

Revue Générale de Droit International Public

DIRECTEURS

Charles ROUSSEAU

PROFESSEUR HONORAIRE
A LA FACULTÉ DE DROIT
DE PARIS,
MEMBRE DE L'INSTITUT DE DROIT
INTERNATIONAL

Michel VIRALLY

PROFESSEUR A L'UNIVERSITÉ DE DROIT,
D'ÉCONOMIE ET DE SCIENCES SOCIALES
DE PARIS,
MEMBRE DE L'INSTITUT DE DROIT
INTERNATIONAL

SECRÉTAIRE DE LA RÉDACTION

Charles VALLÉE

PROFESSEUR A L'UNIVERSITÉ DE ROUEN

TOME LXXXVI - 1982

Revue publiée avec le concours du C.N.R.S.

PARIS

EDITIONS A. PEDONE

Librairie de la Cour d'Appel et de l'Ordre des Avocats
13, Rue Soufflot, 13

Droits de reproduction et de traduction réservés

UNIVERSITÉ PARIS X NANTERRE
BIBLIOTHÈQUE 67731
U.E.R. Sciences Juridiques

VERS UNE NORMATIVITÉ RELATIVE EN DROIT INTERNATIONAL ?

par

Prosper WEIL

Professeur à l'Université de Droit, d'Economie et de Sciences sociales
de Paris

SOMMAIRE

- I. — LE DROIT INTERNATIONAL MALADE DE SES NORMES.
 - II. — UNE NORMATIVITÉ GRADUÉE.
 - III. — UNE NORMATIVITÉ DILUÉE.
 - IV. — CONCLUSION.
-

1. — Les observations qui suivent ont pour objet de s'interroger — en les grossissant donc, inévitablement, pour les besoins de la cause — sur les risques que peuvent présenter, pour l'avenir du droit international en tant que système normatif appelé à remplir certaines fonctions, des évolutions récentes qu'on étudie généralement sous d'autres angles : théorie du *jus cogens*, distinction des crimes et délits internationaux, concept de règle de droit international général, notion d'obligation *erga omnes*.

I

LE DROIT INTERNATIONAL MALADE DE SES NORMES

2. — Sans entrer dans des controverses théoriques, on peut tenir pour acquis que « le droit international public est l'ensemble des normes juridiques qui règlent les relations internationales » (1). Le droit international se définit ainsi tout à la fois par sa nature et par ses fonctions. Par sa nature, en ce sens qu'il constitue un « ensemble de normes juridiques » qui dictent à ses sujets ce qu'ils doivent faire (normes prescriptives), ce qu'ils ne doivent pas faire (normes prohibitives), ce qu'ils peuvent faire (normes permissives) et qui sont pour eux source de droits et d'obligations juridiques. Par ses fonctions, en ce sens qu'il a pour finalité de « régler les relations internationales ». Le droit international constitue donc tout à la fois un « ordre normatif » et un « facteur d'organisation sociale » (2). L'interdépendance de ces deux facteurs est manifeste. Non seulement c'est pour remplir certaines fonctions que le droit international s'est constitué en système normatif, mais c'est dans la mesure seulement où il constitue un système normatif de qualité qu'il est apte à remplir ses fonctions : c'est dire que de la qualité des normes qui le composent va dépendre, dans une large

(1) P. Guggenheim, *Traité de droit international public*, Genève, Georg, t. I, 2^e éd., 1967, p. 1.

(2) Ch. Rousseau, *Droit international public*, Paris, Sirey, t. I, 1971, pp. 25-26.

mesure, la capacité de l'ordre juridique international à atteindre les objectifs en vue desquels il a été constitué. Rien de ce qui touche à la norme internationale ne saurait donc laisser indifférent, car sans normes de bonne qualité le droit international ne serait plus qu'un outil défectueux, mal approprié à ses fonctions.

LES FAIBLESSES STRUCTURELLES

3. — Il n'est que trop certain, nul ne l'ignore, que, du fait de la structure rudimentaire de la société qu'il est appelé à régir, le droit international n'a jamais cessé d'être malade de ses normes — à tel point que certains en ont été réduits à mettre en doute sa normativité même, c'est-à-dire sa juridicité, et que tous s'accordent à tout le moins pour souligner son caractère « primitif » et « imparfait ». D'abord, bien sûr, en raison, sinon de l'absence, du moins de la criante insuffisance des mécanismes de sanction. Mais aussi en raison de la qualité médiocre du contenu de bien des normes : sur certains points le droit international ne comporte tout simplement aucune norme et présente donc des « lacunes » ; sur d'autres le contenu de la règle reste trop controversé pour régir utilement la conduite des Etats ; sur d'autres encore la norme demeure au niveau de standards généraux abstraits auxquels seul le « développement », forcément assez lent, du droit international peut conférer un contenu concret et une signification précise.

4. — Depuis quelque temps la doctrine se plaît à constater une autre imperfection affectant le contenu des normes internationales : à côté d'une *hard law*, constituée par des normes créatrices de droits et d'obligations juridiques précis, le système normatif du droit international comporte, relève-t-on, de plus en plus de normes dont la substance est tellement vague, tellement peu contraignante que l'obligation de l'un et le droit de l'autre en deviennent presque insaisissables. De ce droit « fragile » et « faible », que l'on qualifie parfois de *soft law*, les exemples ne manquent pas (3) : le Traité de Moscou de 1963 interdisant certains essais d'armes nucléaires, dont une clause prévoit que « dans l'exercice de sa souveraineté nationale, chaque Partie a le droit de se retirer du Traité

(3) Voir R.R. Baxter, « International Law in "Her Infinite Variety", *I.C.L.Q.*, 1980, pp. 549 ss.

si elle estime que des événements exceptionnels, relatifs à la matière faisant l'objet du traité, mettent en péril son intérêt national suprême » ; les dispositions conventionnelles nombreuses par lesquelles les Parties s'engagent seulement à se consulter, à ouvrir des négociations, à régler certains problèmes par des accords ultérieurs ; les dispositions de caractère purement incitatif ou d'encouragement par lesquelles les Parties s'engagent à « chercher à », à « faire des efforts pour », à « promouvoir », à « éviter », à « examiner avec compréhension », à « agir aussi rapidement que possible », à « prendre toutes mesures utiles en vue de », etc. Particulièrement fréquentes en matière économique (4), ces normes « précaires » se rencontrent également dans le domaine politique : à preuve, outre la disposition précitée du Traité de Moscou, le récent avis consultatif de la Cour qui énonce, parmi les « principes et règles juridiques » régissant les relations entre une organisation internationale et l'Etat hôte, des « obligations de coopération » et de « consultation de bonne foi » (5).

Le fait qu'une règle soit *soft* ou *hard* n'affecte certes en rien son caractère normatif : une règle conventionnelle ou coutumière peut être peu contraignante, *soft* : elle ne cessera pas pour autant, les exemples que l'on vient de citer le montrent, d'être une norme juridique ; à l'inverse, une disposition non normative aura beau avoir un contenu bien déterminé — que l'on pense, par exemple, à certaines clauses de l'Acte final d'Helsinki ou de la Charte des droits et devoirs économiques des Etats —, elle n'en deviendra pas pour autant une norme juridique (6). Il n'en demeure pas

(4) P. Weil, « Le droit international économique : mythe ou réalité ? », *Aspects du droit international économique*, Paris, Pedone, 1972, pp. 1 ss.

(5) *Interprétation de l'accord du 25 mars 1951 entre l'O.M.S. et l'Egypte*, C.I.J., Recueil 1951, p. 95.

(6) Le terme de *soft law* n'est pas utilisé seulement pour exprimer le caractère peu contraignant d'une norme juridique, il l'est aussi parfois pour évoquer la valeur pré-juridique de certains actes non normatifs, telles certaines résolutions des organisations internationales, l'Acte final d'Helsinki ou la Déclaration de Stockholm sur l'environnement (outre l'étude précitée de R.R. Baxter, *supra*, n. 3, voir : *La protection de l'environnement et le droit international*, Colloque de 1973 de l'Académie de droit international, Leyde, Sijthoff, 1975, en particulier les interventions de L.F.E. Goldie, pp. 513 et 530, J. Castañeda, pp. 534-534, R.J. Dupuy, pp. 623 ss., et G. Arangio-Ruiz, pp. 540 ss. ; R.J. Dupuy, « Droit déclaratoire et droit programmatoire : de la coutume sauvage à la *soft law* », *L'élaboration du droit international public*, Paris, Pedone, 1975, pp. 132 ss.). Mieux vaut, semble-t-il, réserver l'appellation de *soft law* aux règles peu contraignantes, car les obligations pré-juridiques ne sont ni de la *soft law* ni de la *hard law* : elles ne sont tout simplement pas *law* du tout. On peut certes estimer qu'une disposition peu contraignante laisse

moins que la multiplication de normes *soft*, de ce droit que d'autres appellent aussi « incitatif » ou « programmatoire », est un symptôme de faiblesse du système normatif international : tout comme l'insuffisance des mécanismes de sanction ou les lacunes du droit international, elle est due à la structure relâchée de la société internationale.

LES FAIBLESSES CONCEPTUELLES

5. — A côté de ces faiblesses dues à la structure même de la société internationale — et auxquelles il n'est pas au pouvoir des juristes de porter remède — le système normatif international souffre également de déficiences imputables davantage à un certain laxisme dans l'appréhension intellectuelle. L'une est bien connue, et l'on ne s'y arrêtera pas longuement : c'est le manque de rigueur avec lequel on aborde trop souvent aujourd'hui la distinction entre ce qui n'est pas normatif et ce qui l'est. L'autre est plus récente, et c'est elle qui retiendra l'attention ici : c'est la conception d'une normativité variable à laquelle conduisent certaines théories actuellement en voie d'élaboration.

L'effacement du seuil de normativité

6. — La variété des actes accomplis par les sujets de droit international est telle que le juriste a du mal à déterminer ce que l'on pourrait appeler le seuil de normativité, c'est-à-dire le point de passage du non-juridique au juridique, de ce qui n'est pas la norme à ce qui est la norme. A quel moment le *non-binding agreement* devient-il un accord international, la promesse un acte juridique unilatéral, le fait une coutume ? Ce problème du passage du non droit au droit se retrouve à vrai dire dans tous les systèmes juridiques, notamment sous la forme de la distinction entre l'obligation morale et l'obligation juridique. La multiplicité des formes d'action secrétées par les besoins de la vie internationale l'a cependant rendu plus aigu ici que partout ailleurs, puisque

présumer une intention d'éviter l'engagement juridique. Il n'en reste pas moins que les deux aspects sont fondamentalement distincts : il est des normes juridiques peu contraignantes ; il est aussi des dispositions précises qui demeurent au stade pré ou sub-normatif. Parler de *soft law* et de *hard law* à propos de ces deux aspects indifféremment est une source de confusion.

aussi bien les effets des actes normatifs et ceux des actes pré-normatifs ne sont pas aussi différenciés dans l'ordre international que dans les ordres étatiques. Si les actes pré-normatifs ne créent pas de droits et d'obligations susceptibles d'être invoqués devant le juge ou l'arbitre international et si leur violation ne peut engager la responsabilité internationale, ils créent des expectatives et exercent sur la conduite des Etats une influence qui peut dans certains cas être plus grande que celle exercée par des règles conventionnelles ou coutumières. A l'inverse, la sanction de la violation d'une obligation juridique est parfois moins effective que celle d'une obligation purement morale ou politique (7).

Ce sont, bien sûr, les résolutions des organisations internationales qui constituent le domaine d'élection de cette approche. Longtemps considérée comme dominant la matière, la distinction entre les décisions, créatrices de droits et d'obligations juridiques, et les recommandations, non créatrices d'« obligation juridique de passer à exécution » (8), se trouve aujourd'hui rejetée par certains au profit d'une conception plus souple : sans pour autant atteindre le seuil de normativité, certaines résolutions, dit-on fréquemment, possèdent néanmoins une « certaine valeur juridique », variable d'une résolution à l'autre, voire même d'une disposition à l'autre d'une même résolution. Désormais, explique-t-on, il n'existe plus de « critères juridiques clairs, tangibles, qui délimitent avec précision les zones que marque le caractère obligatoire » ; il n'y a plus que des « situations estompées, intermédiaires, transitionnelles », des « états de gestation inachevée » ; si les résolutions n'atteignent pas à la plénitude de la normativité, elles constituent néanmoins des « normes embryonnaires ou en gestation », des « règles quasi-juridiques » (9). Bref, le problème de la valeur normative des actes

(7) Pour des études récentes de ce problème, voir notamment, outre l'étude précitée de R.R. Baxter (*supra*, n. 3), O. Schachter, « The Twilight Existence of Non-Binding Agreements », *A.J.I.L.*, 1977, pp. 296 ss. ; M. Bothe, « Legal and Non-Legal Norms : a Meaningful Distinction in International Relations ? », *Nederlands Yearbook of International Law*, 1980, pp. 65 ss. — La question de « La distinction entre textes internationaux de portée juridique et textes internationaux dépourvus de portée juridique (à l'exception des textes émanant des organisations internationales) » est actuellement à l'examen de l'Institut de droit international (rapporteur : M. Virally).

