele. Pe de altă parte, acolo unde relațiile dintre sub-sisteme permit acest lucru⁴², jurisdicțiile se raportează la jurisprudența dint-un alt sub-sistem, înrudit. De asemenea, ele evocă uneori jurisprudența Curții Internaționale de Justiție, întrucât aceasta din urmă posedă o competență

⁴¹ CIJ, *Sud-Vestul african* (Etiopia, Liberia c. Africa de Sud), 1966.

⁴² V., e.g., relația dintre Curtea de Justiție a Uniunii Europene și Curtea Europeană a Drepturilor Omului.

generală *ratione materiae*, în litigiile dintre state. Nu este însă mai puțin adevărat că, alteori, jurisdicțiile specializate ignoră jurisprudența Curții Internaționale de Justiție și pronunță soluții care se îndepărtează de concepțiile acesteia.

În fine, atunci când jurisdicțiile internaționale ajung să cunoască *hotărâri pronunțate de tribunale interne*, aceste elemente de jurisprudență domestică pot constitui elemente de *consuetudo* sau pot fi considerate un început de dovadă pentru caracterul general al principiilor de drept. Așa s-a întâmplat, de pildă, în domeniul imunității suverane de jurisdicție, unde jurisprudența instanțelor interne a fost considerată o probă a dreptului cutumiar în materie.

Articolul 38 din Statutul Curții Internaționale de Justiție plasează jurisprudența, alături de doctrină⁴³, în categoria mijloacelor subsidiare (auxiliare) de determinare a regulilor de drept. Totuși, practica internațională demonstrează că ele nu ating același grad de autoritate și că *jurisprudența are o autoritate superioară doctrinei*, ca mijloc de determinare al normelor de drept internațional.

Dar, cu toate că i se recunoaște un grad semnificativ de autoritate, jurisprudența internațională nu are, totuși, forța normativă specifică din *common law*, întemeiată pe regula *stare decisis*, care îi asigură precedentului judiciar o valoare normativă. Soluția preluată de Statutul Curții Internaționale de Justiție este înrudită mai curând cu sistemul de tip *civil law*, decât cu cel de tip *common law*. Opțiunea este firească și se justifică, pe de o

⁴³ Trebuie semnalată diferența între „*moyens auxiliaires*” (varianta franceză) și „*subsidiary means*” (varianta engleză); Georges Scelle notează semnificațiile diferite care rezultă din cele două versiuni lingvistice: „subsidiar” - izvor de drept care înlocuiește, în lipsă, cutuma sau tratatul *vs.* „auxiliar” - element care își aduce concursul la descoperirea regulii de drept, fără a fi, în sine, izvor de drept (Georges SCELLE, *Manuel de droit international public*: Domat-Montchrestien, Paris, 1944, pp. 593-594).

parte, prin absența jurisdicției obligatorii, în sistemul internațional, și, pe de altă parte, prin faptul că jurisprudența internațională cuprinde și o amplă jurisprudență arbitrală; or, jurisprudența arbitrală este, de principiu, confidențială, și, în plus, este limitată semnificativ de voința părților, în sensul că părțile arbitrajului sunt cele care decid obiectul litigiului și tot ele aleg normele pe baza cărora va fi soluționată cauza. Această diferență de statut între o jurisdicție obligatorie și una facultativă apare în sistemul de drept al Uniunii Europene, unde Curtea de Justiție a Uniunii Europene nu a admis ca tribunalele arbitrale să poată prezenta un recurs prejudicial.

Dincolo de autoritatea superioară a jurisprudenței, comparată cu cea a doctrinei, mai există, probabil, o ierarhie, *trepte de autoritate, și în interiorul jurisprudenței internaționale*. Spre deosebire de ceea ce se întâmplă într-un sistem de drept intern, în dreptul internațional, autoritatea jurisprudenței arbitrale este superioară jurisprudenței produse de tribunalele internaționale. Aceasta, deoarece părțile acceptă mai ușor decizia unui tribunal a cărui compunere au controlat-o. În același timp, sentința pronunțată în arbitraj rezultă, de asemenea, dintr-o procedură pe care părțile au controlat-o, atunci când au scris clauza arbitrală sau compromisul arbitral.

