

L'INFLUENCE DE L'ÉVOLUTION DU DROIT INTERNATIONAL SUR SES SOURCES

Jean-Pierre Beurier

Volume 8, numéro 2, 1993

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1100887ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1100887ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Société québécoise de droit international

ISSN

0828-9999 (imprimé)

2561-6994 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Beurier, J.-P. (1993). L'INFLUENCE DE L'ÉVOLUTION DU DROIT INTERNATIONAL SUR SES SOURCES. *Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional*, 8(2), 216–227. <https://doi.org/10.7202/1100887ar>

L'INFLUENCE DE L'ÉVOLUTION DU DROIT INTERNATIONAL SUR SES SOURCES

Jean-Pierre BEURIER*

I. LE FLÉCHISSEMENT D'UN DROIT INTERNATIONAL DE CONFRONTATION

A. La coutume et le traité dans un monde en mutation

1. *La règle coutumière et la conception communautariste du droit*
2. *Le traité et la conception volontariste du droit*

B. Le nouvel essor de la coutume traditionnelle

1. *Chute des tensions idéologiques et regain de la coutume*
2. *La technique de la coutume, source de droit souple et moderne*

II. L'ÉMERGENCE D'UN DROIT INTERNATIONAL FONCTIONNEL

A. L'importance du droit natif

B. Vers un droit à évolution linéaire

L'évolution politique de la communauté internationale et plus encore ses fluctuations économiques sont à l'origine des modifications contemporaines du droit international. Le rôle des États dans l'évolution du choix des sources de la règle de droit a été déterminant au cours des deux dernières décennies. L'observation de la pratique étatique dictée par le pragmatisme permet de discerner un glissement dans le recours à ces sources qui n'est pas sans effet sur l'évolution du cadre normatif du droit lui-même. On peut ainsi démontrer qu'après une période d'occultation relative, le recours à la coutume comme source du droit positif est plus fréquent au fur et à mesure que le droit international étend son champ d'application aux domaines économiques, commerciaux, sociaux, qui s'accrochent mal du formalisme d'un traité. Il semble alors intéressant de déterminer si le besoin grandissant de règles ressenti par la communauté des États ne se traduit pas par la nécessité de recourir plus souvent à un droit à naissance rapide, très souple et en conséquence peu formaliste, dont le but est de gérer les rapports immédiats nés des interrelations grandissantes de la communauté des États, parallèlement au besoin des règles pérennes et formelles destinées au maintien de la paix.

Pour G. Scelle, l'ordre juridique n'a qu'une source matérielle unique : « le fait social générateur du Droit objectif »¹. Le traité et la coutume ont une fonction juridique identique et, en conséquence, la même nature puisqu'ils permettent de constater tout d'abord et d'exprimer ensuite un droit objectif en le traduisant sous forme d'une règle normative. La coutume a cependant toujours été considérée comme une forme de droit plus primitive² alors que le traité constitue une forme élaborée de ce droit. L'une des caractéristiques du droit international classique étant son formalisme, les règles qu'il génère sont indifférentes à l'environnement économique ou sociologique³. C'est l'expression d'une société internationale fondée sur un certain ordre social. Il en résulte

une vision globale d'un droit international abstrait⁴ qui a été qualifié de droit de « fiction »⁵.

Les indépendances, les conflits idéologiques, le mal-développement des trois quarts de la planète ont entraîné une modification profonde des esprits et, ce faisant, de la perception du droit international. Ce dernier a dû s'adapter aux revendications des États défavorisés et à la pénétration de l'économique dans le juridique, concourant à une remise en cause de ses principes comme de ses fonctions par les États. C'est pourquoi les théoriciens du droit international de codification générale ont échoué, entraînant une certaine désorientation qui a fait dire aux auteurs que les conditions aléatoires et complexes suivant lesquelles s'opère le changement des règles conduisaient vers une normativité relative du droit international du fait du caractère « primitif » et « imparfait » de celui-ci⁶.

Le peu d'empressement des États à ratifier les traités de codification, les pressions du monde pour tenter de faire reconnaître comme droit positif le droit déclaratoire, les contestations dont la coutume classique a été l'objet, montrent bien que se profile sous les confrontations politiques ou économiques un problème de sources du droit. L'interaction entre la coutume et le traité, l'influence réciproque des sources, l'importance de la codification montrent que les sources du droit sont « le véhicule de toute norme »⁷. En conséquence, l'évolution du droit international va influencer ses sources et est susceptible de modifier l'importance factuelle de celles-ci.

4 CHAUMONT, *id.* à la p. 345 ira jusqu'à parler de cynisme et d'illusionnisme dans le formalisme juridique.

5 R. BERMEJO, *Vers un nouvel ordre économique international*, Fribourg, Éditions Universitaires, 1982, à la p. 56.

6 P. WEIL, « Vers une normativité relative en droit international », (1982) 86 *R.G.D.I.P.* 6; S.SUR, « Quelques observations sur les normes juridiques internationales », (1985) 89 *R.G.D.I.P.* 902; M. VIRALLY, *Le droit international en devenir*, Paris, I.U.H.E.I.-P.U.F., 1990, à la p. 91.

7 M.E. VILLIGER, *Customary International Law and Treaties : A Study of their Interactions and Interrelations with Special Consideration of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1985, à la p. 4. R.R. BAXTER, « The Effects of Ill-Conceived Codification and Development of International Law » dans *Mélanges offerts à GUGGENHEIM*, Genève, I.U.H.E.I., 1968, p. 146; K. MAREK, « Le problème des sources du droit international dans l'arrêt sur le plateau continental de la mer du Nord », (1970) 6 *R.B.D.I.* 45; R.Y. JENNINGS, « Recent Developments in the International Law Commission : its Relation to the Sources of International Law », (1964) 13 *I.C.L.Q.* 385; E. JIMENEZ DE ARÉCHAGA, « International Law in the Past Third of a Century », (1978) 159 *R.C.A.D.I.* 1.

* Professeur à l'Université des Antilles et de la Guyane

1 G. SCELLE, *Précis de droit des gens : Principes et systématique*, Paris, Éditions du Centre National de la Recherche Scientifique, 1984, à la p. 298.