(8) Op. indiv. Lauterpacht dans *Sud-Ouest africain, Procédure de vote*, C.I.J., *Recueil* 1955, p. 115.

(9) Ces expressions — que l'on retrouve, avec des variantes, sous la plume de nombreux auteurs contemporains — sont empruntées à J. Castañeda, « La valeur juridique des résolutions des Nations Unies », *R.C.A.D.I.*, 1970-I, t. 129, p. 320.

des organisations internationales ne reçoit plus de réponse par oui ou par non ; il s'agit désormais d'une question de degré (10).

7. — Que l'on soit en présence d'un phénomène pathologique de la normativité internationale, cela semble difficilement discutable.

D'abord, parce que le contenu concret de cette normativité partielle ou atténuée que l'on prête à certains actes échappe à tout entendement. On a beau parler à nouveau — mais dans un autre sens cette fois (11) — de *soft law*, pour évoquer l'image d'une règle qui n'aurait pas mûri suffisamment pour accéder au niveau d'une normativité à part entière : on n'est pas plus avancé pour autant. Tentant de cerner le problème de plus près, certains auteurs ont avancé l'idée d'une valeur « permissive » ou « abrogatoire » : sans créer d'obligation, la résolution constituerait à tout le moins un titre, tant et si bien qu'un Etat qui s'y conformerait ne commettrait pas d'acte internationalement illicite ; sans avoir le pouvoir de créer des normes nouvelles, la résolution aurait au moins celui d'abroger les normes existantes, laissant ainsi les Etats libres de ne plus respecter celles-ci (12). C'est là, à vrai dire, jouer sur les mots. Une norme permissive est une norme comme une autre, et seule une norme peut abroger une autre norme : accorder à certaines résolutions une valeur permissive ou abrogatoire c'est, sans le dire, leur reconnaître une valeur normative pleine et entière.

Ensuite, parce que cette approche repose sur une confusion. Que certaines résolutions préparent, ou même accélèrent, l'abrogation de normes existantes ou la formation de normes nouvelles, nul ne songera à le nier — et l'on comprend que les Etats qui ne désirent pas modifier le droit existant s'opposent à l'adoption

(10) Cf. sentence arbitrale *Texaco-Calasiatic c. Libye* : « Le refus de reconnaître toute valeur juridique aux résolutions des Nations Unies doit être... nuancé en fonction des différents textes émis par l'Organisation. Ceux-ci sont très divers et sont affectés d'une valeur juridique inégale... S'il est désormais possible de reconnaître une certaine valeur juridique à des résolutions..., cette valeur juridique ... est variable » (*J.D.I.*, 1977, p. 376, paragr. 83, et p. 378, paragr. 86).

(11) Voir *supra*, n. 6.

(12) R.J. Dupuy, *Droit déclaratoire...* (*supra*, n. 6), pp. 146-147. Voir également Nguyen Quoc Dinh, P. Daillier et A. Pellet, *Droit international public*, Paris, L.G.D.J., 2^e éd., 1980, p. 338 ; A. Pellet, *Le droit du développement*, Paris, P.U.F., 1978, p. 63. — Une autre analyse a été proposée par le juge Lauterpacht : les Etats auraient l'obligation d'examiner les résolutions de bonne foi et, s'ils décident de ne pas en tenir compte, de donner les raisons de leur décision (op. indiv. précitée, *supra*, n. 8, p. 119).

de telles résolutions ou y apportent des réserves, exactement comme l'on s'opposerait au vote d'une résolution ou d'un vœu d'une société savante dans l'espoir d'entraver ou de retarder une évolution que l'on voudrait empêcher de se réaliser. Expression sociologique et politique de tendances, d'intentions, de souhaits, les résolutions peuvent constituer une *étape* importante dans le processus d'élaboration des normes internationales ; en elles-mêmes elles ne constituent pas cependant la *source* formelle de normes nouvelles. Le juriste ne saurait certes s'en désintéresser pour autant ; mais de là à les intégrer dans le système normatif sous le couvert d'une échelle de normativité il y a un pas que l'on ne saurait franchir sans nier la spécificité du phénomène juridique. Contrairement au législateur national, les organisations internationales, si elles peuvent définir le « droit désiré », n'ont pas le pouvoir — qui serait proprement législatif — de le transformer elles-mêmes en « droit établi » ; prêter aux résolutions une valeur normative revient, en définitive, à nier la distinction entre *lex lata* et *lex ferenda* (13). Aussi ne saurait-on mettre sur le même pied, au sein d'un « droit du développement » ou d'un « droit de l'environnement », des règles conventionnelles et coutumières, d'une part, des résolutions non normatives, de l'autre. Pas davantage n'est-il justifié de considérer que des résolutions non normatives pourraient, à force d'être répétées, se muer grâce à une espèce d'effet incantatoire en droit positif : pas plus qu'avec trois fois rien on ne fait quelque chose, l'accumulation de non-droit ou de pré-droit ne suffit à elle seule à créer du droit.

Enfin, parce que, si elle est niée par une partie de la doctrine, la différence entre norme et non-norme continue à être clairement perçue par les Etats : sinon, comment expliquer les efforts déployés par des Etats pour faire admettre que telle résolution, acte final de conférence ou déclaration ne les lie pas juridiquement ? En souscrivant à de tels instruments (ou en ne s'y opposant pas), les Gouvernements n'ont ni le sentiment ni la volonté de s'engager *en droit* : « *they don't mean it* », a-t-on dit (13 bis).

(13) M. Virally, « A propos de la *lex ferenda* », *Mélanges Reuter*, Paris, Pedone, 1981, pp. 519 ss.

(13 bis) G. Arangio-Ruiz, « The Normative Role of the General Assembly of the United Nations and the Declaration of Principles of Friendly Relations », *R.C.A.D.I.*, 1972-III, t. 137, p. 431. Voir aussi S. Schwebel, « The Effect of Resolutions of the U.N. General Assembly on Customary International Law », *American Society of International Law Proceedings*, 1979, pp. 301 ss., notamment p. 302.

8. — Qu'il ne soit pas toujours facile de tracer la frontière entre le pré-juridique et le juridique, nul n'en disconvient. C'est là un problème que l'on rencontre chaque fois que le droit recourt à la technique du seuil : entre le raisonnable et le non-raisonnable, l'équitable et le non équitable, l'essentiel et le non essentiel, ce qui est *appurtenant* et ce qui ne l'est pas (13 *ter*). « *I know it when I see it* » : la célèbre formule d'un membre de la Cour suprême des Etats-Unis illustre bien cette difficulté. Il n'en demeure pas moins que le seuil existe : en aval de la frontière naît une obligation juridique dont il peut être fait état devant un juge ou un arbitre et dont la méconnaissance constitue un acte internationalement illicite générateur de responsabilité internationale ; en amont il n'y a rien de tel.

La normativité variable

9. — Comme s'il ne suffisait pas que la norme internationale devienne introuvable — ou, plutôt, qu'on la trouve partout sans plus pouvoir la situer avec précision nulle part — voici que depuis quelques années se dessine une évolution qui en affecte la substance même. Toutes les normes sont concernées, les *hard* comme les *soft*. Il ne s'agit plus, cette fois, de déterminer où commence et où finit la norme juridique ; c'est la nature même du système normatif international qui est à présent en cause et, du même coup, les fonctions en vue desquelles il a été créé et qui constituent sa raison d'être.

10. — Pour saisir l'ampleur du problème, il n'est pas inutile de rappeler brièvement, fût-ce au prix de banalités, en quoi consiste cette fonction d'« organisation sociale » du droit international à laquelle on a fait allusion plus haut. En un mot, le droit international, pour quoi faire ?

Nul n'ignore que c'est dans des circonstances historiques particulières qu'est né le droit international tel que nous le connaissons aujourd'hui. L'effondrement, il y a quelques siècles, en Europe occidentale, de toute autorité supérieure, Pape ou Empereur, a fait apparaître une juxtaposition d'entités étatiques diverses qui se voulaient égales l'une à l'autre et aussi souveraines l'une que l'autre. De là ce caractère horizontal de la société internationale, cette décentralisation du pouvoir politique, que tous les auteurs se

(13 *ter*) Cf. Trib. administratif de la Banque mondiale, Jugement n° 1, de Mérode (1981), paragr. 43.

sont attachés à souligner. L'émergence de règles de droit destinées à tempérer cet état d'« an-archie », au sens propre du mot, se fit sous l'empire d'une double nécessité : permettre à ces Etats hétérogènes et égaux de vivre côte à côte autrement que dans un climat de violence permanente, et pour cela établir entre elles des relations pacifiques et ordonnées ; satisfaire aux intérêts communs qui ne tardèrent pas à se faire jour par-delà la diversité des Etats. Telles sont les deux racines du droit international, telles sont aussi dès l'origine ses deux fonctions essentielles : d'une part, être un réducteur d'anarchie grâce à l'élaboration de normes de conduite permettant d'établir entre les Etats souverains et égaux des relations ordonnées — le droit international, dira plus tard Max Huber dans une formule célèbre, « a pour objet d'assurer la coexistence d'intérêts divers dignes de protection égale » (14) ; d'autre part, satisfaire aux buts communs des membres de la société internationale. Coexistence et but communs : cette double fonction du droit international classique trouvera son expression dans le *dictum* du *Lotus* :

« Le droit international régit les rapports entre des Etats indépendants... en vue de régler la coexistence de ces communautés indépendantes ou en vue de la poursuite de buts communs. » (15).

En dépit des transformations profondes qui ont affecté la société internationale, surtout depuis la fin de la seconde guerre mondiale, les fonctions du droit international sont restées ce qu'elles sont depuis ses débuts, et rien ne serait plus erroné que d'opposer à cet égard un droit international « moderne » ou « contemporain » à un droit international « classique ».

Plus que jamais, en effet, la société internationale reste fondamentalement une société de juxtaposition, fondée sur l'« égalité souveraine des Etats », dont la Déclaration de 1970 relative aux « Principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats conformément à la Charte des Nations Unies » — expression significative, s'il en est, du droit international « moderne » — souligne l'« importance fondamentale ». Mais, s'ils demeurent égaux, les Etats demeurent aussi, plus que jamais, différents les uns des autres, que ce soit par la

(14) *Ile de Palmas*, R.S.A., t. II, p. 870 (« International law, like law in general, has the object of assuring the coexistence of different interests which are worthy of legal protection »). — Cf. D. Anzilotti, *Cours de droit international*, trad. G. Gidel, Paris, Sirey, 1929, p. 43).

(15) C.P.J.I., Série A, n° 10, p. 18.

taille, le système politique ou économique, l'idéologie ou le niveau de développement. L'hétérogénéité des composantes de la société internationale n'est d'ailleurs plus seulement un fait ; le droit à la différence est proclamé comme l'un des attributs inhérents à la notion même de souveraineté (16).

C'est dire que, dans cette société internationale rendue plus diverse que jamais par l'émergence d'une centaine d'Etats nouveaux, la double fonction traditionnelle du droit international s'avère plus impérieuse que jamais. La Déclaration de 1970 est révélatrice de cette continuité entre les fonctions du droit international « classique » et celles du droit international « nouveau » (17). Aujourd'hui comme hier ce sont les concepts-clés de « relations (devenues « amicales ») et de coexistence » (devenue « pacifique »), d'une part, de « buts communs » (devenus « coopération »), d'autre part, qui définissent les fonctions du droit international en tant qu'instrument de régulation d'une société pluraliste et hétérogène. L'affaire du *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran* a permis à la Cour internationale de mettre en lumière avec une vigueur particulière la permanence de cette dialectique traditionnelle entre la différence, d'un côté, les relations et la coopération, de l'autre : les termes employés par la Cour internationale en 1979 et 1980 constituent un écho significatif aux formules de la Cour permanente (18).

(16) « Chaque Etat a le droit de choisir et de développer librement son système politique, économique et culturel » (Déclaration de 1970). Cf. l'art. 1^{er} des deux Pactes des droits de l'homme de 1966.

(17) « Il est important de développer les *relations* amicales entre les nations indépendamment des *différences* de leurs systèmes politiques, économiques et sociaux et de leurs niveaux de développement... Les Etats ont le devoir de *coopérer* les uns avec les autres quelles que soient les *différences* existant entre leurs systèmes politiques, économiques et sociaux ». L'intitulé de la Déclaration est lui-même axé autour des concepts de « relations » et de « coopération ».

(18) Les règles relatives à l'institution diplomatique, dit la Cour, se sont révélées « indispensables au maintien de *relations* pacifiques entre Etats » et ont été acceptées « dans le monde entier par des nations de toutes croyances, cultures et appartenances politiques ». L'institution diplomatique « s'est avérée comme un instrument essentiel de *coopération*... qui permet aux Etats, notwithstanding les *différences* de leurs systèmes constitutionnels et sociaux, de parvenir à la compréhension mutuelle... ». Les obligations ainsi imposées aux Etats « sont d'une importance capitale pour le maintien de bonnes *relations* dans le monde interdépendant d'aujourd'hui... pour la sécurité et le bien-être d'une communauté internationale... qui a *plus que jamais* besoin du respect... des règles présidant au *développement ordonné des relations* entre ses membres » (C.I.J., *Recueil* 1979, p. 19, et 1980, pp. 24, 42, 43).

