

HORS COMMERCE

ACADÉMIE DE DROIT INTERNATIONAL DE LA HAYE

établie avec le concours de la

DOTATION CARNEGIE POUR LA PAIX INTERNATIONALE

**L'ADAPTATION DU DROIT INTERNATIONAL
AUX BESOINS CHANGEANTS
DE LA SOCIÉTÉ INTERNATIONALE**

Conférence inaugurale,
session de droit international public,
2007

par

ALAIN PELLET

Tiré à part du *Recueil des cours*,
tome 329 (2007)

2008

MARTINUS NIJHOFF PUBLISHERS
Leiden/Boston

HORS COMMERCE

ACADÉMIE DE DROIT INTERNATIONAL DE LA HAYE

établie avec le concours de la

DOTATION CARNEGIE POUR LA PAIX INTERNATIONALE

**L'ADAPTATION DU DROIT INTERNATIONAL
AUX BESOINS CHANGEANTS
DE LA SOCIÉTÉ INTERNATIONALE**

Conférence inaugurale,
session de droit international public,
2007

par

ALAIN PELLET

Tiré à part du *Recueil des cours*,
tome 329 (2007)

2008

MARTINUS NIJHOFF PUBLISHERS
Leiden/Boston



A. PELLET

NOTICE BIOGRAPHIQUE

Alain Pellet, né le 2 janvier 1947 à Paris.

Agrégation de droit public et de sciences politiques (1974). Doctorat d'Etat de droit public, Université de Paris II (1974). Diplôme d'études supérieures (DES) de sciences politiques (1969) et DES de droit public (1969), faculté de droit et des sciences économiques de Paris.

Auditeur à l'Académie de droit international de La Haye (session de droit public, en 1967, en 1969 et en 1971).

Diplôme de l'Institut d'études politiques de Paris (Sciences-Po) (section du service public, 1968).

Licence en droit public, faculté de droit et des sciences économiques de Paris (1968).

Professeur à l'Université Paris X-Nanterre (depuis 1990).

Directeur du Centre de droit international de Nanterre (CEDIN, 1991-2001). Responsable du diplôme d'études approfondies (DAS) puis du master 2 (recherche) de droit des relations économiques internationales et communautaires.

Professeur à l'Institut d'études politiques de Paris (« Sciences-Po ») (1980-1999). Professeur à l'Université Paris-Nord (1977-1990). Professeur à l'Université de Constantine (1974-1977). Maître de conférence à l'Institut d'études politiques de Paris (1972-1981). Assistant à l'Université Paris II (1969-1974).

Professeur invité, missions de courte durée et conférences dans de nombreuses universités étrangères.

Membre de la Commission du droit international de l'Organisation des Nations Unies (depuis 1990); rapporteur spécial sur « Les réserves aux traités » (depuis 1994); président (1997-1998).

Membre suppléant (arbitre) de la Cour de conciliation et d'arbitrage de l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (OSCE) (depuis 2001). Membre suppléant de la Sous-Commission des droits de l'homme de l'Organisation des Nations Unies (1983-1992).

Conseil et avocat de la France, du Burkina Faso, du Nicaragua, de l'Australie, du Tchad, de la Slovaquie, de la Bosnie-Herzégovine, du Cameroun, de l'Indonésie, de la République de Guinée, du Liechtenstein, de l'Inde, du Bénin, de l'Iran, de Singapour, de la Roumanie, de l'Argentine et du Pérou, dans plus de trente affaires devant la Cour internationale de Justice. Participation à divers arbitrages en tant qu'arbitre, conseil et avocat ou en tant que consultant notamment devant le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), dans le cadre de la Chambre de commerce internationale (CCI), et dans l'affaire *Eurotunnel* (depuis 2005). Expert-consultant auprès de la commission d'arbitrage de la Conférence pour la paix en Yougoslavie (1991-1993). Conseiller juridique de l'Organisation mondiale du tourisme (depuis 1990). Rapporteur du comité de juristes français chargé d'étudier la création d'un Tribunal pénal international destiné à juger les crimes commis dans l'ex-Yougoslavie (« Commission Truche ») (1993); *amicus curiae* à deux reprises devant le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie.

Consultant, société d'avocats Mignard-Teitgen-Grisoni (Paris) (1993-2007).

Docteur *honoris causa* (Universités Estácio de Sá, Rio de Janeiro, 1998; Miskolc (Hongrie), 2000, et Académie russe du commerce extérieur, Moscou, 2002).

Associé de l'Institut de droit international (2007).

Chevalier de la Légion d'honneur (France, 1998). A reçu plusieurs décorations françaises et étrangères.

PRINCIPALES PUBLICATIONS

Ouvrages

- La Charte des Nations Unies, Constitution mondiale?* dir. publ. (avec R. Chemain), actes du colloque du CEDIN, *Cahiers internationaux*, n° 20, Pedone, 2006.
- La Charte des Nations Unies (commentaire article par article)*, dir. publ. (avec J.-P. Cot et M. Forteau), 3^e éd., Economica, 2005 (traduction en japonais, 1993; traduction en anglais à paraître en 2008).
- Droit international pénal*, dir. publ. (avec H. Ascensio et E. Decaux), Pedone, 2000.
- Droit international public (Nguyen Quoc Dinh)*, avec P. Daillier, 7^e éd., LGDJ, 2002 (traductions en portugais, 2^e éd., 2004, et en russe, 2003 (2 vol.); traductions partielles en grec, 1991, et en hongrois, 1997).
- Les fonctionnaires internationaux* (avec D. Ruzié), collection Que sais-je?, PUF, 1993.
- Le droit international du développement*, 2^e éd., collection Que sais-je?, PUF, 1987 (traduction en japonais, 1988).
- Les voies de recours ouvertes aux fonctionnaires internationaux*, Pedone, 1982.
- Droit international public*, collection Thémis, PUF, 1981 (traduction en japonais, 1992).
- Recherche sur les principes généraux de droit en droit international public*, thèse, doctorat d'Etat, Paris II, 1974.

Recueils de textes

- Les Nations Unies. — Textes fondamentaux*, collection Que sais-je?, PUF, n° 3035, 1995.
- Droit d'ingérence ou devoir d'assistance humanitaire? Problèmes politiques et sociaux*, n°s 758-759, 1^{er}-22 décembre 1995, La documentation française.

Principaux articles

- «Articles 19 et 22» et, avec W. Schabas, «Article 23 (Réserves)», dans O. Corten et P. Klein (dir. publ.), *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités. — Commentaire article par article*, vol. I, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 639-796, 934-970 et 971-1022.
- «Vous avez dit «monisme»? — Quelques banalités de bon sens sur l'impossibilité du prétendu monisme constitutionnel à la française», *L'architecture du droit. — Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris, Economica, 2006, pp. 827-857.
- «Article 38», dans A. Zimmermann, Ch. Tomuschat et K. Oellers-Frahm, *The International Court of Justice. — A Commentary*, Oxford University Press, 2006, pp. 677-792.
- «Inutile Assemblée générale?», *Pouvoirs*, n° 109, 2004, pp. 43-59.
- «Les réserves aux conventions sur le droit de la mer», dans *La mer et son droit. — Mélanges offerts à Laurent Lucchini et Jean-Pierre Quéneudec*, Pedone, Paris, 2003, pp. 501-520.
- «Les articles de la CDI sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite; suite — et fin?», *AFDI*, 2002, pp. 1-23.
- «“Human Rightism” and International Law», *Italian Yearbook of International Law*, 2000, pp. 3-16.
- «La codification du droit de la responsabilité internationale: Tâtonnements et affrontements», dans L. Boisson de Chazournes et V. Gowlland-Debbas (dir. publ.), *L'ordre juridique international, un système en quête d'équité et*

d'universalité, Liber amicorum Georges Abi-Saab, Kluwer, La Haye, 2001, pp. 285-304.

- «La *lex mercatoria*, «tiers ordre juridique»? Remarques ingénues d'un internationaliste de droit public», dans *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^e siècle, Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Litec, 2000, pp. 53-74.
- «Responding to New Needs through Codification and Progressive Development» (Keynote Address), dans V. Gowlland-Debbas (dir. publ.), *Multilateral Treaty-Making: The Current Status of Challenges to and Reforms Needed in International Legislative Process*, Kluwer, La Haye, 2000, pp. 13-23.
- «La Commission du droit international, pour quoi faire?», *Boutros Boutros-Ghali amicorum discipulorumque liber. — Paix, développement, démocratie*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 583-612.
- «Le droit international à l'aube du XXI^e siècle (La société internationale contemporaine — permanences et tendances nouvelles)», cours général, *Cours euro-méditerranéens de droit international*, vol. I, 1997, Pamplona, Aranzadi, 1998, pp. 19-112.
- «Conseil devant la Cour internationale de Justice: quelques impressions», *Mélanges offerts à Hubert Thierry. L'évolution du droit international*, Pedone, 1998, pp. 345-362 (version mise à jour dans Nations Unies, *Recueil d'articles de conseillers juridiques d'Etats, d'organisations internationales et de praticiens du droit international*, New York, 1999, pp. 435-458, et, en anglais: «The Role of the International Lawyer in International Litigation», dans Ch. Wickremasinghe (dir. publ.), *The International Lawyer as Practitioner*, Londres, BIICL, 2000, pp. 147-162).
- «Le renforcement du rôle de la Cour en tant qu'organe judiciaire principal des Nations Unies», dans G. Peck and R. S. Lee (dir. publ.), *Increasing the Effectiveness of the International Court of Justice. Proceedings of the ICJ/UNITAR Colloquium to Celebrate the 50th Anniversary of the Court*, Nijhoff/Unitar, 1997, pp. 235-253.
- «Remarques sur une révolution inachevée. — Le projet de la CDI sur la responsabilité des Etats», *Annuaire français de droit international*, 1996, pp. 7-32.
- «Vive le crime! Remarques sur les degrés de l'illicite en droit international», dans CDI, A. Pellet (dir. publ.), *Le droit international à l'aube du XXI^e siècle, vues de codificateurs*, Nations Unies, New York, 1997, pp. 287-315.
- «Le projet de Statut de Cour criminelle internationale permanente. — Vers la fin de l'impunité?», dans *Héctor Gros Espiell liber amicorum*, Bruxelles, Bruylant, 1997, pp. 1057-1087.
- «Les fondements internationaux du droit communautaire», Académie de droit européen, Florence, *Recueil des cours* (1994), vol. V, t. 2, Dordrecht, Kluwer, 1997, pp. 193-271.
- «The Road to Hell Is Paved with Good Intentions. — The United Nations as Guarantor of International Peace and Security: A French Perspective», dans Ch. Tomuschat (dir. publ.), *UN at Age Fifty*, Dordrecht, Nijhoff, 1995, pp. 113-133.
- «La formation du droit international dans le cadre des Nations Unies», *Journal européen de droit international*, 1995, pp. 401-425.
- «Peut-on et doit-on contrôler les actions du Conseil de sécurité?», dans SFDI, colloque de Rennes, *Le chapitre VII de la Charte des Nations Unies et les nouveaux aspects de la sécurité collective*, Pedone, 1995, pp. 221-238.
- «Quel avenir pour le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes?», *Liber amicorum Jiménez de Aréchaga*, Montevideo, Fundación de cultura universitaria, 1995, pp. 255-276.
- «La formation du droit international dans le cadre des Nations Unies», *JEDI*, 1995, pp. 401-425.
- «Le Tribunal criminel international pour l'ex-Yougoslavie», *RGDIP*, 1994, pp. 7-60.
- «The Normative Dilemma. — Will and Consent in International Law», *Australian Yearbook of International Law*, vol. 12, 1992, pp. 22-53.