2 J. CHARPENTIER, « Tendances de l'élaboration du droit international public coutumier » dans *L'élaboration du droit international public*, Paris, A. Pedone, 1975, à la p. 105.

3 C. CHAUMONT, « Cours général de droit international public », (1970) 129 *R.C.A.D.I.* 398.

Dès 1972, P. de Visscher disait que « la pression des États nouveaux sur le processus de codification a contribué à rajeunir la coutume »⁸. Il s'agissait de montrer comment, sous cette influence, la coutume allait se moderniser. On peut dire également que ceci a contribué à faciliter un usage plus intensif de la coutume aujourd'hui.

Actes unilatéraux et actes déclaratoires prouvent combien le volontarisme est au centre de l'évolution du droit international. Cependant, nous assistons à une convergence normative des unilatéralismes vers les pôles d'intérêts dominants des États loin des principes généraux, créant un droit fonctionnel, évolutif et subjectif.

L'évolution actuelle tend à un développement progressif du droit international faisant que la distinction entre *lex lata* et *lex ferenda*⁹ est moins nette car le seuil entre le droit « devant être » et le droit « étant » n'est plus forcément balisé par un traité.

L'évolution des sources du droit international n'est en fait que le reflet de l'évolution de la matière elle-même. Si le maintien de la paix reste fonction principale, il s'agit de nos jours de la paix sociale et non plus seulement du silence des armes.

C'est pourquoi on assiste progressivement au fléchissement d'un droit international de confrontation (I) et à l'émergence d'un droit international fonctionnel (II) dont le champ d'application est si vaste qu'il suppose une grande faculté d'adaptation pour résoudre les situations économiques et sociales nouvelles qu'il prétend embrasser.

I. Le fléchissement d'un droit international de confrontation

Depuis les années 1960, les auteurs ont cherché à mettre en évidence les relations importantes existant entre le droit coutumier et les traités. Ils ont en effet constaté que de nombreux traités n'entraient pas en vigueur du fait de l'absence de ratifications suffisantes. Cependant, parallèlement, les auteurs démontraient aisément que les États pouvaient se considérer engagés par le contenu de traités non en vigueur et qu'ainsi, par voie coutumière, la règle s'imposait malgré tout¹⁰.

Dans le même temps, la majorité des auteurs pensait que l'on entrait dans une ère de codification du droit international et que ce mouvement allait devenir irréversible et général.

« Une activité considérable s'est manifestée dans la codification du droit international. Il en résulte une situation nouvelle où le traité devient un moyen direct de créer, de modifier et de développer les normes du droit international »¹¹.

Le traité, considéré comme bien adapté à une forme individualiste des rapports internationaux, devenait ainsi l'instrument principal de développement du droit entre États¹². On aurait pu alors conclure que le traité était le meilleur outil de progrès du droit international et donc, qu'une certaine primauté de cette source allait être reconnue, ceci venant conforter la thèse soutenue par l'école volontariste¹³.

8 P. DE VISSCHER, « Cours général de droit international public », (1972) 136 R.C.A.D.I. 63.

9 M. VIRALLY « À propos de la *lex ferenda* » dans *Mélanges offerts à Paul Reuter, Le droit international : unité et diversité*, Paris, A. Pedone, 1981, à la p. 519.

10 VILLIGER, *op. cit.*, supra, note 7 à la p. xxv.

11 G.I. TUNKIN, « Quarante ans de coexistence et le droit international », (1968) *Soviet Y.I.L.* 19.

12 C. DE VISSCHER, *Théories et réalités en droit international public*, 4^e éd., Paris, A. Pedone, 1970.

13 G.I. TUNKIN, *Droit international public : problèmes théoriques*, Paris, A. Pedone, 1965, à la p. 89.

Or, il n'en a rien été et les principes coutumiers se sont maintenus¹⁴.

Il apparaît donc intéressant à la fin d'une époque de conception technocratique du droit, basée sur le volontarisme, d'étudier les rapports de la coutume et du traité dans un monde en mutation, puis de voir que la coutume, au sens classique de ce terme, qui n'aurait jamais pu être totalement abandonnée, retrouve une importance notable, gênant ainsi la « mise en perspective » du droit souhaitée par les volontaristes. Ce qui fera dire à B. Stern : « La coutume dérange »¹⁵.

A. La coutume et le traité dans un monde en mutation

Il n'y a pas de hiérarchie dans les sources du droit international, mais si le traité repose sur une base volontariste, la coutume quant à elle repose sur le communautarisme.

1. La règle communautaire et la conception communautariste du droit

On sait qu'il existe quatre critères à la règle coutumière :

- la pratique concordante par de nombreux États sur un type de situations du domaine des relations internationales;
- la répétition de cette pratique sur une longue période de temps;
- l'impression que cette pratique est une règle de droit international;
- la reconnaissance de celle-ci par les autres États.

De façon classique, on regroupe ces critères selon deux pôles : la pratique concordante et répétitive d'une part et l'*opinio juris* d'autre part.

La formation de la coutume suppose une pratique générale. Ce caractère, inscrit dans l'article 38 du *Statut de la Cour internationale de justice*¹⁶, constitue l'élément matériel ou objectif. L'*opinio juris* suppose que les actes doivent prouver, de la façon dont ils sont accomplis ou encore du fait de leur nature, qu'ils représentent une conviction, un sentiment que cette pratique est conforme à une obligation juridique : c'est l'élément psychologique ou subjectif¹⁷.

La théorie des deux éléments permet de constater qu'une norme a été formée. L'élément matériel étant le moyen de constat le plus facile, l'élément subjectif est quant à lui plus incertain puisqu'il traduit plutôt une conviction. « C'est une conception communautaire du droit coutumier, écartant implicitement la conception individualiste »¹⁸.

La théorie des deux éléments a été importante, on le sait, dans l'arrêt de la CIJ sur le Plateau continental de la Mer du Nord reprenant l'article 38 du *Statut* qui exprime ces deux éléments. La coutume pose une règle, mais la Cour va plus loin puisqu'elle reconnaît que la coutume peut lier des États même en dehors de leur consentement du seul fait de leur appartenance à la communauté internationale qui reconnaît cette source du droit. Ainsi, la coutume vaudra-t-elle même si elle n'a été créée que par une minorité.