În plus, ar mai fi de remarcat și faptul că, în sistemul internațional, autoritatea hotărârilor pronunțate de tribunalele anumitor sub-sisteme este superioară autorității hotărârilor pronunțate de tribunale cu vocație universală. Avem în vedere, aici, hotărârile Curții Europene a Drepturilor Omului sau cele ale Tribunalului și ale Curții de Justiție a Uniunii Europene. Aici, gradul superior de autoritate derivă din faptul că aceste tribunale posedă o competență obligatorie asupra diferendelor și o competență exclusivă asupra interpretării tratatelor.

În fine, rolul jurisprudenței, în sistemul internațional și în subsistemele sale, *autoritatea sa inter partes și autoritatea ex post*, este foarte bine descris în cuvintele lui Pierre Pescatore:

„Oricine a trebuit să-și asume responsabilitatea de a pronunța o sentință este cât se poate de conștient de efectul dual al oricărei hotărâri judecătorești. În primul rând, o hotărâre produce efecte între părțile dintr-un caz determinat. La acest nivel, se pune problema dacă sentința va fi sau nu executată de părți. Însă, la un al doilea nivel, fiecare hotărâre constituie, de asemenea, un precedent. Aceasta este o notă caracteristică a deciziilor unor jurisdicții internaționale cum sunt Curtea Internațională de Justiție, Curtea Europeană a Drepturilor Omului și Curtea de Justiție a Comunității [Uniunii] Europene. În calitate de precedent, hotărârea are efectul unei clarificări a dreptului, pentru viitor. Acesta este, în sine, un efect puternic, care va influența orice parte interesată, atât în prezent, cât și într-un viitor nelimitat. Indiferent de ceea ce s-ar putea constata cu privire la acceptarea sau neacceptarea deciziilor acestor jurisdicții internaționale, impactul jurisprudenței lor, ca parte a dreptului internațional pozitiv, este incontestabil.”⁴⁴

În ciuda vecinătății lor cu izvoarele propriu-zise de drept internațional, este limpede că nici jurisprudența și nici doctrina *nu sunt izvoare de drept*. Ca atare, ele nu creează norme de drept internațional și nu pot constitui o bază juridică autonomă pentru o sentință internațională. Jurisdicțiile internaționale utilizează doctrina și jurisprudența doar în calitate de mijloacele subsidiare, pentru a reliefa și pentru a evidenția o normă juridică, pentru „a declara dreptul pozitiv” (*dire le droit*). Cu alte cuvinte, jurisprudența și doctrina contribuie la stabilirea *existenței* și/sau a *conținutului* cutumelor, a principiilor generale de drept, a standardelor juridice și a normelor convenționale.

⁴⁴ Mielle K. BULTERMAN, Marin KUIJER (ed.), *Compliance with Judgments of International Courts*: Martinus Nijhoff Publishers, The Hague/Boston/London, 1996, p. 43.

II. Concepte juridice cu potențial germinativ, în vecinătatea izvoarelor de drept internațional

A. Echitatea

Ideea echității este recurentă și ocupă un loc semnificativ în discursul juridic și politic internațional. Oscar Schachter inventariază cel puțin cinci utilizări diferite ale echității, în mediul internațional⁴⁵:

- a) echitatea, invocată ca expresie a dreptății, a rezonabilului sau a bunei-credințe;
- b) echitatea, prezentată ca temei și element intrinsec al unor principii de drept, cum sunt cele referitoare la *estoppel*, la îmbogățirea fără justă cauză sau la abuzul de drept;
- c) echitatea, ca justificare pentru eventuale aplicări „personalizate” ale dreptului, atunci când judecătorul sau arbitrul temperează strictetea legii, în numele echității;
- d) echitatea „instrumentală”; *e.g.*, „principiul echității”, „rezultatul echitabil” sau „standardele echitabile” sunt concepte instrumentale, care și-au demonstrat utilitatea, în special în dreptul internațional al delimitărilor frontaliere, maritime sau terestre;
- e) echitatea, prezentată (mai recent) ca sinonim al noțiunii de „justiție distributivă”, utilizată pentru a justifica pretenții de reșezare a unor structuri sau aranjamente sociale și economice.

În plus, dincolo de aceste utilizări juridice, cvasi-juridice și/sau ideologice ale echității, inventariate de Oscar Schachter, conceptul mai apare și în textul Articolului 38 §2 din Statutul Curții Internaționale de Justiție:

⁴⁵ v. Oscar SCHACHTER, *International Law in Theory and Practice*: Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1991, pp. 55-56.

„Prezenta dispoziție nu aduce atingere dreptului Curții de a soluționa o cauză *ex aequo et bono*, dacă părțile sunt de acord cu aceasta”.

