

Cours Général: le Droit International entre souveraineté et communauté internationale

ALAIN PELLET¹

La formation du Droit Internacional

1. C'est en 1929 que fut donné le premier cours général (ou plutôt les premiers cours généraux car il y en eut deux la même année²) de droit international public à l'Académie de Droit international de La Haye, qui venait d'être créée (en 1923) sous les auspices de la Fondation Carnegie. Soixante-seize ans plus tard, commence ce premier cours d'hiver de droit international organisé dans le cadre de la Faculté de Droit de l'Université fédérale de Minas Gerais, sans l'aide d'une fondation américaine, mais grâce à la formidable énergie déployée par le professeur Leonardo Nemer Brant auquel, à l'ouverture de ces cours, je tiens à rendre un hommage personnel et spécial.

2. Je me souviens avec émotion d'un étudiant un peu timide, ne parlant pas bien français, plutôt porté sur le droit constitutionnel que sur le droit international public, qui, il n'y a pas si longtemps, est venu me demander de diriger sa thèse à l'Université de Paris X-Nanterre. Cet étudiant, c'était Leo Brant et, pour dire la vérité, je ne l'ai pas accueilli à bras ouverts. Je suis, chaque année, l'objet de très nombreuses demandes de ce genre et l'idée de ma charger d'une nouvelle direction de thèse, au résultat fort incertain, ne m'enthousiasmait guère. Mais par son opiniâtreté, sa motivation, sa gentillesse aussi, Leo Brant a fini par me faire fléchir.

3. Heureusement car, quatre ans plus tard, malgré mon scepticisme initial, il soutenait une belle thèse de pur droit international, dans un français solide sur *L'autorité de la chose jugée en droit international*, une thèse qui non seulement a reçu

¹ Professeur à l'Université Paris X-Nanterre; Membre et ancien président de la C.D.I. L'auteur tient à remercier Céline Folsché, doctorante à l'Université Robert Schuman (Strasbourg III), pour l'aide précieuse qu'elle lui a apportée dans le «polissage» final de ce cours. Dans toute la mesure du possible, celui-ci, qui a été professé en juillet 2005, a été remis à jour au 31 mai 2007.

² Arrigo Cavaglieri, «Règles générales du droit de la paix», R.C.A.D.I. 1929-I, tome 26, pp. 311-585 et Alfred Verdross, «Règles générales du droit international de la paix», R.C.A.D.I. 1929-V, tome 30, pp. 271-517.

³ L'autorité de la chose jugée en droit international public, L.G.D.J., Paris, 2004, 396 p.

⁴ Autoridade da Coisa Julgada no Direito Internacional Público. Forense Jurídica. Rio de Janeiro. 2004. 712 n.

de meilleures mentions que décernent les Universités françaises, mais aussi qui a été digne d'une subvention d'impression accordée par le Ministère français de l'Éducation nationale (qui n'est pourtant pas très généreux), et qui, grâce à cela, a été publié à la fois en français en France³ et en portugais (à moins que ce ne soit en brésilien?...) au Brésil⁴.

À l'occasion de sa thèse soutenue, ce jeune enseignant-chercheur enthousiaste est reparti au Brésil et a repris un poste de professeur de droit international à Belo Horizonte où il déploie une activité vraiment exceptionnelle au service du droit international. En la suite après son retour, il a créé le CEDIN (Centre de Droit international du Minas Gerais) sur le modèle du CEDIN de Nanterre que je dirigeais alors – ce qui m'a beaucoup touché. Ont suivi les très fameux «Congrès de Droit international» de Belo Horizonte, l'*Annuaire brésilien de droit international* dans lequel ces cours seront publiés et ces cours eux-mêmes qu'inaugurons aujourd'hui et auxquels je souhaite (à l'avenir) de très nombreux succès et de très belles (et très longues) vies (et de très beaux succès académiques) d'ores et déjà une longue et belle vie.

Aujourd'hui ce jour est un grand jour à maints égards. D'abord pour le droit international.

Ensuite, bien sûr, ce ne sont pas les premiers cours de droit international créés en dehors du cursus universitaire normal. J'ai parlé de ceux de La Haye, il y en a d'autres partout, par exemple, ceux de Thessalonique en Grèce, ou ceux de Castellon en Espagne dont j'ai également eu le privilège de faire le premier cours général en 1977 – je dois être abonné aux cours inauguraux!

Mais tous ces cours, «d'été», sont donnés dans l'hémisphère nord et principalement en Europe. Or nous sommes réunis pendant ces trois semaines dans le sud d'un autre continent et le très grand nombre d'inscrits (plus de 350 – à-t-on dit) montre que cette initiative correspond à un besoin profond et à une «soif» de droit international extrêmement encourageante à un moment où celui-ci est peut-être menacé, dans son existence même par l'indifférence (pour dire le moins) que lui marque l'hyper-puissance dans un monde redevenu unipolaire. Il est donc très significatif et réconfortant que cet événement ait lieu au Brésil, un pays qui m'est particulièrement cher pour de multiples raisons, mais aussi une grande puissance régionale qui aspire à un siège permanent au Conseil de sécurité.

Aujourd'hui, c'est aussi un grand jour pour moi puisqu'il m'appartient de vous présenter le premier cours général de ces nouveaux Cours. C'est un honneur, c'est un plaisir – mais c'est aussi une lourde responsabilité – mais une responsabilité que je partage

avec vous – car c'est de nous, les enseignants que le CEDIN a su réunir et qui sont fort prestigieux (je me mets à part: je ne suis là, je l'ai dit, que grâce à l'amitié de Leo Brant!), mais aussi de vous, chers étudiants, venus des quatre coins du Brésil mais aussi de l'Amérique latine, et même d'Europe, que dépend l'avenir de cette formidable initiative.

9. J'ai essayé de réfléchir, en ce qui me concerne, à la meilleure façon de m'y prendre.

10. On m'a demandé de vous présenter un «cours général». Cela se fait ailleurs, et d'abord à La Haye et à Castellon. Mais faut-il se borner à réinventer une sorte d'Académie de Droit international décentralisée et à donner au cœur du continent sud-américain, un cours général sur le modèle de ce qui se fait sur les bords de la mer du Nord?

11. Il est assurément inévitable d'avoir ce vénérable précédent à l'esprit – et peut-être même Leo Brant l'avait-il un peu trop en tête lorsqu'il a lancé l'idée de ces Cours d'hiver alors même que la formule, qui ne s'est guère renouvelée depuis trois quarts de siècle, a tout de même un peu vieilli et que nous sommes dans des conditions et un environnement différents. Ceux-ci devraient, je crois, nous pousser à être plus «conviviaux», ce qui, d'ailleurs, correspond et au «génie» brésilien et à mon propre tempérament.

12. Ceci étant, vous êtes très nombreux – c'est la rançon du succès de ce nouveau projet – et il faut trouver un juste équilibre entre ce que je peux essayer de vous apporter *ex cathedra* et un dialogue que je souhaite aussi ouvert que possible. Voici donc ce que je vous propose:

- d'abord, si vous n'avez pas compris quelque chose, n'hésitez pas à m'interrompre pour me demander de ré-expliquer, je le ferai volontiers;

- mais si vous n'êtes pas d'accord avec ce que j'aurai dit ou si vous souhaitez en savoir plus sur un point particulier, je vous demande de ne pas m'interrompre, de noter ce que vous avez à dire et de le dire lorsque je m'interromprai pour vous laisser la parole; je le ferai de temps en temps pour vous permettre d'intervenir.

En outre, si vous en ressentez le besoin, nous pouvons décider de consacrer deux ou trois fois une demi-heure à la discussion d'un thème précis – je vous en proposerai quelques-uns (je pense, par exemples, à la question de la composition du Conseil de sécurité – qui peut vous intéresser particulièrement étant données les ambitions brésiliennes que j'évoquais il y a un instant – ou au concept de «démocratie internationale»); si ces thèmes ou d'autres, vous intéressent, je préparerai une petite

introduction aussi «provocatrice» que possible pour lancer une libre discussion mais de 30 minutes chaque fois, pas plus.

Sur le fond, nous disposons en tout d'un peu moins de 15 heures pour, en principe, faire le tour du droit international public au début du XXI^{ème} siècle. Il va de soi que c'est une gageure – et une gageure qui n'est pas tenable; d'ailleurs les auteurs des cours généraux de La Haye ré-écrivent leurs cours *ex post* après avoir dispensé (ce que je n'ai pas l'intention de faire – celui-ci sera publié, dans l'*Annuaire brésilien du droit international*, presque sous la forme sous laquelle je l'aurai fait; je n'y ajouterai que les notes de bas de page nécessaires pour faire, si possible, «sérieux»).

Je vais m'efforcer de vous présenter, de la manière la plus ordonnée possible, certains des problèmes qui, en ce tout début du vingt-et-unième siècle, me paraissent, non pas forcément les plus importants, mais les plus typiques ou les plus révélateurs de ceux auxquels le droit international contemporain est confronté et qui témoignent le plus clairement à la fois de la permanence de ses techniques et de ses tendances nouvelles qui le caractérisent.

Encore une fois, et contrairement aux cours généraux de La Haye, celui que je vais faire n'a pas l'ambition de présenter tout le droit international, fût-ce superficiellement. Plus modestement, je me cantonnerai à la seule question de la formation du droit international⁵ et, à travers ce thème, je me propose de dégager quelques lignes de force du droit des gens contemporains, en essayant de déterminer où se trouvent les principaux éléments de rupture avec le droit traditionnel et où réside la permanence.

Sans prétendre à la moindre originalité, nous le ferons – si nous avons le temps d'aller jusqu'au bout... - en trois chapitres de longueur inégale⁶:

- nous verrons d'abord, dans un premier chapitre, que la vieille théorie des «sources» du droit ne rend que très imparfaitement compte de cette formation qui relève d'un «processus», ce que traduit de manière satisfaisante l'expression anglaise «*law-making process*»;

- puis, dans les chapitres 2 et 3, je reviendrai de manière plus précise sur deux

⁵ J'ai consacré le «cours général» que j'ai donné à Castellon dans le cadre des «Cours Bancaja de droit international» à la question des sujets du droit international («Le droit international à l'aube du XXI^{ème} siècle (La société internationale contemporaine - permanences et tendances nouvelles)», cours général, *Cours euro-méditerranéens Bancaja de droit international*, vol. I, 1997, Aranzadi, Pamplona, 1998, pp. 19-112).

⁶ Durant le cours oral, professé en 2005, ces trois chapitres ont été précédés d'une introduction décrivant l'existence des caractères généraux du droit international et largement empruntée à mon cours général professé à Castellon en 1997 (*ibid.*, pp. 37-47).

problèmes fondamentaux, d'une part celui du rôle revenant à la volonté dans la formation du droit international,

- d'autre part, celui de l'«infinie variété» du droit international⁷, qui se traduit par la relativité de sa normativité et l'importance du rôle qu'y joue la *soft law*.

17. Enfin, à titre de conclusion, en partie récapitulative, nous nous demanderons si et dans quelle mesure on peut parler de «constitution» de la société (ou de la communauté) internationale et, pour ne pas vous soumettre à un «suspense» insupportable, je vous indique dès maintenant que la réponse à cette question me paraît devoir être positive: il existe bien une constitution embryonnaire de la société internationale, qui se traduit par des instruments de nature particulière, des principes fondamentaux et «intransgressibles» et des institutions de régulation.

18. L'une des caractéristiques les plus frappantes du droit international réside dans l'absence de législateur spécialisé. Dans l'État, la «fabrication» des règles (ou des normes – les deux mots sont synonymes) juridiques est le fait d'organes spécialisés qui ont compétence pour imposer leur volonté – en respectant certaines formes – au corps social. Il n'en va pas de même dans l'ordre juridique international où le pouvoir normatif est diffus dans le corps social: il n'émane pas *du* souverain, puisque la souveraineté y est éparpillée entre 200 entités qui se proclament «souveraines par-dessus tout» et le procédé contractuel (qui se traduit par l'adoption de traités – source prédominante du droit international) y est infiniment plus prégnant que dans la société nationale où le contrat est enserré dans des contraintes juridiques bien plus importantes.

19. Du coup, la volonté des destinataires mêmes des normes juridiques joue, en droit international, un rôle bien plus grand que dans le droit interne même s'il ne faut pas en exagérer l'importance et se défier des thèses volontaristes qui simplifient très abusivement les choses en ramenant toute la formation du droit international au consentement des États. C'est ce que nous verrons dans le chapitre 2 tandis que, dans le chapitre 3, nous nous intéresserons à des normes que les juristes classiques tiennent, à tort à mon avis, pour non juridiques car elles ne sont pas obligatoires et que l'on regroupe, malgré leur diversité, sous l'appellation commode de *soft law*. Auparavant, je voudrais, dans un chapitre 1^{er}, vous présenter quelques considérations générales sur la formation du droit international, que je

⁷ Cf. R.R. Baxter, «International Law in 'Her Infinite Variety'», *I.C.L.Q.* 1980, pp. 549-566.

considère comme un processus dynamique, dont l'expression anglaise *law-making process* rend sans doute mieux compte que la vénérable notion de «sources» du droit international – même si, je m'empresse de le dire, elle peut rendre encore bien des services, au moins à des fins pédagogiques.

Chapitre 1^{er}

La formation processuelle du droit international

20. Traditionnellement, les internationalistes accordent à la notion de «sources» une importance fondamentale lorsqu'ils présentent la formation – ce qui est un terme neutre – ou l'élaboration – ce qui a une connotation déjà plus engagée car il implique une action délibérée, peut-être volontaire – du droit international.

21. Vous savez tous ce qu'est une source: c'est l'orifice par lequel l'eau «sourd» de terre; plus imagé encore, en latin, la source c'est, tout simplement la «fontaine» *fons juris*, la «fontaine du droit». Mais, si l'on ne s'intéresse qu'à l'orifice, à la fontaine, on ne comprend pas d'où vient l'eau, comment et pourquoi elle apparaît, elle «sourd» à tel ou tel endroit, à tel ou tel moment – il en va de même pour le droit international, singulièrement, pour le droit international.

22. Au demeurant, je l'ai déjà dit, loin de moi l'idée de récuser la respectable et sans doute toujours indispensable théorie des sources. Ce que je veux dire simplement c'est que, si elle est utile pour *décrire* ce qu'est le droit, elle ne permet pas de *comprendre* comment il se forme. Elle décrit utilement, mais elle n'explique pas suffisamment.

23. C'est pourquoi, après avoir, dans une première section, payé tribut aux notions, en effet fondamentales, de sources et de normes (qu'il faut soigneusement distinguer), j'essaierai de vous montrer, dans une section 2, beaucoup plus courte d'ailleurs, que, pour comprendre et interpréter convenablement les normes juridiques internationales, il faut «creuser» en deçà et au-delà de la source et de la norme qui en est issue, et s'intéresser à ce que la doctrine anglo-saxonne appelle le *law-making process*.

Section 1 – Sources et normes en droit international

24. Le droit est, sans aucun doute une discipline normative en ce sens qu'il vise

à imposer aux destinataires des règles dont il est fait une certaine conduite ou, à défaut, à leur recommander de s'y tenir; telle est, par définition, la vocation d'une «norme». Mais ceci est vrai d'autres corps de règles et, en particulier, de la morale ou de la religion dont il nous faut le distinguer, ce que je ferai très brièvement dans un paragraphe 3, alors même que ce problème, central pour la théorie du droit, mériterait sans doute à lui seul un cours entier). Auparavant, il est nécessaire de distinguer soigneusement les notions de sources (formelles) du droit international d'une part, et de normes juridiques d'autre part (§ 1), et d'expliquer brièvement quelles relations entretiennent les normes et les sources ainsi définies (§ 2).

§1. La distinction des sources et des normes

25. Depuis que j'ai commencé ce cours, j'ai utilisé souvent ces deux mots: «source» et «norme». Les deux notions que ces termes désignent entretiennent entre elles des rapports étroits, intimes; elles n'en doivent pas moins être soigneusement distinguées. Cette distinction me paraît suffisamment fondamentale pour que je souhaite m'arrêter quelques instants à leur définition respective.

26. Par normes, on entend le contenu, la substance même des règles de droit: «Tu ne tueras point»; «Les Membres de l'Organisation [des Nations Unies] s'abstiennent dans leurs relations internationales de recourir à la menace ou à l'emploi de la force...»⁸, ou même, «[Les Parties] prennent également en considération la situation particulière des pays en développement, notamment de ceux qui sont les plus vulnérables du point de vue de l'environnement, tels que ceux qui ont des zones arides et semi-arides, des zones côtières et montagneuses»⁹ ou encore le Conseil de sécurité «[d]emande aux parties d'engager des négociations de bonne foi sans conditions préalables, en tenant compte des développements survenus ces derniers mois, en vue de parvenir à une solution politique juste, durable et mutuellement acceptable qui permette l'autodétermination du peuple du Sahara

⁸ Article 2, par. 4, de la Charte des Nations Unies.

⁹ Article 20, par. 7, de la Convention sur la diversité biologique, Rio de Janeiro, 5 juin 1992.

¹⁰ Conseil de Sécurité, Résolution 1754, S/RES/1754 (2007), 30 avril 2007.

¹¹ V. Roberto Ago, Sixième rapport sur la responsabilité des Etats, A/CN.4/302 et Add.1 à 3, *Ann. C.D.I.*, 1977, vol. II, pp. 3-48, v. aussi les débats au sein de la C.D.I. (*Ann. C.D.I.*, 1977, vol. I, 1454^{ème} séance à 1457^{ème} séance, 6 au 8 juillet 1977, pp. 218-237); Jean Combacau, «Obligations de résultat et obligations de comportement – quelques questions et pas de réponse», *Mél. Reuter*, 1981, pp. 181-204.

¹² Cf. l'article 1, par. 3, ou l'article 33, par. 1, de la Charte des Nations Unies.

¹³ Cf. C.I.J., arrêt du 9 avril 1949, *Détroit de Corfou*, *Rec.* 1949, p. 22; v. aussi l'arrêt du 24 mai 1980, *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, *Rec.* 1980, p. 31, par. 63; *Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) c. Sri Lanka*, CIRDI aff. No. ARB/87/3, I.L.M., 1991, Vol. 30(3), pp. 615-619; C.I.J., arrêt du 19 décembre 2005, *Activités armées sur le territoire du Congo*, *Rec.* 2005, par. 250. V. également l'affaire *Noble Ventures, Inc. c. Roumanie* dans laquelle le Tribunal arbitral n'a pas retenu la responsabilité de la défenderesse pour un manquement à la *due diligence* (Sentence arbitrale du 12 octobre 2005, CIRDI, aff. no. ARB/01/11, par. 166).

occidental»¹⁰; tout ceci ce sont des normes – oh bien sûr, elles ont une portée très différente à la fois dans leur degré de précision, dans l'intensité de la contrainte qu'elles exercent ou qu'elles s'efforcent d'exercer sur leurs destinataires, et elles diffèrent en ce qui concerne la nature même de ces destinataires. Mais, toutes, elles visent à influencer sur la conduite de ceux-ci en leur indiquant ce qui est attendu d'eux, ce qui est «normal».

27. Les juristes classent les normes en fonction de critères variés sur lesquels je n'ai pas le temps de m'appesantir. Il en est une cependant que je souhaite vous signaler au passage, c'est la distinction entre les normes qui fixent des obligations de résultat d'une part et celles qui entraînent des obligations de comportement d'autre part. Bien que la définition des unes et des autres ait fait l'objet de controverses – notamment lors de l'élaboration du projet d'articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite¹¹ – on peut admettre qu'il faut parler d'obligation de résultat lorsque la norme exige de son destinataire d'atteindre un objectif déterminé tout en lui laissant le choix des moyens de l'atteindre (par exemple, en droit international, l'obligation faite aux États de régler leurs différends par des moyens pacifiques – malgré les apparences, ce n'est pas une obligation de comportement: si, en tout cas, la persistance du litige met la paix et la sécurité internationales en danger¹², les États peuvent choisir le mode de règlement qu'ils veulent mais ils *doivent* régler pacifiquement leur différend; par contre, l'obligation, très célèbre et fort importante, qui pèse sur les États de se montrer vigilants pour empêcher l'utilisation de leur territoire à des fins contraires au droit international, que l'on appelle l'obligation de *due diligence* est une obligation de comportement: ils doivent utiliser tous les moyens possibles pour essayer qu'il en soit ainsi, mais si, ayant mis en œuvre ces moyens, ils ne réussissent pas à empêcher que des actes contraires au droit international soit commis sur leur territoire, leur responsabilité n'est pas engagée¹³.

28. La règle de droit international (toute règle de droit, à vrai dire) peut être plus ou moins précise, plus ou moins claire, se prêter à une dose plus ou moins importante d'interprétation, être de résultat ou de comportement, elle n'en est pas moins juridique si elle est portée par une source formelle.

29. La notion de source du droit international est toute différente. Alors que la norme concerne le contenu du droit, la source concerne sa forme, la manière dont une norme accède à la juridicité.