Si la coutume supposait un véritable accord (théorie de l'accord tacite¹⁹, *Affaire du Lotus*) entre les parties (conception

14 C. DE VISSCHER, *op. cit.*, supra, note 12 à la p. 65.

15 B. STERN, « La coutume au cœur du droit international : quelques réflexions » dans *Mélanges offerts à Paul Reuter, op. cit.*, supra, note 9 à la p. 479.

16 [1945] R. T. Can. n° 7.

17 P. HAGGENMACHER, « La doctrine des deux éléments du droit coutumier.

18 *Id.* à la p. 12. dans la pratique de la Cour internationale », (1986) 90 R.G.D.I.P. 9.

19 K. STRUPP, « Les règles générales du droit de la paix », (1934) 47 R.C.A.D.I. 301; *Affaire du Lotus*, C. P. J. I. Recueil, 1951, Série A, n° 10, p. 1; *Affaire des Pêcheries anglo-norvégiennes*, Arrêt C. I. J. Recueil, 1951, p. 116.

consensualiste de la coutume), on pourrait lui appliquer la relativité du droit conventionnel; or, ceci ne figure pas dans l'article 38. La coutume n'est donc pas issue d'une collection de volontés particulières, mais plutôt de la communauté internationale, donc d'une conception communautariste du droit international.

Cette analyse met en évidence le caractère obligatoire de la coutume. Son opposabilité est cependant plus relative au moment de sa création qu'au cours de son existence. En effet, il a été établi que si un État s'est opposé à la création de la règle coutumière — en supposant que l'exemple ne porte pas sur une règle impérative — celle-ci ne saurait lui être opposable. Ainsi, dans l'*Affaire des pêcheries anglo-norvégiennes*, la Cour a reconnu que la Norvège s'était toujours opposée à la fixation d'une largeur de trois milles pour la mer territoriale.

Au-delà de la période d'élaboration de la coutume, un État qui ne se serait pas opposé à celle-ci ne pourrait la réfuter valablement par acte unilatéral. La question est autrement délicate lorsque des États — il s'agit le plus souvent d'États nouvellement indépendants — veulent s'opposer à une règle coutumière. Ils ne peuvent que favoriser l'ouverture d'un nouveau processus de création du droit, par hypothèse long et aléatoire. On peut cependant craindre que le fait même de la recherche de l'élaboration d'une nouvelle règle rende plus floue la portée exacte de l'opposabilité de cette coutume pendant la période de transition, et quel que soit le résultat du processus.

Il n'en reste pas moins que la coutume issue de la communauté internationale s'impose aux membres de celle-ci.

Du reste, la constatation du caractère de norme internationale générale résulte le plus souvent d'une coutume internationale²⁰. Gianni dira : « la reconnaissance de la coutume n'est pas une question de pur consentement des intéressés, ce n'est pas un acte tacite appuyé par la règle *pacta sunt servanda*, car le consentement suppose la liberté de ne pas consentir, au contraire, la coutume s'impose même à ceux qui n'ont point participé à sa reconnaissance ».

La preuve de la coutume réside le plus souvent dans la répétition d'un fait matériel²¹, constaté par les organes compétents. Cette coutume doit présenter les caractères de généralité et de durée indispensables.

L'élément subjectif sera naturellement plus difficile à prouver. La constatation ne suffit plus; l'interprétation devient nécessaire. Dans les précédents (faits matériels), il faut rechercher la conviction de l'auteur du précédent. Pour M. Gounelle, la recherche de cette conviction « se ramène à la recherche de l'élément antécédent de l'acte, c'est-à-dire de son motif »²². Le motif constitue l'*opinio juris sive necessitatis* si l'auteur a ressenti l'obligation de prendre l'acte²³.

Le motif de l'acte se retrouvera donc dans la formation de la coutume. Mais le sentiment de se conformer à une règle de droit étant subjectif, le motif de l'acte aura en conséquence un caractère subjectif. Ce n'est qu'en prenant peu à peu de la consistance, du fait de la répétition des précédents que le caractère de l'acte sera plus objectif²⁴. C'est pourquoi la simple répétition du précédent ne suffit pas : il faut que les auteurs aient eu le sentiment d'une obligation juridique comme motif²⁵. Dès lors, ce motif deviendra progressivement objectif. Il s'agit ici du cas où l'acte est destiné à engager plusieurs États, car rien n'empêche deux États, pour des

raisons qui leur sont propres, de s'engager en raison de considérations subjectives pouvant constituer un motif entre eux²⁶.

Au contraire, le caractère objectif du motif de l'acte prédomine si celui-ci contribue à la formation d'une règle générale que la communauté internationale suivra.

Il convient, en conséquence, de distinguer entre la coutume universelle et la coutume locale. La première est fondée sur la volonté commune de créer une règle. Elle est comparable à un traité. Elle cherche à modéliser le droit. La seconde, plus simplement, n'a pour but que de résoudre un problème posé²⁷.

Il y aura coutume lorsque la pratique sera motivée par le sentiment d'une obligation juridique. La preuve de cette pratique ainsi motivée aboutira alors à la reconnaissance de la coutume. Dans l'*Affaire du droit de passage sur territoire indien*, la Cour a eu l'occasion de se prononcer sur ce point : « [exiger] la preuve directe et positive de l'*opinio juris* aboutirait à vider la notion de droit coutumier de la majeure partie de sa substance[...] La jurisprudence se contente de moyens de preuve beaucoup plus souples »²⁸.

Ce qui n'empêche pas la Cour de préciser dans son arrêt : « la partie qui invoque la coutume doit prouver qu'elle est constituée de telle manière qu'elle est devenue obligatoire pour l'autre partie »²⁹.

La preuve est donc dans la matérialité d'un ensemble d'actes convergents fondés sur le motif déterminant de se conformer à une obligation juridique³⁰. Ainsi, l'ensemble matériel fera la preuve de l'élément psychologique³¹.