11. — Si les fonctions du droit international n'ont pas changé, les caractères essentiels qu'il s'est donnés au cours des siècles afin de pouvoir les remplir doivent dès lors être sauvegardés dans le droit international d'aujourd'hui.

Le volontarisme, d'abord, exprimé par le passage célèbre du *Lotus* : « Les règles de droit liant les Etats procèdent de la volonté de ceux-ci » (19). Ce qui signifie que les Etats sont en même temps les créateurs et les destinataires des normes et qu'il ne saurait être question, aujourd'hui pas plus qu'hier, d'une « démocratie internationale » dans laquelle une majorité ou une fraction représentative d'Etats serait censée s'exprimer au nom de tous et pourrait à ce titre imposer sa volonté aux autres Etats. Il ne saurait donc y avoir, dans la société internationale d'aujourd'hui pas plus que dans celle d'hier, de pouvoir législatif attribué à certains Etats à l'égard des autres. Sans volontarisme, le droit international ne remplirait plus ses fonctions.

Il ne les remplirait pas non plus sans neutralité idéologique. Voilà plusieurs siècles qu'il est apparu indispensable à la fonction pacificatrice du système normatif international qu'il se détache de ses sources religieuses, qu'il se sécularise en quelque sorte : la laïcité est le garant de la coexistence pacifique dans une société pluraliste. Vattel signalait déjà que « les peuples traitent ensemble en qualité d'hommes, et non en qualité de chrétiens ou de musulmans » (20). Plus près de nous, Paul Guggenheim a fortement mis en lumière qu'en raison même de la diversité des conceptions morales et religieuses « le droit des gens positif est fatalement un droit sécularisé, laïque, indifférent à l'égard des doctrines religieuses » (21). La neutralité idéologique n'est pas moins indispensable à la fonction régulatrice du droit international que sa neutralité religieuse il y a plusieurs siècles. Sans elle on retrouverait cette domination de certains, négatrice des fondements mêmes de l'ordre international.

Troisième trait enfin, corollaire des précédents : le positivisme (21 bis). Nul ne peut certes ignorer que ni le fondement ni la

(19) *Supra*, n. 15.

(20) Livre II, chap. XII, paragr. 162 (cité par K. Marek, « Criminalizing State Responsibility », *R.B.D.J.*, 1978-1979, p. 484).

(21) P. Guggenheim, « Principes de droit international public », *R.C.A.D.I.*, 1952-I, t. 80, pp. 32-33.

(21 bis) Par « positivisme » on évoque ici l'approche du droit international qui tend à considérer celui-ci comme l'ensemble des normes de « droit positif » — ce terme étant pris comme synonyme de « droit en vigueur », de *lex lata* —

justification dernière du droit international ne se trouvent à l'intérieur du système de normes lui-même. Il n'en est pas moins apparu nécessaire à la plupart des juristes d'appréhender ce système normatif comme un monde clos, se suffisant à lui-même, et de faire abstraction de ses fondements métaphysiques ou religieux. Sans cette approche positiviste, la neutralité du droit international, essentielle à sa fonction coordinatrice entre entités égales et hétérogènes, courrait, aujourd'hui tout autant qu'hier, les plus grands dangers.

12. — Ce sont ces caractères essentiels du droit international que des évolutions récentes menacent de remettre en question : du même coup ce sont les fonctions mêmes du système normatif international qui risquent de se trouver compromises.

A la normativité conçue jusqu'ici comme un bloc unique tend à succéder une normativité graduée. S'il a de tout temps été malaisé de déterminer à partir de quel seuil on se trouvait en présence d'une norme juridique, du moins n'y avait-il plus de problème une fois que cette question avait reçu une réponse affirmative : la norme créait des droits et des obligations juridiques, elle était obligatoire, sa violation était sanctionnée par la responsabilité internationale. Entre les normes juridiques il n'y avait aucune distinction à faire. La théorie du *jus cogens*, avec sa distinction entre les normes impératives et les normes simplement obligatoires, et la théorie des crimes et délits internationaux, avec sa distinction entre les normes créant des obligations essentielles pour la sauvegarde d'intérêts fondamentaux et les normes créant des obligations moins essentielles conduisent l'une et l'autre à faire éclater cette unité. La normativité devient une question de plus ou de moins : il est désormais des normes plus lourdes que d'autres, plus obligatoires que d'autres. Avec cette normativité à plusieurs vitesses, on retrouve le concept d'échelle de normativité, mais sous un angle différent : la gradation ne s'effectue plus ici entre les normes et les non-normes, mais au sein des normes les plus incontestablement situées en aval du seuil de normativité. Inaugurée dans le domaine sub-normatif, l'échelle de normativité se pro-

indépendamment du fondement de ces normes ou de leur finalité. Une telle approche n'interdit évidemment pas de reconnaître que les normes positives (c'est-à-dire en vigueur) ne sont pas toutes « posées » par des « sources formelles » ou issues de faits normatifs précis, mais peuvent tout aussi bien être le fruit d'une formation « spontanée ». Sur le double sens du terme « droit positif » — *jus positum* et *lex lata* — voir R. Ago, « Droit positif et droit international », *A.F.D.I.*, 1957, pp. 14 ss.

jette et se prolonge dorénavant dans le domaine normatif lui-même : il y a à présent norme et norme.

Non contente d'éclater, la normativité tend également à se diluer. Traditionnellement toute norme internationale a des sujets passifs et actifs bien déterminés : elle crée des obligations à la charge de certains sujets du droit international, et des droits au profit d'autres. Les principes régissant l'effet relatif des traités, l'opposabilité des règles coutumières et la qualité pour formuler des réclamations internationales constituent l'expression de cette individualisation des débiteurs de l'obligation comme des créanciers des droits. On assiste actuellement à une tendance à l'indétermination des uns comme des autres. Du côté des titulaires de droits, le concept d'obligations *erga omnes* illustre bien cette poussée. Du côté des titulaires d'obligations, l'évolution est moins perceptible : les transformations profondes qui affectent depuis quelque temps la matière des sources du droit, et plus particulièrement la théorie de la coutume et les rapports de la règle conventionnelle avec la règle coutumière, conduisent cependant à acclimater l'idée selon laquelle certaines obligations pèsent indistinctement sur tous les Etats. A côté des obligations *erga omnes* apparaissent aujourd'hui ce que l'on serait tenté d'appeler des obligations *omnium*.

Bref, après la personnalité internationale, c'est à présent la normativité internationale qui tend à son tour à se relativiser.

13. — Que cette évolution constitue à bien des égards un facteur de progrès, nul ne songerait à le nier. En mettant l'accent sur la « conscience juridique », elle tend à assurer la primauté de l'éthique sur la sécheresse du droit positif (22). Sans « valeurs » morales supérieures, le droit international n'est qu'une mécanique privée d'âme : voilà, en quelque sorte, le message essentiel de ces théories nouvelles. En poussant au premier plan le concept de « communauté internationale », ces théories reflètent également la prise de conscience d'une solidarité accrue et l'aspiration à une plus grande unité par-delà les différences idéologiques et économiques. La multiplication du nombre des Etats et leur diversité croissante ne rendent que plus précieuse cette volonté de transcender la traditionnelle société internationale faite de la juxtaposition

(22) Les termes de « conscience juridique des Etats », « conscience générale », « éveil de la conscience », « conscience universelle », « bien commun de l'humanité » reviennent comme un leitmotiv à presque chaque page des travaux de la Commission du droit international relatifs aux théories du *jus cogens* et des crimes internationaux.

d'égoïsmes sacrés en une communauté internationale animée par la recherche du « bien commun » et de « valeurs » communes. On pourrait même voir là un retour inattendu du droit international à ses sources historiques : à l'« irréductible droit naturel », sans nul doute (23) ; mais aussi à cette unité fondamentale du genre humain qu'exprimait dès le xv^e siècle Vitoria dans son célèbre « *Totus orbis, qui aliquo modo est una res publica* » et dont la « communauté internationale des Etats dans son ensemble » n'est, après tout, qu'une version modernisée.

C'est dire que les conséquences négatives que la relativisation de la normativité internationale risque d'entraîner doivent être regardées tout au plus comme des effets secondaires de changements en eux-mêmes bénéfiques. Ce que l'on voudrait mettre en lumière, c'est, simplement, que la vigilance s'impose, de manière à ce que le progrès du droit international vers davantage de morale et davantage de solidarité ne soit pas payé d'un prix trop lourd. A un moment où la société internationale a plus que jamais besoin d'un ordre normatif permettant d'assurer la coexistence pacifique et la coopération dans la différence entre entités égales et également souveraines, le recul du volontarisme au profit de la domination de certains, celui de la neutralité au profit de l'idéologie, celui du positivisme au profit des valeurs mal définies risqueraient de déstabiliser l'ensemble du système normatif international et d'en faire un instrument qui ne serait plus capable de remplir ses fonctions.

II

UNE NORMATIVITÉ GRADUÉE

Jus cogens et crimes internationaux

14. — Le système normatif international est traditionnellement caractérisé par son unité. Quelle que soit leur origine formelle (coutume ou convention, par exemple), quel que soit leur objet ou leur importance, toutes les normes sont placées sur le même plan : aucune hiérarchie n'ordonne leurs rapports ; un seul

(23) Voir Ch. De Visscher, « Positivisme et *jus cogens* », cette *Revue*, 1971, pp. 5 ss.

et même régime gouverne la responsabilité internationale qui en assure la sanction.

C'est cette unité du régime normatif que font éclater la théorie du *jus cogens* et la distinction des crimes et des délits internationaux, qui introduisent en droit international ce que Roberto Ago, le rapporteur de la Commission du droit international, appelle une « différenciation " normative " ... entre deux sortes de règles et, donc, d'obligations juridiques » (24).

En vue d'établir la nullité des traités contenant des normes contraires à d'autres normes, tenues pour supérieures, la théorie du *jus cogens* conduit en effet fondamentalement à isoler, au sein de l'ensemble des normes internationales, certaines normes dont l'application ne peut être écartée par voie d'accords particuliers ; autrement dit, à « distinguer..., dans le cadre des règles générales du droit international, la catégorie particulière des règles de *jus cogens* » (25). Bref, au sommet, quelques normes dites impératives, normes d'élite en quelque sorte, bénéficiant d'une normativité renforcée : normes « du plus haut rang » (26), méritant un « label de qualité » (27) ; puis, au-dessous d'elles, la masse des normes simplement obligatoires, que la Commission du droit international appelle éloquentement des « normes coutumières ou conventionnelles quelconques » (28).

Parallèlement, en vue de différencier les régimes de responsabilité internationale, la théorie des crimes et délits, proposée par la Commission du droit international dans l'article 19 de son projet d'articles sur la responsabilité des Etats, consiste fondamentalement à distinguer entre quelques obligations internationales, si essentielles pour la sauvegarde d'intérêts fondamentaux de la communauté internationale que leur violation doit être sanctionnée en tant que crime international, d'une part, et, d'autre part, toutes les autres obligations internationales, dont la violation ne sera constitutive que d'un simple délit international. A nouveau les normes internationales se trouvent divisées en deux catégories : au sommet celles, peu nombreuses, qui créent des obligations « dont le respect revêt une importance fondamentale pour la com-

(24) *Annuaire C.D.I.*, 1976, vol. II (1^{re} partie), p. 33. — Cf. le *Commentaire* de la Commission dans *Annuaire C.D.I.* 1976, vol. II (2^e partie), pp. 90 et 94.

(25) *Annuaire C.D.I.*, 1976, vol. II (2^e partie), p. 94.

(26) Ch. De Visscher, *Positivisme...* (*supra*, n. 23), p. 9.

(27) P. De Visscher, « Cours général de droit international public », *R.C. A.D.I.*, 1972-II, t. 136, p. 107.

(28) *Annuaire C.D.I.* (*supra*, n. 25), p. 85.

munauté internationale dans son ensemble » ; puis, au-dessous d'elles, la masse des normes qui créent des obligations « d'une importance moins grande et moins générale » (29).

S'il devait s'avérer, comme les travaux de la Commission le laissent présager, que la différenciation normative résultant de ces deux théories ne se limitera pas à deux niveaux (30), ce ne serait pas simplement à un dédoublement de la normativité que l'on assisterait, mais à une multiplication d'échelons intermédiaires, correspondant à des degrés différents d'intensité normative (31).

15. — Si elle est à coup sûr inspirée de « préoccupations morales du meilleur aloi » (32), cette différenciation normative est également porteuse de germes redoutables pour l'avenir du système normatif international en raison tant de son critère que de son contenu.