Fațetele juridice ale echității, prezența ei în motivările tribunalelor internaționale și, mai ales, includerea sa în conținutul Articolului 38 - adică tocmai în cuprinsul normei de recunoaștere din sistemul internațional -, i-a determinat pe unii autori să propună încadrarea echității și a principiului echității în categoria izvoarelor formale de drept internațional.

Cu toate acestea, este dificil de acceptat că echitatea ar putea constitui un izvor suplimentar de drept internațional. Privite atent, astfel de propuneri se dovedesc a fi întemeiate pe analogii incomplete, pe confuzii și pe aparențe. În paradigma izvoarelor de drept, echitatea ar putea funcționa, cel mult, ca izvor material, iar nu ca izvor formal al dreptului internațional.

Prin urmare, echitatea *nu este un izvor de drept internațional*, în sensul că nu este, în nici un caz, un mod de formare validă a normei juridice. Aceasta nu înseamnă că echității îi lipsește orice autoritate juridică. Ea este, în sine, un principiu general de drept și, de asemenea, constituie substanța unor principii generale de drept sau a unor standarde juridice, care o conțin implicit. Echitatea mai poate juca un rol important și în procesul de aplicare judiciară a dreptului internațional. În plus, datorită neîncrederii în predictibilitatea normelor juridice internaționale, părțile unui proces pot decide că este preferabil ca judecătorii să se pronunțe „în echitate” (*ex aequo et bono*). Dar, într-o asemenea situație, echitatea nu reprezintă, în sine, baza juridică autonomă a sentinței, adică izvorul de drept prin care judecătorii sau arbitrii justifică soluția, ci ea se referă la modul concret în care aceștia au ajuns la soluție și care poate îmbina, de pildă, argumente morale, cu argumente de oportunitate.

Echitatea este un *concept cu mai multe identități juridice*. Or, în dreptul internațional, nici una dintre ipostazele posibile ale echității nu se

suprapune conceptului de *equity*, care este specific sistemului juridic britanic. Prin urmare, trebuie să distingem între echitatea din dreptul internațional, căreia nu i se poate atribui calitatea de izvor de drept, și *equity* din sistemul juridic britanic, căreia i se recunoaște valoare de izvor de drept intern. Cele două concepte au identități juridice distincte.

În sistemul juridic britanic, tribunalele care judecă în *equity* sunt distincte de tribunalele de *common law* și au, ca origine, Biroul Lordului Cancelar, care funcționa ca tribunal în echitate. Lordul Cancelar a fost comparat cu pretorul din sistemul de drept roman. Motivul apariției acestei jurisdicții distincte era insatisfacția pe care o provoca, în anumite situații, aplicarea *common law*-ului, cu rigiditatea sa caracteristică, de *jus strictum*. Este vorba de situații care ar fi pretins o abordare mai flexibilă și soluții mai juste, bazate pe principii echitabile.

Treptat, soluțiile în *equity* au devenit o jurisprudență specială care, la fel ca jurisprudența de *common law*, era susținută de regula *stare decisis*. În acest fel, s-au dezvoltat reguli de drept care s-au impus mai târziu în dreptul internațional, în calitate de reguli cutumiare sau ca principii generale de drept; așa sunt, de pildă, regula „cine vrea să fie judecat în echitate trebuie să aibă mâinile curate”, „echitatea îl ajută pe cel vigilent, iar nu pe cel care a ațipit deasupra drepturilor sale”, „nici o nedreptate fără remedii”, „prevalența substanței asupra formei”, „egalitatea este echitate”, „între echități egale, prevalează cea care precedă în timp” ș.a.

În dreptul internațional, conceptul de echitate pretinde o distincție suplimentară, între *pura echitate*, care se referă la tranșarea unei dispute *ex aequo et bono*, pe de o parte, și echitatea ca *principiu general de drept* sau *substanță a unor principii generale de drept*, pe de altă parte.

Pura echitate (ex aequo et bono) este un termen des întâlnit în convenții arbitrale. Aceasta, deoarece în arbitraj, părțile fie determină în mod autonom dreptul aplicabil în speță, fie decid să înlăture aplicarea normelor juridice și să aleagă echitatea ca unic criteriu de evaluare a cauzei. În acest ultim caz, arbitrii sunt invitați de părți să pronunțe sentința pe baza echității și a buneicredințe, sau chiar potrivit „echității absolute” sau „perfecte”⁴⁶.