Dès lors, la norme créée est un peu différente du traité dans sa conception car la coutume générale ne comprend aucune exclusivité envers tel État ou tel groupe d'États, contrairement au traité qui sera souvent plus pragmatique et qui consacrerait la volonté d'États déterminés à cocontracter car ils se sont choisis. On constate donc que, s'ils sont deux sources équivalentes du droit, coutume et traité n'ont pas la même substance.

La coutume peut être pour le traité un mode de constatation de l'interprétation qui lui est donnée. À l'inverse, le traité ne sera valable à l'encontre d'une coutume ancienne que lorsque la règle constatée par celle-ci se trouve atteinte par l'évolution de la conscience sociale qui admet la règle nouvelle que le traité ne fait que constater. Il est donc un élément de constatation de la règle nouvelle, alors que la coutume ne naît pas en vertu d'un accord général mais d'une longue pratique d'un grand nombre d'États³². Ainsi, seul le traité par son aspect volontariste empêche qu'un État se voit appliquer une règle qu'il n'a pas contribué à créer.

2. Le traité et la conception volontariste du droit

S'il n'y a pas de hiérarchie *de jure* dans les sources du droit, on constate qu'une gradation de fait s'est instaurée depuis la Seconde Guerre mondiale.

26 GOUNELLE, *op. cit.*, supra, note 22 à la p. 74.

27 G. COHEN-JONATHAN, « La coutume locale », (1961) 7 *A.F.D.I.* 122. *Affaire du droit de passage sur territoire indien*, 1960.

28 *Affaire du droit de passage sur le territoire indien*, *ibid.*

29 *Ibid.*

30 P. COT, « L'arrêt de la Cour internationale de justice dans l'affaire du droit de passage sur territoire indien (Fond) », (1960) 6 *A.F.D.I.* 315.

31 Cette obligation a fait dire à M. GOUNELLE que : « l'exigence de la preuve du motif apparaît comme une méthode pour réfuter l'existence d'une coutume par la C.I.J. ». Cette analyse est exacte, mais on peut dire qu'*a contrario* l'apport de la preuve, si elle est une étape supplémentaire sur la voie de la reconnaissance de la coutume, devient aussi le garant de son existence, une fois cette étape franchie, sans contestation possible.

32 H. KELSEN, *Principle of International Law*, New-York, D. RINEHART, 1952 à la p. 311.

20 Exemple: la liberté de la haute mer.

21 Y. GOUET, *La coutume en droit constitutionnel interne et en droit constitutionnel international*, Paris, Éditions A. Pedone, 1932, p. 70.

22 M. GOUNELLE, *La motivation des actes juridiques en droit international public : contribution à une théorie de l'acte juridique en droit international public*, Paris, A. Pedone, 1979, à la p. 68.

23 Voir *Affaire du Lotus*, supra, note 19 à la p. 28.

24 GOUNELLE, *op. cit.*, supra, note 22 à la p. 74. *Affaires du plateau continental de la mer du Nord*, Arrêt C.I.J. Recueil, 1969, p. 4 à la p. 43.

25 *Affaires du plateau continental de la Mer du Nord*, *id.* à la p. 44.

Deux raisons essentielles sous-tendent cela :

- l'importance grandissante de la théorie soviétique du droit international dans le monde de l'après-guerre et
- l'attitude contestataire des États nouvellement indépendants face à un droit international qu'ils n'ont pas contribué à construire et qui leur est imposé par les anciens États colonisateurs.

Rajoutons à ces deux causes immédiates, les avantages techniques que le traité présente sur la coutume.

En effet, le traité est un élément de constatation d'une règle nouvelle. Il présente le double avantage de constater à la fois la volonté des parties et la règle existante dans la conscience collective du groupe. En posant des règles valables comme contrat entre les parties, le traité donne force obligatoire aux règles qu'il pose : il est directement source de normes.

La coutume est l'expression du « droit international commun et garde son caractère fondamental par son étroit contact avec les réalités »³³. Mais au plan technique, la coutume présente des désavantages certains, liés à des incertitudes dues à son mode d'expression. Le traité est précis, sûr quant à ses sources et dans ses objectifs. C'est précisément sa technicité et son caractère contingent qui peuvent être à l'origine d'une distorsion entre la norme qu'il pose et les réalités sociales qu'il prétend régler. Au contraire, la coutume sera, quant à elle, le produit des intérêts sociaux d'une collectivité. C'est pourquoi, de droit essentiellement coutumier, le droit international dévia, au cours du XIX^e siècle, vers un droit conventionnel. Les États étant marqués par l'individualisme, le traité devient la source de droit la plus à même de démontrer leur engagement car il est la preuve de leur volonté³⁴.

Le XX^e siècle accentue encore cette tendance du fait de l'ouverture considérable du champ d'application du droit international, de la nécessité d'aller vite dans les rapports sociaux et commerciaux et d'adapter la règle aux besoins immédiats. Cette tendance est confortée par la contestation de la perception classique du droit international issue de la conception marxiste et des États en développement. Dans ce contexte, le traité devient la source privilégiée et la coutume est reléguée au second plan.

La légitimation du processus coutumier n'intervient qu'à *posteriori*, alors que dans le traité, la volonté des parties crée le droit *a priori*. Ainsi, exprimé par le mode conventionnel, le droit applicable à l'État n'est pas dicté par l'histoire mais par l'expression affirmée de sa souveraineté.

De ce fait, pour des raisons politiques aussi bien que techniques, le traité deviendra le moyen direct de créer et de modifier mais aussi, de développer le droit international³⁵.

La preuve semblait apportée par le fait que presque tous les États modernes étaient parties à ces traités³⁶.

Pour G. Tunkin, le traité est la source fondamentale du droit international³⁷.

Pour C. de Visscher, le traité... est le plus puissant instrument de progrès et de diffusion du droit international³⁸.

Cette conception individualiste des rapports internationaux permet aux États qui n'ont pas participé à l'élaboration lente du droit coutumier ou qui en ont récusé les règles comme contraires à leur idéologie, de n'être engagés que par une manifestation expresse de leur volonté.