Critère de la différenciation

16. — Il est certain que le critère de la différenciation n'est pas d'ordre formel ou organique.

La Commission du droit international a insisté là-dessus à propos de la distinction des obligations essentielles dont la violation constitue un crime et des obligations moins essentielles dont la violation ne constitue qu'un délit : aujourd'hui comme hier « l'origine de l'obligation internationale violée par un Etat est sans effet sur la responsabilité internationale... » (33). Rien n'est donc changé sur ce point : le régime de responsabilité s'établit abstraction faite de l'origine de la norme violée : convention ou

(29) *Ibid.*, p. 90.

(30) La Commission écarte l'idée « qu'il existe un premier régime unique de la responsabilité pour les faits internationalement illicites les plus graves, d'une part, et un second régime unique pour les faits illicites restants, de l'autre » (*ibid.*, p. 109). Il n'est pas certain que la distinction entre normes quelconques soit davantage appelée à rester bi-polaire : ainsi un des membres de la Commission a fait état de « normes impératives plus ou moins importantes » (*Annuaire C.D.I.*, 1976, vol. I, p. 72).

(31) De là, dans les travaux de la Commission, des formules telles que celles-ci : des règles « qui existaient déjà, ont pris une nouvelle vigueur et une signification plus marquée » (*Annuaire C.D.I.*, 1976, vol. II (2^e partie), p. 94) ; « la revalorisation de règles déjà anciennes » (Rapport Ago, *Annuaire C.D.I.*, 1976, vol. I (1^{re} partie), p. 56).

(32) J. Nisot, « Le *jus cogens* et la Convention de Vienne sur le droit des traités », cette *Revue*, 1972, p. 695.

(33) Projet d'articles sur la responsabilité des Etats, art. 17 (*Annuaire C.D.I.*, 1976, vol. II (2^e partie), p. 74, et le *Commentaire*, notamment pp. 74-81).

coutume, traité-loi ou traité-contrat. La Charte elle-même ne saurait être regardée comme donnant naissance en tant que telle à des normes « essentielles », car il n'y a pas dans l'ordre juridique international de source spécialement destinée à créer des principes dits "constitutionnels" ou "fondamentaux" ; la Charte n'a pas le caractère d'une « sorte de source formelle supérieure », elle n'est qu'un traité, et les normes qui y figurent ne sont pas autre chose, du point de vue de leur origine, que des normes conventionnelles (34).

Pas davantage ne repose sur des considérations formelles ou organiques la distinction entre normes impératives et normes ordinaires. Il est admis que des normes impératives peuvent trouver leur origine dans n'importe laquelle des sources formelles du droit international : convention, coutume, principes généraux du droit — certains disent même : résolutions des organisations internationales (ce qui conduirait à transformer, par la magie d'une mystérieuse alchimie, des actes non normatifs en actes à normativité renforcée). La Charte, en tous cas, ne saurait, pour les mêmes raisons qu'en matière de responsabilité, être regardée comme une source automatique de super-légalité, comme une « sorte de *jus cogens* généralisé » (35).

17. — C'est dès lors selon un critère exclusivement matériel que va s'effectuer la différenciation des normes. « Ce n'est pas, écrit la Commission du droit international, la forme d'une règle générale de droit international, mais la nature particulière de la matière à laquelle elle s'applique qui... peut lui donner le caractère de *jus cogens* » ; « la prééminence de (certaines) obligations par rapport à d'autres est fonction de leur objet, et non pas du processus de leur création » (36). De manière plus précise, c'est la

(34) *Ibid.*, p. 80.

(35) H. Thierry, J. Combacau, C. Sur et Ch. Vallée, *Droit international public*, Paris, Montchrestien, 3^e éd., 1981, p. 151.

(36) *Annuaire C.D.I.*, 1966, vol. II, p. 270, et 1976, vol. II (2^e partie), p. 80. — C'est pourquoi, si certaines règles inscrites dans la Charte (pas toutes, on vient de le voir) font partie des normes de rang supérieur, cela est dû, non pas à leur insertion dans un instrument qui serait formellement d'un rang normatif plus élevé, mais à leur objet propre. Ainsi, lorsque l'article 52 de la Convention de Vienne sur le droit des traités parle de la force ou de l'emploi de la force « en violation des principes de la Charte des Nations Unies » (et non pas « en violation de la Charte des Nations Unies »), c'est, entre autres, parce que l'on a voulu marquer que l'interdiction de la force est une règle du droit international général, dont le caractère impératif et même la normativité sont indépendants de son insertion formelle dans la Charte (*Annuaire C.D.I.*, 1966, vol. II, p. 269).

reconnaissance de l'importance d'une norme par la communauté internationale des Etats qui constitue le critère de la différenciation, aussi bien entre les normes impératives et les normes quelconques qu'entre les normes dont la violation est un crime et les normes dont la violation est un simple délit.

De là découlent incertitudes et difficultés.

18. — Premier problème : par quel mécanisme une norme passe-t-elle du rang de norme ordinaire, qui est le principe, à celui de norme de rang supérieur, qui doit demeurer l'exception ? (37).

Au cœur de ce processus de mutation des normes se trouve, on vient de le voir, la « communauté internationale des Etats dans son ensemble » : mais qui est-elle ?

Divers symptômes apparus au cours des dernières années attestent certes d'une tendance à une vague personnification de la communauté internationale (38). La communauté internationale « accepte et reconnaît » le passage d'une norme quelconque au rang de norme impérative (39). Elle « reconnaît » à une obligation internationale un caractère essentiel à la sauvegarde de ses « intérêts fondamentaux » (40) : ce qui semble impliquer qu'elle possède en propre de tels intérêts. La Cour estime qu'un Etat a des obligations et peut prendre des engagements envers elle (41) ; un membre de la Cour a même parlé de règles de droit, « bien commun de la communauté internationale » (42). Peut-être cette communauté peut-elle être considérée comme identique à l'« humanité », dont l'espace extra-atmosphérique, la lune et les fonds marins au-delà des limites de la juridiction nationale sont aujourd'hui regardés

(37) « La plupart des règles générales du droit international n'ont pas ce caractère (impératif) » (*Annuaire C.D.I.*, 1966, vol. II, p. 270) ; « ... le *jus dispositivum* demeure le principe, le *jus cogens* l'exception... L'existence d'une norme de droit international général impératif ne peut être présumée » (M. Virally, « Réflexions sur le *jus cogens* », *A.F.D.I.*, 1966, p. 25) ; « la notion de crime international doit être restrictive » (R. Ago, *Annuaire C.D.I.*, 1976, vol. I, p. 90) ; « ce n'est que lorsque... deux conditions sont réunies que l'on peut conclure à l'existence d'un crime international » (*Annuaire C.D.I.*, 1976, vol. II (2^e partie), p. 111).

(38) P. Reuter, *La Convention de Vienne sur le droit des traités*, Paris, A. Colin, 1970, p. 21.

(39) Convention de Vienne sur le droit des traités, art. 53.

(40) Projet d'articles de la C.D.I. sur la responsabilité des Etats, art. 19.

(41) Voir *infra*, paragr. 26.

(42) Lachs, op. indiv. dans *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*, C.I.J., *Recueil* 1980, p. 48.

comme le « patrimoine commun » ou l'« apanage » (43). Faute de représentation organique adéquate, cette communauté apparaît toutefois comme impossible à identifier séparément de ses membres : or ces membres, la Commission du droit international a été sans ambiguïté là-dessus, ne sauraient être que les Etats, à l'exclusion des organisations internationales elles-mêmes, regardées par elle que comme une « simple création des Etats » (44). Bref, la communauté internationale, ce sont les Etats. Mais alors : tous les Etats, ou quelques-uns seulement, et, dans ce cas, lesquels ? C'est là le nœud de la question. La réponse de la Commission est connue : par la référence à la communauté internationale dans son ensemble, « on n'entend nullement exiger une reconnaissance unanime par tous les membres de cette communauté, et attribuer ainsi à chaque Etat un inconcevable droit de veto » ; ce qui est exigé, c'est une reconnaissance « non pas seulement par tel ou tel groupe (même majoritaire) d'Etats, mais par toutes les composantes essentielles de la communauté internationale » (45).

Ainsi donc une norme acquiert une densité normative supérieure dès lors que sa prééminence est acceptée et reconnue par « toutes les composantes essentielles de la communauté internationale ». L'appartenance d'un Etat à ce club des « composantes essentielles de la communauté internationale » ne se déterminant par aucun signe distinctif particulier, qu'il soit d'ordre géographique, idéologique, économique ou autre, ce sont en fin de compte certains Etats (pas forcément majoritaires) qui, s'arrogeant le monopole de cette participation en dénieront du même coup l'accès

(43) Traité sur les principes généraux régissant les activités des Etats en matière d'exploration et d'utilisation de l'espace extra-atmosphérique (1966), art. I. — Accord régissant les activités des Etats sur la lune et les autres corps célestes (1979), art. 4 et 11. — Projet de Convention sur le droit de la mer (1980), art. 136.

(44) *Annuaire C.D.I.*, 1979, vol. II (2^e partie), p. 175. — Venant trente ans après les hésitations marquées par l'avis sur les *Réparations* à reconnaître à l'organisation internationale une personnalité internationale pleine et entière, la réticence de la Commission à « placer sans nécessité les organisations sur le même plan que les Etats » saurait d'autant moins passer inaperçue que la Cour elle-même a tenu, depuis lors, à réaffirmer avec force que l'organisation internationale ne peut être regardée comme une sorte de « super-Etat » (*Interprétation de l'accord du 25 mars 1951 entre l'O.M.S. et l'Egypte*, C.I.J., *Recueil* 1980, p. 89). — Cf. Trib. adm. de la Banque mondiale, Jugement n° 1, de Mérode (1981), paragr. 28 (« the differences between one organization and another are so obvious that the notion of a common law of international organizations must be subject to numerous and sometimes significant qualifications »).

(45) *Annuaire C.D.I.*, 1976, vol. II (2^e partie), p. 110.

aux autres — lesquels se verront ainsi tout à la fois mis au ban de ce club et contraints de reconnaître la super-normativité de règles auxquelles ils ne sont peut-être pas prêts à reconnaître le caractère de normes même ordinaires.

19. — Second sujet d'inquiétude : dès lors que la reconnaissance par la communauté internationale ne constitue pas seulement le mécanisme qui fait passer une norme ordinaire au rang de super-norme mais également, on le verra, le mécanisme qui crée la règle, même ordinaire, de droit international général, il n'existe plus guère de frein à ce que, par un courant irrésistible, les règles de droit international général viennent grossir l'une après l'autre la catégorie, conçue en principe comme minoritaire et exceptionnelle (46), des normes de haut rang. La catégorie des normes quelconques risque ainsi de s'avérer comme une simple étape de transition avant le passage à un cran supérieur : à peine établie, l'échelle de normativité se révèle d'une instabilité inhérente (47). Si l'on ajoute la tendance à reconnaître une certaine valeur normative » à des actes pré-normatifs, c'est en définitive n'importe quelle norme ou sub-norme de droit international général qui pourrait subir cette poussée vers le haut : du non-droit au super-droit le glissement devient difficile à maîtriser (48).

20. — Cette vocation des super-normes à une extension indéfinie va soulever un problème délicat en ce qui concerne les conventions de codification. On sait combien il est à la fois difficile et nécessaire de distinguer ce qui, à l'intérieur d'une telle convention, est déclaratoire d'une règle coutumière déjà formée ou cristallise une règle coutumière en voie de formation, d'une part, et ce qui constitue un développement du droit, c'est-à-dire une norme nouvelle, d'autre part : difficile, parce que les deux catégories sont souvent intimement mêlées ; nécessaire parce que dans le premier cas il s'agit de dispositions opposables à tous les Etats, même non parties à la convention, dans le second de dispositions liant les seules parties. Avec l'éclatement de la normativité

(46) Cf. *supra*, paragr. 18 et n. 37.

(47) Il en est d'autant plus ainsi que les concepts de *jus cogens* et de crime international sont eux-mêmes conçus comme essentiellement évolutifs (pour le *jus cogens*, voir Convention de Vienne, art. 64, et *Annuaire C.D.I.*, 1966, vol. II, p. 270 ; pour le crime, voir *Annuaire C.D.I.*, 1976, vol. II (2^e partie), p. 110).

(48) Voir l'exemple donné *infra*, n. 58.

en règles de niveaux divers, il faut à présent distinguer, à l'intérieur de chaque convention de codification, entre les règles purement conventionnelles, les règles de droit international général ordinaires et les règles de droit international général impératives. Ce qui soulève, notamment, le problème de la dérogation par voie d'accords particuliers aux dispositions des conventions de codification (49), ainsi que celui des réserves. La future Convention sur le droit de la mer suscitera probablement des difficultés de ce genre. Dans le même ordre d'idées, on peut s'interroger sur les dispositions des articles 53 et 64 de la Convention de Vienne sur le droit des traités relatives au *jus cogens* : constituent-elles des règles purement conventionnelles qui ne lieraient que les Etats parties à la Convention ? sont-elles des règles coutumières ordinaires, auquel cas des Etats pourraient y déroger par des accords particuliers — ce qui constituerait la négation du concept même de norme impérative ? ou bien sont-elles elles-mêmes l'expression de normes de *jus cogens*, de sorte qu'aucun Etat ne serait autorisé à répudier la notion de norme impérative ? La question n'est pas aussi théorique qu'on pourrait le penser (50).