Sentința *ex aequo et bono* are ca fundament convingerea intimă a arbitrilor despre ceea ce reprezintă soluția justă în speță, așa încât nu mai prezintă nici o importanță practică modul în care s-a format acea convingere. Ca atare, sentința pronunțată conform regulii de procedură *ex aequo et bono* nu se motivează, ceea ce conferă un adaos de celeritate procedurilor judiciare de acest tip. Corelativ, o astfel de sentință este, prin definiție, la adăpost de orice contestare sau de analiză critică. Stipulând clauza *ex aequo et bono*, părțile au acceptat să se supună unei sentințe discreționare.

În speranța de a atrage în sfera jurisdicțională a Curții Permanente și părțile care se adresează în mod curent arbitrajului și, totodată, pentru a centraliza cât mai mult posibil funcția jurisdicțională la Haga, autorii Statutului Curții Permanente de Justiție Internațională au creat posibilitatea ca echitatea să fie utilizată și aici drept unic criteriu pentru soluționarea unei cauze, cu toate consecințele care decurg de aici, în ceea ce privește motivarea hotărârii, absența posibilității de a o contesta etc. La rândul său, și în aceeași logică, Articolul 38 §2 din Statutul Curții Internaționale de Justiție autorizează Curtea „să soluționeze o cauză *ex aequo et bono*, dacă părțile sunt de acord cu aceasta”. Cu alte cuvinte, Articolul 38 §2 validează pronunțarea unor hotărâri în care Curtea nu doar aplică echitatea ci, mai mult chiar, îi permite echității

⁴⁶ V.: Christopher R. ROSSI, *Equity and Interantional Law: a Legal Realist Approach to International Decision-making*: Transnational Publishers Inc., Irvington, New York, 1993, pp. 60-61.

să surclaseze orice altă normă juridică (soluție *ex aequo et bono*). Totuși, până în prezent, nu există nici o cauză în care statele să îi fi solicitat Curții Internaționale de Justiție o soluție *ex aequo et bono*.

În același timp, *echitatea* este un concept juridic care se regăsește în orice sistem juridic modern, așa încât ea poate fi calificată, în sine, drept *principiu general*, conform Articolului 38 §1 (litera c) din Statutul Curții Internaționale de Justiție. Echitatea operează în calitate de principiu general care trebuie să ghideze aplicarea dreptului doar atunci când norma sau normele pertinente fac parte din categoria *jus aequum*, pentru că numai normele din această categorie permit o aplicare echitabilă.

În plus, *echitatea* este *substanță intrinsecă a unor principii generale de drept sau a unor standarde juridice*. De pildă, principii cum sunt *estoppel*, îmbogățirea fără justă cauză, abuzul de drept ș.a. conțin ideea de echitate în structura lor conceptuală. De asemenea, standardul dreptului la un proces echitabil - un standard specific dreptului european, atât în materia drepturilor fundamentale, cât și în cea a dreptului unional - integrează fără echivoc echitatea în conținutul său material, astfel încât echitatea devine *substanța* dreptului la un proces echitabil. Cu alte cuvinte, un proces judiciar poate fi considerat echitabil numai în calitatea sa de proces echitabil. Faptul că o persoană a fost privată de un proces echitabil realizează violarea *ipso facto* a unui drept fundamental al persoanei și se analizează ca un fapt ilicit.

Ar mai fi de remarcat că, în limbajul curent, echitatea este adesea confundată cu dreptatea. Curtea Internațională de Justiție a subliniat, însă, că

„echitatea nu poate fi tratată ca o reprezentare a justiției abstracte, ci trebuie să fie aplicată ca o regulă de drept care prescrie recursul la principii echitabile”⁴⁷.

Iar aceste „principii echitabile” sunt juridice și se referă, de regulă, la principii generale de drept sau la standarde juridice, de tipul celor exemplificate mai sus.

B. Standardele juridice

În general, sistemele juridice sunt analizate, în teoria dreptului, ca sisteme de reguli. Distincția între reguli și principii, deși nu este de dată foarte recentă, a fost dezvoltată abia recent. Există, totuși, un al treilea tip de normă juridică, de care teoria dreptului s-a ocupat prea puțin. Este vorba de *standardul juridic*. După știința noastră, primul autor important care s-a oprit asupra standardelor a fost Roscoe Pound⁴⁸.