La tendance est à la codification qui fixe des normes sûres et reconnues, permet une révision des concepts du droit international et seule rend possible l'extension rapide de son champ d'application que l'économie imposera après la Seconde Guerre mondiale.

Les exemples sont nombreux prouvant que l'œuvre codificatrice moderne tend à remplacer progressivement les règles coutumières. Par exemple, le droit de la mer a été codifié par les *Conventions de Genève de 1958*, alors qu'il était en grande partie issu du droit coutumier. Ces coutumes codifiées côtoient des règles nouvelles introduites en même temps dans les textes, montrant ainsi la capacité de modernisation de cette technique.

On peut dire la même chose du droit diplomatique codifié par la *Convention de Vienne* du 18 avril 1961.

On conclut alors que, dans ce schéma, la coutume n'a plus qu'un rôle supplétif. On conserve la voie coutumière pour régler des questions non-traitées dans les conventions³⁹.

La supériorité technique du traité l'emporte en tous points. En effet, on peut modifier une coutume par un traité. Dans ce cas, la coutume ne saurait se maintenir sauf pour les États non-parties à ce traité modificatif. Mais le contraire est très rare, bien que théoriquement possible⁴⁰.

De toute façon, la théorie soviétique comme celle du Tiers-monde refuse qu'une coutume de droit international, même reconnue par un nombre important d'États, devienne obligatoire pour tous, ce qui aurait pour conséquence qu'elle puisse s'imposer même aux nouveaux États qui ne l'ont pas reconnue⁴¹.

Cet ensemble de facteurs a entraîné une nouvelle impulsion de « l'œuvre de codification du droit international » pour remplacer un droit spontané par un droit de formation volontaire. Ce droit formaliste est consigné dans des textes écrits, adoptés solennellement par les États. Du reste, cette orientation n'a pas été seulement le fait des volontaristes mais, d'une façon générale, l'un des objectifs de la Commission de droit international (ci-après CDI) dont la tâche devait se concrétiser sous forme d'accords créateurs de normes entre les États. La coutume semble dès lors perdre du terrain, d'autant plus qu'elle a une connotation conservatrice et hégémonique du fait qu'elle soit née dans une société dont les idéaux et le niveau de développement étaient comparables, alors qu'elle prétend s'appliquer à des États, non pas différents, mais opposés — au moins naguère — à ces idéaux et à cette voie de développement.

C'est ce qui fait dire à D.J. Dupuy : « les formulations incertaines de la coutume, laissées à l'appréciation de chacun, ne sont-elles pas dépassées par le droit conventionnel autrement précis? [...] la coutume n'est-elle pas condamnée à l'éclatement »⁴²?

La coutume repose sur une conception communautariste du droit international et représente une pratique acceptée comme étant le droit plutôt qu'une preuve objective de la pratique⁴³. C'est pourquoi, par réalisme, les positivistes y ont toujours vu une source d'arbitraire.

Cependant, depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale, la querelle doctrinale s'est peu à peu vidée de son contenu, dans la mesure où les coutumes ont été progressivement codifiées ou, au moins, ont évolué sensiblement pour refléter les idéaux des nouvelles forces en présence.

33 C. DE VISSCHER, « Coutume et traité en droit international public », (1955) 59 *R.G.D.I.P.* 355.

34 *Id.* à la p. 356.

35 H. TORRIONE, *L'influence des conventions de codification sur la coutume en droit international public*, Fribourg, Éditions universitaires Fribourg, 1989, p. 23.

36 L. OPPENHEIM, *International Law : a Treatise*, vol. 7, 8^e éd. Londres, Édition H. Lauterpacht, 1955, p. 18.

37 TUNKIN, *op. cit.*, supra, note 13 à la p. 92.

38 DE VISSCHER, *op.cit.*, supra, note 12 à la p. 65.

39 *Convention de Vienne sur les relations diplomatiques*, (1964) 500 *R.T.N.U.* 95.

40 P. GUGGENHEIM, *Traité du droit international public*, tome 1, Genève, Librairie de l'Université, 1953, p. 52; TUNKIN, *op. cit.*, supra, note 13 à la p. 94.

41 TUNKIN, à la p. 88; D. ANZILOTTI, *Cours de droit international*, volume 1, Paris, Librairie du Recueil Sirey (Société anonyme) 1929.

42 R. J. DUPUY, « Coutume sage et coutume sauvage », dans *Mélanges offerts à Charles Rousseau : la communauté internationale*, Paris, A. Pedone, 1974, à la p. 76.

Malgré cela, on trouvera une certaine hiérarchie de fait des sources car la coutume peut être modifiée par le traité. En effet, le traité doit en principe prévaloir sur une coutume incertaine, alors qu'il faudrait que celui-ci se heurte à une règle coutumière incontestable et « admise dans la conscience collective comme ordre public » pour que la coutume prévale sur le traité⁴⁴. Ce cas précis sera fort rare.

Le traité représente donc la source de droit la plus sûre car elle est techniquement fiable et politiquement, le reflet du volontarisme étatique. La signature de la *Convention de Vienne sur le droit des traités* du 23 mai 1969⁴⁵ représente le sommet de cette courbe ascendante du positivisme volontariste. La tendance est à la codification, le recours à la règle coutumière n'est qu'accessoire ou utilisé comme palliatif à l'absence de normes conventionnelles ou à leur silence. Certains auteurs diront même que le traité peut contenir toutes les dispositions voulues par les parties.

Kelsen écrira que les États peuvent établir n'importe quelle règle juridique internationale, car les normes impératives auxquelles les règles conventionnelles d'un traité ne sauraient déroger n'ont en fait qu'une portée locale⁴⁶. C'est le triomphe de l'individualisme étatique : le droit international est au service de la souveraineté de l'État. L'œuvre de codification opérée pendant 50 ans, de 1930 à 1980, est du reste là pour attester de cette évolution. Cette conception progressiste du droit international correspond à la place que le Tiers monde et l'Union soviétique accorderont au droit, lui-même asservi à une tâche globale de restructuration de la société internationale modelée selon des règles nouvelles issues de la volonté de la majorité des États, méfiants vis-à-vis des règles antérieures⁴⁷. C'est la victoire de l'école de Triepel et des positivistes.