- «Contre la tyrannie de la ligne droite. — Aspects de la formation des normes en droit international de l'économie et du développement», *Thesaurus Acroasium*, vol. XIX, 1992, pp. 287-355.
- «La mise en œuvre des normes internationales des droits de l'homme», dans CEDIN, *La France et des droits de l'homme*, Paris, Monchrestien, 1990, pp. 101-140.
- «Le glaive et la balance. — Remarques sur le rôle de la CIJ en matière de maintien de la paix et de la sécurité internationales», dans Y. Dinstein (dir. publ.), *International Law at a Time of Perplexity. Essays in Honour of Shabtai Rosenne*, Dordrecht, Nijhoff, 1989, pp. 539-556.
- «La carrière des fonctionnaires internationaux», dans SFDI, colloque d'Aix-en-Provence, *Les agents internationaux*, Pedone, 1985, pp. 143-191.
- «L'article 53 de la Constitution de 1958. — Le rôle du Parlement dans la procédure d'entrée en vigueur des traités et accords internationaux», dans F. Luchaire et G. Conac (dir. publ.), *La Constitution de 1958*, 2^e éd., Economica, 1987, pp. 1005-1038.
- «Le bon droit de l'ivraie. — Plaidoyer pour l'ivraie (Remarques sur quelques problèmes de méthode en droit international)», dans *Mélanges Charles Chaumont*, Pedone, 1984, pp. 465-493.
- «Budget et programmes aux Nations Unies, quelques tendances récentes», *AFDI*, 1976, pp. 242-282.
- «La grève dans les services publics internationaux», *RGDIP*, 1975, pp. 932-971.
- «La ratification par la France de la Convention européenne des droits de l'homme», *RDP*, 1974, pp. 1319-1379.

Excellences,

Mesdames et Messieurs,

Chers Amis,

Lorsque Yves Daudet, le secrétaire général de l'Académie, m'a transmis l'aimable proposition du Curatorium de faire cette conférence doublement inaugurale (de cette session et de ce beau bâtiment flambant neuf) il m'a laissé libre de choisir le sujet, en précisant cependant qu'il devrait s'agir d'un sujet d'«actualité».

Je suis bien conscient que les sujets d'actualité ne manquent pas et il aurait peut-être été plus conforme à cette demande de choisir un thème plus «brûlant», en apparence au moins, dans un domaine «à la mode», comme le droit de l'environnement, la responsabilité de protéger, voire le malheureux arrêt de la Cour internationale de Justice de février dernier dans l'affaire de l'*Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, quoique je m'interdis, en général, de parler des affaires dans lesquelles j'ai été conseil, ce qui est le cas en l'espèce. Mais, finalement, je me suis décidé pour un thème que l'on peut considérer comme étant d'une «actualité éternelle», mais qu'il me paraît de plus en plus urgent d'essayer de clarifier: Comment le droit international s'adapte-t-il aux besoins changeants de la société internationale?

La question est, évidemment, aussi vieille que le droit international: compte tenu de la structure très particulière de la société que régit le droit des gens, caractérisée avant tout — même si pas exclusivement — par la juxtaposition d'entités qui se veulent «souveraines par-dessus tout», comment répondre au «besoin de droit» qui peut s'y manifester? Et, question liée mais un peu différente je crois, comment adapter les règles existantes mais devenues obsolètes ou inadaptées à des besoins nouveaux?

Deux remarques d'emblée:

- 1) pendant longtemps, j'ai l'impression que les deux questions ont été confondues: le long écoulement du temps faisait que l'on s'accommodait de pratiques «immémoriales», et ne conduisait pas à mettre l'accent sur les changements du droit; une fois adop-

tées, les règles étaient supposées correspondre à des besoins sociaux qui semblaient immuables; du coup, et c'est la seconde remarque,

- 2) la vénérable théorie des sources du droit — à laquelle, contrairement à d'autres, je demeure largement attaché — permettait de répondre à l'une comme à l'autre des deux questions: quand un besoin de norme juridique se faisait sentir dans tel ou tel domaine, il convenait — et il suffisait — de conclure un traité, d'en venir à considérer une pratique comme répondant à une nécessité juridique ou de postuler l'existence d'un principe général de droit que l'on prétendait déduire de la concordance des normes applicables dans les droits internes — opération un peu aléatoire certes, mais que la relativement grande unité idéologique, politique, économique et sociale des « nations » que l'on appelait « civilisées » facilitait. Vous avez reconnu les trois grandes « sources » du droit international qu'énumère le très (justement à mon avis) fameux article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice¹.

Et si cette perception des réalités a perduré, les choses ont changé à compter, disons un peu arbitrairement, du début du XX^e siècle: le monde s'est rétréci, le temps s'est accéléré, la multiplication des Etats (un mouvement entamé, il est vrai, un siècle plus tôt) a compliqué les choses et l'évolution des techniques à la fois en matière de communication et militaire, avec l'accroissement dramatique de la capacité de destruction massive lors des conflits armés qui en est résulté, ont rendu plus aiguë la question de l'adaptation des règles de droit aux besoins changeants (et changeant rapidement) de la société internationale.

Vous pouvez penser qu'après tout le problème du changement et de l'adaptation du droit aux besoins sociaux n'est pas propre au droit international — et c'est vrai: marque d'une « politique qui a réussi »², la norme de droit, dans quelque ordre juridique que l'on se situe, a inévitablement pour objet de figer les situations acquises et de les perpétuer. C'est vrai au plan interne comme au plan international.

1. Voir mon commentaire de l'article 38 dans A. Zimmermann, Ch. Tomuschat et K. Oellers-Frahm (dir. publ.), *The Statute of the International Court of Justice*, Oxford University Press, 2006, pp. 677-792.

2. E. Giraud, « Le droit positif: ses rapports avec la philosophie et la politique », *Hommage d'une génération de juristes au président Basdevant*, Paris, Pedone, 1960, p. 234.

Mais il y a une énorme différence: dans l'Etat, quelles que soient la forme de son organisation politique et la nature de ses institutions, il existe — toujours — des mécanismes permettant d'ajuster les règles inadaptées aux besoins de la société. Cela peut se faire par la révolution — qui permet, par des changements drastiques de l'ordre juridique, de répondre à un bouleversement radical des rapports sociaux. Plus communément l'adaptation continue du droit est rendue possible par des mécanismes constitutionnels plus ou moins recommandables, plus ou moins efficaces, mais en général suffisants, au moins à court ou moyen termes, pour modifier les règles existantes lorsqu'elles sont inadaptées ou lacunaires: le vote d'une nouvelle loi par le parlement, l'adoption d'un nouveau règlement par l'exécutif, l'édiction d'une nouvelle norme par le dictateur.

En droit international, cela ne fonctionne pas ainsi et cela ne peut pas fonctionner ainsi: dans l'Etat, la souveraineté — qui permet de conférer à une norme un « sceau » juridique — réside dans une entité unique, que ce soit la nation, le peuple ou le prince; la faculté de faire le droit — qui émane du souverain — est conférée à un (ou quelques) législateur(s) spécialisé(s) — le parlement (et, accessoirement, le gouvernement ou des organes décentralisés) dans un Etat démocratique. Ce schéma ne peut être transposé — même par analogie — au plan international.

Dans la société internationale, la souveraineté est partagée entre près de deux cents entités — ce qui, d'ailleurs, conduit nécessairement à donner de la souveraineté au plan international une définition différente de celle qui est habituellement retenue dans l'Etat, où elle s'accommode d'être définie comme un pouvoir illimité et inconditionné. Dans l'ordre international, la souveraineté de chaque Etat est, nécessairement, concurrencée et, du coup limitée, par celle, égale, appartenant à tous les autres. En ce qui concerne la formation et l'adaptation des normes juridiques, cela a pour conséquence qu'il n'existe pas de législateur spécialisé et que ces normes soit résultent de la volonté concordante des Etats (qui en sont aussi les principaux destinataires) — et c'est le procédé conventionnel — soit « sourdent » du corps social lui-même, sans émaner d'un organe spécifique — et ce sont le processus coutumier ou les principes généraux de droit. Mais de législateur, point; d'où notre problème.

D'où aussi le caractère trompeur de toute analogie avec le droit interne et l'embarras des auteurs qui y recourent. Ainsi de Georges Abi-Saab, qui a adopté comme fil directeur du magnifique cours

général qu'il a professé dans cette maison en 1987 la distinction tripartite classique entre les fonctions exécutive, judiciaire et législative; mais, au sujet de cette dernière, il précise qu'il n'entend pas « désigner un pouvoir et une procédure spécialisés » — comme c'est le cas dans l'ordre interne — mais qu'il « s'agit de savoir comment cette fonction peut s'accomplir dans un système à pouvoirs diffus et sans spécialisation de fonctions »³.

Cette situation ne facilite pas une prompt adaptation du droit aux évolutions de plus en plus rapides de la société internationale et de ses besoins, et aux changements qu'exige la conscience de plus en plus aiguë de l'interdépendance entre les hommes et les sociétés humaines qu'ils forment. Or, à peine d'aboutir à des blocages (lourds de menaces pour la sécurité des rapports juridiques et pour la sécurité « tout court »), il faut trouver une ou des réponses à ces défis.

La société internationale (et ses composantes) s'y emploie(nt), cahin-caha, même si, à mes yeux, les réponses qui se dessinent relèvent plus du « bricolage » ou de ce que l'on qualifierait peut-être plus exactement en anglais de « trial and error » que d'une stratégie d'ensemble cohérente. Cela n'est guère étonnant.

C'est par la révolution que le cadre juridique d'une société particulière est réformé globalement et consacré par un changement de constitution. Or si, dans la société internationale, les évolutions sont, aujourd'hui, rapides et profondes, elles ne sont sans doute pas suffisamment brutales pour entraîner, ni même pour permettre, une remise à plat de l'ordre juridique international (que l'absence de constitution formelle le régissant ne facilite d'ailleurs pas). De tels bouleversements ont eu lieu dans le passé. L'apparition des Etats modernes — même si elle a été progressive — a entraîné une remise en cause radicale de l'ordre juridique « intersociétal » traditionnel, avec l'avènement du système westphalien. Sans avoir des effets aussi radicaux, les traumatismes engendrés par les deux guerres mondiales ont, à leur tour, conduit à des infléchissements en profondeur de ce système.