30. Les sources *formelles* du droit sont les *procédés* d'élaboration du droit, les diverses techniques qui autorisent à considérer qu'une règle appartient au droit positif. Les sources *matérielles* constituent les fondements sociologiques des normes internationales, leur base politique, morale ou économique plus ou moins explicitée par la doctrine ou les sujets du droit. Laissons de côté, pour l'instant, les sources matérielles.

31. En ce qui concerne les sources formelles, elles sont, vous le savez, énumérées par le très justement célèbre article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice aux termes duquel:

«1. La Cour (...) applique:

- a. les conventions internationales, soit générales, soit spéciales, établissant des règles expressément reconnues par les États en litige;
- b. la coutume internationale comme preuve d'une pratique générale, acceptée comme étant le droit;
- c. les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées;
- d. sous réserve de la disposition de l'article 59 [qui concerne l'autorité relative de la chose jugée], les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations, comme moyen auxiliaire de détermination de la règle de droit».

32. Je n'ai pas l'intention de commenter ici ce texte que vous avez tous étudié dans le cadre de vos cours de droit international dans vos Facultés respectives¹⁴ et me bornerai à vous rappeler

- d'une part qu'il a le très grand mérite d'énumérer les principales *sources* du droit international, sans, justement, les confondre avec des *normes* et ceci sous une forme simple, et en étant accepté comme ayant une autorité particulière par pratiquement tous les États du monde; mais,

- d'autre part, que cette énumération est incomplète car il faut y ajouter au moins les actes unilatéraux des États – par lesquels il est admis, en tout cas depuis les célèbres arrêts rendus par la C.I.J. en 1974 dans les affaires des *Essais nucléaires* français dans le Pacifique¹⁵, que les États peuvent s'engager, les décisions des organisations internationales, et, à mon avis, mais nous aurons l'occasion d'y revenir, les autres résolutions des organisations internationales, même lorsqu'elles ne sont

¹⁴ V. mon commentaire de cette disposition in Ch. Tomuschat et A. Zimmermann eds., *The Statute of the International Court of Justice*, Oxford UP, 2006, pp. 677-792.

¹⁵ Arrêts du 20 décembre 1974, *Essais nucléaires*, Rec. 1974, p. 269, par. 48; et p. 474, par. 50.

elles sont obligatoires et les «actes concertés non conventionnels» (qui correspondent à ce que l'on appelle les *gentlemen's agreements*).

Tout cela, donc, ce sont les principales sources du droit international: pour qu'une norme puisse être considérée comme juridique, elle doit, nécessairement, emprunter l'un ou l'autre de ces «canaux», revêtir l'une ou l'autre de ces formes.

J'ajoute que la confusion entre norme et source est d'autant plus fréquente qu'elle est entretenue par le vocabulaire. Par un raccourci abusif mais commode, le même mot ou la même expression peut viser à la fois une source et les normes qui sont issues: il en est ainsi des «principes généraux de droit» ou de la «coutume». En fait, pour plus de clarté, on devrait toujours parler de normes coutumières pour distinguer de la coutume comme source formelle.

Les relations entre les sources et les normes juridiques internationales

Les sources et les normes entretiennent, en droit international (plus encore qu'en d'autres disciplines juridiques) des rapports complexes.

Bien entendu, le point fondamental est que la source est le signe, et le signe est indispensable, de l'existence de la norme: si vous ne pouvez pas rattacher une norme à une source (c'est-à-dire à un processus particulier de formation spécifique, propre au droit international), vous pouvez peut-être parler de norme, mais celle-ci ne sera pas juridique – elle sera morale, ou religieuse (j'y reviendrai dans un autre moment) ou économique, ou sociologique, ou statistique, mais elle ne sera pas une règle juridique. Pour qu'il en aille ainsi, il faut que la norme soit portée par une source. Pour dire ceci autrement, la source est le signe du «succès juridique» de la norme.

Étant entendu d'ailleurs qu'une même norme peut être issue de plusieurs sources différentes. Ainsi par exemple, des normes relatives à la délimitation du plateau continental, identiques en substance, peuvent avoir un fondement conventionnel pour certains États (ceux qui ont ratifié la Convention de Genève de 1958 sur le plateau continental ou la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982) et un fondement coutumier pour d'autres. De même, la règle que j'ai citée ci-dessus, qui interdit aux États de recourir à la force armée dans les relations internationales est à la fois conventionnelle (elle est énoncée dans l'article 2, paragraphe 4, de la Charte des Nations Unies) et coutumière (elle s'impose aux États, indépendamment de la Charte, sur une base purement coutumière¹⁶).

Inversement d'ailleurs, une même source peut donner naissance à de nombreuses règles de contenu très varié: le moindre traité en fournit une illustration.

38. Tout ceci peut compliquer (ou faciliter) le règlement des différends relatifs à la mise en œuvre de certaines règles juridiques, mais ne pose pas, intellectuellement, de problèmes particuliers.

39. En revanche, la distinction entre les sources et les normes a des conséquences très fondamentales en ce qui concerne la hiérarchie entre les normes – et ceci est très particulier au droit international qui, à cet égard, repose sur deux principes fondamentaux:

1° il n'existe pas de hiérarchie entre les normes du droit international en fonction de la source dont elles émanent car les sources formelles n'y sont pas hiérarchisées; en revanche,

2° comme dans tout ordre juridique, il existe, en droit international, des moyens de déterminer une priorité d'application entre des normes apparemment incompatibles.

A. L'absence de hiérarchie entre les sources du droit international

40. En droit interne, les organes chargés d'édicter les normes sont hiérarchisés et la Constitution, qui est la norme suprême, énonce une hiérarchie assez rigide entre les différentes sources. Rien de tel en droit international: il n'y a pas de «constitution» internationale au sens formel du mot (même si, nous verrons dans la conclusion de ce cours qu'il faut sans doute nuancer cette affirmation) et, en tout cas, en l'absence d'organe spécialisé dans l'édiction des règles juridiques, il ne peut évidemment y avoir de hiérarchie entre eux.

41. Du coup, le principe est que, *pour les sources*, il n'existe pas de hiérarchie en droit international. Et vous avez pu remarquer que l'article 38 du Statut de la C.I.J. s'abstient de toute allusion à une quelconque hiérarchie entre les sources qu'il énumère. En particulier, il n'est pas possible de postuler que les traités l'emportent nécessairement sur la coutume ou inversement. Il en irait autrement si, par une

¹⁶ Ainsi, dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, la C.I.J. «constate que les Parties sont d'accord pour considérer que les principes relatifs à l'emploi de la force qui figurent dans la Charte des Nations Unies correspondent, pour l'essentiel, à ceux qui se retrouvent dans le droit international coutumier» (arrêt du 27 juin 1986, *Rec.* 1986, p. 99, par. 188).

¹⁷ *Ibid.*, p. 95.

¹⁸ V. P.Y. Monjal, *Recherche sur la hiérarchie des normes communautaires*, L.G.D.J., Paris, 2000, XV-629 p.

¹⁹ T.A.N.U., jugement n° 516, 28 mai 1991, *Sattite et Williams c. O.M.I.*, par. 6; T.A.O.I.T., jugement n° 470, 28 janvier 1982, *Perron c. PAHO (O.M.S.)*, cons. 3.d), v. aussi les jugements n° 486, 3 juin 1982, *Leger c. PAHO (O.M.S.)*, cons. 8; n° 2120, 15 juillet 2002, *M.I.M.B. c. A.I.E.A.*, cons. 9.

procédure centralisée, l'une des sources disposait d'une primauté incontestée. L'état actuel de la société internationale, encore largement décentralisée, interdit une telle conclusion. Toutes les sources sont susceptibles de traduire, selon des modalités différentes, des exigences de la société internationale; en particulier, il n'y a, comme l'a fortement affirmé la C.I.J., «aucune raison de penser que, lorsque le droit international coutumier est constitué de règles identiques à celles du droit conventionnel, il se trouve 'supplanté' par celui-ci au point de n'avoir plus d'existence propre»¹⁷.

Au demeurant, l'absence de hiérarchie entre les sources du droit international vaut que pour le droit interétatique. Il en va différemment dans les systèmes juridiques plus organisés tels ceux élaborés au sein des organisations internationales. Lorsqu'à une hiérarchie des organes correspond une hiérarchie des actes émis par chacun d'eux, il existe bien une hiérarchie entre les procédés d'adoption des règles juridiques, entre les sources formelles propres aux organes en cause¹⁸. Ainsi, aux Nations Unies et dans la plupart des organisations internationales, il existe une hiérarchie, que les tribunaux administratifs internationaux font strictement respecter¹⁹, entre d'une part le Statut du personnel, adopté par l'organe interétatique compétent, qui fixe les principes généraux applicables aux relations entre l'organisation et ses fonctionnaires, et, d'autre part, le Règlement du personnel, qui émane du chef de l'Administration et précise ces principes.

Ceci dit, et pour nous en tenir au cas général, l'absence de hiérarchie entre les sources formelles du droit international ne signifie pas qu'en pratique toutes les sources aient la même importance. Il est en effet indéniable que certaines sources, en l'absence de défaut d'être secondaires, ont un caractère second: c'est le cas des principes généraux de droit. L'interprète n'y recourt qu'à défaut d'autres sources pertinentes. Il n'est pas très facile de déterminer l'existence et la portée d'un tel principe qui, pour le savoir, doit être dégagé de la comparaison des règles appliquées dans le droit interne des États. Du coup, s'il peut se fonder sur un traité ou sur une règle coutumière pour trancher un problème, l'interprète se gardera bien de s'interroger sur l'existence éventuelle d'un principe général contraire. Et il en va de même dans les relations entre normes conventionnelles et coutumières: l'existence des premières conduit en général à se désintéresser des secondes, plus incertaines, et auxquelles, dans la grande majorité des cas, il est toujours possible de déroger par un traité. Dans ces hypothèses, le conflit potentiel est alors contourné. Mais il n'est pas toujours possible de procéder ainsi.

B. Les conflits entre les normes

44. Il arrive en effet que les États soient liés par des règles incompatibles soit de même nature (conventionnelles ou coutumières), soit de natures différentes (par exemple si une règle conventionnelle contredit une norme coutumière ou inversement). Dans une telle hypothèse, il existe, en droit international comme dans n'importe quel ordre juridique, des règles de solution des conflits, que ce soit entre règles conventionnelles, entre règles coutumières ou entre norme conventionnelle d'une part et norme coutumière d'autre part. Ces règles sont tout aussi techniques et sophistiquées qu'en droit interne. À défaut, on l'a vu, de pouvoir reposer sur une quelconque hiérarchie des sources (ce en quoi, je le répète, le droit international se distingue nettement du droit interne), ces règles qui permettent de déterminer laquelle de deux normes incompatibles va s'appliquer prioritairement sont de deux sortes:

- d'une part, on applique des règles techniques communes à tous les systèmes juridiques – en fait de véritables principes généraux de droit tels que je viens de les définir;

- d'autre part, de façon encore embryonnaire, on recourt à la notion d'ordre public international, et ce sont les normes impératives du droit international général – le fameux *jus cogens*.

45. En premier lieu, donc, les solutions du droit positif s'inspirent de deux adages sur lesquels je n'insisterai pas mais que je mentionne: *specialia generalibus derogant* (les normes spéciales dérogent aux normes générales) et *lex posterior priori derogat* (la règle postérieure l'emporte sur la règle antérieure). En les combinant, on arrive, à vrai dire, à régler la quasi-totalité des problèmes résultant de l'incompatibilité apparente entre deux ou plusieurs normes du droit international – et c'est aussi en se fondant sur ces principes que l'on peut justifier l'application prioritaire, dans la plupart des cas, des règles conventionnelles sur les règles coutumières: les premières présentent en général un caractère et spécial et postérieur par rapport aux secondes.

46. Ceci dit, une faiblesse du droit international tient au fait que de telles règles permettent certes de savoir laquelle de deux règles incompatibles doit trouver application, mais pas de poser le problème de la licéité d'une norme par rapport à une autre et que si un État s'engage à l'égard d'autres États par des règles incompatibles, la seule possibilité est de le laisser choisir laquelle de ces règles il va respecter avec la conséquence inévitable de violer l'autre et de voir ainsi sa responsabilité engagée vis-à-vis de son autre partenaire. Du droit des traités (ou,

largement, des sources) on passe inévitablement à celui de la responsabilité.

Il y a cependant une exception à cette impasse car si les sources formelles du droit international ne sont pas hiérarchisées il existe dorénavant une hiérarchie, encore balbutiante, entre les normes juridiques, lorsque l'on est en présence d'un conflit entre une norme «impérative», relevant de ce que l'on appelle le *jus cogens* et une autre norme, conventionnelle ou coutumière puisque, vous le savez, les articles 53 et 64 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités affirme le caractère «impératif» – donc hiérarchiquement supérieur – de certaines normes par rapport aux autres.

Nous reviendrons sur cette notion qui est moins importante en pratique que les modes de règlement fondés sur *lex posterior* ou *lex specialis*, mais qui dénote une mutation profonde du droit international dans son ensemble. Mais je voudrais insister d'ores et déjà sur le fait que l'«impérativité» en droit international concerne la qualité de certaines normes et, en aucune manière, de certaines sources: le *jus cogens* ne constitue pas une nouvelle catégorie de sources du droit international, mais désigne la qualité de normes particulières qui, selon le cas, seront coutumières (ce est le plus probable) ou conventionnelles. J'insiste: ce sont les normes qui peuvent être impératives, pas les sources.

Le droit, une discipline normative

Maintenant que nous avons distingué normes et sources et examiné brièvement les rapports que ces notions entretiennent entre elles, je vais essayer de vous montrer, plus précisément, que le droit international constitue un véritable ordre juridique, distinct non seulement de la morale ou de la religion (A.), mais aussi des ordres juridiques nationaux – autrement dit, qu'il est un ordre juridique à part entière (B.). Ce faisant, je vais, en quelque sorte, récapituler en partie ce que je vous ai dit jusqu'à présent.

A. Droit, morale et religion

40. Le droit, décidément a vocation à encadrer les conduites des êtres humains ou de personnes morales créées par eux, dans leurs relations entre eux (ou entre elles), mais aussi à l'égard des animaux, de certaines choses ou de biens globaux comme l'environnement. En cela, il est une discipline normative, en ce sens qu'il entend «normaliser» la conduite des destinataires de ses règles ou, en tout cas, les conduire

à se déterminer par rapport à une *norme* (présentée comme la conduite «normale» attendue d'eux).

51. Mais ceci ne suffit pas à distinguer le droit d'autres disciplines normatives comme la morale, dans sa totalité, ou la religion, en partie au moins, qui, elles aussi, entendent normaliser le comportement des êtres humains. Il faut donc nous interroger sur ce qui fait la différence entre une norme morale ou religieuse d'un côté et une norme juridique de l'autre.

52. La religion d'abord. Excepté pour certaines croyances qui, comme le bouddhisme, s'apparentent davantage à des morales, la plupart des religions sont révélées et reposent sur des croyances. L'adhésion aux «normes religieuses» – dont les dix commandements révélés à Moïse au Mont Sinaï sont un exemple bien connu – est un acte de foi ou, en tout cas, est indissociable, de la foi. Si vous n'êtes pas chrétien, ces normes ne s'imposent pas à vous, en tout cas au titre de la religion.

53. Elles peuvent, en revanche, s'imposer à vous au titre de la morale. Vous pouvez en effet considérer que, toute considération religieuse mise à part, il n'est pas recommandable de tuer son prochain – «Tu ne tueras point». Mais ceci relève alors d'un jugement de valeur personnelle, ce qui est le propre de la morale qui est, quant à elle, éminemment personnelle, et varie d'un individu à un autre même si, évidemment, nous sommes tous influencés par notre environnement social. Il n'empêche que les règles éthiques sont le résultat d'une introspection propre à chacune et à chacun d'entre nous.

54. Rien de tel pour le droit qui, je vais y revenir, repose certes sur une conviction – la fameuse *opinio juris* (que l'on présente souvent comme l'un des «éléments formateurs» de la coutume, mais qui va bien au-delà). Mais cette *opinio*, le sentiment qu'il faut se déterminer par rapport à la norme, n'est ici, ni un acte de foi, comme dans le cas de la religion, ni le résultat d'une introspection, comme dans le cas des règles morales (ou éthiques – c'est la même chose).

55. Le droit ne se préoccupe pas de sonder les reins et les cœurs. Il est public, connu au moins des destinataires des règles auxquels celles-ci sont extérieures et s'imposent non pas parce qu'ils y «croient» (comme c'est le cas pour le *credo* des chrétiens ou pour les versets de la Sourate), ni parce qu'ils sont arrivés à la conclusion que les respecter est «bien», mais parce que les destinataires des normes juridiques ont la conviction qu'ils n'ont pas le choix, que le respect de la règle est une exigence de la vie en société – et ceci, tout à fait indépendamment de tout jugement de valeur;

la règle de droit leur paraisse juste ou non, fondée ou pas, ses destinataires qu'ils doivent s'y plier, qu'ils l'approuvent ou qu'ils la désapprouvent, que la leur confère des droits (c'est agréable) ou des obligations (c'est désagréable); la respectent ou qu'ils la violent: si vous êtes très pressé d'aller au rendez-vous vous a fixé votre petite amie ou si vous êtes en retard pour un examen, vous ne pouvez sans doute le risque de ne pas vous arrêter à un feu rouge – mais vous ne pouvez pas vous arrêter et, si un agent de police vous verbalise, vous ne pouvez pas, certes, essayer de discuter le coup mais vous ne contesterez pas que vous avez été tenu à une obligation juridique.

ce qui est vrai pour les individus, l'est aussi pour les États. Ils respectent ou violent les règles du droit international mais – sauf dans des cas marginaux et nombreux – qui se prêtent à interprétation (sans quoi il n'y aurait pas besoin de juges) – ils se déterminent par rapport à des normes dont ils savent qu'elles s'imposent à eux ou qu'elles leur sont recommandées.

Il s'agit d'un ensemble de normes juridiques, qui s'imposent ou s'exposent aux États, d'une manière plus générale, à l'ensemble des sujets du droit international, qui constitue un ordre juridique à part entière.

Ordre juridique à part entière

Il nous en revient alors à une question, lancinante et essentielle: cet ensemble de normes internationales, dont nous voyons bien qu'elles existent au plan international, mérite-t-il le nom de «droit»? Sans aucun doute oui, mais à condition de ne pas avoir de ce concept une vision préconçue et de ne pas se fonder sur un droit artificiel mais largement inadapté, celui de la sanction-répression; car, et en dépit de l'évidence des caractères particuliers du droit international, il est clair que la sanction-répression des manquements au droit n'y est pas assurée de manière aussi efficace ou, en tout cas, aussi efficace, que celle des violations du droit interne.

Je me bornerai à trois remarques sur ce point qui, d'ailleurs reprennent sous une forme un peu différente des observations que j'ai déjà eu l'occasion de faire dans le cadre de mon cours à Castellon que j'ai mentionné au début de celui-ci²⁰:

- en premier lieu, sanction et répression sont des notions distinctes; certes, la répression est une forme de sanction; mais ce n'est pas la seule et elle ne caractérise nullement tout le droit étatique, mais seulement l'une de ses branches: le droit pénal; il existe par ailleurs des sanctions civiles ou administratives mais celles-ci

n'ont pas un caractère «répressif» à strictement parler. La même chose vaut en droit international: la répression n'y est pas totalement inconnue; elle est rare (je pense plus aux «sanctions» que peut imposer le Conseil de sécurité qu'au droit pénal international, car si les mesures du chapitre VII de la Charte ne visent pas principalement à faire respecter le droit, elles peuvent y concourir et sanctionnent les États eux-mêmes, alors que le droit international pénal vise certes à sanctionner les manquements au droit international, mais par les individus). En revanche, le manquement au droit des gens a sa sanction de droit commun, et c'est la même que dans tout autre système juridique: l'auteur de la violation du droit, du fait internationalement illicite, est tenu pour responsable et cette responsabilité entraîne des conséquences très concrètes, dont la principale – mais pas la seule – est l'obligation de réparer²¹;

- en deuxième lieu, l'efficacité de la sanction n'a rien à voir avec l'existence du droit; peu de normes sont aussi bien établies que la prohibition de l'inceste, alors même que ce crime est de ceux qu'il est le plus difficile de punir et, plus généralement, de sanctionner efficacement; il n'est d'ailleurs pas paradoxal de considérer que les violations mêmes d'une norme juridique sont souvent le signe le plus net de son existence du fait des réactions sociales (d'abord des protestations des membres du corps social auquel elles s'appliquent) que ces violations suscitent;

- c'est que, et ce sera ma troisième remarque, ce ne sont, à vrai dire, ni la répression ni la sanction (aussi généralisée que soit celle-ci) qui constituent le critère du droit, mais le sentiment qu'ont les destinataires des normes qu'un certain comportement est attendu d'eux, indépendamment de toute préférence personnelle.

60. Cette idée est bien connue des internationalistes dans le cadre, très particulier, de la formation de la coutume, «pratique générale acceptée comme étant le droit»²², dont, selon la conception la plus communément admise, l'existence dépend de la réunion de deux «éléments»: une pratique – et c'est l'élément matériel – et le sentiment de l'obligation – et c'est l'élément psychologique. C'est ce second élément, l'*opinio juris*, qui constitue, je crois, le véritable critère du droit, étant

²⁰ V. *supra*, note 4.