Interesul pentru standarde este justificat, aici, de confuzia frecventă între standarde juridice și principii juridice⁴⁹, confuzie care, la rândul ei, a generat în doctrină propuneri ferme sau dubitative în sensul includerii standardelor pe lista „revizionistă” a izvoarelor de drept. Or, standardele nu sunt, în sine, izvoare de drept, ci norme juridice complexe, care provin din izvoare propriu-zise de drept, cel mai adesea din tratate. În plus, ambiguitatea din jurul noțiunilor de „principiu de drept” și „standard juridic”, precum și dificultățile inerente de calificare, se pot transforma în erori de aplicare.

⁴⁷ CIJ, *Delimitarea platoului Continental în Marea Nordului* (Republica Federală Germania c. Danemarca și Țările de Jos), Recueil des cours de l'Académie de droit international, 1969, p. 47.

⁴⁸ V.: Roscoe POUND, *An Introduction to the Philosophy of Law*: Yale University Press, New Haven & London, 1922, p. 56 *et seq.*

⁴⁹ Legat de prezența acestei confuzii, v.: Jean SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*: Bruylant, Bruxelles, 2001, pp. 1049-1051.

Atât sistemul dreptului internațional, cât și sub-sistemele pe care le guvernează, cuprind o mare varietate de standarde: standardul tratamentului național al străinilor și opusul său, standardul minim internațional; standardul restricțiilor impuse comerțului internațional; standardul de indemnizare a investitorilor expropriat; standardul națiunii celei mai favorizate; termenul rezonabil; diverse standarde particulare de comportament rezonabil, diligent ș.a.

Standardele juridice au câteva caracteristici. În primul rând, ele sunt norme care *ghidează aplicarea dreptului*, respectiv aplicarea altor norme, fie ele reguli sau principii. Prin urmare, se disting de standardele tehnice, care fixează parametrii pentru diverse bunuri sau servicii, și de standardele deontologice. Au ceva în comun cu acestea din urmă doar faptul că implică evaluarea, cântărirea, măsurarea comportamentelor pe care le analizează. Unele standarde juridice, cum ar fi standardul de prudență sau de diligență, sunt cunoscute încă din dreptul roman și marchează evoluția de la *jus strictum*, la *jus aequum*.

La fel ca principiile, standardele juridice *sunt formulate în termeni abstracti* și, în consecință, *nu au un conținut precis*. Roscoe Pound le analizează în contextul puterii judecătorului, dacă nu discreționare, în orice caz, extinse, atunci când acesta decide ce anume este rezonabil, necesar sau proporțional, în raport de un standard dat. În orice sistem juridic există tendința de a transforma un standard într-un corp de reguli precise, evident, în interesul securității juridice.

O altă trăsătură specifică standardelor juridice internaționale este *complexitatea* lor. De pildă, standardul minim de tratament aplicabil investitorilor se prezintă ca o normă complexă care cuprinde: standardul de compensare pentru expropriere și regula răspunderii statului gazdă pentru distrugerii, pentru alte violențe provocate de actori non-statali și pentru

denegarea de justiție (ceea ce implică, la rândul său, un drept de acces la justiție, garanții procedurale și garanții substanțiale)⁵⁰. Este imposibil ca un standard atât de complex să poată fi calificat drept normă cutumiară. Asemenea standarde se pot institui, probabil, exclusiv pe bază convențională. Însă ele pot cuprinde, în interiorul lor, norme cutumiare, cum sunt, de pildă, cele în materia denegării de dreptate.

C. *Soft Law*

Soft law se referă la acte internaționale lipsite de forță juridică obligatorie, cum sunt unele tratate-cadru, care nu creează obligații propriuzise, sau rezoluții ale Adunării Generale ONU.

În contextul actelor unilaterale ale organizațiilor internaționale, discuțiile care s-au purtat în jurul conceptului de *soft law* au vizat efectele juridice ale unor acte unilaterale emise de diferite organe ale organizațiilor internaționale. Promotorii noțiunii de *soft law* încearcă să demonstreze că, deși unele acte unilaterale (rezoluții sau recomandări ale unei organizații internaționale, o declarație comună etc.) sau unele tratate (tratatele-cadru⁵¹) păstrează o ambiguitate normativă și cu toate că există controverse în legătură cu caracterul lor obligatoriu, acest fapt nu ar trebui să prejudicieze statutul juridic al normelor pe care le conțin asemenea instrumente⁵².

În limitele competențelor care le-au fost acordate prin tratatul constitutiv, organizațiile internaționale adoptă acte juridice destinate

⁵⁰ V. Muthucumaraswamy SORNARAJAH, *The International Law on Foreign Investment*: Cambridge University Press, 2004, p. 328 *et seq.*

⁵¹ Categorie numită uzual „*non-binding agreements*”.