Toutefois, il est assez remarquable que ces réorientations aient bien davantage porté sur les mécanismes d'application du droit en vue du maintien de la paix et de la sécurité internationales que sur sa formation ou son adaptation (malgré la tentative avortée de l'ar-

3. « Cours général de droit international public », *Recueil des cours*, tome 207 (1987), p. 127.

ticle 19 du Pacte de la Société des Nations dont je redirai un mot dans quelques instants). Et ni le Conseil et l'Assemblée de la Société des Nations, ni l'Assemblée générale et le Conseil de sécurité des Nations Unies n'ont été conçus, de près ou de loin, comme des législateurs mondiaux, pas davantage bien sûr que l'on imaginait que la Cour permanente de Justice internationale puis la Cour internationale de Justice seraient appelées à exercer des fonctions quasi législatives même si, et cela mérite d'être noté, Balfour avait, avec une grande perspicacité, fait remarquer lors de la création de la Cour permanente que « the decision[s] of the Permanent Court cannot but have the effect of gradually moulding and modifying international law »⁴.

Malgré le petit nombre d'affaires dont la Cour mondiale a été saisie, ce pressentiment a été amplement confirmé par la suite; et je pense en effet que la Cour internationale de Justice — et dans une mesure moindre les autres juridictions internationales — sont les législateurs ou, en tout cas, les « adaptateurs de droit » les plus efficaces de l'ordre juridique international.

Mais n'anticipons pas. Pour l'instant, nous en sommes aux changements radicaux de l'ordre juridique international pour faire face à des bouleversements structurels de grande ampleur. Force est de constater à cet égard que la société internationale est plus inerte, plus rétive face aux évolutions que les sociétés nationales. Les changements du droit y sont en général lents; ils ne touchent pas les modes de « fabrication » du droit; et, au-delà de son apparence anarchique, le système juridique international apparaît comme remarquablement stable.

Il s'est adapté, sans guère de soubresauts, à la décolonisation massive des années cinquante et soixante du XX^e siècle; la fin de la guerre froide ne l'a pas profondément altéré; la prétendue « guerre contre le terrorisme » a servi de justification à des abus manifestes, mais n'a pas non plus exercé sur le système de pressions suffisamment fortes pour aboutir à des changements substantiels dans les mécanismes de production et d'adaptation du droit. Et même la « globalisation » de l'économie mondiale, que je tiens pour l'évolution la plus significative de l'après-guerre, n'a pas, à cet égard, profondément

4. *Documents concerning the Action Taken by the Council of the League of Nations*, 1921, p. 38. Cité par M. Shahabuddeen, *Precedent in the World Court*, Cambridge University Press, 1996, p. 78.

bouleversé le système interétatique — le seul que je puisse évoquer dans cette brève conférence, même si elle a entraîné l'avènement d'un système parallèle qui, à terme, risque de menacer l'intégrité du système postwestphalien — mais on ne voit pas clairement les effets de cette menace à l'heure actuelle, en tout cas en ce qui concerne les mécanismes de création et d'adaptation des normes de droit international.

Dans cet esprit, on peut relever que l'Accord créant l'Organisation mondiale du commerce, qui est l'une des conséquences (indirectes) de la chute du Mur de Berlin et qui accompagne la mondialisation de l'économie, innove profondément en ce qui concerne la mise en œuvre du droit mondial du commerce, mais est résolument conservateur pour ce qui est de son élaboration, comme en témoigne le blocage des négociations du cycle de Doha: il ne fournit aucun moyen pour résoudre les problèmes posés par les oppositions entre Etats ou groupes d'Etats (et le système du consensus n'arrange pas les choses à cet égard). Je suis aussi très frappé que le « 11-Septembre » n'ait eu aucun effet spectaculaire sur la « constitution » de la société internationale, en tout cas pas en ce qui concerne la formation et la révision des règles juridiques (même si, nous le verrons, l'émotion suscitée par les attentats a permis un infléchissement en profondeur — mais peut-être conjoncturel — des fonctions du Conseil de sécurité dans un sens nettement « législatif »).

Le système international de production de normes reste fondamentalement décentralisé et aucun organe, aucune institution, n'y est investi spécifiquement de la fonction de fabriquer et de modifier le droit. Les traités et la coutume y demeurent les principaux mécanismes à cette fin et ils sont largement inadaptés aux besoins de rapidité et de souplesse qui caractérisent le monde moderne, même si, dès que la nécessité d'un assouplissement des sources traditionnelles se fait sentir, le mécanisme de « trial and error » se déclenche.

L'une des premières réponses de la société postwestphalienne aux défis nouveaux qu'elle rencontrait a été la « quasi-législation », c'est-à-dire la convocation de grandes conférences internationales ayant pour objet l'adoption de « conventions de synthèse » (on parlait volontiers de « traités-lois ») dans des domaines variés, dont l'exemple le plus frappant, le plus efficace aussi, est évidemment donné par les deux Conférences de La Haye de 1899 et de 1907. Cela a été à l'origine de toute une évolution sur laquelle je ne peux m'attarder, mais qui continue à porter ses fruits aujourd'hui: la « multilatéralisation »

conventionnelle. De la technique d'un faisceau de relations bilatérales (qui avait marqué, par exemple, les Traités de Westphalie ou les Traités de Vienne de 1815), on en est venu, à partir de la seconde moitié du XIX^e siècle, à accentuer les particularités du droit à vocation universelle, qui a trouvé son point d'aboutissement avec l'abandon de la règle de l'unanimité en matière d'adoption et d'entrée en vigueur des traités multilatéraux ou d'efficacité des réserves ou avec la généralisation des possibilités d'adhésion.

Ces techniques facilitent et l'adoption et la diffusion des règles conventionnelles et, du même coup, la possibilité pour les Etats contractants de se lier par des normes d'intérêt mutuel de manière relativement rapide, même si, comme on l'a souvent souligné⁵, la rapidité du processus conventionnel est toute relative comme le montrent les vingt et un ans qui se sont écoulés entre la mise en chantier de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982 et son entrée en vigueur ou les quelque trente ans qu'ont nécessités l'élaboration et l'entrée en vigueur des Pactes des Nations Unies sur les droits de l'homme. Mais surtout, malgré l'assouplissement du processus d'adoption des conventions multilatérales, il s'agit toujours de traités avec les inconvénients qui en résultent (au moins dans la problématique qui est la nôtre de l'adaptation des règles du droit international aux nécessités de la vie internationale):

- 1) le processus fait la part belle à la souveraineté en ce sens qu'un Etat, fût-il complètement isolé, et, sous réserve du cas — très exceptionnel — d'une norme de *jus cogens*, ne peut être engagé contre son gré, quand bien même sa participation au traité serait indispensable à la mise en œuvre de celui-ci; et
- 2) à l'inverse, le traité est un piège à volonté en ce sens que, tout souverain qu'il soit, l'Etat est lié et ne peut se dégager de ses engagements conventionnels, à moins que le traité n'en dispose autrement — ce qui est aussi un frein (d'ailleurs inévitable) à l'adaptation du traité aux évolutions de la société internationale.

Je sais bien que le droit des traités comporte des atténuations à cette rigidité, mais elles sont presque purement théoriques: l'amendement des traités multilatéraux entre certaines parties seulement est

5. Voir, par exemple, G. de Lacharrière, *La politique juridique extérieure*, Paris, Economica, 1983, pp. 29-30.

subordonné par l'article 41 de la Convention de Vienne à des conditions extrêmement strictes et le changement fondamental de circonstances ne peut être invoqué, aux termes de l'article 62, comme motif pour mettre fin à un traité qu'à des conditions tellement rigides que, dans les faits, cela est pratiquement impossible. Tous les précédents sont douteux et, en tout cas, une prétention en ce sens n'a jamais été admise à ma connaissance par aucune juridiction internationale.

Du reste, et de toute manière, ce mécanisme improbable ne permet que de mettre fin à un traité et non de l'adapter au changement fondamental de circonstances. Il est destructeur de droit mais pas « améliorateur ».

Traumatisé par le cataclysme de la première guerre mondiale dont l'une des causes était imputée à la rigidité des situations internationales, les rédacteurs du Pacte de la Société des Nations y avaient inclus une disposition célèbre en son temps, visant à faciliter le réexamen des traités « devenus inapplicables ». Aux termes de l'article 19 du Pacte, il était prévu que l'Assemblée de la Société pouvait « de temps à autre, inviter les Membres de la Société à procéder à un nouvel examen des traités devenus inapplicables ». Mais, comme on le sait, le système, auquel la Chine (pour les « traités inégaux »)⁶ et la Bolivie (pour le traité de paix qu'elle avait dû signer avec le Chili après avoir perdu la « guerre du latex »)⁷ avaient fait appel en vain, n'a jamais pu fonctionner. La Charte ne reprend l'idée que sous une forme beaucoup plus vague en prévoyant que l'Assemblée générale

« peut recommander les mesures propres à assurer l'ajustement pacifique de toute situation ... qui lui semble de nature à nuire au bien général ou à compromettre les relations amicales entre nations... » (art. 14)

et, dans le même esprit, le chapitre VI donne compétence au Conseil

6. Voir *Compte rendu de la sixième Assemblée de la Société des Nations, sixième séance plénière, 11 septembre 1925*, pp. 4-5 (M. Chao-Hsin Chu); *dixième séance plénière, 14 septembre 1925*, p. 9; *quatorzième séance plénière, 22 septembre 1925*, p. 2; voir aussi V. Böhmert, *Der Art. 19 der Völkerbund-satzung*, Kiel, Verlag des Instituts für internationales Recht, 1934, pp. 234-235.

7. Voir *Actes de la première Assemblée, séance plénière*, pp. 395-397; *deuxième Assemblée, séance plénière*, pp. 45-56 et 466-468. Voir aussi le résumé dans V. Böhmert, précité note 6, pp. 232-234, et MM. Rodoïkovitch, *op. cit.* note 6, pp. 312-324.

de sécurité de faire des recommandations en matière de règlement pacifique des différends, mais cela est essentiellement lié à la protection de la paix et de la sécurité internationales et non à l'adaptation qualitative du droit international aux évolutions de la société internationale⁸.

Notre problème demeure donc entier — étant entendu, pour rappel, que la voie coutumière n'est guère plus praticable : bien sûr l'alchimie mystérieuse du processus coutumier permet d'accueillir dans la sphère juridique des pratiques qui finissent par s'imposer comme étant le droit — ce qui donne à penser qu'elles répondent à un besoin de la société internationale. Mais l'assouplissement des conditions traditionnelles d'établissement des normes coutumières, notamment en ce qui concerne le temps nécessaire à leur émergence — on pense immédiatement à la consécration rapide de la notion du plateau continental à la suite de la proclamation Truman de 1945 — ne suffit pas à faire du processus coutumier une voie commode pour la prompt adaptation du droit aux besoins de la société internationale.