²¹ La responsabilité des États n'est, en droit international, ni civile ni pénale; elle présente des caractères propres qui interdisent toute comparaison avec le droit interne. V. le projet d'articles sur la responsabilité des États adopté par la C.D.I. en 2001 et annexé à la résolution 56/83 de l'Assemblée générale et Alain Pellet, «Remarques sur une révolution inachevée - le projet de la CDI sur la responsabilité des États», *A.F.D.I.* 1996, pp. 7-32 et «Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite suite – et fin», *A.F.D.I.* 2003, pp. 1-23.

²² V. *supra*, par. 31.

²³ Émile Giraud, «Le droit positif – ses rapports avec la philosophie et la politique», *Hommage d'une génération de juristes au Président Badevant*, Pedone, Paris, 1960, p. 234.

²⁴ Cf. l'article 38, paragraphe 1.c) du Statut de la C.I.J.

du que ce sentiment n'est pas forcément qu'un certain comportement est attendu: il peut être permis, recommandé – il est attendu du destinataire; celui-ci est conscient (ou devrait l'être) et des conséquences s'attachent à sa violation. On ne retrouve la sanction, mais moins comme critère même du droit que comme conséquence de son existence.

61. En résumé, il y a droit lorsque:

- les destinataires de normes (le droit est une discipline normative),
- répondant à un *besoin social*, c'est-à-dire aux finalités d'une société particulière,
- ont le *sentiment (opinio juris)* qu'un certain comportement est attendu d'eux,
- faute de quoi une *sanction* (pas forcément répressive) s'ensuivrait,
- étant entendu que ces normes revêtent une certaine *forme* qui est non pas le critère du droit, quoiqu'en pensent les positivistes, mais qui est le signe de leur «réussite juridique» et qui constitue un élément important dans la naissance de la conviction qu'elles existent dans l'esprit de leurs destinataires. Comme on l'a écrit, le droit est «une politique qui a réussi»²³ et le signe de cette réussite, c'est que la norme a passé le test d'un processus formel particulier, que l'on appelle une source.

62. Le droit international remplit pleinement ces conditions, et il le fait de façon autonome: ses normes se forment au plan international selon des processus internationaux et indépendamment des droits nationaux, pour répondre à des besoins qui s'expriment ou se manifestent dans la société internationale, et leur non-respect entraîne un mécanisme sanctionnateur propre, la responsabilité, elle aussi exclusivement internationale, de l'auteur du manquement.

63. Bien entendu, ceci ne signifie pas qu'il n'existe pas de relations, de passerelles, entre le droit international et les droits nationaux. Par exemple, au plan de la formation du droit, l'expression du consentement de l'État à être lié par un traité est réglementée par le droit constitutionnel; mais cela parce que le droit international renvoie, ici, aux droits internes. De même, la fameuse «troisième source» du droit des gens que sont les «principes généraux de droit»²⁴, renvoie aux droits nationaux puisqu'il s'agit des normes communes à l'ensemble des États; mais ici aussi, il s'agit d'un «creuset» dont les modalités sont fixées par le droit international lui-même. De même encore, les tribunaux internes appliquent fréquemment ce qui semble être des règles juridiques internationales, mais, en réalité, lorsqu'ils le font, c'est parce que, d'une manière ou d'une autre, ces règles ont été intégrées dans le droit national, conformément aux mécanismes fixés par la Constitution²⁵.

64. Dès lors, ces relations, nombreuses et complexes, n'empêchent nullement de considérer que droit international d'une part et droits nationaux d'autre part constituent l'un et les autres des «ordres juridiques» bien distincts et se suffisant à eux-mêmes. Ils se complètent; ils ne s'intègrent pas les uns aux autres et le droit international est bien un ordre juridique à part entière.

Section 2 – La formation du droit comme processus - *Le law making process*

65. Je m'en suis tenu jusqu'à présent à une approche purement descriptive du droit international qui pourrait donner l'impression que ses règles sont posées à un moment donné bien défini et une fois pour toutes. Or cette impression est trompeuse et les choses sont plus compliquées: d'une part, même si le droit suppose un processus formel, le formalisme juridique a ses limites (§1); d'autre part, une perspective dynamique est sans doute plus éclairante que l'approche purement statique induite par le recours à la notion de source formelle (§2).

66. Comme nous avons déjà pris pas mal de retard par rapport à ce que j'avais prévu, je serai relativement bref.

§1. Les limites du formalisme juridique

67. Lorsque l'on parle de «sources» du droit international sans autre précision, ce sont les sources *formelles* du droit international que l'on a à l'esprit, c'est-à-dire les procédés d'élaboration du droit. À celles-ci on oppose traditionnellement ce que l'on appelle les sources *matérielles* qui constituent les fondements sociologiques des normes internationales, leur base politique, morale ou économique plus ou moins explicitée par la doctrine ou les sujets du droit.

68. Les fondateurs du droit international, à commencer par Grotius, plus moralistes ou politiques que juristes, invitaient à considérer les sources matérielles de ce droit en formation, en vue de le rendre plus dense et plus conforme à des aspirations pacifiques. La doctrine classique, attachée à une stabilisation et à une opposabilité du droit international aussi étendue que possible, insistait plus sur les sources formelles en vue de justifier leur force obligatoire pour les divers sujets du droit. Telle était, par exemple, la position de Vattel, considéré comme

²⁵ Cette intégration se fait selon des mécanismes très variables; mais, même dans les systèmes constitutionnels dits «monistes», elle est toujours organisée par la Constitution. V. sur ce point Alain Pellet, «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*, Economica, Paris, 2006, pp. 827-857.

²⁶ Arrêt du 24 février 1982, *Plateau continental (Tunisie/Libye)*, Rec. 1982, p. 74.

le positivisme volontariste. Par un retour partiel du balancier, l'époque s'attache à combiner les deux perspectives: la plupart des internationalistes ont commencé à considérer que le droit suppose le recours à des modes de formation mais nombre d'entre eux (et c'est certainement mon cas) estiment que la connaissance des conditions de la naissance des normes juridiques est un élément préalable à sa compréhension.

Il résulte que si les sources formelles du droit sont les seules par lesquelles les normes accèdent au droit positif, les sources matérielles intéressent directement en ce sens qu'elles participent au processus d'émergence du droit positif (de droit effectivement en vigueur). Elles ne peuvent suffire à parfaire une norme juridique, mais elles influencent les procédures juridiques qui concrétisent les sources formelles: les résolutions non obligatoires devront, par exemple, être prises en considération pour comprendre le processus contemporain de création d'une règle conventionnelle ou coutumière. Et, s'agissant des résolutions elles-mêmes qui sont à l'origine de la cristallisation de la règle, il est indispensable d'intéresser aux débats au sein de l'organe qui a adopté la norme pour en saisir la portée.

Prenez un exemple: la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982 consacre, dans ses articles 55 et suivants, la notion de zone économique exclusive. Il est intéressant de constater que l'année même où la Convention de Montego Bay était adoptée (et avant même son adoption, la Cour internationale de Justice avait estimé que ce concept faisait «partie du droit international moderne»²⁶). L'argument avait certainement raison; mais, pour le comprendre, il faut se reporter à une extraordinaire bataille diplomatique qui, depuis la seconde Proclamation Truman de 1945 (pas celle sur le plateau continental, mais celle relative à la réglementation de la pêche au-delà de la mer territoriale) a été engagée par les États du Tiers Monde (d'abord par les États latino-américains) pour se voir reconnaître des droits souverains à une distance très grande au large de leurs côtes. Et cette revendication, son tour, ne peut être appréciée correctement que dans le contexte de l'idéologie du développement qui a pris son essor dans les années 1960 pour s'épanouir durant la décennie suivante.

1. Oh, bien sûr, on peut s'enfermer dans une «théorie pure du droit» à la manière d'un Kelsen²⁷ mais, si on le fait, on se prive non seulement d'éléments de compréhension permettant de répondre à la question du «pourquoi?» des règles de droit, mais aussi d'instruments d'analyse de leur portée. Dans l'exemple de la zone économique exclusive que je viens de donner, une analyse purement formelle

ne permet guère ni d'approuver la position de la Cour antérieure à l'adoption et, *a fortiori*, à l'entrée en vigueur, de la Convention de Montego Bay, ni de comprendre la fonction de l'institution de la ZEE.

72. Il est du reste significatif que la jurisprudence internationale soit de plus en plus sollicitée de prendre en compte des règles en voie de formation, dont la portée ne peut pas être appréciée en s'appuyant simplement sur la portée habituellement reconnue aux sources formelles du droit, en particulier à la convention et à la coutume. Ainsi, lorsque la C.I.J. a été invitée par la Libye et la Tunisie à régler leur différend relatif à la délimitation de leurs plateaux continentaux respectifs – qui a donné lieu à l'arrêt de 1982 que j'ai cité – sans négliger les «tendances» du droit de la mer contemporain²⁷, elle a dû, pour s'acquitter correctement de son mandat rechercher ces tendances au-delà de la seule exégèse des conventions et coutumes en vigueur: sans négliger ces sources formelles, elle a dû chercher des indications sur la règle en voie de formation dans la pratique et les déclarations des États et réfléchir à la fonction de l'institution en voie d'affermissement²⁹. Dans ce cas, les comportements étatiques et le résultat officieux de négociations encore inachevées jouent un rôle fondamental dans l'adoption de la solution, ce qu'une approche purement formaliste ne permettrait pas.

73. Il en va ainsi *a fortiori* lorsqu'il s'agit d'apprécier l'existence d'une *opinio juris* ou d'une «super *opinio juris*» dont l'existence seule permet de détecter l'existence d'une norme respectivement coutumière ou impérative: pour ce faire, il n'est simplement pas possible de ne pas être à l'écoute de facteurs extra-juridiques en vue de déterminer si un processus pratique et «psychologique» a, ou non, abouti à la formation d'une règle juridique.

74. Plus que la source formelle en elle-même, c'est donc le processus de formation du droit (le *law making process*) dans son ensemble qu'il faut prendre en considération.

²⁷ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, LGDJ, 1999, 367 p.

²⁸ Compromis entre la Tunisie et la Libye dans l'affaire du Plateau continental, *Rec.* 1982, pp. 21-22.

²⁹ *Ibid.* p. 38, par. 24; v. aussi C.I.J., arrêt du 20 février 1969, *Plateau continental de la mer du Nord*, *Rec.* 1969, p. 39, par. 63.

³⁰ Michel Virally, *La pensée juridique*, LGDJ, Paris, 1963, p. 126.

³¹ P. Weil, «Le droit international économique» in S.F.D.I., Colloque d'Orléans, *Aspects du droit international économique*, Pedone, Paris, 1963, p. 126.

³² V. Alain Pellet, «Art du droit et 'science' des relations internationales» in B. Badie et A. Pellet dir., *Les relations internationales à l'épreuve de la science politique - Mélanges Marcel Merle*, Economica, 1993, pp.353-369.

nécessité d'une approche dynamique

Les sources matérielles, traductions directes des structures internationales et des technologies dominantes, ont une dynamique que ne peuvent avoir les sources formelles, simples procédés techniques. Le contexte dans lequel les normes juridiques se forment, les considérations politiques, économiques, sociales, culturelles, religieuses, etc., doit nécessairement être intégré dans le raisonnement juridique, non seulement pour en apprécier la portée mais aussi pour en suivre l'évolution et pour leur permettre de jouer leur rôle de régulation sociale en tenant compte des évolutions changeantes de la vie internationale.

Il est évident que les règles juridiques ne sont pas établies *ne varietur* au jour de leur adoption ou de leur cristallisation. Elles doivent évoluer à mesure que les besoins de la société qu'elles régissent évoluent eux-mêmes.

Ceci ne signifie pas que la notion de source (formelle) du droit est dépourvue de pertinence. L'invention du cinéma n'a pas tué la photographie et la télévision et le vidéo n'enlèvent pas leur intérêt aux albums de photos. Il n'empêche que l'innovation que permet le cinéma, le son qu'il allie à l'image, constituent des progrès en ce sens qu'ils permettent de rendre plus exactement compte de la réalité. Il se fait un peu la même chose en droit international: la notion de sources y est toujours utile en ce sens qu'elle permet de «photographier» les normes juridiques au moment donné; mais elle constitue un «instantané» qui ne rend pas compte de la dynamique juridique. Au surplus, en figeant les règles de droit dans l'instant, l'approche exclusive par la notion de sources favorise indûment un conservatisme juridique contestable.

En polarisant l'étude du droit autour de la notion de sources, «en s'hypnotisant sur l'aspect formel, les auteurs positivistes [qui ne veulent connaître que la volonté de l'État au moment où elle est exprimée] ne prêtent plus assez d'attention au fond du droit et ignorent les valeurs. Ils laissent ainsi s'échapper la matière même de ce qui les occupe»³⁰. Au prétexte que le droit serait «plus sensible aux techniques qu'aux finalités»³¹, on se détourne de celles-ci; le droit devient une fin en soi, étudié et adulé pour lui-même. «Ce paganisme juridique devient une nouvelle religion, centrée sur elle-même, alors qu'il est une science [le mot, à mon avis est discutable, c'est plutôt un art – *ars juris*]³² insérée dans la réalité et remplissant par là une fonction éminemment sociale de régulation des rapports entre individus sur le plan interne et entre les États sur le plan international»³³.

79. Or le contexte social dans lequel le droit se forme et s'applique n'est pas immuable, les finalités auxquelles les normes juridiques répondent au moment de leur formation évoluent. La norme demeure mais, à moins de s'appliquer à une société figée, condamnée à l'immobilisme, comme le sont les sociétés que l'on appelle «primitives», elle doit s'adapter à ces évolutions.

80. Ceci est vrai aussi bien en droit interne qu'en droit international; mais la question de l'adaptation des normes juridiques aux évolutions de la société se pose avec une acuité particulière au plan international.

81. Dans les sociétés nationales contemporaines, il existe de multiples canaux permettant d'adapter le droit aux besoins rapidement changeants de la société. Pour en rester au niveau le plus simple: il est relativement facile, dans un État démocratique, de modifier une loi devenue obsolète: il suffit d'en adopter une nouvelle. Mais cela est possible parce qu'il existe un Parlement qui peut, sans guère de difficulté, voter un texte nouveau dans des délais relativement rapides.

82. Ce n'est pas le cas dans la société internationale où, nous l'avons vu, le pouvoir de faire le droit est diffus et décentralisé. Certes, les États peuvent toujours adopter un traité nouveau qui modifie un traité antérieur ou déroge à une coutume héritée du passé et devenue inadaptée; mais si ceci peut être relativement facile au plan bilatéral ou entre un petit nombre d'États, c'est infiniment plus compliqué à l'échelle mondiale ou même régionale – pensez seulement au blocage dans lequel se trouve plongée actuellement la construction européenne du fait de l'impossibilité d'adopter le Traité constitutionnel. Certes aussi, une coutume peut en remplacer une autre, voire même abroger une règle conventionnelle – comme le montre l'exemple de l'article 27, paragraphe 3, de la Charte des Nations Unies qui posait la règle trop rigide de l'unanimité positive des cinq Membres permanents du Conseil de sécurité et qui a été remplacée, contre le texte clair de cette disposition, par la règle plus souple et plus adaptée selon laquelle l'abstention d'un ou de plusieurs Membres permanents n'empêche pas l'adoption d'une résolution par le Conseil; mais il est rare que soient réunies les conditions d'une règle coutumière nouvelle dont l'avènement, de toutes façons, suppose du temps. En tout état de cause, nous

³³ Mohammed Bedjaoui, *Pour un nouvel ordre économique international*, Unesco, Paris, 1979, p. 103.

³⁴ Sur cette notion, v. Bin Cheng, "United Nations Resolutions on Outer Space: 'Instant' International Customary Law?", *Indian Journal of International Law*, 1965, pp. 23-48; Bin Cheng "Custom: The Future of General State Practice In a Divided World", in R. St.J. Macdonald & Douglas M. Johnston eds., *The Structure and Process of International Law: Essays in Legal Philosophy Doctrine and Theory*, Nijhoff, La Haye, 1983, pp. 513-554; Bin Cheng, «*Opinio Juris: a Key Concept in International Law That Is Much Misunderstood*» in Siemho Yee and Wang Teyea eds., *International Law in the Post-Cold War World: Essays in Memory of Li Haopei*, Routledge Studies in International Law, London and New York, 2001, pp. 56-76.

Il y a bien ici en présence d'un «processus» normatif, étalé dans le temps et le droit considère que, par définition, la formation de la coutume relève du *law making process*: il n'existe pas de «coutumes instantanées»³⁴.

Ceci dit, la plupart du temps, ces procédés traditionnels d'adaptation du droit sont trop rigides et répondent mal au besoin d'adaptation continue des normes juridiques – si bien qu'à côté de ces procédés, qui peuvent être ramenés sans trop de probabilité intellectuelle à la théorie des sources du droit, se sont développés des modes d'adaptation des normes juridiques plus novatrices. Nous en rencontrerons plusieurs dans les deux chapitres suivants: le recours à la *soft law*, la jurisprudence internationale pour n'être pas en tant que telle une source du droit à proprement parler, ce n'est pas moins un puissant vecteur d'évolution des principes généraux du droit international, ou, plus discutable, le phénomène qui se développe depuis quelques années de «quasi-législation» internationale par le Conseil de sécurité.

Je voudrais seulement, pour terminer ce chapitre, prendre un exemple qui montre combien la formation du droit international est une création continue qui répond bien à la notion de processus: celui du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes.

85. Ce principe a son origine dans le principe des nationalités revendiqué lors des évolutions européennes du 19^{ème} siècle et énoncé dans les fameux 14 points du président américain Wilson en 1917. Il trouve une consécration juridique dans les articles 1^{er}, paragraphe 2, et 55 de la Charte des Nations Unies; mais il ne peut faire de doute que, dans l'esprit des négociateurs de Dumbarton Oaks et de San Francisco, le principe de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes était pleinement compatible avec le maintien du colonialisme, que la Charte consacrait juridiquement en l'encadrant (dans son chapitre XI) sans aucunement le condamner.

86. Or, aujourd'hui, il n'est assurément plus pensable d'admettre cette consécration: sous l'action de la majorité anti-colonialiste des Nations Unies, le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes est, au contraire, devenu l'instrument juridique de la décolonisation. Comme l'a dit solennellement la Cour internationale de Justice à deux reprises (dans ses avis consultatifs de 1971 sur la *Namibie* et de 1975 sur le *Sahara occidental*), ce principe doit aujourd'hui être interprété en fonction de «l'évolution que le droit a ultérieurement connue grâce à la Charte des Nations Unies et à la coutume»³⁵ – et ceci alors même que le texte même de la Charte est (sur ce point comme sur presque tous les autres) demeuré immuable.

87. Nous avons là une illustration frappante du caractère continu du *law-making process* à l'œuvre dans le droit international, et qui nous met en garde contre les excès et de l'approche formaliste et d'une confiance excessive dans le recours à la théorie des sources formelles du droit international, dont nous allons, dans le chapitre suivant, étudier un autre aspect en nous interrogeant sur le rôle que joue la volonté dans la formation du droit international.

Chapitre 2

La part de la volonté dans la formation du droit international

88. Comme vous le savez, le droit international est sans doute, parmi toutes les disciplines juridiques celles dans laquelle les querelles d'école demeurent les plus vivaces – peut-être parce qu'il s'agit d'une branche du droit relativement jeune: dans sa forme moderne, elle ne remonte guère au-delà du 17^{ème} siècle; plus certainement parce que, du fait de la prégnance du rôle qu'y joue la souveraineté, les juristes demeurent profondément divisés sur la question de savoir pourquoi les règles de droit sont obligatoires – c'est la querelle, toujours actuelle, du fondement du droit.

89. Les premiers internationalistes dignes de ce nom, et, d'abord, Grotius, avançaient une explication qui, je dois dire, ne me paraît pas aussi absurde que cela: le droit international s'impose aux États car cela répond aux exigences de la «saine raison». C'est la doctrine du «droit naturel» qui, même si les pères fondateurs du droit international, l'exprimaient autrement, rejoint l'idée qui est à la base de la société internationale «westphalienne» qui demeure largement celle dans laquelle nous vivons même si l'État n'en est plus l'unique composante et selon laquelle le droit international répond à un besoin fondamental dans une société partagée entre quelque 200 entités qui se réclament de la souveraineté mais se reconnaissent égales les unes des autres. Pour simplifier, disons que cette doctrine, à laquelle j'adhère complètement et qui me paraît la plus capable d'expliquer l'essentiel des phénomènes juridiques internationaux, se rattache (comme d'ailleurs le vieux jusnaturalisme) à l'objectivisme juridique, hérité de Durkheim et relayé en droit public interne par Léon Duguit et en droit international par le Français Georges Scelle, dont, à certains égards (pas tous), je me sens le modeste héritier.

³⁵ C.I.J., avis consultatif du 21 juin 1971, *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest Africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, Rec. 1971, p. 31, par. 53 et C.I.J., avis consultatif du 16 octobre 1975, *Sahara Occidental*, Rec. 1975, p. 32, par. 56.