En réalité, cette conception manichéenne des sources du droit international n'était que très partielle et la courbe ascendante de la codification qui s'était stabilisée à partir de 1970 va même s'infléchir par la suite démontrant une nouvelle évolution au sein de la discipline.

Le juge Ago⁴⁸ avait noté en 1968 l'effort sans précédent en vue de réaliser la codification du droit international. Revenant sur ses réflexions en 1989, il constate que si l'impulsion à l'œuvre de codification du droit international existe toujours pour remplacer un droit de nature coutumière, spontanée et façonnée par l'*opinio juris*, par un droit de formation volontaire, il précise bien que la codification ne saurait être générale car « la coutume est une partie essentielle et finalement irremplaçable du droit »⁴⁹. L'auteur précise que les régimes autoritaires veulent nier l'existence du droit qui n'est pas le produit de la volonté d'une autorité souveraine. L'apparition du besoin de codifier est lié à la nécessité de modifier de façon importante, souvent rapide, le droit existant, car l'évolution politique et économique des États a entraîné une transformation en profondeur de la société internationale.

R. Ago met en évidence les dangers de l'excès de codification : « l'opération qui viserait à remplacer le droit international coutumier par du droit conventionnel sans qu'il y ait pour ce faire des raisons exceptionnelles [et] impératives, me semblerait présenter, tout compte fait, plus de désavantages que d'avantages »⁵⁰.

En effet, les traités universels n'existent pas, la règle de l'effet relatif est donc un facteur limitant l'édification d'un droit international purement conventionnel.

K. Zemanek, dans son tableau de l'état des ratifications des conventions de codification⁵¹, démontrait aisément qu'on observe un manque d'empressement évident de la part des États pour les conventions adoptées à une grande majorité.

De plus, le droit conventionnel est souvent limité à un ou plusieurs domaines techniques dans lesquels les États acceptent de cocontracter, mais la tendance actuelle est de refuser de s'engager dans des domaines plus généraux, comme le droit du développement dont ils saisissent mal les contours.

Ainsi, il y a vingt ans, une partie importante de la doctrine pensait que l'arrivée des nouveaux États entraînerait une grande instabilité et en conséquence, une incertitude juridique nécessitant comme remède une refonte du droit coutumier à l'aide d'une formulation volontariste par tous les États (Ago, 1968, par exemple).

Précisément, les limites mêmes issues de la technique du traité vont faire que cette analyse ne se vérifiera pas. Le peu d'empressement des grandes puissances à s'engager dans de vastes traités maniant des concepts abstraits en est la cause. Cependant, les pays en développement ont également montré à maintes reprises qu'ils adoptaient plus volontiers une attitude « revendicatrice » qu'une attitude « constructive ». Ainsi, depuis leur accès à l'indépendance, ces États ont généralement cherché une refonte à leur avantage des règles du droit international classique, considéré comme un droit de domination, plutôt que l'adoption de règles nouvelles résolvant des problèmes nouveaux qui échappaient autrefois au droit positif. Les nécessités politiques ont donc parfois masqué les besoins juridiques.

Du reste, du fait des bouleversements issus des solutions originales trouvées en droit du développement pour la recherche de rapports équitables entre États du Nord et États du Sud, les États développés, y compris les tenants de la théorie volontariste, hésitent à s'engager par traité dans les méandres d'un droit inégalitaire par hypothèse. Ces États préfèrent des solutions plus souples, régionales, finalisées, voire adaptées au cas d'espèce, mais loin du droit international général. La vague de codification s'est, en conséquence, calmée.

Il existe également une limite technique importante à la prolifération des traités : le traité universel n'existe pas. Le principe de l'effet relatif des traités consacré par l'article 38 de la *Charte* ou par l'article 34 de la *Convention de Vienne*, s'oppose à l'application de ceux-ci aux États tiers. L'expression « traités généraux » n'est donc qu'une approximation⁵².

F. Munch parlera de « la codification inachevée »⁵³. R. J. Dupuy s'interrogea : « la codification du droit international a-t-elle encore un intérêt à l'aube du 3^e millénaire ? »⁵⁴. Il s'agit bien sûr de formules abruptes que leurs auteurs temporisent ensuite dans leurs écrits, mais qui montrent les limites du recours à la seule source conventionnelle du droit.

50 *Id.* à la p. 3.

51 K. ZEMANEK, « Codification of International Law: Salvation or Dead End? » dans *Mélanges offerts à R. AGO, le droit international à l'heure de sa codification*, Milan, 1987, p. 581.

52 SUR, *loc. cit.*, *supra*, note 6 à la p. 906.

53 F. MUNCH, *op. cit.*, *supra*, note 52 à la p. 373.

54 R. J. DUPUY, *id.* à la p. 262.

43 HAGGENMACHER, *loc. cit.*, *supra*, note 17 à la p. 25.

44 GOUET, *op. cit.*, *supra*, note 21 à la p. 138.

45 *Convention de Vienne sur le droit des traités*, [1980] R. T. Can. n° 37; DE VISSCHER, *op. cit.*, *supra*, note 12 à la p. 59.

46 KELSEN, *op. cit.*, *supra*, note 32 à la p. 322.

47 G.TUNKIN, « Le conflit idéologique et le droit international contemporain » dans *Mélanges GUGGENHEIM, op. cit.*, *supra*, note 7 à la p. 889.

48 R. AGO, « La codification du droit international et les problèmes de sa réalisation » dans *Mélanges GUGGENHEIM, id.* à la p. 93.

49 R. AGO, « Nouvelles réflexions sur la codification du droit international » dans *Essays in Honour of Shabtai Rosenne: International Law at a Time of Perplexity*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1989, p. 2.

Il faut cependant scinder l'expression « codification » et opérer une distinction entre la codification portant sur des matières régies par des règles coutumières ou conventionnelles anciennes et qu'il convient d'adapter à la société actuelle, et la codification qui prétend traiter de domaines nouveaux, inconnus du droit international.