C'est moins vrai des principes généraux de droit pour les (très mauvaises) raisons que, à vrai dire, personne ne sait très bien de quoi il s'agit et que, même si on se rallie (comme c'est mon cas) à la définition qui en est habituellement donnée et que l'on considère qu'il s'agit des principes déduits des règles communes aux grands systèmes juridiques du monde, on peut leur faire dire à peu près ce que l'on veut tant les modes de preuve de leur existence et de leur contenu sont incertains — ce qui présente, assurément l'avantage de la souplesse ! Mais, ici encore, le recours à cette « troisième source » formelle n'est réellement envisageable que lorsque des problèmes inconnus surgissent pour la première fois : ils ont joué un grand rôle, aux débuts de l'arbitrage international, pour fixer les principes applicables à la procédure et aux effets des sentences ; ils ont, à l'origine, facilité la mise en pratique du droit de la fonction publique internationale et forment l'une des sources les plus vivaces de l'encore

8. O. Kimminich et M. Zöckler, « Article 14 », dans B. Simma *et al.* (dir. publ.), *The Charter of the United Nations, A Commentary*, 2^e éd., Oxford University Press, 2002, pp. 321-322, par. 7-11 ; T. Schweisfurth, « Article 34 », dans *ibid.*, p. 596, par. 6 ; T. Stein, « Article 36 », dans *ibid.*, pp. 618-619, par. 5-7 ; R. Maison, « Article 14 », dans J.-P. Cot, A. Pellet et M. Forteau (dir. publ.), *La Charte des Nations Unies, Commentaire article par article*, 3^e éd., Paris, Pedone, 2005, pp. 747-749 ; S. Bouiffror, « Article 34 », dans *ibid.*, pp. 1062-1063, et D. Momtaz, « Article 36 », dans *ibid.*, pp. 1092-1093.

incertaine *lex mercatoria*, mais, une fois le droit stabilisé dans un domaine donné, leur influence décline. Les principes généraux de droit ne sont, en effet, qu'une source «transitoire» qui permet de combler les lacunes apparentes du droit international, mais leur application répétée dans l'ordre international a pour effet de les transformer en normes coutumières qui ne peuvent être modifiées que par la voie conventionnelle ou par la formation d'une nouvelle norme coutumière, d'autant plus difficile qu'elle suppose d'abord, inévitablement, la violation répétée de la règle existante. En d'autres termes, ils peuvent contribuer à l'«invention» de nouvelles règles de droit, mais pas à la mise à l'écart de règles anciennes devenues inadaptées, ni même à leur modification.

Première constatation donc : les mécanismes traditionnels de formation des normes en droit international, ce que l'on appelle les sources du droit, permettent tant bien que mal que des règles juridiques soient créées en droit international, mais il s'agit de procédés fort lourds et au résultat incertain et, surtout, une fois la norme «adoptée» (pour les traités), «créée» (pour la coutume) ou «consacrée» (pour les principes généraux de droit), elle rigidifie les situations et rend les évolutions plus difficiles.

Il est vrai toutefois que, dans le système postwestphalien (j'ai des doutes sur la réalité du «postmodernisme»), les modes traditionnels de formation et de modification des règles juridiques que j'ai décrites en commençant cette présentation ont été complétés et réorientés, progressivement, par «petites touches», ce qui rend le système plus sophistiqué, mais aussi plus réactif qu'il ne l'était dans les siècles passés.

Trois éléments fondamentaux me paraissent témoigner de ces évolutions :

- l'avènement des organisations internationales a entraîné la création d'un mécanisme, plus efficace que ne le disent les juristes classiquement positivistes, de «propositions de normes» ;
- le développement de l'entreprise de codification du droit international a eu des effets ambigus sur le système normatif international ; et
- la montée en puissance des juridictions internationales leur a permis d'apparaître — en s'en défendant — comme les faiseurs ou les adaptateurs de normes les plus efficaces du système international et, malgré son extraordinaire sous-utilisation, cela est tout

particulièrement vrai de la Cour internationale de Justice (pour le meilleur et pour le pire).

Je vais consacrer la seconde partie de cet exposé à développer quelque peu chacune de ces propositions.

*

Comme je l'ai dit il y a quelques instants, les deux guerres mondiales ont conduit à une remise en cause partielle du vieil ordre, politique et juridique, westphalien : le principe de souveraineté, sur lequel il repose, n'est, en aucune manière, remis en cause — et la conception absolutiste que s'en faisaient (et que s'en font toujours) les juristes positivistes, qui prévalait avant 1914 et qui a trouvé sa désastreuse expression dans l'affaire du *Lotus*, continue à faire ses ravages — si l'on s'en tient, en tout cas, à l'interprétation dominante de l'arrêt de 1927 ; mais je ne suis pas sûr que cette interprétation s'impose avec la clarté de l'évidence⁹. Néanmoins, la création d'organisations internationales universelles à vocation politique et générale, la Société des Nations d'abord, les Nations Unies ensuite, modifient tout de même la donne en facilitant le dialogue des souverainetés.

Bien sûr, leurs créateurs se gardent de conférer aux nouvelles organisations un quelconque pouvoir législatif. Pour s'en tenir aux Nations Unies :

- l'Assemblée générale est investie d'un pouvoir général de discussion et de recommandation par l'article 10 de la Charte, mais elle n'a en principe pas de pouvoir de décision et lorsque, par exception, elle peut prendre des décisions obligatoires, ce n'est que dans l'ordre interne de l'organisation (en matière budgétaire et de fonction publique internationale essentiellement) ou à propos de situations particulières, comme l'illustre l'hypothèse très exceptionnelle envisagée par la Cour internationale de Justice dans l'affaire de la *Namibie*¹⁰ ;

9. Voir A. Pellet, «*Lotus*, que de sottises on profère en ton nom. — Remarques sur le concept de souveraineté dans la jurisprudence de la Cour mondiale», *Mélanges en l'honneur de J.-P. Puissechet — L'Etat souverain dans le monde d'aujourd'hui*, Paris, Pedone, 2008, pp. 215-230.

10. Avis consultatif du 21 juin 1971, *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) non-obstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, CJI Recueil 1971, p. 50.

— et la situation est inversée s'agissant du Conseil de sécurité: il peut adopter des décisions dans le cadre du chapitre VII et, plus généralement, de l'article 25 de la Charte; mais celles-ci ne peuvent, en principe, porter que sur des situations particulières en cas de menace contre la paix, de rupture de la paix ou d'acte d'agression.

Ni l'un ni l'autre des deux organes n'a le pouvoir de prendre des décisions obligatoires de nature générale et impersonnelle; dans le cas de l'Assemblée, c'est l'obligatorité qui fait défaut, dans celui du Conseil, la généralité manque.

Mais, d'une part, même interprété strictement, tel que les créateurs de la Société des Nations et des Nations Unies l'avaient conçu, le nouveau système n'en accroît pas moins la flexibilité du processus normatif international et, au prix d'une interprétation sans doute discutable, il a abouti à l'avènement d'un mécanisme d'édition de normes juridiques par le Conseil de sécurité à la « constitutionnalité » peut-être douteuse, mais à l'efficacité indiscutable.

Pour s'en convaincre, il faut, une fois de plus, abandonner une posture purement positiviste et une conception étroite de ce qu'est le droit. Si l'on y voit exclusivement un ensemble de prescriptions obligatoires et d'interdictions, on ne pourra considérer les recommandations de l'Assemblée générale (ou d'autres organes ayant des fonctions comparables) au mieux que comme des sources matérielles — que les juristes traditionnels ont une fâcheuse tendance à frapper d'excommunication juridique. Que cela plaise ou non aux Diafoirus de droit international, les résolutions n'en exercent pas moins une influence notable dans le processus d'adaptation du droit aux besoins de la société internationale.

D'abord, ceux-ci peuvent s'exprimer au sein de l'Assemblée générale beaucoup plus clairement que dans une société exclusivement interétatique. La généralité de ses compétences a pour conséquence première que tous les sujets peuvent y être abordés (nonobstant la limite illusoire que constitue le « domaine réservé » visé à l'article 2, paragraphe 7, de la Charte). Pour cela, il faut et il suffit qu'ils passent le test de l'inscription à l'ordre du jour, qui ne suppose qu'une majorité simple. Une fois le « besoin de discussion » ainsi exprimé, il y est répondu par un débat qui peut déboucher (et ne débouche que trop souvent) sur l'adoption d'une ou de plusieurs recommandations — dépourvues de valeur obligatoire; et c'est ce qui conduit les internationalistes classiques à leur dénier toute valeur juridique.

Admettons-le pour l'instant. Ce n'est pas pour autant la fin de la question. Même si les résolutions facultatives de l'Assemblée générale ne sont pas obligatoires, elles peuvent puissamment contribuer au processus de changement du droit. Pensez par exemple à la résolution 2749 (XXV) du 17 décembre 1970 qui, à la suite du fameux discours de l'ambassadeur de Malte, Arvid Pardo, de 1967¹¹ (moins de dix ans après l'adoption des Conventions de Genève sur le droit de la mer de 1958), déclare solennellement les nouveaux principes devant régir le fond des mers et des océans au-delà des limites de la juridiction nationale et va donner le « la » aux négociations qui débouchent, douze ans plus tard, sur l'adoption de la Convention de Montego Bay par la Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer, qui avait été convoquée par la résolution 3067 (XXVIII) du 16 novembre 1976.

Nul ne peut douter non plus que les résolutions, même facultatives, des organisations internationales, et tout particulièrement de l'Assemblée générale, contribuent — et contribuent fortement aujourd'hui — à la formation des règles coutumières, soit que l'on y voit des éléments constitutifs de la pratique (ce qui est le cas si elles portent sur des situations concrètes), soit qu'on les considère comme l'expression autorisée de l'*opinio juris* des membres des Nations Unies, c'est-à-dire en fait de l'ensemble des Etats qui forment la société internationale. De cette manière aussi, les recommandations de l'Assemblée générale ou d'autres organes internationaux contribuent à l'évolution du droit international et jouent un rôle important sur l'accélération du processus coutumier et sa faculté à adapter le droit aux besoins de la société internationale.

Mais, à mon avis, il y a plus. Les recommandations, par définition, n'obligent certes pas; mais elles peuvent détruire des règles existantes, les priver d'effets juridiques et, face positive de la même médaille, permettre des comportements que le droit antérieur excluait. Il me semble qu'il s'agit là d'effets tout ce qu'il y a de plus juridiques. Comme l'a excellemment écrit Hersch Lauterpacht dans la remarquable opinion individuelle qu'il a jointe à l'avis consultatif de 1955 de la Cour internationale de Justice dans l'affaire de la *Procédure de vote applicable aux questions touchant les rapports et pétitions relatifs au Territoire du Sud-Ouest africain*:

11. Assemblée générale, *Documents officiels, vingt-deuxième session (1967), Première Commission, A/C.1/PV.1515, 1^{er} novembre 1967.*

«de par leur nature même, les recommandations ne créent pas d'obligations juridiques de passer à exécution, bien qu'en certaines circonstances appropriées elles constituent une autorisation légale pour les membres décidés à s'y conformer soit individuellement, soit collectivement»¹².