21. — L'instabilité fondamentale de la différenciation normative explique que l'identification des normes d'élite par rapport aux normes quelconques soit l'objet des plus grandes incertitudes. Il n'est pas nécessaire de s'attarder sur cet aspect du problème, tant les auteurs se sont déjà attachés à dénoncer les incertitudes pesant sur le contenu concret soit de la catégorie des règles de *jus cogens* soit de celle des obligations dont la violation constitue un crime. A vrai dire, si l'on excepte un noyau dur fait d'« exemples inoffensifs et qui n'ont d'intérêt pour personne » (51), on est en

(49) A propos de son projet d'article sur la responsabilité, la Commission du droit international écrit : « En principe, il peut être dérogé à toutes les règles du présent projet, sous réserve de l'existence éventuelle de règles de *jus cogens* » (*Annuaire C.D.I.*, 1976, vol. II (2^e partie), p. 86) : le lecteur qui examine un à un les articles du projet aura assurément du mal à effectuer la ventilation.

(50) On sait que, si la France n'a pas signé la Convention de Vienne sur le droit des traités, c'est précisément parce qu'elle n'acceptait pas les dispositions des articles 53 et 64 (« La Convention de Vienne sur le droit des traités », *La Documentation française, Notes et études documentaires*, n° 3622, 1969, p. 10 ; cf. O. Deleau, « Les positions françaises à la Conférence de Vienne sur le droit des traités », *A.F.D.I.*, 1969, p. 23) : ces dispositions peuvent-elles néanmoins lui être opposées, soit en tant que normes quelconques soit en tant que normes impératives du droit international général ?

(51) P. Reuter, *La Convention de Vienne...* (*supra*, n. 38), p. 20.

présence de cercles concentriques d'incertitude croissante (52) : une zone qui fait encore l'objet, selon l'expression révélatrice de Roberto Ago, d'une « certaine unité de vues » (53), puis une nébuleuse quasi-indéterminée sur le contenu de laquelle les plus grandes divergences règnent (54).

Les relations entre les deux séries normatives — normes impératives et normes quelconques, d'un côté, obligations essentielles et obligations moins essentielles, de l'autre — soulèvent un problème particulièrement difficile. La Commission du droit international a préféré ne pas l'aborder de front, se contentant d'évoquer un certain « parallélisme » : dans certains cas les deux distinctions peuvent certes diverger, dit-elle, mais « normalement » elles coïncident (55). A titre de première approximation au moins, on les considérera donc ici comme pratiquement synonymes, ce qui est somme toute normal puisque aussi bien elles répondent à une inspiration éthique commune et accordent l'une et l'autre une place privilégiée à la reconnaissance par la « communauté internationale » (56).

(52) Cette image traduit la présentation de la Commission elle-même, dans son Rapport de 1966 : « Parmi les exemples proposés figurent... Comme autres exemples possibles il a été question... » (*Annuaire C.D.I.*, 1966, vol. II, p. 270).

(53) R. Ago, « Introduction au droit des traités à la lumière de la Convention de Vienne », *R.C.A.D.I.*, 1971-III, t. 134, p. 324.

(54) Certains incluent parmi les normes de rang supérieur les règles relatives à la lutte contre le terrorisme et la prise d'otages (E. Jiménez de Aréchaga, « International Law in the Past Third of a Century », *R.C.A.D.I.*, 1978-I, t. 159, p. 64), la souveraineté sur les ressources naturelles (I. Brownlie, *Principles of International Law*, Oxford, 3^e éd., 1979, p. 513), l'inviolabilité diplomatique (R. Ago, *Annuaire C.D.I.*, 1976, vol. I, p. 90). Si la Commission mentionne le principe d'autodétermination (*Annuaire C.D.I.*, 1966, vol. II, p. 270), R. Ago ne le cite pas dans son étude précitée (*supra*, n. 53). La Commission ne cache pas que la catégorie des normes impératives comme celle des obligations essentielles font l'objet de nombreuses incertitudes (*Annuaire C.D.I.*, 1976, vol. II (2^e partie), pp. 100 et 101, et 1979, vol. II (2^e partie), p. 127).

(55) *Annuaire C.D.I.*, 1976, vol. II (2^e partie), pp. 110-111. Des opinions nuancées ont été émises à cet égard tant par le Rapporteur (1976, vol. II (1^{re} partie), p. 56) et vol. I, pp. 19, 58, 75, 90) que par divers membres de la Commission (1976, vol. I, pp. 69, 72).

(56) En ce sens, I. Brownlie, *Principles...* (*supra*, n. 54), pp. 512 et 612 ; Nguyen Quoc Dinh, Ph. Daillier et A. Pellet, *Droit international public* (*supra*, n. 12), p. 690 ; P.M. Dupuy, « Observations sur le crime international de l'Etat », cette *Revue*, 1980, p. 461, et « Action publique et crime international de l'Etat », *A.F.D.J.*, 1979, pp. 551 et 553 ; cf. K. Marek, *Criminalizing...* (*supra*, n. 20), p. 468.

Contenu de la différenciation

22. — Toutes ces incertitudes seraient de peu de gravité si le contenu de la différenciation normative était, à tout le moins, susceptible d'une définition précise ; en d'autres termes, s'il était possible de déterminer en quoi le régime juridique des normes internationales se différencie selon la situation de chacune d'elles sur l'échelle de normativité.

Ce n'est certes pas par leur caractère d'actes générateurs de droits et d'obligations juridiques que les normes de divers niveaux peuvent se distinguer les unes des autres : quel que soit leur rang, toutes produisent des effets de droit, toutes sont obligatoires, et la violation de toutes constitue un fait internationalement illicite. Où, alors, se situe l'intérêt de la différenciation ?

Comme pour l'identification, on retrouve ici un noyau dur entouré d'une nébuleuse de plus en plus diffuse.

L'élément certain du régime juridique de la super-normativité est double : d'une part, la limitation de la liberté contractuelle des Etats par l'introduction d'une hiérarchie des normes selon leur objet et une nullité absolue des traités internationaux qui comportent une clause contraire dans son objet à une norme de rang supérieur ; d'autre part, l'application de sanctions répressives — dont le contenu reste à fixer — en cas de violation d'une norme de rang supérieur.

Si les conséquences de la super-normativité étaient restées dans ces limites bien déterminées, aucune inquiétude ne serait de mise. Il semble cependant que tel ne soit pas le cas : à la manière de l'apprenti sorcier, l'appartenance d'une norme à la catégorie supérieure paraît provoquer des réactions en chaîne qui risquent d'échapper à tout contrôle.

C'est ainsi, on le verra plus loin, qu'une tendance se dégage — que l'article 53 de la Convention de Vienne n'impose nullement — à considérer que les normes impératives créent des obligations envers tous les Etats et que chaque Etat a qualité pour en réclamer le respect et pour engager la responsabilité de l'Etat qui les aurait méconnues. La normativité de rang supérieur engendrerait donc des obligations *erga omnes* et, par là-même, l'*actio popularis*, ce qui signifierait en pratique que la nullité de l'article 53 pourrait être invoquée par n'importe quel Etat. C'est dans cette perspective que l'on cite couramment, à propos des normes impératives et des normes dont la violation constitue un crime, le

dictum de l'arrêt de la *Barcelona Traction* qui se réfère à la vérité à la question des obligations *erga omnes*.

Allant plus loin encore, on semble admettre que les normes de rang supérieur, une fois reconnues et acceptées comme telles par les « composantes essentielles de la communauté internationale », s'imposeraient en cette qualité à tous les Etats, y compris à ceux qui se seraient opposés à cette reconnaissance. A la Conférence de Vienne sur le droit des traités, la délégation française avait élaboré un amendement selon lequel une norme impérative « n'est pas opposable à un Etat qui peut faire la preuve qu'il ne l'a pas acceptée expressément en tant que telle » ; le combat semblant perdu d'avance, cet amendement ne fut même pas déposé (57). Alors qu'un Etat ne peut pas se voir opposer une règle coutumière quelconque qu'il a récusée dès l'origine, il se trouverait dépourvu de tout moyen de se soustraire au caractère impératif d'une norme qu'il n'aurait pas acceptée en tant que telle : et que se passerait-il si les « composantes essentielles de la communauté internationale » s'avisait de reconnaître comme de rang supérieur une norme qu'un Etat donné n'admettrait même pas en tant que norme ordinaire ? (58).

23. — On mesure l'ampleur des incertitudes que l'éclatement de la normativité qui apparaît dans le sillage des théories du *jus cogens* et des crimes internationaux fait peser sur le système normatif international. Se nuancant à l'infini, la normativité finit par perdre toute consistance et par se réduire à une commodité de langage recouvrant des réalités multiples et difficilement saisissables. Comme l'« autorité juridique variable » des actes sub-normatifs, la gradation de normativité des actes normatifs échappe à l'entendement.

**

(57) O. Deleau, *Les positions françaises...* (*supra*, n. 50), p. 19.

(58) Ainsi pour les dispositions de la résolution 1514 (XV) relative à la décolonisation, auxquelles la « communauté internationale » paraît reconnaître le caractère impératif alors que la France a refusé d'y voir même des règles de droit ordinaires (O. Deleau, *Les positions françaises...*, *supra*, n. 50, pp. 17 et 19).

III

UNE NORMATIVITÉ DILUÉE

24. — Une fois établi le caractère juridiquement obligatoire d'une règle, il faut encore, pour la définir complètement, déterminer les titulaires des droits et des obligations qu'elle crée. Parallèlement à la démultiplication de la normativité en intensité, une évolution se dessine vers une dilution de la normativité en extension, sous la forme d'une indétermination croissante des titulaires de droits et d'obligations. Tant et si bien qu'il devient de plus en plus malaisé de déterminer, non seulement de quoi est fait une norme, mais qui elle oblige et envers qui.

OBLIGATIONS *ERGA OMNES*

25. — Etre titulaire d'un droit signifie, pour un Etat, avoir la qualité juridique pour réclamer l'exécution de l'obligation correspondante et pour mettre en cause la responsabilité du ou des débiteurs de cette obligation au cas où ils l'auraient violée. Dans son avis sur les *Réparations*, la Cour déclare : « seule la Partie envers laquelle une obligation existe peut présenter une réclamation à raison de la violation de celle-ci » (59). Dans l'affaire de la *Barcelona Traction* le problème est posé en termes identiques : « c'est l'existence ou l'inexistence d'un droit appartenant à la Belgique et reconnu comme tel par le droit international qui est décisive en ce qui concerne le problème de la qualité de la Belgique » (60). N'importe quel Etat ne peut donc être regardé comme ayant un « intérêt juridique », c'est-à-dire un droit, à ce que n'importe quelle obligation internationale soit respectée par les Etats auxquels elle s'impose ; autrement dit, il n'y a pas d'obligation juridique dont tous les Etats, indistinctement, puissent exiger le respect en tant que titulaires d'un droit correspondant. Si tout Etat a un droit à ce qu'une norme internationale soit respectée *à son égard*, il n'a pas de droit à ce que l'ensemble du droit international

(59) C.I.J., *Recueil* 1949, pp. 181-182.

(60) C.I.J., *Recueil* 1970, p. 32.

et des obligations qu'il comporte soit respecté *en lui-même* (61). Bref, il n'existe traditionnellement pas d'obligations internationales *erga omnes* : à chaque Etat de protéger ses propres droits ; nul n'a à se faire le champion des droits des autres. Ce principe est, comme on l'a dit, « caractéristique d'une situation générale de juxtaposition des souverainetés, puisqu'il enferme la responsabilité internationale dans un rapport bilatéral opposant l'obligation de l'un au droit subjectif de l'autre » (62).

26. — Cette doctrine du chacun pour soi n'a pas résisté aux aspirations contemporaines à la primauté de l'éthique et à l'unité de la communauté internationale. C'est dans ce contexte que se situe le célèbre passage de l'arrêt de 1970 dans l'affaire de la *Barcelona Traction* selon lequel certaines obligations sont établies « envers la communauté internationale des Etats dans son ensemble » : « vu l'importance des droits en cause, déclare la Cour, tous les Etats peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à ce que ces droits soient protégés ; les obligations dont il s'agit sont des obligations *erga omnes* » (63). De ce passage la Commission du droit international a conclu qu'à présent « il existe... un nombre, à vrai dire restreint, d'obligations internationales qui, de par l'importance que leur objet a pour la communauté internationale dans son ensemble, sont — à la différence des autres — des obligations au respect desquelles tous les Etats ont un intérêt juridique ». Il en découle, toujours d'après la Commission, que « la responsabilité engagée par la violation de ces obligations n'est pas seulement engagée envers l'Etat qui a été la victime directe de la violation. Elle se trouve engagée aussi envers tous les autres membres de la communauté internationale, tout Etat devant donc être considéré, en cas de violation de ces obligations, comme justifié à faire valoir — vraisemblablement par la voie judiciaire — la responsabilité de l'Etat auteur du fait internationalement illite » (64).