³⁶ Pour une présentation de la pensée – beaucoup plus nuancée que les quelques lignes ci-dessus le donnent à penser, v. Emmanuelle Jouanet, *Emer de Vattel et l'émergence doctrinale du droit international classique*, Pedone, Paris, 1998, 490 p.

90. Que ce soit sous cette forme moderne ou dans sa version ancienne du droit naturel, il va de soi que cette explication du droit ne fait pas l'affaire des États qui ne sont pas enthousiastes de s'entendre dire que, souveraineté ou pas, ils sont liés par des règles de droit qu'ils n'ont pas voulues et qui, le cas échéant, s'imposent à eux contre leur volonté. Il n'est, dès lors, guère étonnant qu'en réaction contre ces théories jugées insuffisamment respectueuses de la souveraineté, soit née une doctrine certainement plus séduisante aux yeux des monarques absolus européens du 18^{ème} siècle qui se voulaient «souverains par-dessus tout»: le volontarisme juridique, incarné, au milieu du 18^{ème} siècle, par le Prussien Eyméric de Vattel. Tout en payant son tribut au droit naturel, celui-ci opère une distinction fondamentale entre ce qu'il appelle le droit «nécessaire» (en réalité le droit souhaitable) d'une part, et le droit volontaire, «posé» (*jus positum*) par la volonté de l'État d'autre part³⁶. Le premier qui n'est autre que le droit naturel est un idéal à atteindre; mais le second seul est effectivement applicable – et l'on comprend que cette doctrine, si commode pour les États souverains qui y voient un moyen de n'être liés par le droit que s'ils le veulent et dans la mesure où ils le veulent, aient eu un formidable succès.

91. Un succès tel que, par un glissement terminologique révélateur, on en est venu à assimiler le droit volontaire, voulu par les États avec le droit effectivement en vigueur – et c'est ce qui explique que pour désigner celui-ci on parle couramment de droit *positif*. Cette assimilation est pourtant très exagérée. S'il est certain et indiscutable que, quantitativement en tout cas, les règles du droit international, émanent souvent, et même sans doute en général, de la volonté des États (Section 1), on ne peut cependant pas les y rattacher toutes et, en tout état de cause, il est impossible de limiter l'explication de la force obligatoire des règles juridiques à la seule volonté de l'État n'est pas acceptable (Section 2).

Section 1 – Des normes largement issues de la volonté de l'État

92. Comme nous sommes déjà fort en retard par rapport au programme que je m'étais fixé, je vais être relativement rapide sur ce point et me bornerai à vous rappeler brièvement un certain nombre de choses que vous connaissez déjà et qui ne vous apprendront rien, en forme de brefs flashes, concernant le mode conventionnel d'abord, les engagements unilatéraux ensuite.

§1. La rencontre de volonté des États – les engagements conventionnels

93. En premier lieu, il est tout à fait évident que, dans le monde contemporain, le traité constitue la principale source par laquelle les États acceptent de se lier par des obligations. Ceci aussi bien au plan universel que régional ou bilatéral – étant entendu que, même si les traités à portée universelle sont les plus «visibles», les accords bilatéraux sont infiniment plus nombreux et que, bien souvent, ce sont les traités régionaux qui imposent aux Parties contractantes les contraintes les plus grandes, notamment en matière de droits de l'homme (pensez à cet égard aux Conventions européennes ou interaméricaines des droits de l'homme) ou lorsqu'ils créent des organisations internationales et, surtout, des organisations d'intégration comme les Communautés européennes ou le Mercosur.

94. À noter qu'à leur tour, les organisations internationales (et tout spécialement, justement, les organisations d'intégration économique) peuvent conclure des traités et même devenir membres d'autres organisations internationales – ainsi la Communauté européenne est-elle membre de la FAO ou de l'OMC et partie à la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982 et, de ce fait, membre de l'Autorité des fonds marins.

95. Comme vous le savez aussi, le droit des traités est, aujourd'hui très largement codifié – essentiellement par la très fameuse Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969, s'agissant des traités entre États et, pour les traités auxquels des organisations internationales sont parties, par une autre Convention de Vienne, qui date de 1986. Les règles qui y sont énoncées n'avaient pas toutes au moment de leur adoption un caractère coutumier: allant au-delà d'une simple codification (qui consiste à inclure dans un traité des règles coutumières préexistantes), elles comportaient certainement des éléments de «développement progressif», c'est-à-dire des règles qui allaient au-delà du droit effectivement en vigueur à l'époque. Mais, aujourd'hui, je crois que l'on peut considérer qu'elles s'imposent à tous les États, même à ceux qui, comme la France par exemple, n'ont pas ratifié la Convention de Vienne de 1969.

96. Et nous avons là de nouvelles illustrations de l'interaction entre les sources du droit international:

- la Convention de Vienne codifie le droit international et donc transforme des règles coutumières en normes conventionnelles, s'imposant en tant que telles aux États qui l'ont ratifiée;

- mais en outre, l'adoption de la Convention et sa ratification par un nombre

important d'États (elle compte aujourd'hui plus de 100 États parties³⁷) ont permis la cristallisation en règles coutumières des normes qui y sont énoncées et qui, au moment de sa conclusion, relevaient du développement progressif du droit international et non de sa codification *stricto sensu*.

7. Il ne saurait évidemment être question de détailler ces règles dans un cours général. Mais je voudrais attirer votre attention sur trois points fondamentaux, qui sont en rapport très étroits avec le rôle que joue la volonté dans la formation du droit international.

D'abord, sur le soin que met la Convention de Vienne de 1969 (et aussi d'ailleurs celle de 1986) à préserver la liberté du consentement des États qui s'engagent par un traité. Elle ne comporte pas moins de sept articles (les articles 46 à 52) à garantir que les États s'engagent librement en prévoyant que le traité est nul à leur égard si c'est une nullité relative) ou en lui-même (nullité absolue) s'il a été conclu sous la contrainte, ou par dol, ou par erreur, ou au mépris de certaines règles fondamentales du droit interne, etc.

De plus, deuxième remarque, la Convention de Vienne prend bien soin de préciser les modalités d'expression du consentement de l'État qui s'engage par un traité et indique que si le traité lie l'État qui a, librement, exprimé son consentement (article 26 – *pacta sunt servanda*), en revanche, un traité ne peut, en principe, avoir aucun effet à l'égard des tiers en vertu du principe de l'effet relatif des traités, notamment rappelé par l'article 34 («Un traité ne crée ni obligations ni droits pour un État tiers sans son consentement»).

10. Enfin, troisième remarque (mais bien d'autres pourraient être faites dans la même veine), il est intéressant de relever que la Convention de Vienne loin de décourager la formulation de réserves – c'est-à-dire de déclarations unilatérales par lesquelles un État «vise à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité dans leur application à cet État»³⁸ – les encourage très largement par les règles assez laxistes posées dans les articles 19 à 23, tout en s'efforçant de préserver, non pas l'intégrité du traité – ceci est contraire à la vocation fondamentale des réserves – mais, son objet et son but, c'est-à-dire les dispositions essentielles, qui en constituent la raison d'être³⁹ – car la volonté de l'État qui formule une réserve est une chose, mais celle des autres Parties au traité doit aussi être préservée.

³⁷ Très exactement, 108 au 25 mai 2007 (v. *Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général*, chap. XXIII.1, <http://untreaty.un.org/>)

101. Tout ceci pour dire non seulement qu'évidemment le droit conventionnel est, par essence, un droit volontaire, mais aussi que les règles conventionnelles ou coutumières du droit des traités lui-même veillent à préserver au maximum la liberté du consentement des États qui s'engagent par un traité. Ceci me paraît constituer *le principe cardinal du droit des traités*.

102. *Moyennant quoi, il faut nous interroger sur la signification profonde qu'il convient de donner à l'engagement conventionnel d'un État, eu égard en particulier, à sa souveraineté.*

103. Trop souvent, on présente le traité comme une aliénation ou, en tout cas, une limitation de la souveraineté. Selon la doctrine volontariste dominante, «accepter d'être lié par la règle de droit (...), c'est surtout – quoi qu'on en dise – une limitation de souveraineté»⁴⁰. Il n'en est rien et ceci reflète la conception absolutiste et erronée de la souveraineté.

104. En réalité, il est assez absurde de parler de «limitation de souveraineté»: la souveraineté ne se limite pas, ne se divise pas, ne se «saucissonne» pas⁴¹; elle est le critère de l'État et la source de ses compétences au plan international; s'il l'a, il est un État et jouit à ce titre de toutes les compétences que le droit international reconnaît aux États; si l'entité en cause n'est pas souveraine, elle n'est pas un État et le problème ne se pose tout simplement pas... Si vous me permettez une comparaison un peu osée et politiquement fort incorrecte, la souveraineté, c'est comme la virginité: on l'a ou on ne l'a pas; mais on ne l'a pas «un peu» ou «beaucoup» ou «en partie»!

105. Comment, alors, analyser l'engagement international de l'État? Le problème s'est posé à la Cour permanente de Justice internationale (C.P.J.I.) dans le premier arrêt qu'elle a été appelée à rendre, en 1923, dans l'affaire du *Vapeur Wimbledon*. L'Allemagne prétendait que le Traité de Versailles, par lequel elle s'était engagée à ouvrir le canal de Kiel aux navires de toutes les nations en temps de paix comme en temps de guerre était contraire à sa souveraineté si l'on devait l'interpréter comme l'obligeant à laisser passer un navire contenant des armes destinées à

³⁸ Article 2, par. 1.d), de la Convention de Vienne.

³⁹ V. Alain Pellet, 10^{ème} rapport sur les réserves aux traités, A/CN.4/558/Add.1, pars. 72-89.

⁴⁰ P. Weil, *op. cit.* note 6, p. 67.

⁴¹ «Souveraineté territoriale», ou «économique» ou «culturelle» sont des expressions commodes mais trompeuses, qui désignent l'ensemble des compétences de l'État sur son territoire, ou en matière économique, ou dans le domaine culturel.

⁴² Arrêt du 17 août 1923, série A, n° 1, p. 25.

⁴³ V. par exemple l'analyse (ambiguë) de la «Déclaration Ihlen» (du Ministre norvégien des Affaires étrangères) par la C.P.J.I. dans l'affaire du *Groënland oriental* (arrêt du 5 avril 1933, série A/B, n° 53, pp. 69-73).

un des belligérants dans un conflit (entre la Pologne et l'U.R.S.S.) auquel elle n'était pas partie et par rapport auquel elle avait proclamé sa neutralité. À très haut titre, la Cour s'est refusée «à voir dans la conclusion d'un traité quelconque, par lequel un État s'engage à faire ou à ne pas faire quelque chose, un abandon de souveraineté»; «la faculté de contracter des engagements internationaux, conclut-elle, est précisément un attribut de la souveraineté de l'État»⁴². On ne saurait mieux dire et la formule reste entièrement valable après trois quarts de siècle.

106. C'est *parce qu'il est souverain*, que l'État peut s'engager internationalement sans, pour autant, perdre ou «limiter» sa souveraineté. En s'engageant par un traité, l'État ne limite pas sa souveraineté, il exerce les compétences qui lui incombent *en vertu de sa souveraineté*. La même chose est vraie lorsqu'il s'engage unilatéralement.

Les engagements unilatéraux des États

107. Alors que les traités sont une source traditionnelle et bien répertoriée du droit international, la première mentionnée dans l'article 38 du Statut de la C.I.J., les actes unilatéraux des États n'y sont pas cités. Et, même s'il y a quelques précédents⁴³, ce n'est qu'avec les arrêts de la Cour de 1974 dans les affaires qui opposaient l'Australie à la Nouvelle-Zélande à la France au sujet des *Essais nucléaires* français dans le Pacifique, que l'idée selon laquelle un État pouvait être juridiquement lié par la simple déclaration unilatérale de sa volonté a commencé à être couramment admise.

108. Dans cette affaire, les autorités françaises avaient fait savoir par des canaux officiels qu'elles entendaient renoncer à l'avenir à tout essai nucléaire dans l'atmosphère. Bien que la volonté de la France de s'engager juridiquement soit, sur mon avis, sujette à caution du fait à la fois des «vecteurs» (une déclaration du Président de la République lors d'une conférence de presse, un discours du Ministre des Affaires étrangères, des communiqués) et du contenu des déclarations, la Cour a estimé que ce pays s'était engagé ce qui, toujours selon elle et de manière tout aussi discutable donnait satisfaction aux demandeurs et faisait qu'il n'y avait pas lieu de statuer. Quelles que soient les faiblesses du raisonnement de la Cour, les arrêts de 1974 ont été l'occasion d'un *dictum* de grande importance:

Il est reconnu que des déclarations revêtant la forme d'actes unilatéraux et concernant des situations de droit ou de fait peuvent avoir pour effet de créer des obligations juridiques. Quand l'auteur de la déclaration entend être lié conformément à ses termes, cette intention confère à sa prise de position le

caractère d'un engagement juridique, l'État intéressé étant désormais tenu en droit de suivre une ligne de conduite conforme à sa déclaration. Un engagement de cette nature, exprimé publiquement et dans l'intention de se lier, même hors du cadre des négociations internationales, a un effet obligatoire»⁴⁴.

109. La Cour a confirmé sa position lorsque, à la suite de la reprise par la France d'essais nucléaires souterrains à Mururoa, elle a rappelé la portée de «l'engagement pris par la France» et déclaré: «les déclarations unilatérales des autorités françaises ont été faites publiquement, en dehors de la Cour, et ont exprimé l'intention du Gouvernement français de mettre fin à ses essais atmosphériques»⁴⁵ et en a déduit que la Nouvelle-Zélande n'était pas fondée à invoquer une violation de son engagement par la France dès lors que les nouveaux essais n'étaient pas effectués dans l'atmosphère⁴⁶. Ce faisant, la Cour confirme que si les États sont liés par leurs déclarations unilatérales, les limitations à la liberté d'action des États «ne se présument pas»⁴⁷ – ce qui est une autre manière de reconnaître et que l'État peut être lié par l'expression de sa volonté, et que celle-ci doit être clairement exprimée faute de quoi le principe est qu'il bénéficie d'une liberté d'action – ce que l'on exprime en disant qu'il est souverain⁴⁸.

110. Mais, nous le savons, dire qu'un État est souverain, ne signifie en aucune manière qu'il est libre d'agir sans aucune limite dans la sphère internationale – ne serait-ce que parce que sa liberté est bornée par celle, égale, appartenant à tous les autres États, également souverains. Pour ce qui nous intéresse aujourd'hui, cela signifie que si la volonté de l'État exprimée unilatéralement ou conjointement avec d'autres États dans un traité librement conclu, celle-ci n'est pas, loin s'en faut, la seule source des droits et des obligations des États dans l'ordre juridique international.

Section 2

Les limites du rôle de la volonté dans la formation du droit international

111. Les tenants du volontarisme juridique s'emploient à rapporter toutes les règles

⁴⁴ Arrêts du 20 décembre 1974, *Rec.* 1974, p. 267, par. 43, et p. 472, par. 46.

⁴⁵ Ordonnance du 22 septembre 1995, *Demande d'examen de la situation au titre du paragraphe 63 de l'arrêt rendu par la Cour le 20 décembre 1974 dans l'affaire des essais nucléaires*, *Rec.* p. 305, par. 61.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 306, par. 63.

⁴⁷ C.P.J.I., arrêt du 7 septembre 1927, *Lotus*, série A, n° 10, p. 18.

⁴⁸ En 2006, la C.D.I. a adopté dix «Principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations juridiques», qui constituent un exposé clair et utile du régime juridique des actes unilatéraux dans l'acceptation restreinte qui leur est donnée ici (v. *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et unième session, Supplément n° 10 (A/61/10)*, pp. 385-387, par. 176).

juridiques internationales à la volonté exprimée par les États. Cette position n'est compatible ni avec la logique fondamentale du droit international – même en limitant celui-ci à un droit purement interétatique, ce qu'il n'est pas.

112. Non seulement, en effet, il est totalement artificiel de rattacher les sources du droit international autres que les traités et, beaucoup plus marginalement, les actes unilatéraux, à la volonté de l'État (§2), mais, même en ce qui concerne les traités eux-mêmes, il n'est pas possible de s'en tenir à une vision exclusivement volontariste du droit (§1).

§1. La volonté de l'État encadrée

113. Qu'il y ait un droit volontaire, c'est-à-dire que certaines normes juridiques internationales émanent de la volonté de l'État, voilà qui est indiscutable et le rôle fondamental que jouent les traités dans les relations internationales le montre avec la clarté de l'évidence. Mais il faut prendre conscience que, même dans le cadre du droit conventionnel, la volonté de l'État est bornée par le droit lui-même ou dans la réalité. Elle l'est à trois points de vue:

- en premier lieu, par les limites objectives qui s'imposent aux États (et aux autres sujets de droit international qui ont la capacité de conclure des traités, organisations internationales ou mouvements de libération nationale) – et c'est le fameux *jus cogens*;

- en deuxième lieu par des règles relevant de la technique conventionnelle, mais qui limitent la liberté des États à l'égard des traités qu'ils ont conclus, et qui permettent de dire que les traités en même temps qu'ils expriment la volonté des États qui les concluent sont pour eux de véritables «pièges à volonté» et,

- en troisième lieu, phénomène très récent et dont il est difficile d'apprécier la portée, des acteurs autres que les États (ou leurs créatures que sont les organisations internationales) commencent à jouer un rôle dans l'élaboration des traités.

A. Les normes impératives du droit international général

114. Selon les auteurs volontaristes classiques, «[t]out acte illicite international (...) pourrait être élevé au rang de droit si l'on en faisait le contenu d'un traité»⁴⁹. Il y a là l'expression la plus inacceptable du cynisme positivisme – mais c'est en effet à quoi conduit inévitablement une analyse purement volontariste du droit international: que deux États s'entendent pour commettre un génocide, pour perpétrer une agression, pour organiser la torture à une vaste échelle, pour mettre en place ou soutenir des régimes de discrimination raciale, cela est du droit dès lors qu'ils se sont mis d'accord par la voie conventionnelle.

115. Il y a là, à mes yeux, une raison suffisante pour empêcher l'adhésion aux thèses volontaristes: tel ne peut être le droit au début du 21^{ème} siècle. Non pas d'ailleurs parce que, de tous temps et sous tous les cieux, ce genre de règles n'aurait pu faire l'objet d'un traité (ce que soutiendrait un pur «jusnaturaliste»), mais parce que de telles normes, si elles devaient être considérées comme étant le droit, mettraient en danger la structure même de la société internationale contemporaine ou, plus exactement peut-être, les éléments «communautaires» (ou «communautaristes») de cette société.

116. Sans doute, si Hitler avait gagné, le génocide serait-il tenu pour tout à fait acceptable pour la plus grande gloire de la prétendue race aryenne; mais Hitler n'a pas gagné. Et, sans même vous arrêter à cette vision apocalyptique, pensez à la société internationale antérieure à la première guerre mondiale: le recours à la force dans les relations internationales y étaient considéré comme parfaitement normal et ce n'est qu'avec le Pacte de la S.d.N. que la guerre d'agression a fait l'objet d'une condamnation juridique.

117. Certes, nous ne vivons pas dans une société internationale apaisée et policée: des horreurs s'y commettent chaque jour et des pratiques que l'on peut parfaitement considérer comme répréhensibles et moralement condamnables y sont tolérées tout en ne se heurtant pas à des objections de nature juridique. Il n'empêche qu'au terme d'une lente évolution, qui n'est pas allée sans à coups, l'humanité s'est mise à adhérer à un minimum – oh, encore un strict minimum! – de valeurs communes qui sont à l'origine d'un ordre public international, encore très embryonnaire, mais dont l'existence n'en est pas moins indiscutable.

118. C'est cette idée que traduit la notion de *jus cogens*, définie par le très fameux article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 aux termes duquel:

«Est nul tout traité qui, au moment de sa conclusion, est en conflit avec une norme impérative du droit international général. Aux fins de la présente convention, une norme impérative du droit international général est une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble, en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère.»

⁴⁹ Georg Jellinek, *Die rechtliche Natur der Staatenverträge*, Hölder, Vienne, 1880, p. 16.

«cette disposition est complétée par l'article 64 qui dispose:

«Si une nouvelle norme impérative du droit international général survient, tout traité existant qui est en conflit avec cette norme devient nul et prend fin».

Ainsi se trouve établi un certain nombre de choses:

- 1° il existe, dans l'ordre juridique international contemporain, des règles «impératives» auxquelles les États ne peuvent déroger, même s'ils sont d'accord pour ne le faire dans leurs relations *inter se*;
- 2° ces normes ne sont pas des «données immuables de la conscience»; elles existent à un moment donné (puisque de nouvelles normes impératives du droit international général peuvent «survenir») – de manière intéressante, la Convention de Vienne n'envisage pas qu'elles puissent disparaître, ce qui veut dire que l'on suppose que les solidarités globales iront en s'approfondissant...;
- 3° même si la rédaction de l'article 53 est quelque peu ambiguë – puisque les normes impératives sont supposées «acceptées et reconnues», ce qui implique une forme de consentement – celui-ci émane non des États individuellement, mais de la communauté internationale des États dans son ensemble»; et
- 4° l'existence de celle-ci se trouve ainsi consacrée juridiquement: de même que l'existence de l'État est postulée car, seule, elle permet d'expliquer un certain nombre de phénomènes juridiques, de même, on a forgé une nouvelle fiction juridique pour expliquer l'existence de normes qui s'imposent aux États même si ceux-ci n'y ont pas individuellement consenti.