Pour prendre un exemple récent et un peu technique: le 20 décembre 2006, l'Assemblée générale a adopté une très longue résolution (61/222) sur «Les océans et le droit de la mer», par laquelle elle exhorte les Etats

«à coopérer et à prendre toutes les mesures qui s'imposent pour que soient effectivement appliquées les modifications apportées à la Convention internationale sur la recherche et le sauvetage maritimes et à la Convention pour la sauvegarde de la vie humaine en mer...» (par. 71).

Il ne me paraît pas douteux que les Etats liés par les conventions initiales mais qui n'auraient pas accepté les modifications à ces instruments ne pourraient être tenus pour internationalement responsables pour les mesures résultant de la mise en œuvre de ces modifications à l'égard d'autres membres des Nations Unies, quand bien même ceux-ci n'auraient pas non plus accepté les modifications en question.

De même, aux beaux temps de feu le «nouvel ordre économique international», j'avais soutenu qu'un Etat, qui, en matière d'indemnisation en cas de nationalisation de propriétés étrangères, appliquait les «règles» nouvelles (et contraires aux normes traditionnelles) énoncées, notamment, dans la Charte des droits et devoirs économiques des Etats, ne pouvait se voir attribuer un fait internationalement illicite engageant sa responsabilité¹³. Ce ne serait sûrement plus le cas aujourd'hui, où le «nouvel ordre» est, pour l'essentiel, tombé dans «les oubliettes de l'histoire»; mais je considère que, à l'époque, les résolutions pertinentes, «contestataires» de l'ordre juridique établi, adoptées à de très fortes majorités, avaient un effet destructeur de l'*opinio juris* traditionnelle en la matière. Ce n'est que par la suite que celle-ci a refait surface — moins par des résolutions de l'Assemblée générale et de la CNUCED (même si l'on peut y

12. 7 juin 1955, *CIJ Recueil 1955*, p. 115.

13. *Droit international du développement*, «Que sais-je?», n° 1731, 1^{re} éd., Paris, PUF, 1978, p. 63.

trouver des traces de ce retour aux règles traditionnelles), que du fait de la reprise de la norme ancienne dans des centaines et même des milliers de conventions bilatérales d'investissement, dont la concordance permet de (et oblige à) réaffirmer la positivité de la règle traditionnelle — encore que, dans son récent arrêt dans l'affaire *Diallo*, la Cour internationale de Justice ait estimé que

«[I]e fait, dont se prévaut la Guinée, que différents accords internationaux tels les accords sur la promotion et la protection des investissements étrangers et la convention de Washington aient institué des régimes juridiques spécifiques en matière de protection des investissements, ou encore qu'il soit courant d'inclure des dispositions à cet effet dans les contrats conclus directement entre Etats et investisseurs étrangers, ne suffit pas à démontrer que les règles coutumières de protection diplomatique auraient changé; il pourrait tout aussi bien se comprendre dans le sens contraire»¹⁴

— ce qui pourrait faire douter (à mon avis à tort) que la concordance des mêmes clauses sur les mêmes problèmes dans des traités conclus par des Etats très divers pourrait être à l'origine de règles coutumières.

Cette fonction de légitimation constitue une manière souple de répondre aux besoins de la société internationale et est particulièrement apparente lorsqu'elle est exercée par le biais de déclarations solennelles, qui énoncent des principes présentés comme autant d'évidences juridiques. Il suffit, pour s'en convaincre, de penser, par exemple, à la très fameuse déclaration 1514 (XV) de 1960 sur «l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux» que l'on considère à juste titre comme la «Charte de la décolonisation». Par cet instrument, non obligatoire en lui-même, l'Assemblée générale a imposé une lecture anticoloniale de la «vraie» charte (celle des Nations Unies), que ni la lettre de cette dernière, ni ses travaux préparatoires ne justifiaient, mais que le contexte international de l'époque imposait pourtant. Il est impossible de revenir aujourd'hui sur cette interprétation — pas seulement politiquement mais aussi juridiquement. Toute tentative pour remettre en cause «l'évolution que le droit a ultérieurement [après 1945] connue grâce à la Charte

14. Arrêt du 24 mai 2007, *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo), exceptions préliminaires*, par. 90.

des Nations Unies et à la coutume», pour reprendre l'expression de la Cour¹⁵, serait vouée à l'échec — même si, prise à la lettre, la formule de la CIJ prête à discussion et qu'il faut sans doute la lire plutôt ainsi : «grâce à la Charte des Nations Unies telle qu'interprétée par les résolutions de l'Assemblée générale», qui ont, au minimum, facilité dans ce domaine l'affermissement d'une coutume, peut-être l'avènement d'une norme impérative, incompatible avec la lettre de la Charte.

Bien entendu, le rôle des résolutions des organisations internationales ne pose pas problème lorsque l'organe qui les adopte est autorisé, par l'acte constitutif, à adopter de véritables réglementations obligatoires de portée générale comme cela est le cas (à titre toujours très exceptionnel) à l'Organisation mondiale de la santé — pour lutter contre les pandémies et les épidémies — ou à l'Organisation de l'aviation civile internationale et à l'Organisation maritime internationale — pour la fixation de routes aériennes ou maritimes. Ces trois exemples sont d'ailleurs significatifs : ils montrent que lorsque l'anarchie juridique internationale conduirait inévitablement à des résultats inacceptables et néfastes pour la «communauté internationale dans son ensemble» et pour toutes ses composantes, bon gré, mal gré, la «solidarité» juridique prévaut et les procédés autoritaires de formation du droit affleurent dans la sphère internationale — par la force des choses : naviguer dans la Manche ou dans le détroit de Singapour sans respecter les routes de trafic, ou aux abords d'Heathrow ou de Kennedy Airport en faisant fi des règles relatives à la circulation aérienne, est aussi absurde et dangereux pour la sécurité de tous (y compris le contrevenant) que de rouler à contresens sur une autoroute. Ici, la «nécessité fait loi» au sens propre de l'expression. Quant au SRAS — comme l'ensemble des microbes et des virus — il ne connaît pas les frontières et, faute d'action commune, c'est la société internationale tout entière qui serait menacée par son expansion.

Ces cas montrent d'une part que l'ordre juridique international n'est pas imperméable par nature à la formation du droit par des procédés autoritaires, mais aussi, d'autre part, que le recours à de tels procédés demeure confiné aux (très rares) domaines dans lesquels

15. Avis consultatifs du 21 juin 1971, *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, CIJ Recueil 1971, p. 31 ; du 16 octobre 1975, *Sahara occidental*, CIJ Recueil 1975, p. 32, par. 56.

les êtres humains (et les Etats) ont pris conscience de leur interdépendance et de leur indispensable solidarité.

Cette solidarité ne déploie pas exclusivement ses effets face à des phénomènes naturels ; elle peut s'organiser pour répondre à des défis lancés par certains groupes humains — et l'on pense bien sûr au terrorisme. C'est, à vrai dire, une donnée très ancienne de la vie internationale (aussi bien que nationale d'ailleurs) ; mais c'est le 11 septembre qui en a fait une préoccupation majeure de la société internationale (pour des raisons géopolitiques qu'il n'est pas très difficile de comprendre). Mais, s'il existe des organisations spécialisées dotées de compétences (chichement mesurées cependant) leur permettant d'adopter des règles obligatoires en matière de santé ou de transports aériens ou maritimes, il n'en allait pas de même en ce qui concerne la lutte contre le terrorisme. Sans doute, dès lors qu'un acte terroriste est défini comme une menace contre la paix ou un acte d'agression par le Conseil de sécurité, celui-ci peut-il décider les mesures de l'article 41 de la Charte ou entreprendre les actions de l'article 42 qui lui paraissent s'imposer. Mais, comme je l'ai noté tout à l'heure, le Conseil n'est pas doté par la Charte d'un pouvoir de décision générale et impersonnelle. Pas davantage que l'Assemblée générale, il ne peut, en principe, adopter de règles obligatoires susceptibles de s'appliquer à une pluralité de situations. Le Conseil s'est cependant découvert récemment une vocation de législateur international, justement pour permettre l'encadrement, par des règles obligatoires pour tous, de la «guerre» déclarée au terrorisme.

On peut estimer qu'en créant les Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et pour le Rwanda, il avait déjà fait acte de législateur, non pas en instituant les tribunaux eux-mêmes (il s'agissait de décisions «individuelles» répondant à des situations particulières qualifiées de menaces contre la paix), mais en définissant les crimes relevant de la compétence de ces juridictions. Certes, ces définitions ne valaient que pour chacune des deux situations en question ; mais il est clair qu'en agissant ainsi le Conseil de sécurité pèserait considérablement sur le processus de formation du droit international pénal et, en effet, les définitions figurant dans les résolutions 827 (1993) et 955 (1994) ont exercé, à n'en pas douter, une influence décisive sur celles retenues dans les articles 6, 7 et 8 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale. Mais, au-delà de cette influence, il est significatif que le Conseil ait agi «comme un

législateur interne» en matière pénale — même si, je le répète, il ne s'agissait de «légiférer» que dans deux hypothèses déterminées.

Toutefois, depuis lors, le Conseil est allé très au-delà dans deux domaines dont il n'est pas exagéré de constater qu'ils présentent une importance fondamentale dans la société internationale contemporaine et sans doute même pour l'avenir de l'humanité : en matière de terrorisme, d'une part, en ce qui concerne la possession d'armes de destruction massive, d'autre part.

S'agissant du terrorisme, le Conseil de sécurité avait, avant même le 11 septembre 2001, adopté un certain nombre de résolutions ; mais celles-ci étaient liées à des événements déterminés. Les choses changent avec l'adoption, le 28 septembre 2001, de la résolution 1373 (2001), complétée, le 22 novembre suivant, par la résolution 1377 (2001), toutes deux intitulées «Menace à la paix et à la sécurité internationales résultant d'actes terroristes» — une menace (au singulier) mais une pluralité d'actes sont visés.

Jusqu'à une date récente, la grande majorité des spécialistes de droit international considéraient que le Conseil de sécurité ne pouvait agir que pour faire face à une situation concrète et dans la seule mesure où cette situation l'exigeait. Or la résolution 1373 (2001) va très au-delà. Elle innove de deux manières : en se plaçant sur un terrain général et impersonnel («tout acte de terrorisme international» y est qualifié de menace à la paix) et en statuant dans le cadre du chapitre VII de la Charte des Nations Unies, qui permet au Conseil de prendre des décisions obligatoires pour tous les Etats. Il existait bien quelques précédents dans un sens ou dans l'autre, mais jamais les deux perspectives ne s'étaient trouvées réunies dans une résolution unique. C'est, ici, d'une véritable législation internationale qu'il s'agit ; la mutation est essentielle.