L'avance considérable du progrès technique en 50 ans fait en sorte qu'il apparaît nécessaire d'instaurer un corps de règles avant même que les conflits ne naissent dans un domaine nouveau⁵⁵ (exemples : droit de l'espace, droit des grands fonds marins). Il est certain que la transformation d'une règle coutumière (même modifiée) en un texte conventionnel et la création de toutes pièces de règles nouvelles par voie conventionnelle pour régir une situation nouvelle ne répondent pas aux mêmes finalités et n'ont pas *a priori* la même portée.

Du reste, la règle coutumière codifiée ne la prive pas de l'existence de la force obligatoire qu'elle pouvait avoir auparavant en tant que principe coutumier⁵⁶.

De plus, l'inconvénient de la non-ratification d'une convention de codification est évident car alors l'effort de transformation en règle écrite universellement adoptée d'une coutume répandue sera vain et créera des incertitudes sur la coutume elle-même⁵⁷.

Enfin, Y. Gouet avait déjà signalé en son temps que la quasi-absence de sanctions internationales pratiques ne rend pas forcément souhaitable une codification qui donne plus d'acuité aux conflits internationaux. L'auteur remarquait également que la codification ralentit toujours l'évolution du droit⁵⁸.

Il apparaît donc nettement qu'il y a interaction des sources du droit, cette interaction ayant des aspects disparates⁵⁹. L'excès de technicité en droit international a montré rapidement ses limites : le « tout conventionnel » n'est ni réalisable ni souhaitable. Toutes les sources du droit doivent, par leurs qualités respectives, servir l'évolution nécessaire de l'usage du droit dans la société des États⁶⁰.

B. Le nouvel essor de la coutume traditionnelle

La chute des tensions idéologiques et la nécessité de règles souples ont donné un nouvel essor à la coutume traditionnelle.

1. Chute des tensions idéologiques et regain de la coutume

Une part de l'incertitude pesant sur la coutume a pour cause la conception volontariste du droit international qui l'a limitée à une fiction de convention tacite entre les États. La coutume internationale va bien au-delà d'une simple convention tacite (c'est-à-dire d'un traité non écrit). La conception volontariste cherche en fait à assurer à l'État l'exercice de sa souveraineté. La conception objectiviste cherche à conforter l'assise d'un ordre juridique international. Cet ordre juridique se situe au-dessus de la volonté des États car il représente un fait objectif. Il est la traduction d'un intérêt général international⁶¹.

En conséquence, la règle de la majorité s'applique au cas où le nombre et l'importance des États qui acceptent une règle coutumière sont tels qu'on admettra cette règle comme répondant aux intérêts impératifs de la communauté internationale⁶². Pour les objectivistes, il y a donc présomption d'acceptation des États qui n'ont pas participé à la création de la règle qui s'impose à eux. Pour B. Stern, « l'*opinio juris* traduit l'idéologie dominante de la société internationale »⁶³. Cette règle respectée par tous est en fait subie par certains États ayant conscience d'obéir à une nécessité. Ainsi, au nom du droit objectif, une conviction juridique générale s'imposera même aux États qui n'ont pas participé à sa création.

Cela veut dire que les États occidentaux, qui sont à l'origine des idéaux du droit international classique, peuvent imposer des règles coutumières à des États nouveaux. Cela revient à dire que les grandes puissances occidentales peuvent imposer une règle coutumière comme universelle s'il existe une *opinio juris* générale à son égard. Même si l'on tient compte des tentatives d'opposition par ces États.

« L'extension des règles coutumières aux États nouveaux [...] est généralement considérée par la doctrine occidentale récente comme un trait essentiel de la définition de la coutume »⁶⁴. En effet, les pays occidentaux acceptent une règle coutumière comme universelle s'il existe une *opinio juris* générale à son égard. Même Kelsen a reconnu qu'on considère généralement une norme coutumière comme applicable si elle est acceptée comme telle par les États les plus importants.

À l'opposé de cette conception se situe la théorie volontariste pour laquelle l'acceptation de tous ne peut se confondre avec une simple acceptation générale. Pour qu'une norme soit universelle, elle doit être acceptée de tous⁶⁵. Cette théorie soutenue par les juristes marxistes a été très largement reprise par les nouveaux États qui n'acceptent pas d'être obligés de respecter des normes coutumières qui leur sont antérieures et qui proviennent des anciens empires coloniaux. Ces États exigent en conséquence une *opinio juris* unanime pour reconnaître une règle coutumière comme universelle⁶⁶.

La seule exception à cette théorie est celle proposée par le juge Lachs dans l'opinion dissidente à propos de l'*Affaire du plateau continental de la Mer du Nord* : la règle de la majorité ne peut s'appliquer que lorsque, dans cette majorité, sont représentés les différents systèmes économiques et sociaux⁶⁷. Cette attitude rigide des pays du Tiers-monde est compréhensible car logique. Soucieux du respect de leur souveraineté, ils veulent participer pleinement à la construction d'un ordre juridique qui va les engager. C'est pourquoi ils refusent d'accepter un droit antérieur imposé le plus souvent par l'ancien colonisateur. Bien plus, ils réfutent même les idéaux qui sont à l'origine de ce droit et qu'ils considèrent contraires à leurs propres intérêts. Ces États sont donc logiquement attachés au droit des traités puisque seul le traité futur peut refléter leur volonté, dans la mesure où leur nombre peut imposer aux puissances occidentales leur conception du contenu du droit international.

En ce qui concerne la coutume internationale, leur méfiance à son égard ne peut être qu'extrême puisque les règles qu'elle pose

55 W. RUDOLPH, « Technological Development and Codification », *id.* à la p. 433.

56 *Affaire relative au personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, Arrêt C.I.J. Recueil, 1980, p. 3.

57 G. GIDEL, « La mer territoriale et la zone contiguë », (1934) 48 *R.C.A.D.I.* 194; R.Y. JENNINGS, « The Progressive Development of International Law and its Codification », (1947) 24 *B.Y.I.L.* 306.