Il n'est pas étonnant que la notion de *jus cogens* soit apparue ou, en tout cas, ait été consacrée durant les années 1960, au moment où, suite à la décolonisation massive de l'Afrique, le Tiers Monde fait, en tant que tel, irruption sur la scène juridique internationale. Un temps tentés par la «table rase», les États du Tiers Monde essaient, durant les années 1960 et 1970, de faire le tri entre les règles du droit international classique qui leur sont favorables et qu'ils souhaitent conserver d'une part, et celles qu'ils veulent modifier ou abroger. En même temps, ils prennent conscience que leur faiblesse les prive souvent de la possibilité d'invoquer d'abord les premières. D'où l'idée de conférer un statut particulier, supérieur, à certaines normes en empêchant les États (sous-entendu les États faibles) d'y déroger – car postuler que la libre volonté des États est à l'origine des règles du droit international est une chose mais la réalité de cette liberté en est une chose, toute différente: certes, tous les États sont également souverains *en droit*; mais, dans la réalité, certains sont, à l'évidence, «plus égaux» que d'autres. Le *jus cogens* présente l'immense mérite d'empêcher que les plus faibles se voient imposer de

renoncer à certains droits particulièrement précieux.

121. Telle était du moins, à mon avis, le raisonnement – qui relevait largement du non-dit – à l'origine de la consécration de normes impératives. Et il est certain que l'on pensait alors surtout à des règles garantissant la souveraineté des États que leur faiblesse militaire ou leur sous-développement économique rendaient particulièrement vulnérables aux pressions des pays du centre: tel était le cas de l'interdiction du recours à la force dans les relations internationales ou de l'intervention dans les affaires intérieures des États ou encore du principe du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes.

122. Certains de ces principes ont aujourd'hui, sans aucun doute, acquis le statut de normes impératives du droit international général. Tel est certainement le cas, non pas de l'interdiction du recours à la force en général (ne fût-ce que parce que la légitime défense individuelle et collective en réponse à une agression constitue, en vertu de l'article 51 de la Charte, un «droit naturel» des États), mais de la prohibition de l'agression ou, plus généralement, de l'interdiction du recours à la force armée dans les relations internationales contrairement à la Charte des Nations Unies⁵⁰. Dans un domaine différent mais toujours en ce qui concerne les relations entre États, la C.I.J. a considéré, dans l'affaire relative au *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, «qu'aucun État n'a l'obligation d'entretenir des relations diplomatiques ou consulaires avec un autre État, mais qu'il ne saurait manquer de reconnaître les obligations impératives qu'elles comportent et qui sont maintenant codifiées dans les Conventions de Vienne de 1961 et 1963»⁵¹.

123. Les choses sont moins claires en ce qui concerne le principe du droit des

⁵⁰ V. *Rapport de la C.D.I. sur les travaux de sa dix-huitième session, 4 mai – 19 juillet 1966*, Ann. C.D.I., 1966, vol. II, p. 270 et C.I.J., arrêt du 5 février 1970, *Barcelona Traction, Light and Power Co., Limited (nouvelle requête: 1962)*, Rec. 1970, p. 32, par. 34 ; v. aussi l'avis n° 10, du 4 juillet 1992, de la Commission d'arbitrage pour l'ex-Yougoslavie, R.G.D.I.P. 1993, p. 594, § 4.

⁵¹ Ordonnance du 15 décembre 1979, Rec. 1979, p. 20 – italiques ajoutées.

⁵² Arrêt du 30 juin 1995, *Timor oriental*, Rec. 1995, p. 102, par. 29, et avis consultatif du 9 juillet 2004, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, Rec. 2004, p. 199, pars. 155 et 156.

⁵³ Avis n° 1, 29 novembre 1991, R.G.D.I.P. 1992, p. 265. La juxtaposition des droits des peuples, dont on peut certainement admettre qu'à certaines conditions il relève du *jus cogens*, et de ceux des minorités, dont il est en revanche plus que douteux qu'ils s'y rattachent, enlève cependant du poids à ce précédent. V. aussi l'avis n°2, du 11 janvier 1992, dans lequel la Commission a réaffirmé l'existence «de normes, maintenant impératives du droit international général» imposant «aux États d'assurer le respect des droits des minorités» (R.G.D.I.P. 1992, pp. 266-267) et ses «observations» en date du 4 juillet 1992 sur la loi constitutionnelle croate des 4 décembre 1991 et 8 mai 1992, § 4. Dans son avis n° 10, rendu le 4 juillet 1992, la Commission qualifie également d'impératives les normes qui «garantissent les droits des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques» (R.G.D.I.P. 1993, p. 594, § 4). V. aussi la sentence arbitrale du 31 juillet 1989 dans l'affaire de la *Détermination de la frontière maritime entre la Guinée-Bissau et le Sénégal*, R.G.D.I.P. 1990, pp. 234-235.

⁵⁴ Ann. C.D.I., 1966, vol. II, p. 270.

les à disposer d'eux-mêmes dont la C.I.J. a admis, à deux reprises, que, «tel qu'il est développé à partir de la Charte et de la pratique de l'Organisation des Nations Unies», il s'agissait d'«un droit opposable *erga omnes*»⁵² mais sans qualifier expressément d'impératif – je reviendrai dans quelques instants sur cette ambiguïté. À noter cependant que, pour sa part, la Commission d'arbitrage pour l'ex-Yougoslavie a classé, parmi les normes impératives du droit international général, les «droits des peuples et des minorités»⁵³.

Il reste, que ce sont sans aucun doute les droits fondamentaux de la personne humaine, en temps de paix comme en temps de guerre, qui, aujourd'hui, forment le cœur du *jus cogens*. Soyons clairs: ce n'était sûrement pas ce domaine qui, dans les années 1969 et 1970, était au centre des préoccupations des pays en développement ni de l'U.R.S.S. et de ses amis qui, eux aussi, se déclaraient très attachés à la notion de normes impératives. Ce sont l'évolution des relations internationales et le triomphe de l'idéologie libérale qui sont, à l'évidence, à l'origine de cet infléchissement – mais je suis de ceux qui pensent que, même s'il s'agit d'un dommage que l'évolution n'ait pas été plus équilibrée, on ne peut que se réjouir de cette «promotion» des principes protecteurs des droits de l'homme les plus fondamentaux; les pays occidentaux n'ont pas toujours et forcément tort et ils sont, dans ce domaine, moins critiquables que dans d'autres...

Du reste, dès l'origine, dans le commentaire du projet d'articles sur le droit international général, la C.D.I. avait mentionné, parmi les traités qui seraient nuls du fait de leur contrariété avec des normes impératives du droit international général, ceux organisant la traite des esclaves ou le génocide ou qui porteraient atteinte aux règles protectrices de la situation des individus⁵⁴ et le T.P.I.Y. a, dans son arrêt *Furundzija* du 10 décembre 1998, estimé que «[l']interdiction de la torture a la même valeur de *jus cogens*»⁵⁵. Pour sa part, la C.I.J., dans le célèbre *obiter dictum* de son arrêt de 1970 dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, dans lequel elle a consacré la notion d'obligations *erga omnes*, sur laquelle je vais revenir, a également mentionné le génocide et les atteintes aux droits fondamentaux de la personne humaine, notamment l'esclavage et la discrimination raciale comme exemples de violations des obligations⁵⁶ et lorsque sa «bouderie» à l'encontre de l'expression *jus cogens* a été cassée⁵⁷, la Cour a expressément reconnu que l'interdiction du génocide relevait de cette catégorie de normes⁵⁸.

26. S'agissant du droit humanitaire – qui, par opposition aux droits de l'homme, est applicable en temps de guerre⁵⁹, la C.I.J. a indiqué à deux reprises qu'«un grand nombre de règles du droit humanitaire applicable dans les conflits armés sont si

fondamentales pour le respect de la personne humaine et pour des 'considérations élémentaires d'humanité', qu'elles «s'imposent (...) à tous les États, qu'ils aient ou non ratifié les instruments conventionnels qui les expriment, parce qu'elles constituent des principes intransgressibles du droit international coutumier»⁶⁰. Et, dans son avis de 2004 relatif au *Mur israélien en territoire palestinien occupé*, a ajouté qu'à son avis, «les règles en question incorporent des obligations revêtant par essence un caractère *erga omnes*»⁶¹.

127. Vous remarquerez les incertitudes terminologiques. Malgré l'exception de l'ordonnance de 1979 dans l'affaire des *Otages américains en Iran*⁶², la Cour mondiale a, jusqu'à son arrêt du 3 février 2006, dans lequel elle a enfin expressément qualifié l'interdiction du génocide de norme impérative du droit international général⁶³, longtemps évité de parler de normes «impératives» ou de *jus cogens* mais elle utilisait une terminologie équivalente lorsqu'elle parlait de principes «intransgressibles» et je ne peux m'empêcher de penser que, si la C.I.J. se défie de l'expression *jus cogens*, c'est plus pour ménager la «sensibilité» de certains Juges féroceement hostiles à la notion elle-même (et d'abord des trois derniers Juges français, très influents, qui ont siégé au sein de la Cour durant les trente dernières années) que pour des raisons de fond. Et, finalement, plus ennuyeuse me paraît être la confusion opérée par la C.I.J. lorsqu'elle semble assimiler norme impérative à règle *erga omnes*.

128. En latin, cette dernière expression est claire et signifie «à l'égard de tous». Mais, s'il est certainement exact que toutes les normes impératives s'imposent à tous les États, l'inverse ne me paraît pas forcément exact: le droit de passage inoffensif des navires de tous les États dans la mer territoriale crée certainement une obligation

⁵⁹ Par. 153. Cette position a été reprise par la Chambre des Lords britannique dans son arrêt *Pinochet* du 24 mars 1999, *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and Others, ex parte Pinochet Ugarte* (No. 3), [2000] Appeal Cases 147; v. not. Michel Cosnard, *R.G.D.I.P.* 1999, pp. 309-328, et par la C.E.D.H., dans son arrêt *Al-Adsani c. Royaume-Uni* du 21 nov. 2001, no 35763/97, CEDH 2001-XI, par. 26.

⁶⁰ Arrêt du 5 février 1970, *Rec.* 1970, p. 32.

⁶¹ *V. infra*, par. 127 et par. 131.

⁶² Cf. les arrêts du 3 février 2006 dans l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête: 2002) – compétence de la Cour et recevabilité de la requête* (par. 64), et du 26 février 2007, dans celle relative à l'*Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, par. 161.

⁶³ Ce qui ne signifie pas que certaines règles protectrices des droits de l'homme ne soient pas également applicables en période de conflit armé (cf. l'avis consultatif de la C.I.J. du 9 juillet 2004, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, *Rec.* 2004, pp. 177-178, par. 102-106).

⁶⁴ Avis consultatifs du 8 juillet 1996, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, *Rec.* 1996-I, p. 257, par. 79, et du 9 juillet 2004, *préc.*, p. 199, par. 199.

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ *V. supra*, par. 122.

⁶⁷ Par. 64 de l'arrêt.

⁶⁸ Avis consultatif du 5 février 1970, *Rec.*, p. 32.

⁶⁹ Par. 147; v. aussi le par. 185.

erga omnes pour l'État côtier, mais celle-ci n'est pas impérative et les États concernés peuvent certainement s'entendre pour y renoncer. Du reste, qu'il s'agisse de l'avis consultatif de 2004 que je viens de citer ou du *dictum* de 1970 dans l'affaire de la *Belonca Traction*, il me paraît tout à fait clair que, lorsqu'elle parle d'obligations *erga omnes*, ce sont en réalité des obligations découlant de normes impératives du droit international général que vise la Cour.

130. Le *dictum* de 1970 ne me paraît laisser aucun doute à cet égard:

«Une distinction essentielle doit (...) être établie entre les obligations des États envers la communauté internationale dans son ensemble et celles qui naissent vis-à-vis d'un autre État dans le cadre de la protection diplomatique. Par leur nature même, les premières concernent tous les États. Vu l'importance des droits en cause, tous les États peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à ce que ces droits soient protégés; les obligations dont il s'agit sont des obligations *erga omnes*»⁶⁴.

On se souvient que cette position a été prise en 1970, au lendemain de l'adoption de la Convention de Vienne et que, pour l'illustrer, la Cour mentionne les actes d'agression, le génocide, les atteintes aux droits fondamentaux de la personne humaine, notamment l'esclavage et la discrimination raciale, le doute ne paraît être possible: sous la plume de la Cour, «obligations *erga omnes* = obligations découlant de normes impératives». À noter cependant un semblant d'effort pour atténuer cette impression de confusion: dans son arrêt du 26 février 2007 dans l'affaire du *Génocide*, la Cour a relevé qu'elle était incompétente pour se prononcer sur certains aspects du différend «même si les violations alléguées concernent des obligations relevant de normes impératives ou des obligations relatives à la protection des valeurs humanitaires essentielles et que ces obligations peuvent s'imposer *erga omnes*»⁶⁵; ce faisant la Haute Juridiction semble montrer qu'elle opère bien une distinction entre les deux notions mais sans que l'on sache quelles conséquences qu'elle entend en tirer.

130. Bien que ce ne soit pas directement lié à notre sujet d'aujourd'hui, le *dictum* de 1970 montre autre chose de très important: le concept de *jus cogens* (car, décidément, c'est bien de *jus cogens* qu'il s'agit) n'épuise pas ses effets avec le droit des traités. L'un de ses effets – prévus par l'article 53 de la Convention de Vienne – est, sans aucun doute, la nullité des traités contraires⁶⁶!) et il en va certainement de même, *a fortiori*, en ce qui concerne les actes unilatéraux qui, s'ils contenaient des «propositions de normes» incompatibles avec une règle impérative, seraient évidemment nuls et de nul effet⁶⁷.

131. Mais, il faut aller plus loin: comme le montre la position de la Cour en 1970, le *jus cogens* a aussi des effets dans le domaine du droit de la responsabilité puisqu'elle admet que tous les États ont un intérêt à agir en cas d'atteinte à une norme de *jus cogens*. Par ailleurs, dans le projet sur la responsabilité internationale de l'État pour fait internationalement illicite qu'elle a adopté en 2001 la C.D.I., qui mentionne le *jus cogens* à pas moins de six reprises a envisagé, dans les articles 40 et 41, un régime spécial de responsabilité aggravé en cas de «violations graves d'obligations découlant de normes impératives du droit international général».

132. De tout cela, il résulte au moins que le *jus cogens* relève aujourd'hui, sans aucun doute, du droit international positif. Et s'il est vrai qu'il se limite à un petit nombre de règles, principalement confinées au droit international des droits de l'homme et au droit international humanitaire, il n'y a rien d'étonnant à cela:

- d'une part, il faut éviter l'inflation des mots dans ce domaine; la notion de «normes impératives» doit être utilisée pour qualifier un petit nombre de règles réellement essentielles dans la société internationale contemporaine; à qualifier toute règle que l'on estime importante d'«impérative» on risque d'émousser le concept et de le priver de sa fonction avant tout dissuasive – au sens où l'on parle de dissuasion nucléaire: l'arme atomique est, en réalité, trop dangereuse pour que l'on puisse s'en servir utilement; il en va de même du *jus cogens*; en qualifiant une norme d'impérative, on signifie en principe qu'il ne viendrait à l'idée d'aucun État de la violer – du moins ouvertement – et c'est la raison pour laquelle, comme on l'a écrit, le *jus cogens* est un véhicule «qui sort rarement du garage»⁶⁸;

- d'autre part, cette rareté des normes impératives confirme que, dans la société internationale telle qu'elle est, les valeurs supérieures, partagées par la communauté internationale dans son ensemble et que les normes impératives traduisent au plan juridique, sont rares et que les solidarités globales demeurent limitées.

133. Il n'en reste pas moins que, par sa simple existence, la notion même de *jus cogens* met sérieusement à mal le volontarisme juridique: par définition même les normes impératives du droit international général échappent à la volonté de l'État et, le cas échéant, c'est leur vocation, la contrecarrent.

⁶⁸ Des traités et pas seulement de la norme conventionnelle contraire puisque la contrariété d'une norme avec le *jus cogens* entraîne la nullité de la source qui contient cette norme, comme quoi les rapports entre les normes et les sources sont complexes...

⁶⁷ V. à cet égard le huitième principe directeur sur les actes unilatéraux adopté par la C.D.I. en 2006 (v. note 45; Rapport de la C.D.I. sur les travaux de sa 58^{ème} session, A/61/10, p. 398).

⁶⁸ Ian Brownlie in Antonio Cassese and John Weiler eds., *Change and Stability in International Law Making*, de Gruyter, Berlin, 1988, p. 110.

Les traités comme pièges des volontés étatiques

14. Au surplus, même si cela peut sembler paradoxal en apparence, les traités eux-mêmes ne sont pas seulement les principaux instruments d'expression de la volonté étatique: ils en sont aussi de redoutables pièges. Ceci est vrai des traités en général (1); et ce l'est plus encore de ces traités très particuliers que sont les actes constitutifs des organisations internationales (2).

Le cas général

15. Le principe fondamental du droit des traités est exprimé par l'adage latin *pacta sunt servanda*: «Tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi»⁶⁹. Les Parties sont liées – par leur volonté, certes, mais liées – et ceci aussi longtemps que le traité demeure en vigueur. Ce ne serait pas très dommageable pour la liberté d'action de l'État s'il pouvait facilement se délier. Mais ce n'est pas le cas.

16. La Convention de Vienne de 1969 consacre ses articles 54 à 64 à l'extinction du traité et à la suspension de son application et le moins que l'on puisse dire est que ces dispositions ne facilitent pas la faculté de dénonciation des traités (au moins lorsque celle-ci n'est pas prévue par le texte lui-même, ce qui, bien sûr, est toujours possible – mais je parle ici du cas général). Sous réserve d'un assouplissement ailleurs discutable et relevant davantage du développement progressif du droit international que de sa codification) prévu par l'article 56 – qui admet que la possibilité de dénonciation unilatérale peut résulter implicitement de la volonté des négociateurs ou de la nature du traité (ce qui pourrait être le cas des traités d'alliance par exemple), les cas dans lesquels il peut être mis fin à un traité ou son application peut être suspendue sont les suivants:

- la conclusion d'un nouvel accord entre toutes les parties (article 59), ou
- (mais seulement pour la suspension) entre certaines parties seulement mais à double condition que «i) elle ne porte atteinte ni à la jouissance par les autres parties des droits qu'elles tiennent du traité ni à l'exécution de leurs obligations; et ne soit pas incompatible avec l'objet et le but du traité» (article 58.b);
- une violation *substantielle* par l'une des parties – encore ceci ne vaut-il évidemment que pour les traités bilatéraux (l'article 60 limite considérablement cette possibilité s'agissant des traités multilatéraux);
- la survenance d'une circonstance rendant l'exécution du traité impossible, à condition que cette impossibilité résulte de la disparition ou de la destruction définitives d'un objet indispensable à l'exécution de ce traité et ne soit pas due à

la partie qui l'invoque (article 61), étant entendu que, comme l'a souligné la C.I.J. dans l'affaire du *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, l'état de nécessité n'entre pas dans les prévisions de cette disposition⁷⁰; ou,

- un changement fondamental de circonstances (article 62); encore faut-il noter que les conditions, ici encore, sont extrêmement strictes puisque non seulement, les circonstances nouvelles ne doivent pas avoir été créées par la partie qui les invoque, mais encore l'existence de ces circonstances doit avoir «constitué une base essentielle du consentement des parties à être liées par le traité» et le changement doit avoir «pour effet de transformer, radicalement la portée des obligations qui restent à exécuter en vertu du traité»; en outre, ceci est exclu pour les traités établissant une frontière.

137. Les auteurs volontaristes rattachent, fort artificiellement, cette dernière possibilité à une clause tacite qui figurerait dans tout traité – la prétendue clause *rebus sic stantibus* – alors qu'en réalité elle traduit simplement le fait que les traités sont conclus pour répondre à un besoin social des parties et que si les circonstances qui les ont conduites à s'engager changent radicalement il est normal qu'elles puissent mettre fin à leur engagement.

138. Il reste que bien que le changement fondamental de circonstances constitue sans doute le seul cas qui présente une probabilité raisonnable de se produire, il n'existe aucun précédent clair dans lequel la prétention d'une partie à se retirer unilatéralement d'un traité ne le prévoyant pas ait été consacrée par un juge ou un arbitre international que ce soit pour cette raison ou pour n'importe quelle autre. Et, dans son arrêt de 1997 dans l'affaire du *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, la C.I.J. a précisé sans aucune équivoque qu'en dehors de ceux énumérés limitativement par la Convention de Vienne, il n'existe aucun motif permettant à un État de dénoncer un traité⁷¹.