Quelques années plus tard, dans l'affaire des *Essais nucléaires*, la Cour analysera des déclarations unilatérales des autorités françaises comme « faites... *erga omnes* ». Ces déclarations, précise la Cour, n'ont pas été « adressées à un Etat particulier » : elles ont

(61) Voir B. Bollecker-Stern, *Le préjudice dans la théorie de la responsabilité internationale*, Paris, Pedone, 1973, pp. 50 ss.

(62) P.M. Dupuy, *Action publique...* (*supra*, n. 56), p. 543.

(63) C.I.J., *Recueil* 1970, p. 32.

(64) *Annuaire C.D.I.*, 1976, vol. II (2^e partie), p. 92.

été « adressées à la communauté internationale dans son ensemble » et entraînent donc pour le Gouvernement français un « engagement vis-à-vis de la communauté internationale à qui il s'adressait » (65).

27. — Ainsi conçue, la théorie des obligations *erga omnes* entend sonner le glas du bilatéralisme étriqué et de l'égoïsme sacré au profit d'une protection universelle de certaines normes fondamentales, relatives notamment aux droits de l'homme. Ses inspirations éthiques sont, comme celles du *jus cogens* et de la théorie des crimes, au-dessus de tout soupçon. Là encore, pourtant, que de points d'interrogation et de sujets de perplexité !

D'abord, bien sûr, parce que l'identification des obligations *erga omnes* n'est pas plus aisée que celle des normes impératives ou des obligations essentielles. S'il est vrai que les obligations *erga omnes* doivent en principe demeurer en nombre restreint, les exemples cités par la Cour (66) ne sont pas davantage que des exemples, et là encore la catégorie est susceptible d'une extension difficilement contrôlable. N'a-t-on pas vu un membre de la Commission du droit international parler d'obligation *erga omnes* à propos des « normes actuelles du droit de la mer », ce qui signifierait, si les mots ont un sens, qu'un Etat A aurait un « intérêt juridique » suffisant pour engager la responsabilité d'un Etat B qui aurait fait obstacle au passage innocent dans ses eaux territoriales d'un navire battant pavillon d'un Etat C ? (67).

Mais, surtout, parce que l'équivoque plane sur l'identité exacte de ces *omnes*, devenus titulaires de droits : s'agit-il de la communauté internationale dans son ensemble ou de chacun des Etats *ut singuli* ? La première solution impliquerait que la communauté internationale ait une représentation organique capable d'agir juridiquement pour la protection de son droit, ce qui n'est assurément pas le cas. La seconde signifierait que chaque Etat pourrait, séparément et pour son propre compte, revendiquer le respect de l'obli-

(65) C.I.J., *Recueil* 1974, pp. 269-270.

(66) Mise hors la loi des actes d'agression et de génocide, principes et règles concernant les droits fondamentaux de la personne humaine, y compris la protection contre la pratique de l'esclavage et la discrimination raciale. — Dans un passage ultérieur, difficile à concilier avec le premier, de ce même arrêt de la *Barcelona Traction*, la Cour indiquera toutefois que « ...les instruments qui concernent les droits de l'homme ne reconnaissent pas qualité aux Etats pour pratéger les victimes des violations de ces droits indépendamment de leur nationalité » (p. 47).

(67) *Annuaire C.D.I.*, 1976, vol. I, p. 72.

gation dite *erga omnes* et mettre en cause la responsabilité internationale de l'Etat qui l'aurait violée. Mais alors de nouvelles questions surgissent. Envisage-t-on une réparation de type classique ? C'est alors le préjudice qui fait défaut, et l'on voit mal ce que chacun des *omnes* pourrait demander, à part un jugement déclaratoire. Pense-t-on à une répression pénale ? En l'absence de voies judiciaires organisées à cet effet, cela signifierait que tout Etat pourrait, au nom de valeurs supérieures qu'il déterminerait lui-même, se faire le justicier de la communauté internationale. Sous la bannière du droit, ce seraient le chaos et la violence qui s'installeraient dans les relations entre Etats. Au nom d'intentions généreuses, le droit international se retournerait contre lui-même.

OBLIGATIONS OMNIUM

28. — Sur le terrain des débiteurs de l'obligation internationale la dérive de la normativité se révèle plus lourde encore de conséquences, quand bien même elle serait plus subtile et moins spectaculaire que sur celui des obligations *erga omnes*.

Il est à peine besoin de rappeler que dans la conception classique, telle que l'exprime l'arrêt du *Lotus*, la source et le test de l'opposabilité d'une norme à un Etat se trouvent dans la volonté de ce dernier, « manifestée dans des conventions ou dans des usages généralement acceptés comme consacrant des principes de droit » (68). Pour la règle conventionnelle, le formalisme présidant à la conclusion des traités et le principe de leur effet relatif ont permis à ce consensualisme de s'établir sans équivoque ni restriction : on peut savoir avec précision si un Etat est engagé par un traité et à partir de quel moment il l'est. Pour la règle coutumière, la situation n'a certes jamais été aussi claire, et il a de tout temps été malaisé de déterminer si un Etat donné était lié par une telle règle et à partir de quel moment il l'était ; il n'en reste pas moins que, grâce à un jeu subtil de volonté tacite et d'inopposabilité, l'acceptation de la règle coutumière n'a pas cessé de constituer l'un des pivots de la théorie classique de la coutume. Tant et si bien qu'un Etat qui entendait ne pas être lié par une norme, qu'elle soit coutumière ou conventionnelle, pouvait ne pas l'être et qu'en définitive les Etats tenus d'une obligation internationale donnée

(68) *Supra*, n. 15.

étaient identifiables avec autant de facilité que l'étaient, parallèlement, les Etats titulaires de droits.

Cette situation est en train de se modifier sous nos yeux. La règle coutumière se voit à présent qualifiée de règle générale, celle-ci étant elle-même analysée comme une règle universelle qui s'impose indistinctement à tous les Etats indépendamment de tout consentement individuel. Quant à la règle conventionnelle, point fort du volontarisme classique, elle fait l'objet d'une manœuvre enveloppante qui consiste à l'absorber d'abord dans la règle coutumière, afin de la soumettre à son tour au processus de dilution qui affecte la règle coutumière.

L'évolution de la règle coutumière

29. — C'est la règle coutumière, talon d'Achille de la conception consensualiste, qui devait se prêter le plus facilement à l'indétermination des titulaires d'obligations internationales.

La théorie classique de la coutume repose sur un équilibre subtil, à vrai dire assez fragile, entre deux préoccupations antinomiques : d'un côté, permettre l'émergence de règles coutumières sans pour autant exiger le consentement individuel de tous les Etats ; d'un autre côté, permettre à un Etat de ne pas être lié par une règle qu'il ne reconnaîtrait pas comme telle.

Pour satisfaire au premier de ces soucis, la théorie classique amenuise la participation individuelle de chaque Etat à chacun des deux éléments qu'elle regarde comme indispensables à la formation d'une règle coutumière. La pratique, qui constitue le *corpus* de la règle coutumière, est définie comme « générale », « constante », « constante et uniforme », « fréquente et pratiquement uniforme », « généralement adoptée par la pratique des Etats » : jamais comme « unanime » ou « universelle ». Charles De Visscher relevait ainsi, dès 1925, qu'« il n'est pas toujours nécessaire, pour que l'on puisse invoquer une règle coutumière contre un Etat, que l'on soit en mesure de prouver que cet Etat a contribué, par ses actes personnels, à établir la pratique internationale d'où cette règle est issue » ; ainsi, précisait-il, des règles coutumières se sont formées sur la base d'usages admis entre les nations maritimes et à l'élaboration desquelles les Etats sans littoral n'ont pris aucune part (69). De même n'est-il pas demandé

(69) « La codification du droit international », *R.C.A.D.I.*, 1925-I, t. 6, pp. 361-362.

que chacun des Etats ait eu individuellement et personnellement ce « sentiment de se conformer à ce qui équivaut à une obligation juridique » (70) qui constitue l'*opinio juris*, seconde condition d'existence traditionnelle de la coutume..

Mais si la règle coutumière peut se former sans le *consensus omnium*, la théorie classique permet néanmoins à un Etat de se soustraire à une règle coutumière dont il ne veut pas en faisant connaître à temps son refus de l'accepter : les affaires du *Droit d'asile* et des *Pêcheries* sont formelles en ce sens (71). C'est dans cette faculté ouverte à chaque Etat individuellement de *opt out* d'une règle coutumière donnée que réside le test décisif du caractère volontariste de la coutume (72).

En d'autres termes, si la règle coutumière peut se former à partir d'un consentement qui, pour être général, n'en est pas pour autant forcément universel, elle doit se contenter, une fois formée, d'une normativité qui, pour être elle aussi générale, n'en est pas davantage forcément universelle. Ainsi se trouve tout à la fois facilitée la formation des règles coutumières et évitée la domination de la minorité par une majorité.

C'est cet équilibre qui est actuellement remis en cause. Depuis quelques années, en effet, une pratique de moins en moins générale est exigée pour la formation de la règle coutumière, tandis que, par un mouvement en sens inverse, le caractère obligatoire de la règle coutumière une fois formée est conçu de manière de plus en plus générale. Tant et si bien qu'un nombre toujours croissant de règles coutumières risque de s'imposer à un nombre toujours croissant d'Etats, serait-ce même contre leur volonté expressément manifestée.

30. — Que l'on se montre de moins en moins regardant sur la généralité exigée de la pratique ressort à l'évidence de la théorie nouvelle — et à certains égards quelque peu obscure — des traités dits quasi-universels.

Nul n'a jamais contesté qu'une disposition conventionnelle, qui ne lie par sa nature même que les Etats parties à la convention, puisse jouer un rôle dans la formation d'une règle coutumière qui s'imposerait également à des Etats tiers (sous réserve qu'ils

(70) *Plateau continental de la mer du Nord*, C.I.J., *Recueil* 1969, p. 44.

(71) C.I.J., *Recueil* 1950, p. 278, et 1951, p. 131.

(72) Cf. Ch. Rousseau, *Droit international public* (*supra*, n. 2), p. 320 ; M. Akehurst, « Custom as a Source of International Law », *B.Y.B.I.L.*, 1974-1975, p. 24 ; E. Jiménez de Aréchaga, *International Law...* (*supra*, n. 54), p. 30.

n'auraient pas manifesté d'objection à son encontre). Encore fallait-il que cette disposition fût corroborée par une pratique des Etats, antérieure ou postérieure. En d'autres termes, une disposition conventionnelle pouvait s'insérer dans le processus de formation d'une règle coutumière, dans lequel le comportement des Etats constituait l'essentiel ; jamais elle ne pouvait remplacer à elle seule ce comportement.

Aujourd'hui on tend à admettre que la pratique « générale » peut se réduire à une disposition conventionnelle, dès lors que celle-ci a été adoptée par un nombre suffisant d'Etats, et notamment par les Etats considérés comme particulièrement intéressés. De cette seule disposition conventionnelle naîtrait ainsi une « coutume instantanée » : telle est la théorie des traités quasi-universels qui, parce que acceptés au titre de règles conventionnelles par un grand nombre d'Etats, s'imposeraient aux autres au titre de règles coutumières. Bien plus qu'une simple accélération du processus coutumier dans le temps, c'est à une véritable révolution de la théorie de la coutume que l'on assiste ainsi.

31. — Pour étayer cette conception, on se réfère au célèbre passage de l'arrêt relatif au *Plateau continental de la mer du Nord* dans lequel la Cour, envisageant la transformation d'une règle conventionnelle en une règle de droit international général, précise qu'« il se peut que, sans même qu'une longue période se soit écoulée, une participation très large et représentative à la Convention suffise, à condition toutefois qu'elle comprenne les Etats particulièrement intéressés » (73). Comme la Cour indique ailleurs, dans le même arrêt, que « le fait qu'il ne se soit écoulé qu'un bref laps de temps ne constitue pas nécessairement en soi un empêchement à la formation d'une règle nouvelle de droit international coutumier à partir d'une règle purement conventionnelle à l'origine » (74), il n'en fallait pas plus pour conclure que, selon la Cour, une disposition conventionnelle adoptée par des Etats suffisamment nombreux et représentatifs peut se muer *hic et nunc* en une règle de droit international coutumier. Quelques mois plus tard, dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, la Cour fera mention explicitement d'« instruments internationaux de caractère universel ou quasi-universel » (75).

(73) C.I.J., *Recueil* 1969, p. 42.

(74) *Ibid.*, p. 43.

(75) *Supra*, n. 63.