En légiférant de la sorte, le Conseil de sécurité rend obligatoire pour les Etats le respect de dispositions figurant dans des conventions qu'ils n'ont pas forcément ratifiées, notamment celle de 1999 pour la répression du financement du terrorisme à l'égard de laquelle nombre de gouvernements, à commencer par celui des Etats-Unis, avaient manifesté une grande défiance. Ainsi se trouve contourné le principe fondamental selon lequel les traités internationaux ne lient les Etats que lorsqu'ils les ont ratifiés : ici, le Conseil impose le respect des clauses qu'il choisit, et, en créant un comité chargé de suivre l'application de la résolution, il se donne les moyens de faire pression sur les Etats récalcitrants sur lesquels il fait peser la menace

de sanctions futures. Non seulement la volonté des Etats est court-circuitée, mais encore l'efficacité potentielle des normes se trouve accrue par rapport au procédé conventionnel classique tant par la procédure de suivi mise en place par le Conseil, que par la menace de sanction dont il assortit l'adoption des normes qu'il édicte — et une menace crédible puisque, en vertu de la Charte, le Conseil de sécurité est investi d'un pouvoir effectif de prendre des sanctions.

Plus récemment, le Conseil a eu recours au même procédé en ce qui concerne la dissémination des armes de destruction massive. Par sa résolution 1540 (2004) du 28 avril 2004, le Conseil,

«affirmant que la prolifération des armes nucléaires, chimiques et biologiques et de leurs vecteurs constitue une menace pour la paix et la sécurité internationales»,

et «agissant en vertu du chapitre VII de la Charte des Nations Unies», c'est-à-dire dans le cadre de son pouvoir de décision,

«1. *Décide* que tous les Etats doivent s'abstenir d'apporter un appui, quelle qu'en soit la forme, à des acteurs non étatiques qui tenteraient de mettre au point, de se procurer, de fabriquer, de posséder, de transporter, de transférer ou d'utiliser des armes nucléaires, chimiques ou biologiques ou leurs vecteurs»,

et précise avec un certain luxe de détails les mesures de prévention et de contrôle qui doivent être prises à cette fin. Cela est d'autant plus intéressant que, d'une part, le Conseil court-circuite, en quelque sorte, le procédé conventionnel — car il se substitue aux Etats parties au Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires qui n'ont pas su adapter en ce sens le Traité de 1968 et, d'autre part, il institue un comité chargé de la surveillance de la mise en œuvre effective de sa décision.

On pourrait se réjouir de cette «avancée législative». Elle laisse cependant des sentiments mêlés. Un «gouvernement (ou un législateur) mondial» ne se justifierait que s'il s'accompagnait d'une dose raisonnable de démocratisation. On se plaint du «déficit démocratique» de la Communauté européenne ; c'est de vacuité qu'il faut parler dans le cadre de l'ONU, où aucune instance ne représente les peuples. Quant au Conseil de sécurité, dont la légitimité est parfois contestée, il est composé de quinze Etats dont, c'est le moins que l'on puisse dire, les performances démocratiques sont très inégales.

Or, en adoptant ces résolutions, concrètement, le Conseil de sécurité empêche les Parlements des Etats, qui savent à peu près ce que démocratie veut dire, de se prononcer.

Cela est d'autant plus préoccupant que, progressivement, le Conseil a considérablement élargi le champ de sa compétence en étendant la notion de « menace contre la paix », qui recouvre aujourd'hui des éléments fort disparates. A cet égard, la lecture du rapport du groupe de personnalités de haut niveau sur les menaces, les défis et le changement intitulé « Un monde plus sûr : notre affaire à tous », auquel fait partiellement écho celui du Secrétaire général intitulé « Dans une liberté plus grande », est particulièrement révélatrice : les deux rapports incluent, dans « les menaces qui nous guettent », non seulement les conflits entre Etats et les guerres civiles, mais aussi le terrorisme, la « criminalité transnationale organisée », la pauvreté ou le sida¹⁶ — et si, comme on peut le penser (et comme je le pense en effet), il s'agit là de menaces contre la paix, cela veut dire que, virtuellement, il n'est pas de domaine dans lequel le Conseil de sécurité ne pourrait légiférer à l'avenir.

Il n'est pas évident que cette perspective soit particulièrement réjouissante : entre les risques de blocage résultant d'une confiance exclusive placée dans les mécanismes conventionnels et les menaces que cette nouvelle tendance fait peser sur la souveraineté et sur la démocratie, il serait utile de rechercher des voies moyennes dans lesquelles l'Assemblée générale devrait avoir un rôle à jouer et qui permettraient de faire une place accrue (et contrôlée) à ce que l'on appelle la « société civile ». Au demeurant, il faut bien dire que les initiatives « législatives » qu'a prises le Conseil ne présentent pas que des inconvénients et que, pour douteuse qu'en soit la « constitutionnalité » au regard de la Charte, elles ont pour elles de permettre une adaptation rapide et efficace du droit international à des besoins peu contestables de la société internationale.

Mutatis mutandis, le développement progressif et la codification du droit international posent le même genre de problèmes que les recommandations des organisations internationales. Qu'ils aboutissent à des projets d'articles ou à des directives ou principes direc-

16. A/59/565, « Un monde plus sûr : notre affaire à tous », par. 44-73 (pauvreté et maladies infectieuses), 88-84 (conflits internes), 145-164 (terrorisme), 165-177 (criminalité transnationale organisée); A/59/2005, « Dans une liberté plus grande », par. 6-11 (les défis), 25-73 (pauvreté et développement), 87-96 (terrorisme), 106-121 (conflits armés).

teurs, qu'il s'agisse de lois types¹⁷ ou de projets de conventions, ce sont toujours des documents non obligatoires, qui n'exercent pas moins une influence considérable sur l'ajustement des règles de droit international aux besoins nouveaux des Etats et des autres membres de la société internationale.

Pour m'en tenir à ce que je connais le moins mal, le rôle joué dans ce domaine par la Commission du droit international des Nations Unies, plusieurs points peuvent être soulignés.

En premier lieu, il est intéressant de constater qu'alors que son statut opère une distinction nette entre développement progressif d'une part et codification *stricto sensu* d'autre part — tant en ce qui concerne la sélection des sujets que la méthode de leur examen —, il est très vite apparu qu'en pratique il n'était ni souhaitable, ni possible, de faire la différence : même dans les domaines dans lesquels de nombreuses règles coutumières existent, il est toujours nécessaire de combler les « interstices » du droit positif par des normes nouvelles, dont la préexistence est incertaine, afin que l'encadrement juridique du domaine en question constitue un tout cohérent ; à l'inverse, un sujet « nouveau » n'est jamais totalement exempt de normes juridiques et c'est en s'appuyant sur le corps de règles juridiques existantes que la Commission doit procéder — faute de quoi, l'on ne serait pas en présence d'un développement *progressif* du droit international, mais, d'une véritable législation *ex nihilo*, ce qui ne correspond pas à la vocation de la CDI, qui ne dispose ni de la légitimité politique nécessaire, ni d'un mandat de « négociation ».

En deuxième lieu, les projets de la Commission valent par leur qualité technique d'abord — celle-ci est inégale — mais aussi par le fait qu'ils répondent, effectivement, à des besoins des Etats. Je ne veux pas dire par là que la Commission du droit international doive suivre servilement des instructions qui viendraient de la Sixième Commission de l'Assemblée générale — d'ailleurs celle-ci n'en donne pas et il est en général impossible de dégager des directives quelconques des débats, sans conclusion et souvent stéréotypés, de celle-ci. En revanche, on pourrait s'attendre à ce que l'Assemblée

17. Cf. la résolution 61/33 sur les « Articles révisés de la Loi type sur l'arbitrage commercial international de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, et recommandation relative à l'interprétation du paragraphe 2 de l'article II et du paragraphe 1 de l'article VII de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, faite à New York le 10 juin 1958 », du 4 décembre 2006.

joue un rôle décisif dans la détermination des sujets qu'elle charge la Commission d'étudier. Ce n'est malheureusement pas du tout le cas : la Commission du droit international ne reçoit strictement aucune directive sérieuse d'aucun genre de l'Assemblée générale ni en ce qui concerne le choix des sujets, ni en ce qui concerne leur orientation une fois qu'un thème est choisi et en voie d'élaboration¹⁸.

Aucun des huit sujets actuellement à l'ordre du jour de la Commission n'est, si je peux dire, d'« initiative étatique » : tous ont été retenus par la Commission seule, suite à la consultation, très largement formelle, de la Sixième. Ce n'est pas sain. Mais, surtout, cela témoigne de l'indifférence des Etats à l'égard du « *principal organe subsidiaire permanent* chargé du développement progressif et de la codification du droit international »¹⁹ et de son travail, et de leur embarras dès lors qu'il s'agit de faire appel à ses services. Cette autosélection des sujets se prêtant au développement progressif et à la codification ne garantit évidemment pas qu'ils répondent aux besoins de la société internationale. Cela ne laisse pas d'être inquiétant et conduit à se demander si, objectivement, la Commission a sa place dans le processus de formation du droit international, et, en tout cas, si les Etats ont un projet pour elle.

Une autre critique souvent adressée à la Commission du droit international porte sur la lourdeur du processus de développement progressif et de codification sous son égide. Il est certainement vrai que la Commission procède généralement avec une sage lenteur : il lui a fallu dix-huit ans pour adopter un projet d'articles sur le droit des traités ; celui sur la responsabilité des Etats pour fait internationalement illicite n'est arrivé à maturation qu'après quarante-cinq ans (alors même qu'il avait déjà fait l'objet d'une première tentative du temps de la Société des Nations) ; et j'ose à peine mentionner le guide de la pratique sur les réserves aux traités dont la rédaction, entamée en 1995, n'est toujours pas achevée... Sous cet angle la codification (au sens large) par la Commission du droit international n'est sûrement pas un moyen très efficace de répondre par l'adoption

18. Cf. A. Pellet, SFDI, colloque d'Aix-en-Provence, *La codification du droit international*, Paris, Pedone, 1999, conclusions générales, p. 338, ou « La Commission du droit international, pour quoi faire ? », *Boutros Boutros-Ghali amicorum discipulorumque liber — Paix, développement, démocratie*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 586-586.

19. Résolution 36/39, 18 novembre 1981, « Augmentation du nombre des membres de la Commission du droit international : amendements aux articles 2 et 9 du Statut de la Commission ».

rapide de nouvelles normes juridiques aux évolutions de la vie internationale — même si la Commission a prouvé (notamment lorsqu'elle a élaboré l'avant-projet de statut de la Cour pénale internationale) qu'elle pouvait, sous l'impulsion du rapporteur dynamique et compétent d'un groupe de travail (en l'occurrence le professeur James Crawford), élaborer un projet complexe avec célérité lorsque cela était nécessaire.

Il reste, et c'est ma quatrième et dernière remarque générale à cet égard, qu'il faut croire que la codification du droit international par la Commission n'est sans doute pas aussi critiquable que les observations qui précèdent peuvent le donner à penser car ses projets — du moins certains d'entre eux (ceux qui relèvent de la compétence des membres de la Commission et qui, même si c'est un peu par hasard, répondent effectivement à un « besoin de droit » de la société internationale) — exercent une influence très significative sur l'évolution du droit international.