139. Les règles relatives à l'amendement et à la modification des traités – qui figurent aux articles 39 à 41 de la Convention de 1969 ne facilitent pas davantage la révision des dispositions conventionnelles dans les relations entre certaines des parties seulement.

140. De tout cela se dégage l'impression très nette que les traités sont, finalement,

⁶⁹ Article 26 de la Convention de Vienne de 1969.

⁷⁰ Arrêt du 25 septembre 1997, *Rec.* 1997, p. 63, par. 101.

⁷¹ *Ibid.*, p. 38, par. 47.

⁷² Cette partie du cours s'inspire des pages 71 à 81 de celui, préc. note 4.

⁷³ Avis consultatif du 8 juillet 1996, *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un État dans un conflit armé*, *Rec.* 1996, p. 74. La Cour évoque, dans ce passage, que les règles d'interprétation des traités; la remarque vaut plus généralement.

mode de formation du droit international bien plus rigide qu'il y paraît: certes, États (ou les organisations internationales) peuvent librement les négocier ou adhérer mais, une fois qu'ils ont exprimé leur consentement définitif à être liés par la signature s'agissant des accords en forme simplifiée, par la ratification, acceptation, l'approbation ou l'adhésion pour les traités en forme solennelle, «la porte se referme» et le traité s'impose à l'État quand bien même il aurait la volonté de cesser d'être lié.

En définitive, c'est par l'interprétation qu'est assurée le plus efficacement la «respiration» du droit qui, seule, permet d'éviter la sclérose résultant de l'immutabilité du traité. Mais si cette respiration peut reposer sur les volontés courantes des parties – on parle alors d'interprétation authentique, elle émane, plus efficacement, d'un tiers impartial, juge, arbitre ou organisation internationale. Une fois encore, la volonté unilatérale de l'État se trouve largement court-circuitée et la «vie» du traité échappe à ses créateurs. Ce phénomène est tout particulièrement frappant en ce qui concerne les actes constitutifs des organisations internationales.

*Les actes constitutifs d'organisations internationales*⁷²

Dans son avis consultatif de 1996 sur la *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires*, la C.I.J. a rappelé que, «[d]'un point de vue formel, les actes constitutifs des organisations internationales sont des traités multilatéraux, auxquelles s'appliquent les règles bien établies [du droit] des traités»⁷³. Mais, elle s'empresse d'ajouter que si les actes constitutifs d'organisations internationales sont des traités multilatéraux, ce «sont aussi des traités d'un type particulier; ils ont pour objet de créer des sujets de droit nouveaux, dotés d'une certaine autonomie, auxquels les parties confient pour tâche la réalisation de buts communs»⁷⁴. Or, s'agissant de ces traités très particuliers, la volonté des États membres (c'est-à-dire parties à l'acte constitutif) se trouvent piégée non seulement parce qu'il s'agit de traités, mais aussi parce que ceux-ci constituent la norme suprême, la «constitution» de la nouvelle entité. Ce double piège se referme sur les États à la fois en ce qui concerne la modification de l'acte constitutif et sa mise en œuvre.

3. En premier lieu, la modification des actes constitutifs est particulièrement difficile et suppose soit un accord unanime des États membres (ce qu'exigent la plupart des traités créant des organisations régionales – en tout cas d'intégration comme l'Union européenne⁷⁵ ou le Mercosur⁷⁶) soit l'«adhésion forcée» à l'amendement de tous les États.

144. Tel est le cas de la Charte des Nations Unies dont les articles 108 et 109 exigent que les amendements soient adoptés à la majorité des deux tiers des Membres de l'Assemblée générale et «ratifiés, conformément à leurs règles constitutionnelles respectives, par les deux tiers des Membres de l'Organisation, y compris tous les Membres permanents du Conseil de sécurité». Il en résulte *a contrario* que si les cinq Membres permanents ne peuvent être liés par un amendement à la Charte contre leur gré, les autres Membres des Nations Unies peuvent l'être. Il en va de même dans la quasi-totalité des organisations internationales universelles, dans lesquelles une majorité qualifiée peut imposer l'application d'un amendement à une minorité de membres, sauf pour ceux-ci à se retirer de l'organisation.

145. Prenons par exemple les Statuts du F.M.I. L'article XXVIII des Statuts de cette Organisation prévoit qu'un amendement entre en vigueur à l'égard de tous les Membres de celle-ci s'il est ratifié par la majorité d'entre eux représentant 85 % (80 % dans la version en vigueur avant 1974) des voix (qui sont réparties très inégalement en fonction des parts du capital du Fonds souscrites par chaque État). En 1976 a été adoptée une réforme très importante des Statuts, qui mettait fin au système monétaire de Bretton Woods et le remplaçait par un nouveau système très différent. Or il se trouve que le Parlement français – la France représente à peu près 5% des voix au sein du F.M.I., un peu plus à l'époque – risquait de ne pas autoriser la ratification du 2^{ème} amendement. Le Gouvernement français qui, lui, était favorable à l'amendement, a donc décidé de ne pas soumettre le texte au Parlement; de ce fait, l'amendement est entré en vigueur sans avoir été accepté par la France. Un certain nombre de parlementaires s'en sont indignés et ont saisi le Conseil constitutionnel qui, par une décision du 29 avril 1978, a estimé que cet amendement aux Statuts du F.M.I. (qui, en réalité opérait une réforme globale du système monétaire mondial) était opposable à la France, qui ne l'avait pas ratifié, dès lors que cette révision était intervenue conformément aux règles statutaires, acceptées par ce pays lorsqu'il avait ratifié les Statuts⁷⁷.

146. Cet épisode montre clairement que, dans un cas de ce genre, les États minoritaires n'ont le choix qu'entre s'incliner ou quitter l'organisation. Sans doute, cette exception au principe de relativité des traités est-elle institutionnalisée et acceptée d'avance par tous les États membres comme le Conseil constitutionnel français l'a constaté; mais il est difficile et fort artificiel de parler d'un

⁷⁴ *Ibid.*, p. 75.

⁷⁵ V. l'article 48 du traité sur l'Union Européenne.

⁷⁶ V. l'article 47 du Protocole d'Ouro Preto du 17 décembre 1994 (Protocole additionnel au Traité d'Asunción du 26 mars 1991 sur la structure institutionnelle du Mercosur).

⁷⁷ *Recueil des décisions du Conseil constitutionnel 1978*, p. 23.

⁷⁸ V. not. P. Daillier et A. Pellet, *Droit international public (Nguyen Quoc Dinh)*, L.G.D.J., Paris, 7^{ème} éd. 2002. p. 160.

consentement» des États minoritaires au sort qui leur est fait. Il serait plus exact de considérer que le groupe majoritaire est présumé traduire la volonté de la communauté internationale». Malgré des précautions de technique juridique⁷⁸, l'Accord de Washington du 29 juillet 1994 modifiant la partie XI de la Convention de Montego Bay (qui se substitue au texte initial refusé par les États-Unis) est une illustration presque caricaturale d'un gouvernement international de fait minoritaire mais efficient.

147. Le problème se pose largement de la même manière en ce qui concerne les résolutions des organisations internationales. Pour la réalisation des «buts communs» que leur assigne leur acte constitutif, les organisations internationales échappent assez largement au contrôle de leurs créateurs, les États (ou, le cas échéant, les autres organisations internationales), qui se trouvent, ici encore, largement pris dans le piège de leur volonté initiale, exprimée au moment de la ratification de l'acte constitutif.

148. Sans doute, pour réaliser ces buts, les organisations internationales doivent-elles agir dans le cadre strict de la mission que définit le traité constitutif conformément au principe de spécialité, dégagé par la C.P.J.I. dès 1927 à propos de la *Compétence de la Commission européenne du Danube*⁷⁹ et que la Cour actuelle a défini très clairement dans l'avis «O.M.S.»:

«La Cour a à peine besoin de rappeler que les organisations internationales sont des sujets de droit international qui ne jouissent pas, à l'instar des États, de compétences générales. Les organisations internationales sont régies par le 'principe de spécialité', c'est-à-dire dotées par les États qui les créent de compétences d'attribution dont les limites sont fonction des intérêts communs que ceux-ci leur donnent pour mission de promouvoir»⁸⁰.

149. Mais, si l'organisation n'a que les compétences qui lui sont nécessaires pour accomplir de ses fonctions – telle est la conséquence essentielle du principe de spécialité, elle a aussi toutes celles qui lui sont nécessaires à cette fin, même lorsqu'elles ne sont pas expressément prévues par l'acte constitutif conformément à la théorie des compétences implicites énoncée avec force par la C.I.J. dans l'avis de 1949 sur la *République des dommages subis au service des Nations Unies*, et constamment mise en oeuvre par elle depuis lors:

«Selon le droit international, l'Organisation doit être considérée comme possédant ces pouvoirs [en l'espèce, les pouvoirs de protection fonctionnelle de ses agents et

de présenter des réclamations internationales] qui, s'ils ne sont pas expressément énoncés dans la Charte, sont, par une conséquence nécessaire, conférés à l'Organisation en tant qu'essentiels à l'exercice des fonctions de celle-ci»⁸¹.

150. La personnalité juridique internationale de l'organisation a de multiples conséquences, et d'abord celle d'en faire l'auteur des résolutions, recommandations et décisions, que les États membres adoptent en son sein. Ainsi une résolution de l'Assemblée générale ou du Conseil de sécurité des Nations Unies doit être attribuée à l'Organisation, pas à ses États membres; il en résulte aussi que leur valeur juridique n'est pas fonction de la position que ceux-ci ont prise lors de son adoption: si c'est une recommandation, elle demeurera facultative⁸², même à l'égard des États qui ont voté en sa faveur (ce qui, encore une fois, ne signifie pas qu'elles ne produisent aucun effet juridique – et les effets des recommandations sont les mêmes à l'égard de tous les États membres de l'Organisation qu'ils aient voté pour ou contre ou se soient abstenus); si c'est une décision, elle s'imposera même aux États qui ont voté contre.

151. Et c'est là que l'on voit le mieux à quel point en créant une organisation internationale et en en devenant membres les États jouent les «apprentis sorciers»: ils déclenchent un mécanisme dont ils sont largement prisonniers. Sauf à sortir de l'Organisation – ce qui n'est pas aisé, même s'il l'on peut soutenir que les actes constitutifs font partie des traités qui, par leur nature même peuvent être dénoncés⁸³ – les États sont soumis au droit dérivé, adopté par les organes de celle-ci conformément aux règles de majorité et de procédure prévues par l'acte constitutif.

152. Sans doute peut-on soutenir qu'après tout, en ratifiant cet acte, les États

⁷⁹ Avis consultatif du 8 décembre 1927, *Compétence de la Commission européenne du Danube*, série B n° 14, p. 64.

⁸⁰ *Rec.* 1996, p. 78.

⁸¹ *Rec.* 1949, p. 182. V. aussi: C.P.J.I., avis consultatif du 23 juillet 1926, *Compétence de l'O.I.T. pour régler accessoirement le travail personnel du patron*, série B, n° 13, p. 18; C.I.J., avis consultatifs du 13 juillet 1954, *Effets des jugements du T.A.N.U. accordant indemnité*, *Rec.* 1954, p. 47, du 20 juillet 1962, *préc. note* 130, p. 151 ou du 8 juillet 1996, *préc. note* 119, p. 79; v. aussi C.J.C.E., 31 mars 1971, *Commission c. Conseil (A.E.T.R.)*, *Rec.* 1971, p. 263.

⁸² Sur la valeur juridique des recommandations, v. cependant *infra*, chapitre 3.

⁸³ V. *supra*, par. 136.

⁸⁴ Ordonnances du 14 avril 1992, *Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie*: «Les Membres de l'Organisation des Nations Unies sont dans l'obligation d'accepter et d'appliquer les décisions du Conseil de sécurité conformément à l'article 25 de la Charte» (*Rec.* 1992, p. 15, par. 39, et p. 126, par. 42).

⁸⁵ Notamment: établissement définitif et démarcation de la frontière, déploiement d'observateurs des Nations Unies (Mission d'observation des Nations Unies pour l'Irak et le Koweït-MONUİK), destruction et centralisation des armes chimiques et biologiques et des missiles balistiques et de longue portée, renonciation inconditionnelle à l'arme nucléaire sous contrôle international et paiement de réparations par l'intermédiaire d'un fonds de compensation géré par une Commission internationale et alimenté par une portion des recettes d'exportation pétrolière.

membres ont accepté de se soumettre à ce «droit dérivé» et que celui-ci, de ce fait, trouve son fondement dans la volonté des États. Mais c'est un raisonnement très artificiel. Certes, en vertu de l'article 25 de la Charte des Nations Unies, les Membres de l'Organisation «conviennent d'accepter et d'appliquer les décisions du Conseil de sécurité conformément à la (...) Charte», ce qu'a rappelé la C.I.J. dans l'affaire *l'Incident aérien de Lockerbie*⁸⁴. Mais il est tout de même fort peu convaincant d'extraordinairement artificiel de prétendre qu'en devenant Membre des Nations Unies l'Iraq a «voulu» se plier aux sanctions qui ont été prononcées contre elle après l'invasion du Koweït en 1990, en particulier à la panoplie impressionnante de «mesures» prévues par la résolution 687 (1991) du 3 avril 1991. Certes, par déférence, celle-ci exigeait-elle de l'Iraq qu'il «accepte» les sanctions prises à son encontre⁸⁵. Mais, outre que cette acceptation était juridiquement superflue, c'est un peu comme dire qu'en offrant sa tête au bourreau qui va le décapiter, le condamné se soumet à la volonté de mourir...

153. Sans doute, la force obligatoire des décisions des organisations internationales trouve-t-elle son origine lointaine dans le consentement initial des États membres de l'Organisation, en devenant parties à l'acte constitutif, concluent une sorte de «contrat social» avec le créateur. Mais celui-ci n'a pas plus de valeur explicative du caractère obligatoire (du droit dérivé) du droit dérivé que la Constitution de l'État n'explique pourquoi les particuliers sont soumis à la loi ou au règlement. Concrètement, c'est dans la nécessité de la stabilité des relations entre les membres de la société que réside l'explication: ce n'est pas parce que vous ou moi sommes brésiliens ou français que nous «voulons» que telle ou telle loi nous soit applicable, mais parce qu'il n'y aurait pas de vie en société possible si nous ne nous plions pas aux normes édictées pour tous. Le même chose est vraie au plan international: plus les solidarités se renforcent au plan universel ou régional, plus les États ressentent le besoin de règles communes. Les organisations internationales sont, aujourd'hui, le principal facteur de cette nécessaire régulation, dans laquelle la volonté individuelle des États membres a peu de place (contrairement à la volonté collective qui s'exprime à travers les majorités requises – mais, dès lors qu'une majorité peut imposer sa volonté à une minorité, il devient impossible de parler de la volonté des États formant la minorité).

154. Évidemment, ceci suppose que les décisions ou les recommandations de l'organisation soient adoptées conformément aux règles fixées dans l'acte constitutif, ce qui pose le difficile problème du contrôle de la validité des actes adoptés par une organisation internationale – non seulement d'ailleurs vis-à-vis des dispositions

de l'acte constitutif, mais aussi en ce qui concerne leur compatibilité avec le *ius cogens*⁸⁶. Je ne veux pas entrer dans le détail des choses à cet égard – ne fût-ce que par manque de temps⁸⁷. Sachez seulement que:

- le contrôle de la régularité des actes de l'Organisation (qu'il s'agisse du droit dérivé ou des traités qu'elle peut conclure) est parfois assuré dans les organisations internationales régionales d'intégration (ceci est très systématique et complet dans le cadre de l'Union européenne, ce l'est beaucoup moins dans celui du Mercosur);

- mais, en général, sauf en ce qui concerne les relations de l'Organisation avec son personnel du fait de l'existence dans pratiquement toutes les organisations internationales d'un tribunal administratif, un tel contrôle systématique n'est pas assuré,

- même s'il n'est pas exclu, comme le montre le précédent, très instructif, de l'affaire *Tadi* dans laquelle la Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (T.P.I.), par une très importante décision du 2 octobre 1995, après avoir affirmé avec force que le Tribunal bénéficiait de la «compétence de déterminer sa propre compétence»⁸⁸ et que celle-ci inclut la possibilité d'examiner l'exception «fondée sur l'illégalité de sa création par le Conseil de sécurité»⁸⁹, s'est livrée à un examen très approfondi de la conformité à la Charte des résolutions contestées, conformité qu'elle a d'ailleurs constaté en l'espèce⁹⁰;

- de même, il peut arriver que, fortuitement, la C.I.J. puisse avoir l'occasion de se prononcer sur la validité des actes des Nations Unies (et ce pourrait aussi être le cas d'autres organisations internationales); ceci pourrait se produire si la Cour était appelée à se prononcer à cet égard par le biais de l'exception d'illégalité

⁸⁶ Dans deux arrêts récents, très discutés, mais qui me semblent devoir être approuvés sur ce point, le Tribunal de grande instance des Communautés européennes a considéré que « Le Tribunal est néanmoins habilité à contrôler, de manière incidente, la légalité des résolutions en cause du Conseil de sécurité au regard du *ius cogens*, entendu comme un ordre public international qui s'impose à tous les sujets du droit international, y compris les instances de l'ONU, et auquel il est impossible de déroger » (T.P.I.C.E., 21 septembre 2005, aff. T-306/01, *Ahmed Ali Yusuf et as. c. Conseil et Commission*, Rec. 2005, p. II-3533, par. 277; aff. T-315/01, *Yassin Abdullah Kadi c. Conseil et Commission*, Rec. 2005, p. II-3649, par. 226; T.P.I.C.E. 12 juillet 2006, aff. T-253/02, *Ayadi c. Conseil*, Rec. 2006, pp. II-2139, par. 101).

⁸⁷ Sur ce point v. not. Mohammed Bedjaoui, «Du contrôle de légalité des actes du Conseil de Sécurité», *Nouveaux itinéraires en droit. Mélanges en l'honneur de François Rigaux*, Bruylant, Bruxelles, 1993, pp. 69-110; Gilbert Guillaume, *Les grandes crises internationales et le droit*, Le Seuil, Paris, 1994, p. 315; Alain Pellet, «Peut-on et doit-on contrôler les actions du Conseil de sécurité?», les interventions sur ce thème de Francis Delon, Hervé Cassan et Mohammed Bedjaoui ainsi que les débats sous la direction de Gilbert Guillaume, in S.F.D.I., colloque de Rennes, *Le chapitre VII de la Charte des Nations Unies*, Pedone, Paris, 1995, pp. 221-297.

⁸⁸ Chambre d'appel, IT-94-1-AR72, arrêt relatif à l'appel de la Défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, par. 18.

⁸⁹ *Ibid.*, par. 22.

⁹⁰ *Ibid.*, pars. 26 à 48.

⁹¹ 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*, Rec. 1971, p. 20 juillet 1962, *Certaines dépenses des Nations Unies*, Rec. 1962, p. 45: «Il est évident que la Cour n'a pas de pouvoirs de contrôle judiciaire (...) en ce qui concerne les décisions prises par les organes des Nations Unies»; v. aussi l'avis consultatif du 20 juillet 1962, *Certaines dépenses des Nations Unies*, Rec. 1962, p. 168.

⁹² V. not. Rec. 1971, pp. 50-54.

occasion d'un contentieux entre États – comme cela aurait pu être le cas dans le cas de l'incident aérien de *Lockerbie* si la Libye ne s'était pas désistée de sa plainte contre les États-Unis et le Royaume-Uni; cela peut aussi être le cas lorsque l'Organisation est appelée à rendre un avis consultatif et, bien qu'elle s'en défende⁹¹, la Cour, à plusieurs reprises, n'a pas hésité à porter une appréciation sur la validité, au regard de la Charte, de certaines résolutions de l'Assemblée générale ou du Conseil de sécurité⁹².

Ceci étant, force est de constater que le contrôle juridictionnel de la validité des décisions des organisations internationales reste l'exception et que, comme cela est le cas en droit naturel en droit international, le contrôle usuel est celui, de droit commun, qui appartient (ou que peuvent exercer) les États eux-mêmes conformément au principe selon lequel, c'est à chaque État qu'il appartient d'apprécier, en ce qui concerne la validité, au regard du droit international des actes qui lui sont imposés, ce qu'il peut faire soit par le biais de ses organes politiques, soit même par le biais d'un organe intermédiaire de ses tribunaux internes⁹³. L'on retrouve ici et là la décentralisation de la marque de la société internationale par rapport aux sociétés étatiques, et la volonté de l'État: si celle-ci ne trouve guère à s'exprimer dans la formation du droit dérivé des organisations internationales, elle reprend toute sa place dès qu'il s'agit de mettre en œuvre les dispositions que celui-ci contient: les États, tout cas les États puissants... ne peuvent, souvent, pas éviter qu'une règle adoptée mais ils peuvent, le cas échéant, refuser de la mettre en œuvre, soit en déclarant que la règle en question n'est pas valide, soit pour toute autre raison. L'expérience montre cependant qu'ils s'opposent rarement de façon frontale à une règle adoptée par une organisation internationale et qu'ils essaient davantage de «travailler» avec elle (par le biais d'interprétations contestables surtout) que d'un refus pur et simple de l'appliquer.