32. — Il n'est pas certain, à vrai dire, que ces déclarations de la Cour aient la signification qu'on leur prête (76). Quelque fragile que se révèle son appui jurisprudentiel, la théorie des traités quasi-universels n'en a pas moins fait son chemin. Une règle coutumière interdisant certains essais nucléaires serait ainsi née, selon certains, du Traité de Moscou de 1963. Encore s'agit-il dans ce cas, comme dans celui de la Convention de 1958 sur le plateau continental, de traités déjà en vigueur. Là ne s'arrête pas, pourtant, l'élan apparemment irrésistible de la « coutume instantanée » : pourquoi, après tout, un traité non encore entré en vigueur ne créerait-il pas également *per se* de nouvelles règles coutumières grâce à la magie de la « coutume instantanée » ? C'est ainsi qu'il a été allégué que le Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux, adopté par la Conférence diplomatique sur le droit humanitaire en 1977, établit, avant même d'être entré en vigueur, des règles qui « reflètent... l'*opinio juris* universelle, ou presque, sur ce qui dorénavant devrait être considéré comme régissant tout conflit armé international » (77). Demain la même argumentation pourrait être reprise à propos de telle ou telle disposition de la future Convention sur le droit de la mer, avant même son entrée en vigueur, et *a fortiori* après. Mieux encore : pourquoi la « coutume instantanée » ne naîtrait-elle pas aussi de simples résolutions des organisations internationales, dès lors que l'on leur reconnaît une certaine valeur juridique ?

33. — Il est à peine besoin de souligner les ambiguïtés qui affectent cette théorie des traités quasi-universels. A partir de quand la participation à une convention peut-elle être considérée comme suffisamment « large et représentative » ? Faut-il tenir compte des Etats signataires, ou seulement des Etats qui ont ratifié la Convention ou y ont adhéré ? Les « Etats particulièrement intéressés » se définissent-ils par des critères géographiques, économiques, idéologiques ? On est loin, on le constate, de la représenta-

(76) Replacé dans son contexte, le passage cité de l'arrêt du *Plateau continental de la mer du Nord* ne fait nullement abstraction du comportement effectif des Etats, auquel la Cour attache en réalité, comme elle l'a toujours fait, une importance décisive (cf. pp. 41 et 43). Quant au passage de l'arrêt de la *Barcelona Traction*, il se réfère à la possibilité de revendiquer le respect d'une règle consacrée par un traité quasi-universel, et non pas à celle de créer par un tel traité des obligations s'imposant à tous les Etats.

(77) S.E. Nahlik, « Droit dit "de Genève" et droit dit de "La Haye" : unicité ou dualité ? », *A.F.D.J.*, 1978, p. 27.

tivité des Etats maritimes créateurs de normes coutumières de droit maritime, loin aussi de la représentativité des Etats fondateurs d'une organisation internationale dont, selon l'avis des *Réparations*, la personnalité internationale objective devient opposable à tous du fait de la participation d'Etats « représentant une très large majorité des membres de la communauté internationale » (78).

34. — Si la généralité de la pratique se trouve réduite, sous l'influence de cette évolution, à sa plus simple expression, la généralité des effets normatifs de la règle coutumière est, quant à elle, soumise à un processus inverse d'élargissement constant.

Au cœur de ce processus se trouve un concept qui en constitue à la fois la clé et l'instrument : celui de règle de droit international général (79). Peu employé dans le droit international classique, ce terme évoquait alors une règle applicable sauf dérogation particulière, notamment de caractère régional : on opposait ainsi au droit international général, dit aussi universel, un droit international américain (80) ; on évoquait également des situations historiques particulières dérogeant au droit international commun ou général (81). Si elle continue à être parfois prise dans ce sens (82), l'expression « règle de droit international général » est utilisée aujourd'hui de plus en plus comme synonyme de règle coutumière. Ainsi, dans l'arrêt sur le *Plateau continental de la mer du Nord*, la Cour parle indifféremment de « droit international coutumier » (83), de « droit international général » (84), de « droit international général ou coutumier » (85), ou encore (plus rare-

(78) C.I.J., *Recueil* 1949, p. 185.

(79) Ph. Manin, « Le juge international et la règle générale », cette *Revue*, 1976, pp. 7 ss.

(80) Cf. op. diss. Alvarez dans *Droit d'asile*, C.I.J., *Recueil* 1950, pp. 293-294.

(81) Voir par ex. *Pêcheries*, C.I.J., *Recueil* 1951, p. 30.

(82) En 1976 encore la Commission du droit international oppose le droit international « général » au droit international « particulier » conclu entre plusieurs Etats (*Annuaire C.D.I.*, 1976, vol. II (2^e partie), p. 86) ; dans d'autres passages, cependant, le terme de droit international général est employé par la Commission pour évoquer la règle coutumière par opposition à la règle conventionnelle (par ex., p. 75). — De même l'expression « norme impérative du droit international général » de l'article 53 de la Convention de Vienne est-elle interprétée le plus souvent comme se référant à des règles de portée universelle, par opposition à des règles de caractère régional ou bilatéral (par ex. M. Virally, *Réflexions...*, *supra*, n. 37, p. 15).

(83) C.I.J., *Recueil* 1969, pp. 37, 39, 40, 43, 45.

(84) *Ibid.*, pp. 24, 28, 41.

(85) *Ibid.*, pp. 28, 38.

ment) de « règle générale de droit international » (86), de « droit général » (87). L'idée qui se trouve derrière cette substitution terminologique est claire : il s'agit d'opposer à la règle conventionnelle, qui lie les seuls Etats parties au traité, la règle de droit international coutumier, qui, elle, s'impose de manière plus « générale » à un nombre d'Etats moins strictement délimité. Jusqu'ici, on l'a rappelé, une règle coutumière n'était pas opposable à un Etat qui y avait personnellement fait objection dans des conditions appropriées : la généralité souffrait des exceptions. A présent, sous le couvert de sa généralité, la règle de droit international coutumier s'impose à tous les Etats sans distinction. De simplement générale, elle tend aujourd'hui à être conçue comme insusceptible de dérogations individuelles, en un mot comme universelle.

35. — Ce glissement de la règle coutumière à la règle générale, puis de la règle générale à la règle universelle, apparaît avec éclat dans ce même arrêt du *Plateau continental de la mer du Nord*, puisque aussi bien la Cour se demande si le principe de l'équidistance inscrit dans la Convention de 1958, bien que ne liant pas la République fédérale d'Allemagne « à titre conventionnel », ne s'imposerait pas à elle en qualité « d'une règle de droit international général qui, de même que les autres règles de droit international général ou coutumier, lie la République fédérale automatiquement et indépendamment de tout consentement direct ou indirect » (88). On sait que, selon la Cour, tel n'était pas le cas ; mais s'il en avait été ainsi, la règle de l'équidistance se serait imposée à la République fédérale alors même qu'elle aurait manifesté son opposition à cette règle et alors même que c'est cette opposition qui aurait motivé son refus de ratifier la Convention.

(86) et (87) *Ibid.*, p. 42. — La sentence arbitrale sur la *Délimitation du plateau continental entre la France et le Royaume-Uni* emploie également — mais moins fréquemment, l'expression de « droit international général » pour parler du droit coutumier (par. ex. paragr. 62).

(88) C.I.J., *Recueil* 1969, p. 28. Cf. p. 41. — On cite parfois, dans le même sens, le passage dans lequel la Cour parle « de règles et d'obligations de droit général ou coutumier qui par nature doivent s'appliquer dans des conditions égales à tous les membres de la communauté internationale et ne peuvent donc être subordonnées à un droit d'exclusion exercé unilatéralement et à volonté par l'un quelconque des membres de la communauté à son propre avantage » (pp. 38-39). Il est clair toutefois que ce passage vise uniquement à exclure les réserves à des dispositions formellement conventionnelles mais matériellement coutumières (cf. *infra*, paragr. 40), et n'a donc rien à voir avec le caractère universellement obligatoire de la règle dite générale.

36. — Jusqu'ici la coutume bénéficiait certes d'une présomption d'opposabilité, mais cette présomption pouvait être renversée par un Etat dans son cas personnel ; désormais elle est opposable à tous, sans aucune possibilité de s'y soustraire. L'acceptation expresse d'une règle coutumière n'a jamais été requise ; dorénavant le refus exprès devient lui-même inopérant. De l'acceptation présumée on est passé à l'acceptation imposée (89). Tant et si bien qu'une pratique de moins en moins générale — réduite, dans certains cas, à une convention signée par les Etats « particulièrement intéressés », voire à une résolution d'une organisation internationale — peut donner naissance à une norme de droit coutumier qui, sous le couvert de sa généralité, va s'imposer universellement à tous les Etats, y compris à ceux qui n'auraient cessé de s'y opposer. L'équilibre subtil sur lequel reposait la théorie classique de la coutume est rompu, puisque aussi bien l'*opinio juris* se dissout dans un consentement majoritaire mal défini et se réduit plus ou moins à un vague « consensus » (90).

Rarement sans doute bouleversement de fond d'une telle ampleur aura-t-il pu s'opérer sous le couvert d'une simple mutation terminologique.

L'évolution de la règle conventionnelle

37. — La norme conventionnelle devait, comme on pouvait s'y attendre, offrir davantage de résistance à ce processus d'indétermination des titulaires des obligations internationale : les procédures de conclusion des traités comportent trop de signes tangibles, et le principe de l'effet relatif des traités possède trop de lettres de noblesse, pour que la distinction entre parties et tiers ait pu être surmontée facilement. Aussi n'est-ce pas de front que

(89) Cf. K. Marek, « Le problème des sources du droit international dans l'arrêt sur le plateau continental de la mer du Nord », *R.B.D.I.*, 1970-1971, p. 54 ; Ph. Manin, *Le juge international...* (*supra*, n. 79), pp. 44 ss. ; E. Jiménez de Aréchaga, *International Law...* (*supra*, n. 54), p. 28. — Dans l'arrêt de la *Barcelona Traction*, il est vrai, la Cour, évoquant l'évolution du droit en matière de protection des investissements étrangers, précisera que « dans ce domaine comme dans l'autres, un ensemble de règles n'aurait pu mûrir qu'avec l'assentiment des intéressés » (C.I.J., *Recueil* 1970, p. 47) ; E. Jiménez de Aréchaga voit cependant là, non pas la réintroduction d'un quelconque volontarisme dans la théorie de la coutume, mais une simple référence « to aggregate consent » (*ibid.*, p. 29).

(90) B. Stern, « La coutume au cœur du droit international. Quelques réflexions », *Mélanges Reuter*, Paris, Pedone, 1981, pp. 479 ss. — Cf. E. Jiménez de Aréchaga, *International Law...* (*supra*, n. 54), p. 29.

la norme conventionnelle a été attaquée, mais par une subtile opération de contournement. Le principe demeure qu'un traité international ne lie que les Etats qui y sont devenus parties et ne peut créer d'obligations à la charge d'Etats tiers. Sous ce masque de classicisme conservé, la réalité a cependant changé de contenu : la vérité est que désormais la norme conventionnelle elle-même peut créer des obligations s'imposant à tous les Etats, y compris à ceux qui ne sont pas parties à la Convention.

38. — Pour en arriver là il a fallu, dans un premier temps, entamer l'autonomie de la règle conventionnelle par rapport à la règle coutumière. Sans doute ces deux catégories de normes n'ont-elles jamais été séparées par une barrière infranchissable, et l'on a toujours admis qu'un traité pouvait codifier une norme coutumière ou contribuer à sa formation (91). Ce phénomène, naguère exceptionnel, revêt toutefois aujourd'hui une fréquence et une ampleur qui en altèrent la nature. Dispositions conventionnelles déclaratoires de normes coutumières préexistantes, ou qui cristallisent des normes coutumières en voie de formation, ou qui attirent une pratique concordante « comme de la limaille vers un aimant » (92) : ces trois variantes de l'effacement des frontières entre normes conventionnelles et normes coutumières ont été trop souvent exposées pour qu'il soit utile d'y revenir une fois de plus.

Les rapports entre la règle conventionnelle et la règle coutumière vont cependant plus loin que la simple « interaction » ou « interpénétration » décrite par les auteurs (93). La norme conventionnelle, naguère regardée comme l'archétype de la règle internationale, parce que l'expression la plus pure du consensualisme classique, est à présent considérée comme une variété mineure qui ne prend toute sa valeur qu'à partir du moment où, cessant d'être « purement conventionnelle ou contractuelle », elle se trouve « intégrée à l'ensemble du droit international général » (94). La sentence arbitrale relative à la *Délimitation du plateau continental entre la France et le Royaume-Uni* témoigne de cette tendance à

(91) Dans sa plaidoirie sur l'affaire du *Wimbledon*, J. Basdevant parlait déjà d'une règle possédant « double qualité de règle conventionnelle et de règle coutumière » (C.P.J.I., série C, n° 3, t. 1, p. 182).

(92) « *Like iron filings to a magnet* » ; R.R. Baxter, « *Treaties and Customs* », R.C.A.D.I., 1970-I, t. 129, p. 73.

(93) K. Marek, *Le problème des sources...* (*supra*, n. 89), p. 72 ; E. Jiménez de Aréchaga, *International Law...* (*supra*, n. 54), pp. 23 et 27.