Il en va bien sûr ainsi d'abord de ceux qui sont transformés en conventions par l'Assemblée générale ou par une conférence diplomatique convoquée par elle — du moins lorsque ces conventions sont ensuite largement ratifiées, ce qui n'est pas le cas de toutes. Il n'est pas douteux que certains des traités multilatéraux les plus importants qui ont été conclus depuis 1945 émanaient de la Commission : il en va ainsi des Conventions de Genève sur le droit de la mer de 1958, de celles de 1961 et de 1963, sur les relations diplomatiques et consulaires et, bien sûr, de la Convention de Vienne de 1969 (complétée par celles de 1978 et de 1986) sur le droit des traités. Il n'est pas exagéré de considérer cette dernière comme un élément « constitutionnel » de l'encadrement juridique de la société internationale.

Le succès de cette codification aboutie ne se mesure pas seulement au nombre des Etats qui adhèrent à ces instruments ; il faut tenir compte également de l'influence qu'ils exercent indépendamment de leur ratification et même, dans certains cas, de leur entrée en vigueur. Je ne puis m'y attarder ici²⁰, mais je pense qu'il n'est pas exagéré de considérer que l'inclusion d'une norme dans une conven-

20. Voir l'introduction préparée par le secrétariat de la Commission intitulée « L'œuvre de la Commission du droit international », qui présente un recensement très éclairant des cas dans lesquels cette influence s'est reflétée dans la jurisprudence (CDI, *Le droit international à l'aube du XXI^e siècle — Réflexions de codificateurs*, Nations Unies, New York, 1997, pp. 19-36).

tion préparée par la Commission du droit international crée une sorte de « présomption de positivité » de la norme en question, qui s'applique en principe, indépendamment même de la ratification par l'Etat ou les Etats en cause : il est frappant à cet égard qu'à de nombreuses reprises la Cour internationale de Justice se soit référée à un projet de codification (non ratifié par les Etats en litige — souvent la Convention de Vienne de 1969²¹) pour en déduire l'existence d'une

21. Pour des références aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne de 1969, voir Cour internationale de Justice, arrêts, 2 juillet 1989, *Elettronica S.p.A. (ELSI) (Etats-Unis d'Amérique c. Italie)*, CIJ Recueil 1989, pp. 70-71, par. 118; 12 novembre 1991, *Sentence arbitrale du 31 juillet 1989 (Guinée-Bissau c. Sénégal)*, fond, CIJ Recueil 1991, p. 70, par. 48; 11 septembre 1992, *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras)*; *Nicaragua (intervenant)*, CIJ Recueil 1992, pp. 582-583, par. 373, et p. 586, par. 380; 3 février 1994, *Différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne/Tchad)*, CIJ Recueil 1994, pp. 21-22, par. 41; 15 février 1995, *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn (Qatar c. Bahreïn)*, exceptions préliminaires, CIJ Recueil 1995, p. 18, par. 33; avis consultatif du 8 juillet 1996, *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un Etat dans un conflit armé*, CIJ Recueil 1996, p. 75, par. 19; arrêts, 12 décembre 1996, *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique)*, exception préliminaire, CIJ Recueil 1996, p. 812, par. 23; 13 décembre 1999, *Ile de Kasikili/Sedudu (Botswana/Namibie)*, CIJ Recueil 1999, p. 1059, par. 18; 27 juin 2001, *LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique)*, CIJ Recueil 2001, p. 501, par. 99, p. 502, par. 101; 23 octobre 2001, *Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan (Indonésie/Malaisie)*, CIJ Recueil 2002, p. 645, par. 37; 6 novembre 2003, *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique)*, fond, CIJ Recueil 2003, p. 182, par. 41; 31 mars 2004, *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. Etats-Unis d'Amérique)*, CIJ Recueil 2004, p. 48, par. 83; avis du 9 juillet 2004, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, CIJ Recueil 2004, p. 174, par. 94, et arrêt du 26 février 2007, *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, fond, par. 160. Voir également avis consultatif du 21 juin 1971, *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, CIJ Recueil 1971, p. 47, et arrêt du 2 février 1973, *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*, compétence de la Cour, CIJ Recueil 1973, p. 18; avis consultatif, 20 décembre 1980, *Interprétation de l'accord du 25 mars 1951 entre l'OMS et l'Egypte*, CIJ Recueil 1980, pp. 95-96; arrêts, 25 septembre 1997, *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, CIJ Recueil 1997, p. 38, par. 46; 27 juin 1986, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, fond, CIJ Recueil 1986, p. 95, par. 178; 22 décembre 1986, *Différend frontalier (Bukina Faso/République du Mali)*, fond, CIJ Recueil 1986, p. 563, par. 17 (articles 60-62 de la Convention de Vienne); 2 février 1973, *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*, compétence de la Cour, CIJ Recueil 1973, p. 14, par. 24 (article 52 de la Convention); arrêt du 19 décembre 1978, *Plateau continental de la mer Egée (Grèce c. Turquie)*, compétence de la Cour, CIJ Recueil 1978, p. 39, par. 96 (articles 2, 3 et 11 de la Convention); 26 novembre 1984, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, compétence et recevabilité, CIJ Recueil 1984, p. 421, par. 66 (article 46 de la

opinio juris, sans s'expliquer davantage sur les motifs la conduisant à adopter cette position.

Il en va de même, à vrai dire, pour les travaux de la Commission elle-même, alors même qu'ils n'ont pas passé le test d'une conférence de codification — et donc de leur acceptabilité par les Etats. L'exemple sans doute le plus frappant (mais pas le seul, loin de là²²) de ce procédé est sans doute fourni par l'arrêt de la Cour de 1997 dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, dans lequel la Cour ne mentionne expressément pas moins de sept fois le projet d'articles de la Commission du droit international sur la responsabilité des Etats qui n'en était cependant alors qu'à sa première lecture (l'adoption définitive n'est intervenue qu'en 2001)²³. Par eux-mêmes

Convention); 20 décembre 1988, *Actions armées frontalières et transfrontalières (Nicaragua c. Honduras)*, compétence et recevabilité, CIJ Recueil 1988, p. 85, par. 3 (dispositions concernant les réserves aux traités); ordonnance du 8 avril 1993, *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, mesures conservatoires, CIJ Recueil 1993, p. 11, par. 13; arrêt du 14 février 2002, *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, CIJ Recueil 2002, pp. 21-22, par. 53 (article 7 de la Convention); avis du 8 juillet 1996, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, CIJ Recueil 1996, p. 264, par. 102 (article 26 de la Convention); arrêt du 10 octobre 2002, *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria)*; *Guinée équatoriale (intervenant)*, fond, CIJ Recueil 2002, pp. 429-430, par. 263-265 (articles 7 et 46 de la Convention).

22. Voir aussi avis consultatifs, 29 avril 1999, *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme*, CIJ Recueil 1999, p. 87, par. 62; 9 juillet 2004, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, CIJ Recueil 2004, p. 195, par. 140. Voir également, arrêt, 20 février 1969, *Plateau continental de la mer du Nord (République fédérale d'Allemagne c. Danemark)*; *République fédérale d'Allemagne c. Pays-Bas*, CIJ Recueil 1969, pp. 33-35, par. 48-54; avis consultatif, 20 décembre 1980, *Interprétation de l'Accord du 25 mars 1951 entre l'OMS et l'Egypte*, CIJ Recueil 1980, pp. 94-95, par. 47 (projet d'articles sur le droit des traités entre Etats et organisations internationales ou entre organisations internationales); arrêt, 13 décembre 1999, *Ile de Kasikili/Sedudu (Botswana/Namibie)*, CIJ Recueil 1999, pp. 1075-1076, par. 49 (commentaire du projet d'article 27 (maintenant 30) de la Convention de Vienne sur le droit des traités); arrêt, 16 mars 2001, *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn (Qatar c. Bahreïn)*, fond, CIJ Recueil 2001, pp. 76-77, par. 113 (travaux de la CDI sur la procédure arbitrale); arrêt, 10 octobre 2002, *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria)*; *Guinée équatoriale (intervenant)*, fond, CIJ Recueil 2002, p. 430, par. 265 (commentaire de l'article 6 (maintenant 7) de la Convention de Vienne sur le droit des traités).

23. Arrêt du 25 septembre 1997, *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, CIJ Recueil 1997, pp. 38-42, par. 47, 50-54, p. 46, par. 58. Voir aussi, pour des références aux articles adoptés en seconde lecture, les arrêts du 19 décembre 2005, *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, CIJ Recueil 2007, par. 293; 26 février

les travaux de la Commission ne méritent sans doute pas ce statut probatoire éminent : certes, ils sont soigneusement élaborés et ont une place unique parmi les entreprises de codification du droit international général du fait du va-et-vient constant entre l'organe d'experts qu'est la Commission du droit international et le niveau politique — c'est-à-dire à la fois la Sixième Commission de l'Assemblée générale et les Etats individuellement — qui les caractérise ; il reste qu'il ne s'agit tout de même que d'une codification doctrinale et que celle-ci est, comme je l'ai dit, indissociable du développement progressif du droit international.

Il y a sûrement des raisons complexes à la considération que la Cour semble avoir pour les projets de la Commission — y compris sans doute le fait qu'un nombre non négligeable de juges sont issus de ses rangs (sept à l'heure actuelle). Mais la raison fondamentale, pour le dire sans précaution diplomatique, me semble être la suivante : l'utilisation (sélective) de l'argument d'autorité constitué par le recours aux travaux de la Commission tient moins à une sorte de «révérence» (qui n'aurait pas lieu d'être...) de la Cour pour sa «petite sœur», elle aussi, à sa manière, «organe du droit international»²⁴, qu'est la Commission, qu'à la commodité de s'abriter derrière les travaux de celle-ci pour établir l'existence d'une règle juridique lorsque cela lui paraît opportun. Il s'agit d'un élément de la «politique judiciaire» de la Cour, qui s'efforce de ne pas apparaître comme un législateur international alors qu'elle l'est éminemment, efficacement et, souvent, très heureusement.

L'utilisation par la Haute Juridiction des résolutions de l'Assemblée générale pour établir l'existence d'une norme coutumière me paraît relever du même état d'esprit. Je n'ai pas le temps de m'y appesantir, mais il est de fait que, dans de nombreux arrêts et avis consultatifs, la Cour voit dans une telle résolution la preuve d'une «pratique acceptée comme étant le droit», sans que l'on sache très bien si elle la considère comme un élément de la pratique ou de

2007, *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, fond, *CIJ Recueil* 2007, par. 173, 388, 398-407, 420, 431, 460. Voir également les références au projet d'articles adopté en deuxième lecture relatif à la protection diplomatique, arrêt du 24 mai 2007, *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, exceptions préliminaires, *CIJ Recueil* 2007, par. 39, 54, 64, 84, 91-93.