6. Il reste que, globalement, la volonté de l'État est bien «piégée» par l'acte constitutif: une fois qu'il est devenu Membre de l'Organisation il est soumis au droit dérivé adopté par celle-ci et ceci même s'il n'a pas donné son accord à l'adoption de telle ou telle règle ou n'a pas participé à son adoption comme c'est le cas des Membres des Nations Unies qui ne sont pas membres du Conseil de sécurité et qui, pourtant, se sont engagés, par l'article 25 de la Charte, à «accepter et (...) appliquer» ses décisions. Au demeurant ceci est vrai même lorsque l'acte constitutif ne prévoit pas expressément une telle obligation.

157. Mais cette obligation peut aller extrêmement loin. Je laisse de côté le cas, dont j'ai parlé, des «sanctions» décidées par le Conseil de sécurité dans le cadre

du chapitre VII de la Charte, dont on ne peut raisonnablement prétendre qu'elles ont été «voulues» par les États qui en sont l'objet (ni d'ailleurs forcément par ceux qui doivent les mettre en œuvre). Mais la pratique récente du Conseil de sécurité montre qu'il y a davantage.

158. Pas davantage que l'Assemblée générale, le Conseil n'est, en principe, un législateur international. Mais il est intéressant de relever que, en plusieurs occasions récentes, il s'est comporté comme s'il l'était.

159. 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 créant 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 pèsait 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.

160. 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.

161. S'agissant du terrorisme, le Conseil de sécurité avait, avant même le 11 septembre 2001, adopté un certain nombre de résolutions⁹⁴; 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,

⁹³ Cf. A. Pellet, «Peut-on et doit-on contrôler les actions du Conseil de sécurité?» in S.F.D.I., colloque de Rennes, *Le chapitre VII de la Charte des Nations Unies et les nouveaux enjeux de la sécurité collective*, Pedone, Paris, 1995, pp. 227-228; v. aussi H.G. Schermers, «The Namibia Decree in National Courts», *I.C.L.Q.* 1977, pp. 81-96.

⁹⁴ Cf. les résolutions 731 (1992) du 21 janvier 1992 et 748 (1992) du 31 mars 1992 à propos de l'attentat de Lockerbie ou les résolutions 1193 (1998) du 28 août 1998 et 1214 (1998) du 8 décembre 1998 à la suite des attentats contre les ambassades américaines au Kenya et en Tanzanie.

la résolution 1377 (2001), toutes deux intitulées «Menace à la paix et à la sécurité internationales résultant d'actes terroristes».

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 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 défini de menace à la paix) et en agissant «en vertu du chapitre VII de la Charte des Nations Unies», qui lui permet de prendre des *décisions* obligatoires pour tous les États. Il existait bien quelques précédents dans un sens ou dans l'autre, mais 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 États un 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 États-Unis, avaient manifesté une grande défiance. Ainsi se trouve contourné le principe fondamental selon lequel les traités internationaux ne lient les États que lorsqu'ils ont été 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 d'exercer une pression sur les États récalcitrants sur lesquels il fait peser la menace de sanctions futures. Non seulement la volonté des États 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. 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*,

Décide que tous les États 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. Ceci est d'autant plus intéressant que, d'une part, le Conseil court-circuite, en quelque sorte, le procédé conventionnel – car il se substitue aux États 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.

165. On pourrait se réjouir de cette «avancée» des Nations Unies. 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, il est composé de quinze États dont, c'est le moins que l'on puisse dire, les performances démocratiques sont très inégales; au moment de l'adoption de la résolution 1373, la Chine y siégeait, la Tunisie aussi; lors de l'adoption de la résolution 1540, la plus grande dictature du monde, membre permanent du Conseil, était bien sûr toujours là, en compagnie, cette fois, de l'Angola et du Pakistan qui ne sont sûrement pas des parangons de vertu démocratique. Or, en adoptant ces résolutions, concrètement, le Conseil de sécurité empêche les Parlements des États qui savent à peu près ce que démocratie veut dire, de se prononcer.

166. Ceci est d'autant plus préoccupant que, progressivement, le Conseil a considérablement élargi le champ de sa compétence en élargissant la notion de «menace contre la paix» qui recouvre aujourd'hui des éléments fort disparates. À cet égard, la lecture du récent 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»⁹⁵, auquel fait partiellement écho celui du Secrétaire général intitulé «Dans une liberté plus grande»⁹⁶, est particulièrement révélatrice: les deux rapports incluent dans «les menaces qui nous guettent», non seulement les conflits entre États et les guerres civiles, mais aussi le terrorisme, la «criminalité transnationale organisée, la pauvreté ou le SIDA – 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

⁹⁵ A/59/565, 2 décembre 2004.

⁹⁶ A/59/2005, 21 mars 2005.

⁹⁷ Série B, n° 15, pp. 17-18.

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: les risques de blocage résultant d'une confiance exclusive placée dans les mécanismes conventionnels et les risques pour la souveraineté et pour la démocratie. Cette nouvelle tendance, il serait utile de rechercher des voies moyennes dans lesquelles l'Assemblée générale devrait avoir un rôle à jouer et qui permettraient d'accroître une place accrue (et contrôlée) à ce que l'on appelle maintenant la «société internationale».

Le rôle des acteurs non-étatiques dans l'élaboration du droit conventionnel

Comme nous manquons cruellement de temps, je vais aller très vite sur ce sujet. Mais je tiens à le signaler au moins «pour mémoire».

Traditionnellement, les États – ou les organisations intergouvernementales – en sont les émanations – étaient les maîtres du traité en ce sens que seuls ils participaient à leur élaboration, seuls ils les acceptaient et seuls ils étaient liés par eux. Cela ne signifiait pas que, comme l'avait relevé la C.P.J.I. dans un avis consultatif de 1928 rendu dans l'affaire de la *Compétence des tribunaux de Dantzig* «l'objet d'un accord international, dans l'intention des parties contractantes, [ne pouvait pas] être l'adoption par les parties de règles déterminées créant des droits et obligations pour les individus et susceptibles d'être appliquées par les tribunaux nationaux»; mais, à l'époque, comme la Cour l'avait très clairement précisé, «selon le principe de droit international bien établi, un accord international ne [pouvait, comme tel, créer directement des droits et des obligations pour les particuliers]»⁹⁷.

Ce n'est plus le cas aujourd'hui. En premier lieu, on peut se demander si certaines institutions, formellement privées, comme le C.I.C.R. ou le C.I.O. ne concluent pas de véritables accords internationaux avec les États (par exemple les règlements d'accueil des jeux olympiques), soumis comme tels aux règles du droit international. En deuxième lieu, et c'est plus important, certains traités, essentiellement en matière de protection des droits de l'homme ou d'investissements étrangers, créent directement de véritables droits dans le chef des particuliers, que ceux-ci puissent faire valoir par le biais de réclamations internationales devant des organes internationaux – et, d'abord, devant les trois grandes Cours régionales des Droits de l'homme (l'europpéenne, l'interaméricaine et l'africaine).

171. En troisième lieu, et c'est ce qui nous intéresse ici, au plan de l'élaboration même des règles conventionnelles, on doit constater l'influence croissante que jouent les O.N.G. dans les négociations de certains grands traités internationaux. Tel est le cas surtout dans les domaines de l'environnement, des droits de l'homme, du droit humanitaire ou du droit international pénal. Elles ont, par exemple, joué un rôle décisif lors de la Conférence de Rome qui a adopté le Statut de la C.P.I. en 1998 et les pressions qu'elles ont exercées sont certainement pour beaucoup dans son entrée en vigueur relativement rapide. Il reste que, pour louables que soient, en général, les buts qu'elles poursuivent, il n'existe pas de mécanisme propre à contrôler leur représentativité ni, par suite, leur légitimité – problème sur lequel on réfléchit actuellement dans le cadre des Nations Unies⁹⁸. Au surplus, elles ont une vision partielle des intérêts de la Cité et ne sauraient se poser en gardiennes exclusives de l'intérêt général.

172. Il n'en reste pas moins que le «monopole étatique» qui caractérisait les processus traditionnels de formation des règles conventionnelles se trouve, ici encore, écorné.

§2. La volonté de l'État court-circuitée

173. Dans tous les phénomènes que je vous ai décrits jusqu'à présent, la volonté de l'État est mise à mal, concurrencée ou piégée ou encadrée, voire même, dans le cas du *ius cogens*, subordonnée. Elle demeure tout de même l'élément central de la formation du droit conventionnel ou de l'acceptation d'obligations par le biais d'actes unilatéraux. Disons que la volonté y est le fondement des droits et des obligations découlant des règles de droit international même si ce principe est loin d'être absolu.

174. Il n'en va évidemment pas de même s'agissant de ce que l'on a appelé le droit «spontané» (ou «de formation spontanée») par opposition au droit «volontaire». Par droit «spontané», j'entends ces règles de droit international qui «sourdent» du terreau social directement sans être formalisées par écrit et qui ne peuvent être dégagées et déterminées que par un travail d'interprétation (et, donc, il ne faut pas se le dissimuler, qui font inévitablement, une large place à la subjectivité de l'interprète).

⁹⁸ V. *Nous, peuples : société civile, Organisation des Nations Unies et gouvernance mondiale*, Rapport du Groupe de personnalités éminentes sur les relations entre l'Organisation des Nations Unies et la société civile (Rapport Cardoso), A/58/817, 11 juin 2004 et *Rapport du Secrétaire général en réponse au rapport du Groupe de personnalités éminentes sur les relations entre l'Organisation des Nations Unies et la société civile*, Secrétaire général, A/59/354, 13 septembre 2004.

Ici, le principe est inversé: ce droit est, essentiellement, non volontaire. Il n'est pas voulu par les États; il s'impose à eux car il répond à un «besoin» de la communauté internationale. Mais, même si la subjectivité de l'interprète joue un rôle fondamental dans la détermination de ces règles, elle est bornée par l'exigence d'un lien formel à une source formelle du droit. Je vous l'ai dit: pour qu'il ait droit, il faut qu'une norme soit portée par une source; qu'une règle puisse être rattachée à un acte formel d'élaboration du droit. Pour ce qui est des règles conventionnelles, le lien est facile à constater: la règle est, si je peux dire, «inscrite dans la loi», dans le traité. L'opération est beaucoup plus délicate s'agissant des sources de droit international «spontané» que sont la coutume d'une part, les principes généraux de droit d'autre part.

Dans les deux cas, l'attitude des États (et, mais plus marginalement, des autres acteurs du droit international) est, sans aucun doute, à l'origine de la formation de ces règles; mais ils s'agit d'un rôle essentiellement non volontaire (A.). Au surplus, les moyens auxiliaires « que sont la doctrine et la jurisprudence, qui n'ont qu'une fonction d'interprétation des règles volontaires, jouent ici un rôle fondamental dans la «détermination des règles de droit» (B.).

La formation spontanée du droit international

Qu'il s'agisse de la coutume ou des principes généraux de droit, l'État – ou les États, car, dans ces deux cas, il doit toujours y avoir coïncidence des volontés d'au moins deux États – est – ou sont – toujours au cœur de la formation des règles de droit. Mais ils le sont à des titres bien différents. Pour cette raison, je les étudierai successivement et séparément.

Le processus coutumier

La coutume, vous le savez, est définie par l'article 38, paragraphe 1.b), du Statut de la Cour internationale de Justice comme une «pratique générale acceptée comme étant le droit» ou, plus exactement comme «la preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit». Même si on l'oublie parfois, le mot preuve ne doit pas être négligé: il vient nous rappeler que la coutume est une source du droit international, un procédé; de même que les traités constituent la preuve que une règle est reconnue par les États parties comme s'appliquant à leurs relations bilatérales, de la même manière le processus particulier de formation des règles coutumières permet de les considérer comme des normes de nature juridique; il constitue la preuve de leur juridicité.

179. Quel est ce procédé? En s'appuyant sur la formule de l'article 38, on considère en général que la coutume – le *processus* coutumier – doit être décomposé en deux «éléments»: un élément matériel, que l'on appelle aussi *consuetudo*, la pratique; et un élément psychologique, la fameuse *opinio sive necessitatis juris* (la conviction du droit ou de la nécessité - en abrégé «*opinio juris*») qui correspond à l'expression «acceptée comme étant le droit» et qui suppose qu'en adoptant un certain comportement les États aient la conviction qu'ils le font non pas parce que cela est opportun ou commode ou courtois mais bien parce que c'est imposé par le droit. Comme je vous l'ai dit, cette *opinio juris* est d'ailleurs, à mon avis, le critère essentiel non pas de la seule coutume mais bien du droit en général et, en tout cas, du droit international.

180. Pour qu'une règle coutumière existe, il faut que ces deux éléments co-existent. La Cour mondiale l'a affirmé à de multiples reprises⁹⁹.

181. La pratique ne pose pas de problèmes particuliers sinon que l'on peut se demander d'une part quels genres de comportements doivent (ou peuvent) être pris en compte pour l'établir et, d'autre part, sur quel laps de temps ils doivent s'étendre. Pour répondre très brièvement je dirai que:

1° Tous les comportements de l'État doivent être pris en considération qu'il s'agisse d'actions ou d'omissions, d'actes dont l'État prend l'initiative ou de réactions aux initiatives d'un autre État¹⁰⁰, qu'ils émanent des plus hautes autorités de l'État ou de fonctionnaires subalternes, qu'ils soient le fait de l'exécutif, du législatif ou du judiciaire; la seule chose importante est que ces comportements se situent sur le plan international, qu'ils aient une portée internationale – c'est ce qui explique que les actes du Chef de l'État ou du gouvernement, ou du Ministre des Affaires étrangères ou des agents diplomatiques soient, statistiquement, plus importants dans la formation des règles coutumières internationales que celles des tribunaux internes ou des Parlements et que les traités eux-mêmes puissent revêtir une grande importance dans la naissance ou l'affermissement des règles coutumières. Ainsi, dans l'affaire du *Plateau continental de la mer du Nord*, la C.I.J. s'est demandée (pour

⁹⁹ V. par ex. C.I.J., arrêt du 3 juin 1985, *Plateau continental (Libye/Malte)*, Rec. 1985, p. 29, par. 27, ou avis du 8 juillet 1996, *Licéité de la menace ou de l'emploi des armes nucléaires*, Rec. 1996, p. 253.

¹⁰⁰ L'absence de protestation à l'égard du comportement d'un autre État peut constituer un élément de la pratique – cf. C.I.J., 18 décembre 1951, *Pêcheries anglo-norvégiennes*, Rec. 1951, p. 139.

¹⁰¹ Arrêt du 20 février 1969, Rec. 1969, pp. 41-45.

¹⁰² V. *supra*, par. 95.

¹⁰³ V. cependant les doutes exprimés par la C.I.J. dans son arrêt du 24 mai 2007 dans l'affaire *Diallo* (par. 90).

¹⁰⁴ Rec. 1969, p. 43.

répondre par la négative) si l'article 6 de la Convention de Genève de 1958 sur le plateau continental, relatif à la délimitation du plateau continental, à défaut de refléter une coutume n'avait pas donné naissance à une règle coutumière nouvelle¹⁰¹. De même, comme je vous l'ai dit¹⁰², on peut penser que les éléments de développement progressif contenus dans la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, se sont, avec le temps, cristallisés en normes coutumières du fait de leur mise en œuvre effective par les États, même non parties à la Convention. De même encore, je crois que l'on doit considérer que la répétition des mêmes clauses dans des centaines, voire des milliers de conventions bilatérales d'investissements, a donné naissance à un véritable droit international coutumier de l'investissement¹⁰³.

2° Quant à l'extension dans le temps des comportements pertinents pour que l'on puisse parler de pratique aux fins de la formation d'une règle coutumière, la seule chose certaine est qu'il n'y a pas de coutume «instantanée». Il ne peut y avoir de pratique que si celle-ci est étalée dans le temps – sur combien de temps? tout est affaire d'espèce; tout au plus doit-on constater que, dans le monde contemporain, on assiste à un rétrécissement du temps et qu'alors que, traditionnellement, on exigeait l'existence d'un «usage immémorial», aujourd'hui, quelques années peuvent parfaitement suffire à la formation d'une règle coutumière. Ainsi, dans son arrêt de 1969 sur le *Plateau continental de la mer du Nord*, la C.I.J. – qui a reconnu le caractère coutumier de l'institution juridique du plateau continental – a estimé que «le fait qu'il ne se soit écoulé qu'un bref laps de temps ne constitue pas en soi, un empêchement à la formation d'une règle nouvelle de droit international coutumier»¹⁰⁴.

L'élément psychologique pose davantage de problèmes. Et d'abord celui de sa définition même. On a soutenu qu'après tout, il est curieux de présenter l'*opinio juris* comme une condition d'existence d'une règle coutumière, alors qu'elle est plutôt la preuve que la coutume existe. Je ne crois pas que cela soit tellement curieux; nous avons vu à maintes reprises: le sentiment de la «nécessité du droit» est la condition même de l'existence de toute règle de droit; la règle conventionnelle s'impose aux États parce que ceux-ci, du fait qu'ils ont conclu le traité ont la conviction qu'ils doivent la respecter, imprégnés qu'ils sont du principe *pacta sunt servanda*, et s'ils sont obligés par leurs actes unilatéraux, c'est parce qu'ils faut des déclarations avec intention de se lier. La concomitance de la norme et de la conviction qu'il s'agit d'une norme est inhérente au droit.

3. En tout cas, la jurisprudence est sans faille: il n'y a règle coutumière que si, en constatant (ou en omettant d'agir d'une certaine manière) les États ont «le sentiment

de se conformer à ce qui équivaut à une obligation juridique. Ni la fréquence, ni même le caractère habituel des actes ne suffisent. Il existe nombre d'actes internationaux, dans le domaine du protocole par exemple, qui sont accomplis presque invariablement mais qui sont motivés par de simples considérations de courtoisie, d'opportunité ou de tradition et non par le sentiment d'une obligation juridique¹⁰⁵. C'est d'ailleurs pour cette raison que, dans l'affaire du *Lotus*, la C.P.J.I. a rejeté la thèse française selon laquelle le fait que les États s'abstenaient de juger les capitaines des navires étrangers responsables d'une collision en haute mer établissait qu'il existait une coutume en ce sens et a considéré que, si pratique il y avait, celle-ci relevait de la courtoisie internationale et non du droit car elle n'était pas motivée par la «conscience d'un devoir de s'abstenir»¹⁰⁶. De façon plus contournée, mais tout de même dans le même sens, la Cour actuelle a estimé qu'elle ne pouvait rien déduire de la doctrine de la dissuasion nucléaire ni même de la non-utilisation de l'arme atomique depuis 1945 «car les motifs de ces comportements ne témoignent d'aucune *opinio juris* claire»¹⁰⁷.

184. Reste à savoir comment déterminer l'existence de l'*opinio juris*. C'est, assurément, fort difficile à systématiser et cela relève certainement davantage de l'«esprit de finesse» que de l'«esprit de géométrie». Parfois, ce sentiment (ou cette conscience) du caractère obligatoire de la règle de droit peut être concomitant à la pratique – c'est le cas par exemple lorsque l'on se fonde sur la concordance de traités ou sur des déclarations par lesquelles certains États reconnaissent formellement la validité en droit de certains comportements. D'autres fois, l'*opinio juris* peut résulter d'actes distincts, par exemples de résolutions d'organisations internationales – et, en particulier de l'Assemblée générale des Nations Unies – qui, dans le monde contemporain, jouent un rôle particulièrement fondamental dans la formation des règles coutumières. Pensez par exemple au rôle décisif qu'a joué l'adoption de la très justement célèbre résolution 1514 (XV) de 1960 dans la cristallisation de la règle coutumière selon laquelle les peuples coloniaux ont un droit à la décolonisation: en même temps qu'elle donnait un «coup de fouet» à une pratique déjà largement acquise, cette adoption manifestait la conviction de la «communauté internationale des États dans son ensemble», dont l'Assemblée générale est la manifestation la plus éclatante, que cette règle correspondait à un besoin de la société internationale contemporaine et devait y être «acceptée comme étant le droit».

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 44.

¹⁰⁶ Arrêt du 7 septembre 1927, série A, n° 10, p. 28.

¹⁰⁷ Avis consultatif, 8 juillet 1996, *Licéité de la menace ou de l'emploi des armes nucléaires*, Rec. 1996, p. 255, par. 71.

¹⁰⁸ Rec. 1969, p. 43.

¹⁰⁹ C.I.J., arrêt du 18 décembre 1951, *Pêcheries anglo-norvégiennes*, Rec. 1951, p. 131.

«La communauté internationale des États dans son ensemble» et non pas les États pris individuellement ou tous les États du monde... Et c'est là que l'on voit au point la volonté de l'État joue un rôle limité dans la formation des règles coutumières. Qu'il s'agisse de la pratique ou de l'*opinio juris* en effet, l'adhésion individuelle des États n'est nullement exigée par le droit.