⁵² V. Georges ABI-SAAB, „Éloge du „droit assourdi”. Quelques réflexions sur le rôle de la „soft law” en droit international contemporain”, în *Nouveaux itinéraires en droit: Hommage à François Rigaux*: Bruylant, Bruxelles, 1993, p. 59 *et seq.*

membrilor. Indiferent care ar fi denumirea lor particulară, actele unilaterale ale organizațiilor internaționale nu sunt, de regulă, izvoare de drept în sistemul internațional, ci doar izvoare de drept în sub-sistemul organizației, așadar izvoare de drepturi și de obligații pentru membrii organizației sau, în mod cu totul excepțional, pentru terți.

Problema strict juridică este aceea că o rezoluție - de pildă o rezoluție a Adunării Generale a Națiunilor Unite - nu este imputabilă statelor membre ai căror reprezentanți au contribuit, prin votul lor pozitiv, la adoptarea actului. Organul - Adunarea Generală a Națiunilor Unite - nu a fost învestit cu elaborarea unor norme juridice exterioare dreptului intern al Organizației și nu posedă, așadar, competența de a interveni, *direct* sau *indirect*, în formarea normelor de drept internațional general. În plus, reprezentanții statali delegați la organizațiile internaționale nu posedă un mandat general de reprezentare a statelor, în relațiile internaționale, ci doar un mandat limitat la scopurile fiecărei organizații. Iar în cadrul organelor din structura unei organizații, reprezentanții statali posedă un mandat limitat la competențele acelor organe. În aceste condiții, votul lor în favoarea unei rezoluții care conține recomandări, declarații sau definiții nu poate reprezenta un consimțământ valabil exprimat al statelor, capabil să conducă la crearea unor norme de drept internațional. Învestirea unui astfel de vot cu efecte cvasi-legislative este un abuz teoretic evident.

Pe de altă parte, așa cum sublinia Michel Virally,

„constatarea existenței unei reguli de drept și enunțarea conținutului său reprezintă operațiuni intelectuale pentru care un organ politic este foarte prost utilat”⁵³.

Un organ politic are preocupări și mijloace diferite de cele pe care le posedă o jurisdicție internațională sau o echipă de experți juridici independenți. Conform vocației sale un asemenea organ încearcă, înainte de toate, să atingă un rezultat satisfăcător din punct de vedere politic, ceea ce îl plasează în perspectiva lui *lex ferenda*, iar nu în cadrul lui *lex lata*.

În esență, ceea ce contează este faptul că, din punct de vedere formal (validitatea formării lor, conform teoriei consolidate a izvoarelor de drept internațional) normelor care rezultă din actele organizațiilor internaționale nu li se poate atesta calitatea de drept pozitiv, în sistemul internațional. Dreptul derivat al unei organizații internaționale poate crea obligații juridice doar în sarcina membrilor acelei organizații și, cu rare excepții, în sarcina terților.

În același context, se insistă mult pe forța probantă a consensului care însoțește anumite declarații adoptate în Adunarea Generală a Națiunilor Unite. Este adevărat că numeroase rezoluții ale Adunării Generale, care vizau materii importante, au fost adoptate fără a fi supuse la vot, prin simpla constatare a absenței oricăror obiecții formale. Însă autorii care acordă rezoluțiilor Adunării Generale o atenție disproporționată (uneori chiar invers proporțională) în raport cu relevanța lor juridică, omit să indice originea tehnicii de adoptare a actelor prin consens, în Adunarea Generală a Națiunilor Unite. Originea acestei tehnici a consensului este fixată la începutul anilor '60, atunci când Adunarea Națiunilor Unite a fost paralizată, prin aplicarea Articolului 19 din Cartă. În 1964, zece membri ai Organizației (printre care

⁵³ Michel VIRALLY, „A propos de la lex ferenda”, în *Mélanges offerts à Paul Reuter: le droit international, unité et diversité*, cit. supra n. 16, p. 525.

Franța și URSS) au intrat în câmpul de aplicare a acestei norme, conform căreia, întârzierea voluntară la plata contribuției pentru cheltuielile ONU (atunci când arieratele depășesc un anumit nivel) atrage suspendarea dreptului de vot în Adunarea Generală. S-a născut un diferend, care ținea de modul de aplicare a Articolului 19 și care a fost închis printr-un compromis politic: renunțarea la vot, în favoarea consensului.