(94) C.I.J., *Recueil* 1969, p. 41.

l'identification pure et simple de la norme conventionnelle (en l'espèce l'article 6 de la Convention de Genève sur le plateau continental) et de la norme générale (lisez : coutumière), puisque aussi bien elle voit dans la première « l'expression particulière » de la seconde (95). Témoignage encore plus frappant de la valorisation dont jouissent les règles coutumières, regardées comme de qualité supérieure, la Cour a tenu, dans l'affaire du *Personnel diplomatique des Etats-Unis en Iran*, à relever que les obligations violées par l'Iran « ne sont pas *simplement* des obligations contractuelles établies par les Conventions de Vienne de 1961 et 1963 ; ce sont *aussi* des obligations imposées par le droit international général » (96) : la Cour n'a donc pas jugé suffisant de se placer sur le terrain solide — d'où l'on ne se serait pas écarté naguère — des normes conventionnelles liant les Parties ; pour souligner davantage le caractère normatif des règles violées par l'Iran, elle a jugé nécessaire de relever que ces règles se trouvent intégrées au droit international général — en d'autres termes qu'elles sont aussi des règles coutumières. C'est à une véritable dé-conventionnalisation des règles conventionnelles que l'on assiste ainsi de toutes parts.

39. — La norme conventionnelle une fois absorbée dans la norme coutumière et privée de sa spécificité, il ne restait plus, dans un second temps, qu'à la soumettre à cette indétermination croissante des titulaires d'obligations internationales qui affecte, on l'a vu, la règle coutumière. C'est ainsi par le relais de la norme coutumière, qualifiée elle-même de règle générale ou de règle de droit international général, que la norme conventionnelle en vient à s'imposer à tous les Etats, y compris à ceux qui ne sont jamais devenus parties à la Convention ou même qui ne l'ont jamais signée.

40. — De cette tourmente le droit des traités sort profondément altéré. Non seulement la norme conventionnelle, naguère auréolée du prestige du consensualisme et victime aujourd'hui de la fascination de la règle générale, se retrouve dévaluée par rapport aux autres sources du droit, mais elle doit abandonner ce qui constituait jusqu'ici les traits caractéristiques de son régime juridique.

(95) Paragr. 70.

(96) C.I.J., *Recueil* 1980, p. 31 (Voir aussi pp. 24 et 44, ainsi que *Recueil* 1979, pp. 10 et 20). Dans son avis de 1951 sur les *Réserves à la Convention sur le génocide* la Cour avait déjà formulé une observation du même ordre (C.I.J., *Recueil* 1951, p. 23).

Si la Convention de Vienne confirme et les procédures classiques de conclusion des traités et le principe de leur effet relatif, cette confirmation se réduit à une coquille vide dès lors qu'une disposition formellement conventionnelle peut être analysée comme matériellement coutumière et que, partant, elle se trouve soumise aux divagations de la règle coutumière, devenue à son tour règle de droit international général. Lorsque tel est le cas, il n'y a plus guère de différence entre l'Etat partie à la Convention et celui qui ne l'est pas : la norme en cause s'imposera à l'un comme à l'autre. Il n'y a pas davantage de différence entre la convention entrée en vigueur et celle qui ne l'est pas encore : la Cour internationale et les tribunaux arbitraux n'ont-ils pas maintes fois appliqué des dispositions de la Convention de Vienne sur le droit des traités avant que celle-ci ne soit entrée en vigueur et à l'égard d'Etats qui ne l'avaient pas ratifiée ou qui n'entendaient pas la ratifier à l'avenir ? (97). Que cette Convention soit en vigueur à l'égard d'un Etat ou ne le soit pas n'a, en définitive, guère d'importance. Mieux encore : dès lors qu'une règle coutumière pourrait naître, non plus seulement d'une convention déjà adoptée, mais d'un « assentiment général » manifesté au cours d'une conférence internationale, il n'y aurait plus grande différence non plus entre des accords auxquels on a « presque abouti » et des accords déjà réalisés (98). Bien d'autres aspects fondamentaux du droit des traités se trouvent également atteints : pas question de faire des réserves à une disposition conventionnelle analysée comme une règle de droit international général ; pas question non plus de dénoncer un traité contenant une telle disposition : à quoi une telle dénonciation servirait-elle d'ailleurs, dès lors que la disposition continuerait à s'imposer à l'Etat au titre de règle générale du droit international ?

Bref, peu importe désormais la volonté manifestée par un Etat vis-à-vis d'une convention donnée : qu'il la signe ou non, qu'il y devienne partie ou non, qu'il fasse des réserves à certaines de ses clauses ou non, qu'il la dénonce ou non, il sera de toutes manières lié par celles des dispositions de cette convention auxquelles aura

(97) *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du sud en Namibie*, C.I.J., Recueil 1971, p. 47 ; *Compétence en matière de pêcheries*, C.I.J., Recueil 1973, p. 14 ; *Plateau continental de la mer Egée*, C.I.J., Recueil 1978, p. 39 ; *Interprétation de l'accord du 25 mars 1951 entre l'O.M.S. et l'Egypte*, C.I.J., Recueil 1980, pp. 92 et 95. — Cf. les sentences arbitrales dans les affaires du *Canal Beagle* (paragr. 7 : *I.L.M.*, 1978, p. 645) et des *Dettes extérieures allemandes* (paragr. 16 : cette *Revue*, 1980, p. 1184).

(98) Cf. *Compétence en matière de pêcheries*, C.I.J., Recueil 1974, p. 23.

été reconnu le caractère de règles de droit international coutumier ou général. Si les distinctions établies par le droit classique des traités finissent par être presque toutes plus ou moins brouillées, pour ne pas dire effacées, la nécessité surgit ainsi, en même temps, de distinguer à l'intérieur de chaque instrument conventionnel celles de ses dispositions qui sont soumises au régime dilué de la norme coutumière et celles qui demeurent assujetties à la discipline traditionnelle et rigoureuse des normes conventionnelles classiques. On frémit à la pensée des controverses que pourra faire naître dans l'avenir le problème de l'opposabilité de telle ou telle disposition de la Convention sur le droit de la mer à un Etat qui n'y serait pas partie.

IV

CONCLUSION

41. — « Faiseur de systèmes » par vocation, le juriste a besoin d'un minimum d'appareil conceptuel. Aussi ne peut-il que se sentir troublé par une évolution qui tout à la fois gradue la normativité en plus et en moins et en diffuse l'extension spatiale au-delà de toute limite discernable. Les rapports entre les divers concepts en cause soulèvent au demeurant des problèmes difficiles à résoudre. Les obligations *erga omnes* et les obligations *omnium* se recouvrent-elles, au moins en partie, comme le font les normes « impératives » et les normes « essentielles » ? Les normes « lourdes » sont-elles précisément celles qui valent aussi *erga omnes* ou s'imposent à tous les Etats ? A force de se laisser tenter par les délices et poisons de la sophistication et du laxisme intellectuel, le système normatif international risque de dériver irrémédiablement vers le relatif et l'aléatoire. Que le sociologue rende compte des nuances infinies de la réalité, c'est une chose. Que le juriste, qui a besoin d'une rigueur simplificatrice, suive son exemple, c'en est une autre.

42. — Mais là n'est encore pas le plus grave. Ce qui inquiète davantage dans cette relativisation de la normativité, c'est qu'elle puisse rendre le droit international incapable de remplir les fonctions qui, depuis son origine, sont les siennes.

Les règles du droit international général tendent à présent à être élaborées non plus par les Etats *ut singuli* auxquelles elles s'adressent, mais par la communauté internationale des Etats dans son ensemble ; c'est elle aussi qui hausse certaines règles du rang de règles « quelconques » à celui de règles « impératives » ou « essentielles » et qui devient ainsi l'agent central tant de la formation des règles que de leur situation sur l'échelle de normativité. Dès lors, toutefois, que la communauté internationale demeure dans les faits une entité sans signification précise, le pouvoir normatif nominalelement conféré à la communauté internationale se trouve confié à un directoire de cette communauté, à une oligarchie de fait. Ainsi risque de s'instaurer dans la société internationale un pouvoir législatif permettant à certains Etats — les plus puissants ou les plus nombreux — d'édicter des normes auxquelles seront assujettis les autres. La distinction fondamentale entre la *lex lata* et la *lex ferenda* s'estompe, puisque aussi bien le « droit désiré » par certains Etats devient aussitôt le « droit établi » pour tous les autres.

Les conséquences d'un tel bouleversement ne sont que trop évidentes. L'égalité souveraine des Etats risque de ne plus être qu'un vain mot : il y a désormais des Etats plus égaux que d'autres. Les Etats qui ont le privilège de participer à ce pouvoir législatif sont à même de faire prévaloir leur propre hiérarchie des valeurs et de s'arroger le droit d'en exiger le respect par les autres. Les concepts de « conscience juridique » et de « communauté internationale » peuvent ainsi devenir des mots codés se prêtant à toutes sortes de manipulations et sous le couvert desquels certains Etats peuvent tenter d'instaurer un droit idéologique négateur du pluralisme inhérent de la société internationale.

43. — Le déplacement de l'axe du droit international des Etats vers la communauté internationale constituerait assurément un progrès décisif s'il correspondait à une transformation effective de la vie internationale : alors, à coup sûr, on devrait se féliciter, et de cette unification du genre humain si longtemps rêvée et enfin réalisée, et de la victoire elle aussi si longtemps rêvée et enfin réalisée de valeurs éthiques communes à l'humanité entière sur les forces centrifuges et les égoïsmes sacrés. Force est malheureusement de constater que, pour le moment, la communauté internationale « est un ordre en puissance dans l'esprit des hommes ; dans les réalités de la vie internationale elle en est encore à se

chercher, elle ne correspond pas à un ordre effectivement établi » (99). Quelque regret que l'on puisse en avoir, la vie internationale contemporaine demeure faite de la juxtaposition d'Etats également souverains qui cherchent à assurer entre eux, par-delà leurs différences, la coexistence pacifique et la coopération. Dans la mesure où les tendances actuelles traduisent une *aspiration* à une solidarité mieux perçue et à une conscience juridique mieux affirmée, elles appellent incontestablement l'adhésion. On ne saurait s'y rallier dans la mesure où elles viseraient à instaurer d'ores et déjà un système normatif que les structures actuelles de la société internationale ne seraient pas préparées à accueillir.

A vouloir faire dès aujourd'hui le droit international de la société internationale de demain, on risque de fabriquer une clé qui n'est pas adaptée à la serrure qu'elle doit ouvrir. En projetant sur la société internationale d'aujourd'hui les concepts appropriés à une société différente, les évolutions en cours se livrent à une anticipation qui relève au mieux de l'angélisme, au pire du détournement des « bons sentiments » à des fins de puissance ou d'idéologie.

44. — Si elles sont revêtues des attraits du modernisme, les modes juridiques ici dénoncées risquent d'endormir les Etats nouveaux, souvent faibles et peu développés, dans les illusions d'une rhétorique trompeuse. Ici comme ailleurs, entre le fort et le faible c'est le droit — avec sa rigueur que l'on ne saurait confondre avec de la rigidité — qui protège et qui libère. Sans doute le droit international classique est-il loin d'avoir rempli ses fonctions à la perfection : il n'a pas empêché les guerres ; il s'est prêté à des manipulations au profit de certains intérêts de puissance. Mais ce n'est pas parce que le droit international classique a été malmené trop souvent dans le passé que l'abandon de ses aspects intrinsèquement positifs serait moins grave pour l'avenir.

45. — Rien, certes, n'est encore joué. La théorie des crimes internationaux n'en est qu'à ses premiers balbutiements et celle du *jus cogens* demeure, plus de dix ans après la signature de la Convention de Vienne, dépourvue d'application pratique. La réticence de la Cour à se lancer dans l'aventure est évidente : alors

(99) Ch. De Visscher, *Positivismes...* (*supra*, n. 23), p. 8. — Sur la communauté internationale en tant que réalité « historique » et en tant que « valeur mythique », voir R.J. Dupuy, *Leçon inaugurale*, Paris, Collège de France, 1980.

pourtant qu'elle a insisté, dans l'affaire du *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*, sur le « caractère fondamental » et l'« importance capitale » des règles relatives à l'institution diplomatique et qu'elle a fait état de la « reconnaissance universelle » dont ces règles bénéficient, elle n'a jugé nécessaire ni de qualifier ces règles de normes de *jus cogens*, ni de définir la responsabilité de l'Etat qui les avait violées autrement qu'en termes de responsabilité ordinaire engendrant une très classique obligation de réparation. L'occasion était idéale pour concrétiser le concept de norme de haut rang : la Cour ne l'a pas saisie. Quant à l'obligation *omnium erga omnes*, elle n'est pas davantage passée du stade des potentialités à celui du régime de droit positif. La dislocation de la structure normative du droit international et la dénaturation de ses fonctions sont loin d'être une certitude. Il est temps encore pour les juristes de réagir.