En ce qui concerne la pratique, la Cour internationale de Justice a été très claire dans son arrêt de 1969:

«En ce qui concerne les autres éléments généralement tenus pour nécessaires afin qu'une règle conventionnelle soit considérée comme étant devenue une règle générale de droit international, il se peut qu'une participation très large et représentative à la convention suffise, à condition toutefois qu'elle comprenne les États particulièrement intéressés»¹⁰⁸.

La «participation très large» à laquelle la C.I.J. fait allusion n'implique pas nécessairement une action positive de la part d'un grand nombre d'États, dès lors qu'il ne s'agit pas de cas où il n'apparaît pas de prétentions divergentes. Par exemple, le droit international de l'espace extra-atmosphérique a été forgé par la pratique de quelques États industrialisés — au premier rang desquels les États-Unis et l'U.R.S.S., le reste de la communauté internationale s'étant contenté d'approuver les principes qui en découlent. Inversement, un petit nombre d'États peut être en position de freiner ou d'interdire la création d'une règle coutumière. L'exigence de participation des États particulièrement intéressés — c'est-à-dire de ceux en mesure de contribuer positivement à la naissance d'une règle coutumière — a empêché durant longtemps (et ce si ce n'est plus le cas) la formation d'une règle générale interdisant de procéder à des essais nucléaires dans l'atmosphère: trop d'États «nucléaires» (la France, la Chine, l'Inde, etc.) ont refusé de contribuer positivement à la formation de cette règle ou encore que la règle de dix milles d'ouverture des baies ait un caractère coutumier¹⁰⁹. Aujourd'hui, on peut penser que l'opposition décidée de certains États — surtout les pays arabes — à toute définition large du terrorisme empêche de considérer qu'il en existe une définition coutumière généralement acceptée.

Ceci étant, si la volonté des États joue un rôle, celui-ci est négatif: les États ne peuvent pas seulement s'ils sont «particulièrement intéressés» empêcher la formation d'une règle coutumière. Mais cela ne revient certainement pas à dire que les règles coutumières résultent de la volonté concordante des États: ce sont, certes,

leurs comportements qui sont à l'origine de la coutume mais ces comportements sont des *faits*, ils ne visent pas à créer des règles juridiques; c'est, au contraire, la répétition de ces faits qui finit, le cas échéant, par faire naître la conviction qu'il existe une règle obligatoire – sans d'ailleurs que cette conviction doive être manifestée par tous les États liés par la règle: ici encore une conviction diffuse manifestée par la généralité des États suffit.

189. La meilleure preuve en est que, malgré certaines tentations contraires au lendemain de la grande vague de décolonisations des années 1960, nul ne nie plus que les États nouveaux soient liés par les règles coutumières à la formation desquelles ils n'ont pourtant pas participé. Ils sont liés par elles parce qu'elles répondent au besoin de la société internationale à laquelle ils accèdent et ce besoin est attesté par une pratique acceptée comme étant le droit par la communauté internationale des États dans son ensemble.

190. Voici qui, à mon avis, est totalement incompatible avec l'absurde thèse de l'accord tacite que la doctrine volontariste invoque comme fondement prétendu de la coutume¹¹⁰: ceci est entièrement étranger à la logique même du processus coutumier, qui repose sur des comportements n'ayant nullement pour objet de créer des règles coutumières, et se montre incapable d'expliquer par quel mystère un État qui n'a pas participé à la formation d'une règle coutumière peut être lié par celle-ci.

191. Au demeurant cette conclusion doit être nuancée à trois points de vue:

- en premier lieu, comme nous l'avons vu, les États les plus directement intéressés par un domaine particulier peuvent (volontairement) faire obstacle à la formation d'une règle coutumière;

- en deuxième lieu, il se peut aussi que, sans pouvoir empêcher la formation d'une telle règle, un État puisse éviter d'être lié par elle s'il a fait constamment et clairement objection à sa création (tel est le sens de la théorie du *persistent objector*); ainsi, dans l'affaire des *Pêcheries anglo-norvégiennes*, la Cour a jugé que la fixation (coutumière) de la largeur de la mer territoriale à une distance de trois

¹¹⁰ Cf. C.P.J.I., arrêt du 7 septembre 1927, *Lotus*, série A, n° 10, p. 18; Ch. Chaumont, «Cours général de droit international public», *R.C.A.D.I.*, 1970-1, tome 129, p. 333-528.

¹¹¹ Arrêt du 18 décembre 1951, *Rec.* 1951, p. 131.

¹¹² Notamment dans l'affaire du *Droit d'asile* (arrêt du 20 novembre 1950, *Rec.* 1950, pp. 276-277), dans celle des *Pêcheries anglo-norvégiennes* (arrêt du 18 décembre 1951, *Rec.* 1951, pp. 136-139) ou des *Droits des ressortissants américains au Maroc* (arrêt du 27 août 1952, *Rec.* 1952, p. 200).

n'était pas opposable à la Norvège, «celle-ci s'étant toujours élevée contre toute tentative de l'appliquer à la côte norvégienne»¹¹¹ – mais ici encore, tout ce que la volonté norvégienne a pu faire a été d'*empêcher* l'application de la règle en question et ceci n'a rien à voir avec sa formation;

En troisième lieu et enfin, il ne fait pas de doute en revanche que, plus le cercle des États liés par une règle coutumière est restreint, moins il est déraisonnable d'assimiler la coutume à un accord tacite.

Il est en effet incontestable qu'il peut exister des règles coutumières de portée géographique limitée. Ainsi, la C.I.J. a reconnu à plusieurs reprises l'existence de règles régionales¹¹² et, dans l'affaire du *Droit de passage en territoire indien*, elle a précisé dans les termes suivants qu'il pouvait même exister des règles coutumières locales:

«On voit difficilement pourquoi le nombre des États entre lesquels une coutume locale peut se constituer sur la base d'une pratique prolongée devrait nécessairement être supérieur à deux. La Cour ne voit pas de raison pour qu'une pratique prolongée et continue entre deux États, pratique acceptée par eux comme régissant leurs rapports, ne soit pas à la base des droits et d'obligations réciproques entre ces deux États»¹¹³.

Dans un cas de ce genre, il ne fait aucun doute que chacun des deux États concernés doit, par son action ou par son abstention délibérée, avoir concouru à la formation de la règle en question et l'on peut voir, si l'on veut, dans cette concurrence, un accord tacite.

Ceci étant, si la volonté de l'État n'est pas totalement absente du processus coutumier, elle est loin d'en constituer le *substratum*: encore une fois, une norme coutumière s'impose aux États qu'elle lie non pas parce qu'ils l'ont *voulu*, mais parce qu'ils ont conscience que, que cela leur plaise ou non, ils sont liés par elle – et ce n'est tout différent.

Les principes généraux de droit

3. L'opération intellectuelle qui permet de dégager l'existence d'un principe général de droit fait encore moins de place à la volonté de l'État – même si, ici encore, les États ne sont, à l'évidence, pas absents du processus de formation.

196. Comme j'ai eu l'occasion de vous le rappeler¹¹⁴, les principes généraux de droit sont des principes communs aux ordres juridiques nationaux et transposables dans l'ordre juridique international. On peut y inclure, par exemples, la prohibition de l'abus de droit, l'autorité de la chose jugée, le respect des droits de la défense, le principe selon lequel toute règle juridique est réputée avoir un effet utile, etc.

197. Ils n'ont, d'une manière générale, qu'un rôle assez limité dans le droit contemporain, non pas parce qu'ils sont secondaires ou hiérarchiquement subordonnés aux autres grandes sources du droit international – en particulier aux traités ou à la coutume – mais parce qu'il est plus difficile d'en établir l'existence et la portée et que, si une règle existe sous forme coutumière ou, plus commodément encore, conventionnelle, l'interprète ne se donnera pas la peine de déterminer s'il existe ou non un principe général de droit sur le sujet; et cela d'autant moins que, très vraisemblablement, il aura un caractère de généralité plus grand or, nous l'avons vu¹¹⁵, *specialia generalibus derogant*. Au surplus, lorsque l'on y recourt en pratique, ils sont souvent plus affirmés que démontrés, tant ils semblent évidents.

198. Les «principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées» n'en constituent pas moins une source formelle du droit international et une source qui, clairement, ne doit rien à la volonté de l'État.

199. Ceci peut paraître paradoxal: après tout, dès lors qu'ils ont leur origine dans le droit édicté par les États dans l'ordre juridique interne, on pourrait soutenir que les États ont «voulu» ces principes. Certes, ils les ont voulus; mais ils les ont voulus *in foro domestico*. En aucune manière ils n'ont envisagé que ces règles pourraient leur être opposées dans l'ordre juridique international.

200. Prenons l'exemple d'un concept juridique dont on discute beaucoup actuellement la question de savoir s'il constitue un principe général de droit (et je ne prendrai pas position sur le fond de cette question, même si je dois dire que je suis assez sceptique...): celui de la responsabilité objective de l'État par exemple en cas d'atteinte massive à l'environnement humain. Il est certain que ce principe est, aujourd'hui, reconnu dans le droit interne de l'ensemble des États – mais il est tout à fait clair qu'en l'adoptant ces États n'ont, en aucune manière, anticipé sa transposition au plan international. Du reste, le moins que l'on puisse dire est

¹¹³ Arrêt du 12 avril 1960, *Rec.* 1960, p. 39.

¹¹⁴ *V. supra*, par. 63.

¹¹⁵ *V. supra*, par. 45.

¹¹⁶ Rapport de la C.D.I. sur les travaux de sa 58^{ème} session, A/61/10, p. 109.

¹¹⁷ Le texte anglais («subsidiary means for the determination of rules of law») est un peu plus ambigu

ils ne manifestent pas un enthousiasme délirant à cette idée comme le montre, par exemple, le projet de principes adopté en 2006 par la C.D.I. sur «la répartition des pertes en cas de dommages transfrontières»¹¹⁶, périphrase laborieuse qui ne peut dissimuler que la Commission n'a pas estimé possible de transposer au plan international le principe de la responsabilité sans manquement pour les dommages causés par les activités licites mais dangereuses.

Pas plus que celle des règles coutumières, la formation des principes généraux de droit ne doit grand-chose à la volonté de l'État.

Moyens auxiliaires de détermination des règles de droit

L'alinéa d) de l'article 38 du Statut de la C.I.J. qui définit la doctrine et la jurisprudence comme des «moyens auxiliaires de détermination des règles de droit» attire certainement pas les critiques dont on l'accable parfois. Sans doute peut-on regretter que «visuellement», ces deux procédés semblent mis à égalité avec les sources énumérées et définies dans les alinéas précédents car il s'agit non pas d'autres sources (contrairement à ce que risque de faire croire le «chapeau» de l'article 38), mais, ainsi que l'établit fort bien le texte français¹¹⁷, de moyens de déterminer l'existence, le sens et la portée des règles résultant des trois «grandes sources». Comme l'a fort bien expliqué Shabtai Rosenne, les moyens auxiliaires de détermination (la d) sont «le magasin dans lequel on peut trouver les règles des alinéas a), b) et c)»¹¹⁸ – étant entendu que cette «boîte à outils» présente une importance certainement plus grande s'agissant de la «détermination» des règles coutumières et des principes généraux de droit, non écrits et, de ce fait, difficiles à appréhender, que des règles conventionnelles que leur formalisation plus poussée rend plus faciles à appréhender.

Dans l'abstrait, ces deux «moyens auxiliaires» ont la même fonction: le droit international ne connaissant pas la règle du précédent (*stare decisis*), la jurisprudence – c'est-à-dire l'ensemble des décisions juridictionnelles ou arbitrales dans un domaine donné, et non pas un arrêt ou une sentence isolée, qui sont des actes juridiques «individuels» s'imposant aux Parties¹¹⁹ – n'a pas davantage de vocation normative que la doctrine. Ni l'une, ni l'autre n'imposent, ni même ne «proposent», un comportement particulier aux sujets du droit international. Dans les faits cependant, il faut certainement nuancer cette affirmation: l'influence de la première est plus grande – de nos jours en tout cas – très supérieure à celle de la seconde.

Encore que... Même s'agissant de la doctrine, il n'y a pas lieu de faire

preuve de «masochisme académique». D'abord, il ne faut certainement pas sous-estimer le rôle qu'ont eu Grotius et les autres «pères du droit international» sur la formation du droit international moderne, et pas uniquement au plan global: que l'on songe seulement à la querelle de la «mer libre» entre Grotius et Selden¹²⁰, qui a certainement eu une influence décisive sur l'avènement du principe de la liberté des mers. Ensuite, il y a bien sûr doctrine et doctrine. Celle qui se traduit par des études monographiques et par des traités ou manuels généraux de droit international constitue sans aucun doute un moyen commode de «détermination des règles» de droit international et les «décideurs», qu'il s'agisse des politiques, des diplomates ou des juges et des arbitres s'y réfèrent sans cesse (quoi qu'ils aient parfois la coquetterie d'en dire) mais ces «autorités» n'ont certainement pas d'autre valeur qu'indicative: elles peuvent orienter la réflexion, elles ne constituent jamais le fondement explicite d'une décision – tout au plus la mention (rare) d'un ouvrage¹²¹ ou «des auteurs» en général vient-elle, dans de rares hypothèses, renforcer une argumentation. Mais l'influence exercée par ce que l'on pourrait appeler la «doctrine collective» va très au-delà.

205. C'est le cas des résolutions adoptées par les sociétés savantes comme l'Institut de Droit international ou l'International Law Association, auxquelles leur élaboration concertée entre des juristes éminents ou des spécialistes des questions en cause confère une autorité particulière. Mais, au sein même de cette catégorie, une place à part doit être faite aux «projets d'articles» élaborés par la Commission du Droit international des Nations Unies. Composé de 34 experts indépendants, celle-ci travaille en symbiose et sous le contrôle constant de l'Assemblée générale au sein de laquelle ses projets, murement élaborés souvent pendant de très longues années¹²², sont commentés par les représentants des États, ce qui leur confère une autorité particulière qui se traduit, par exemple, par la fréquence et l'importance de l'usage qu'en fait la C.I.J. à l'appui de la motivation de ses arrêts¹²³.

¹¹⁸ «[T]he store-house from which the rules of heads (a), (b) and (c) can be extracted» (*Law and Practice of the International Court*, Nijhoff, Leiden/Boston, 2006, vol. III, p. 1607).

¹¹⁹ Cf. l'article 59 du Statut de la C.I.J.

¹²⁰ Cf. la réponse de Selden, *Mare Liberum* (1635) à la *Mare Liberum* de Grotius (chapitre publié en 1609 de sa célèbre consultation pour la Compagnie des Indes néerlandaises de 1735, *De jure praedae*).

¹²¹ Pour un exemple très isolé, v. l'arrêt du 11 septembre 1992 d'une Chambre de la C.I.J. dans l'affaire du *Différend terrestre, insulaire et maritime*, Rec. 1992, pp. 593, par. 394.

¹²² Dix-huit ans ont été nécessaires pour que soit achevé le projet d'articles sur le droit des traités qui est à l'origine de la Convention de Vienne de 1969 sur le même sujet; et il a fallu de 70 ans après une première tentative de la S.d.N. en 1930 pour qu'un projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite soit adopté par la C.D.I.; l'Assemblée générale a pris note de ce projet par sa résolution 56/83 du 12 décembre 2001.

¹²³ V. par exemple, les arrêts du 25 septembre 1997, *Projet Gab ikovo-Nagymaros*, Rec 1997, pp. 38-42, par. 47, et 50-54 et p.46, para. 58 ou du 24 mai 2007, *Ahmadou Sadio Diallo (exceptions préliminaires)*, par. 39, 64, 91 ou 93.

¹²⁴ Suite à l'affaire du *Lotus* (v. C.P.J.I., série A, n° 10), la Convention de Bruxelles de 1952 pour l'unification de certaines règles relatives à la compétence civile en cas de collision prend une position totalement opposée à celle de la Cour.

1. La combinaison de la formulation d'une norme dans un projet de la C.D.I. et sa citation dans un arrêt de la Cour mondiale contribue bien sûr puissamment au ancrage de la règle en question dans le droit positif. On peut évidemment tenir que celle-ci ne tient pas sa valeur normative de ces procédés doctrinaux prétoriens, il n'en reste pas moins que, dans la réalité, la «détermination» ainsi effectuée constitue une présomption très forte en faveur de l'existence de la règle en question et que, si les États veulent la contrer ils n'ont guère d'autres moyens que de recourir à l'un des modes formels de formation des règles de droit – à une force formelle, dans les faits, un traité¹²⁴, faute de quoi, qu'ils le veuillent ou non, ils seront bel et bien liés.

Il n'y a là que l'une des manifestations de l'influence, très forte, qu'exerce la jurisprudence sur la formation des normes en droit international. J'irais, à vrai dire, jusqu'à dire qu'en l'absence, dans la société internationale, d'un mécanisme formalisé permettant d'adapter les normes aux besoins changeants de ses membres, la jurisprudence – et plus spécialement celle de la C.I.J. – constitue le moyen le plus efficace de procéder à ces nécessaires adaptations que ce soit par la voie contentieuse ou au moyen d'avis consultatifs, les arrêts et les avis contribuant également à la formation de «la jurisprudence».

Sans doute, la Haute Juridiction se défend-elle de jouer un tel rôle de quasi-législateur:

«La Cour ne saurait certes légiférer, et, dans les circonstances de l'espèce, elle n'est nullement appelée à le faire. Il lui 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»¹²⁵.

9. 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 prometteuse¹²⁶. Dans d'autres circonstances, son interférence dans le processus de formation du droit a eu des effets beaucoup plus bénéfiques et ont permis des évolutions normatives indispensables.

210. 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 États¹²⁷;
- l'avis consultatif de 1949 de la Cour actuelle dans l'affaire de la *Réparation des dommages subies au service des Nations Unies*, a mis un point final à la controverse relative à la personnalité juridique des organisations internationales¹²⁸ et, du même coup, à la notion (erronée) d'un droit international purement inter-étatique;
- 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 traités¹²⁹, 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 droites¹³⁰ ou la délimitation du plateau continental¹³¹.

¹²⁵ *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, Rec. 1996, p. 236, par. 18.

¹²⁶ Arrêt du 14 février 2002, *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, Rec. 2002, p. 3; v. not. pp. 24-26, pars. 58-61. La Cour s'est montrée plus prudente dans son arrêt *Diallo* du 24 mai 2007: «La Cour, ayant examiné avec soin la pratique des États 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» (par. 89); cette formulation a au moins le mérite de laisser la porte ouverte à des évolutions futures.

¹²⁷ V. par exemple les arrêts du 26 mars 1925, *Concessions Mavrommatis en Palestine*, série A, n° 2, p. 12 ou du 13 septembre 1928, *Usine de Chorzów*, série A, n°. 17, p. 29 et p. 47.

¹²⁸ Rec. 1949, pp. 174 et s.

¹²⁹ 28 Mai 1951, Rec. 1951, pp. 15 et s.

¹³⁰ V. l'arrêt du 18 décembre 1951 dans l'affaire des *Pêcheries anglo-norvégiennes*, Rec. 1951, pp. 116 et s.

¹³¹ V. l'arrêt du 20 février 1969, *Plateau continental de la mer du nord*, Rec. 1969, p. 3 et la longue série des arrêts relatifs à la délimitation maritime qui ont suivi.

¹³² Transposé de l'avis de la C.I.J. de 1951 (Rec. 1951, pp. 15 et s.) dans l'article 19 (c) de la Convention de Vienne de 1969.

¹³³ Transposé de l'arrêt de 1969 (Rec. 1969, pp. 3 et s.) dans les articles 74, paragraphe 1, and 83, paragraphe 1, de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982.

¹³⁴ V. *supra*, note 121.

4. Dans certains cas, les formules jurisprudentielles ont été reprises dans les traités de codification ultérieurs comme par exemple, l'objet et le but du traité comme critère de la validité des réserves aux traités¹³² ou le principe du résultat souhaitable auquel doit aboutir la délimitation du plateau continental ou de la zone économique exclusive entre États dont les côtes sont adjacentes ou se font face¹³³. Mais, même dans les cas où un traité formel ne vient pas consacrer une évolution imposée par la jurisprudence internationale, celle-ci «fait droit» – sauf, bien sûr, dans les rares cas où, en réaction, les États adoptent un traité qui en prend le contre-pied¹³⁴.

Les volontaristes peuvent trouver là une consolation: *in fine*, la volonté des États peut triompher... si elle trouve à s'exprimer. Hors le cas – il est vrai quantitativement prédominant – des normes conventionnelles, ceci est rare: dans la majorité des autres situations, «le droit» ne résulte nullement de l'expression de la volonté de l'État (et, à vrai dire, des autres sujets du droit international) ne joue un rôle limité.

LE CHAPITRE 3 (L'«INFINIE VARIÉTÉ» DU DROIT INTERNATIONAL) ET LA CONCLUSION (UNE CONSTITUTION MONDIALE?) DE CE COURS SERONT PUBLIÉS DANS LA PROCHAINE LIVRAISON DE CET ANNUAIRE.

II
Anuário Brasileiro
de Direito Internacional

VOLUME 2

Brazilian Yearbook of International Law
Annuaire Brésilien de Droit International

2007