24. Arrêt du 25 mai 1926, *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, fond, *CPJI série A n° 7*, p. 19.

l'*opinio juris*²⁵. S'agissant de la preuve de cette dernière, la Cour a, d'une certaine manière, «théorisé» sa position dans son avis consultatif de 1996 relatif à la *Licéité de la menace ou de l'emploi de l'arme nucléaire* :

«les résolutions de l'Assemblée générale, même si elles n'ont pas force obligatoire, peuvent parfois avoir une valeur normative. Elles peuvent, dans certaines circonstances, fournir des éléments de preuve importants pour établir l'existence d'une règle ou l'émergence d'une *opinio juris*. Pour savoir si cela est vrai d'une résolution donnée de l'Assemblée générale, il faut en examiner le contenu ainsi que les conditions d'adoption ; il faut en outre vérifier s'il existe une *opinio juris* quant à son caractère normatif. Par ailleurs des résolutions successives peuvent illustrer l'évolution progressive de l'*opinio juris* nécessaire à l'établissement d'une règle nouvelle.»²⁶

Mais je dois dire, avec tout le respect que je dois à la Cour, que, dans les faits, elle se montre infiniment moins soucieuse de ces sages directives qu'elle ne le dit. L'arrêt au fond de 1986 dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua* constitue une illustration remarquable d'un recours plus affirmé que prouvé aux résolutions de l'Assemblée générale pour établir l'existence d'une *opinio juris*²⁷. Je ne crois pas qu'il faille s'en offusquer : cela relève de la «politique judiciaire» de la Haute Juridiction et lui permet de donner aux différends qui lui sont soumis des solutions adaptées à l'époque à laquelle l'arrêt est rendu (ou l'avis consultatif donné), alors que le droit tel qu'il résulterait de sources moins douteuses n'est plus adapté.

Cela nous met sur la voie de la Cour comme législateur mondial — et elle l'est ! — quoiqu'elle s'en défende avec vigueur :

«La Cour ne saurait certes légiférer, et, dans les circonstances de l'espèce, elle n'est nullement appelée à le faire. Il lui

25. Voir mon commentaire de l'article 38, précité note 1, p. 761, par. 233.

26. Avis consultatif du 8 juillet 1996, *CIJ Recueil* 1996, p. 255, par. 71.

27. Arrêt du 27 juin 1986, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, fond, *CIJ Recueil* 1986, p. 100, par. 188, p. 101, par. 191, p. 103, par. 195, p. 106, par. 202, et p. 107, par. 203. Pour une réaffirmation, voir l'avis consultatif du 9 juillet 2004, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, *CIJ Recueil* 2004, p. 136, par. 171-172.

appartient seulement de s'acquitter de sa fonction judiciaire normale en s'assurant de l'existence ou de la non-existence de principes et de règles juridiques applicables à la menace ou à l'emploi d'armes nucléaires. L'argument selon lequel la Cour, pour répondre à la question posée, serait obligée de légiférer, se fonde sur la supposition que le *corpus juris* existant ne comporterait pas de règle pertinente en la matière. La Cour ne saurait souscrire à cet argument; elle dit le droit existant et ne légifère point. Cela est vrai même si la Cour, en disant et en appliquant le droit, doit nécessairement en préciser la portée et, parfois, en constater l'évolution.»²⁸

Il n'en reste pas moins que si, en règle générale, elle applique sans doute le droit existant, elle n'hésite pas, lorsque cela lui semble nécessaire, à interférer dans le processus de son élaboration, soit qu'elle le complète, soit qu'elle l'infléchisse, soit, et cela est moins heureux, qu'elle s'emploie à empêcher ou à freiner des évolutions en cours. C'est ce qui s'est produit, par exemple, avec le désastreux arrêt *Yerodia* dans lequel la Cour, faisant une lecture particulièrement frileuse des «tendances» qui s'étaient nettement manifestées en faveur de l'absence d'immunités pénales des dirigeants politiques pour les crimes particulièrement odieux, a mis (bien inutilement, car la requête congolaise pouvait être accueillie sur un terrain tout différent) un coup d'arrêt à cette orientation prometteuse²⁹. Bien que, là aussi, je l'eusse trouvée un peu frileuse, la Cour s'est, dans l'arrêt *Diallo*, montrée plus attentive à ne pas complètement bloquer des évolutions nécessaires³⁰. Dans d'autres circonstances, son intervention dans le processus de formation du droit a eu des effets beaucoup plus bénéfiques et a permis des améliorations normatives indispensables.

28. Avis consultatif du 8 juillet 1996, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, *CIJ Recueil* 1996, p. 236, par. 18.

29. Voir l'arrêt du 14 février 2002, *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, *CIJ Recueil* 2002, p. 3, notamment pp. 24-26, par. 58-61.

30. Voir l'arrêt du 24 mai 2007, par. 89:

«La Cour, ayant examiné avec soin la pratique des Etats et les décisions des cours et tribunaux internationaux en matière de protection diplomatique des associés et des actionnaires, est d'avis qu'elles ne révèlent pas — du moins à l'heure actuelle — l'existence en droit international coutumier d'une exception permettant une protection par substitution telle qu'invoquée par la Guinée.»

Il existe maints exemples de cette influence, parfois décisive. Ainsi:

- par des formules bien frappées, éparses dans plusieurs arrêts importants, la Cour permanente a, sinon forgé, du moins gravé dans le marbre les principes fondamentaux du droit de la responsabilité internationale des Etats³¹;
- l'avis consultatif de 1949 de la Cour actuelle dans l'affaire de la *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies* a mis un point final à la controverse relative à la personnalité juridique des organisations internationales³² et, du même coup, à la notion (erronée) d'un droit international purement interétatique;
- le remarquable avis consultatif de 1951 sur les *Réserves à la Convention sur le génocide* a été à l'origine d'une remise en cause radicale des règles traditionnelles applicables aux réserves aux traités³³, que les changements considérables de la société internationale avaient rendue indispensable; en outre,
- la jurisprudence de la Cour a exercé une influence déterminante — pas forcément très heureuse... — sur l'évolution du droit de la mer, par exemple en ce qui concerne la fixation des lignes de base droites³⁴ ou la délimitation du plateau continental³⁵.

Dans certains cas, les formules jurisprudentielles ont été reprises dans les traités de codification ultérieurs — pour le meilleur — par exemple le recours à l'objet et au but du traité comme critère de la validité des réserves (principe transposé de l'avis de la Cour internationale de Justice de 1951³⁶ dans l'article 19, alinéa *c*), de la Convention de Vienne de 1969) ou — pour le pire (ou, en tout cas, le plus discutable) — s'agissant, par exemple, du principe du résultat équitable auquel doit aboutir la délimitation du plateau continental ou de la zone économique exclusive entre Etats dont les côtes

31. Voir par exemple les arrêts du 26 mars 1924, *Concessions Mavrommatis en Palestine*, *CPJI série A n° 2*, p. 12, ou du 13 septembre 1928, *Usine de Chorzów*, *CPJI série A n° 17*, p. 29 et p. 47.

32. 11 avril 1949, *CIJ Recueil* 1949, pp. 174 ss.

33. 28 mai 1951, *CIJ Recueil* 1951, pp. 15 ss.

34. Voir l'arrêt du 18 décembre 1951 dans l'affaire des *Pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)*, *CIJ Recueil* 1951, pp. 116 ss.

35. Voir l'arrêt du 20 février 1969, *Plateau continental de la mer du Nord (République fédérale d'Allemagne c. Danemark; République fédérale d'Allemagne c. Pays-Bas)*, *CIJ Recueil* 1969, p. 3, et la longue série des arrêts relatifs à la délimitation maritime qui ont suivi.

36. Avis consultatif, 28 mai 1951, *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, *CIJ Recueil* 1951, pp. 15 ss.

sont adjacentes ou se font face (transposé de l'arrêt de 1969³⁷ dans les articles 74, paragraphe 1, et 83, paragraphe 1, de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982). Mais, même dans les cas où un traité formel ne vient pas consacrer une évolution amorcée par la jurisprudence internationale, celle-ci « fait droit » — sauf, bien sûr, dans les rares cas où, en réaction, les Etats adoptent un traité qui en prend le contre-pied comme cela a été le cas, par exemple, lorsque, suite à l'affaire du *Lotus*³⁸, la Convention de Bruxelles de 1952 pour l'unification de certaines règles relatives à la compétence civile en cas de collision a pris une position totalement opposée à celle de la Cour.

Paradoxalement, c'est donc la Cour internationale de Justice, qui se prétend « la bouche qui prononce les paroles de la loi »³⁹, qui, dans le monde actuel, est sans doute le plus inattendu mais aussi le plus efficace des organes susceptibles d'adapter le droit aux nécessités changeantes de la vie internationale. Elle n'a pas de légitimité pour cela ? si : celle que lui confère la confiance maintenue des Etats — qui constitue sans doute un hommage à sa prudence même si, personnellement, je la trouve parfois excessive et je souhaiterais qu'elle s'exerçât moins souvent dans un sens conservateur que ce n'est le cas. Plus objectivement, l'exercice de cette fonction quasi législative par la Cour se heurte à une autre limite : elle dépend éminemment de deux aléas : d'une part, de la soumission effective d'affaires contentieuses par les Etats et consultatives par les organisations internationales — et de cela elle n'est pas maître ; d'autre part, de la volonté, qui ne dépend que d'elle, de s'acquitter pleinement de ce rôle qu'elle semble parfois n'exercer qu'à regret et trop timidement alors que, à mes yeux, il est sans doute irremplaçable.

Oh ! je sais bien, ce ne sont pas des choses qu'il faut « dire aux petits enfants » !⁴⁰ Mais le seul fait que vous soyez inscrits au cours d'été de l'Académie montre, je pense, qu'il ne faut pas vous en conter : vous connaissez suffisamment de droit international pour savoir que, n'en déplaise à Kelsen, il n'est pas de droit pur et que, comme tout droit, le droit international est un instrument de gestion

de la société qu'il régit et doit permettre de trouver des solutions adaptées aux différends qui y surgissent. Telle est, en effet, la mission de la Cour, conformément à l'article 38 de son Statut. Mais elle ne peut s'en acquitter convenablement que si les règles qu'elle doit mettre en œuvre sont en phase avec la réalité et répondent aux besoins de la société internationale au moment où elle rend son arrêt. Lorsqu'elles ne le sont pas, il me semble légitime qu'elle les y adapte.

37. Arrêt du 20 février 1969, *Plateau continental de la mer du Nord (République fédérale d'Allemagne c. Danemark; République fédérale d'Allemagne c. Pays-Bas)*, *CIJ Recueil* 1969, pp. 46 ss.

38. Voir *CPJI série A n° 10*, pp. 25, 30-31.

39. Cf. Montesquieu, *De l'esprit des lois*, livre XI, chap. VI, par. 49.

40. Voir A. Gide, *Thésée*, Gallimard, 1946.