Este perfect adevărat că, prin consens, se poate crea un drept cutumiar special, pentru uzul intern al Organizației, însă aceste norme nu pot depăși frontiera sub-sistemului juridic al Organizației. De aici și până la atribuirea consensului din Adunarea Generală (o simplă tehnică de compromis, utilizată într-o materie de interes mediu pentru statele membre) valoare de *opinio juris*, cu vocația de a crea drept internațional de aplicabilitate generală, este o distanță prea mare⁵⁴. Uneori, consensul este expresia pură a lipsei de interes a unor membri față de un anumit subiect (prin absența mizelor politice reale). Or, un astfel de consens nu se poate metamorfoza în expresia acceptării unui nou mod de formare a dreptului internațional, prin forța principiului democratic al majorității. Confuzia întreținută aici prin raportările la dreptul intern este prea evidentă. În al doilea rând, convingerile juridice ale organelor organizațiilor internaționale sunt relevante strict în câmpul competențelor normative care le-au fost atribuite prin tratatele constitutive sau care rezultă din practica lor subsecventă *acceptată de ansamblul membrilor*.

Un alt dispozitiv de atac al „revizioniștilor” în dreptul internațional îl constituie presupusa *dezvoltare progresivă a dreptului* prin multiplicarea acordurilor internaționale din domenii de mare interes, cum sunt dreptul

⁵⁴ v. Eric SUY, „Rôle et significations du consensus dans le processus législatif des Nations Unies”, în *Multilateral Diplomacy/La Diplomatie multilatérale* (Marcel André BOISARD, Michel E. CHOSSUDOVSKY, ed.): Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, 1998, p. 205 *et seq.*

economic sau dreptul internațional al mediului. Totuși, convențiile din aceste domenii nu depășesc, decât rareori, limitele tratatelor-cadru sau ale unor ansambluri de declarații politice⁵⁵. Maniera de reglementare privilegiază „obligațiile vagi de comportament”⁵⁶: fie se asumă angajamente generale de cooperare, la nivelul de *best efforts*, fie statele se angajează „să examineze cu atenție”, „să ia toate măsurile utile în vederea...”, „să acționeze cât de rapid posibil pentru...” etc.

Acest tip de *norme „programatorii”* nu atinge niciodată un *prag juridic*. Prin prag juridic se înțelege limita dincolo de care o normă devine justițiabilă, adică poate constitui baza juridică autonomă sau temeiul juridic autonom al unei sentințe internaționale. Convențiile care reprezintă suportul unor asemenea norme au fost plasate de doctrină în categoria *non binding agreements*.

S-a mai susținut că proiectele de articole elaborate în diverse materii de Comisia de Drept Internațional ar instaura *opinio juris*, prin calificarea unor acțiuni sau prin enunțul unor idei generale, ceea ce ar genera o dezvoltare progresivă a dreptului cutumiar⁵⁷. Or, formarea unei cutume valide

⁵⁵ V.: în sens contrar, Adrian NĂSTASE, *Drept internațional economic*, vol. II: Monitorul Oficial, București, 1996, în special p. 22 *et seq.*

⁵⁶ V.: Prosper WEIL, *Le droit international en quête de son identité: Recueil des cours de l'Académie de droit international*, tome 237/1992, p. 217.

⁵⁷ Alain Pellet - după ce afirmă că „obligația nu este singura manifestare a normei juridice” - susține că *soft law* exercită o influență „asupra comportamentelor, care nu este una neglijabilă”. Probabil că influența există, însă *soft law* rămâne strict o normă de *lege ferenda*, până când practica statelor nu confirmă o presupusă influență. Analiza prospectivă, în legătură cu „ce ar putea face, în viitor, statele”, nu are relevanță în dreptul cutumiar. Relevanță are doar *analiza retrospectivă*, adică „ce și cum au făcut statele”, și dacă putem stabili, plecând de la „ce și cum au făcut”, existența lui *consuetudo*; v. Alain PELLET, „La Commission du droit international. Pour quoi faire?”, în *Boutros Boutros-Ghali Amicorum Discipulorumque Liber: paix, développement, démocratie*, Bruylant Bruxelles, 1998, pp. 607-608.

juridic pretinde ca *opinio juris* să poată fi atribuit în mod direct statelor. A afirma altceva înseamnă să atribui doctrinei un rol principal în formarea dreptului, iar nu un rol subsidiar în determinarea normelor juridice⁵⁸.

Promovarea *soft law-lui* pleacă de la iluzia că dreptul internațional s-ar putea dezvolta în contracurent cu structura politică a sistemului internațional (fixată juridic prin Carta ONU) și indiferent de constrângerile structurale ale acestuia din urmă. Se uită prea ușor că sistemul politic internațional, la fel ca cvasi-ordinea juridică pe care a pus-o în operă, sunt, prin excelență, statice. Securitatea internațională și respectul suveranității (scopurile primare ale ONU) pretind, în mod clar, *status-quo-ul*. Desigur, static nu înseamnă imuabil, însă caracterul static al sistemului impune o rezervă rezonabilă în legătură cu posibilitatea unei formări accelerate de norme internaționale generale, prin derogare de la normele de recunoaștere ale validității producției normative, de la Articolul 38 § 1 (literele a, b, și c), din Statutul Curții Internaționale de Justiție⁵⁹.

⁵⁸ În legătură cu angajamentul internaționaliștilor în favoarea unei dezvoltări a dreptului internațional care să limiteze „cinismul” statelor, v. Martti KOSKENNIEMI, „Between Commitment and Cynicism: Outline for a Theory of International Law as Practice”, in *Collection of Essays by Legal Advisers of States, Legal Advisers of International Organisations and Practitioners in the Field of International Law*: United Nations, New York, 1999, pp. 495-523.

⁵⁹ v. Jean SALMON, „Changements et droit international public”, in *Nouveaux itinéraires en droit: Hommage à François Rigaux*: Bruylant, Bruxelles, 1993, p. 427 *et seq.*; acesta este un articol de sinteză care consideră *soft law* un motor al transformărilor în dreptul internațional și care susține puncte de vedere contrare celor pe care le exprimă prezentul studiu. În legătură cu extinderea conceptului, la instituții, v.: Massimo PANEBIANCO, „Il G7 e il soft law istituzionale”, în *Divenire sociale e adeguamento del diritto: studi in onore di Francesco Copotorti*: Giuffrè, Milano, 1999, p. 345 *et seq.*

Concluzii

În esență, acțiunea de „îmbogățire a dreptului internațional” cu noi izvoare de drept este o acțiune politică. Atunci când ea a fost susținută de judecătorii Curții Internaționale de Justiție, s-au produs consecințe, pe cât de previzibile, pe atât de indezirabile, în principal, scăderea dramatică a credibilității acestei instituții importante. De pildă, în 1986, în cauza *Activități militare și paramilitare în Nicaragua și împotriva acesteia*, când majoritatea judecătorilor Curții Internaționale de Justiție a decis să „revoluționeze” materia izvoarelor de drept internațional, Statele Unite și-au retras declarația de acceptare a clauzei facultative și au ales să se situeze, pe viitor, în afara jurisdicției obligatorii a Curții⁶⁰.

Pericolul unui astfel de angajament este acela că, plecând de la ideea unei contribuții la evoluția dreptului, adaptată necesităților internaționale, se produce de fapt o erodare și o delegitimare a dreptului pozitiv.

În drept, rigiditatea este adesea o virtute care susține securitatea juridică. În dreptul internațional, limitarea izvoarelor de drept este rigidă pentru că este o materie constituțională a sistemului, iar materiile constituționale sunt reputeate prin stabilitatea lor (eventual rigidă). Și nu este vorba despre o rigiditate mai mare decât în sistemele de *common law*, cu care dreptul internațional este comparabil. Extinderea izvoarelor de drept, prin admiterea unor categorii flexibile, nu conduce la ameliorarea sistemului, ci la creșterea impredictibilității normative și, implicit, la scăderea dramatică a securității juridice.

⁶⁰ Un pasaj elocvent pentru acest tip de abordare, din celebra sentință privind forța juridică a rezoluțiilor Adunării Generale a ONU, este, probabil, acesta: „Efectul unui consimțământ față de textul unei asemenea rezoluții [...] poate [...] fi interpretat ca o aderare la valoarea regulii sau a seriei de reguli declarate de rezoluție”. Curtea omite să precizeze care este baza juridică a acestei posibile interpretări.

Natura constituțională a Articolului 38 asigură opozabilitatea *erga omnes* a acestui text normativ și, în plus, imprimă normelor sale generale de recunoaștere un caracter static, specific normelor constituționale. De altfel, dacă avem în vedere imposibilitatea *de facto* a revizuirii Cartei ONU, norma de recunoaștere de la Articolul 38 se dovedește a fi cvasi-imuabilă în sistemul actual al dreptului internațional. Este un obstacol care rămâne o permanentă provocare, pentru doctrina revizionistă.