58 GOUET, *op. cit.*, *supra*, note 21 à la p. 162.

59 VILLIGER, *op. cit.*, *supra*, note 7 à la p. 295.

60 MAREK, *loc. cit.*, *supra*, note 7 à la p. 77.

61 STERN, *loc. cit.*, *supra*, note 15 à la p. 490.

62 OPPENHEIM, *loc. cit.*, *supra*, note 36 à la p. 17.

63 Opinion individuelle du juge A. AGO dans l'*Affaire du droit de passage sur territoire indien*, *supra*, note 28.

64 STERN, *loc. cit.*, *supra*, note 15 à la p. 498.

65 CHAUMONT, *loc. cit.*, *supra*, note 3 à la p. 438.

66 G.I. TUNKIN, « Coexistence and International Law », (1968) 95 *R.C.A.D.I.* 13.

67 M. SAHOVIC, « Influence des États nouveaux sur la conception du droit international : inventaire des positions et des problèmes », (1966) 12 *A.F.D.I.* 34.

leur échappent et que le poids du Tiers-monde n'a de prise ni sur le fond ni sur la forme de celle-ci. Il est donc logique que les États en développement aient défendu, depuis les indépendances, le recours à la codification des coutumes, seul moyen de procéder à leur révision. Ces États ont donc naturellement suivi les conceptions volontaristes du droit qui étaient déjà défendues par les États se réclamant du marxisme, mais il s'agit là d'un volontarisme de circonstances.

Le droit international traditionnel, largement dominé par le monde occidental et ses coutumes, devait donc faire place à un droit international positiviste et volontariste où le poids du nombre devait boussuler les idéaux traditionnels considérés comme réactionnaires.

On a vu que, sur le plan technique, la solution du « tout conventionnel » est difficilement réalisable et qu'elle n'est pas souhaitable. Chaque source du droit a une vocation propre; les limiter revient à appauvrir le droit lui-même.

De plus, il est rapidement apparu dans la pratique des États qu'il y avait une différence sensible entre un discours politique très réformateur du droit international et une attitude pragmatique moins rigide dans l'édification de ce droit au cas par cas. Ainsi, les États du Tiers-monde ont compris que certaines coutumes classiques pouvaient leur être utiles, au moins partiellement.

Enfin, ces États ont été confrontés à leurs propres contradictions vis-à-vis de la coutume en tant que source du droit. Ainsi, ils ont toujours exigé une *opinio juris* unanime pour l'acceptation de coutumes antérieures à leur indépendance, mais se sont montrés moins rigides pour tenter de faire accepter comme coutume universelle des règles issues d'une simple *opinio juris* générale telles que des résolutions des Nations Unies votées à la majorité⁶⁸.

La faiblesse du raisonnement venait de la connotation politique plus que juridique des revendications que ces États ont présentées dans le but d'instaurer un droit international correspondant mieux à leurs besoins immédiats.

Au plan politique, l'évolution sans précédent des pays d'Europe orientale et le désengagement soviétique dans le Tiers-monde ont sans conteste atténué ce genre de revendications. La fin de nombre de conflits régionaux n'y est pas non plus étrangère.

Au plan économique, l'impérieuse nécessité de relancer une machine économique exsangue a également contribué à l'abandon de certaines revendications idéologiques.

Au plan juridique, la traduction de ces phénomènes récents est sans contredit une acceptation grandissante d'un corps de règles de référence, incontestablement issues du droit international classique, mais révisées en fonction des besoins de la société actuelle et de la prise en compte des disparités de développement. Dès lors, la motivation commune comme fondement de la coutume secrète l'idée d'une communauté des États. Cette communauté et sa motivation représentent plus qu'une simple juxtaposition de volontarismes nationalistes. La motivation qui se dégage des actes constituant des précédents peut être assimilée à une volonté commune. L'existence de cette volonté est alors la preuve que le droit international n'est plus seulement un droit de confrontation que seul le traité peut faire évoluer *inter alia* et *rebus sic stantibus* : il est aussi générateur d'un droit créateur de normes impératives destinées à gérer des intérêts communs⁶⁹.

2. La technique de la coutume, source de droit souple et moderne

La coutume avait perdu du terrain depuis 1945, du fait de l'irruption massive des États du Tiers-Monde et de l'importance des pays de l'Est sur la scène internationale, mais aussi du fait que les pratiques modernes avaient largement contribué à la « défigurer »⁷⁰. Le système de la coutume ne peut s'épanouir dans un monde d'États divisés, disparates et pléthoriques.

Indépendamment de la profonde réforme politique que le monde est en train de vivre, on s'aperçoit que, même avant celle-ci, le déclin de la coutume traditionnelle n'a pas été total. Au contraire, son importance s'est accrue dans des domaines particuliers.

Ainsi, l'économique s'accommode mal du cadre rigide de règles conventionnelles dont la révision ne peut être que longue et solennelle. Le traité — par essence statique — ne peut dominer le phénomène de la croissance rapide des exigences économiques très évolutives. Des solutions, au cas par cas, sont en conséquence indispensables dans une société en mutation où les antagonismes doivent laisser une part croissante à une coopération objective dictée par le besoin de commercer. Dès lors, ces solutions issues de pratiques bilatérales ou multilatérales ayant fait leurs preuves, elles finissent par satisfaire les intérêts d'autres États. C'est pourquoi des règles coutumières locales peuvent rapidement devenir des pratiques régionales, voire mondiales.

Le droit de la mer en donne de bonnes illustrations. La théorie du plateau continental, solidement implantée sur le continent américain après 1945, sera rapidement utilisée en Eurasie et en Afrique, avant même d'être codifiée en 1958. Encore plus éclatant, le concept de la zone économique exclusive né en Afrique était destiné *a priori* à être une mesure de droit du développement compensatoire au sous-développement et, par là, réservé aux États en développement⁷¹. Dès 1975, l'acceptation de la notion était générale et les actes unilatéraux revendiquant de telles zones se sont multipliés, faisant qu'aujourd'hui, bien que ne reposant sur aucun traité en vigueur, le concept est devenu une norme de droit positif unanimement acceptée et respectée dans la pratique des États.

On trouve également un essor du recours à la coutume pour les principes fondamentaux, comme l'interdiction de la discrimination raciale ou le statut de l'État. De tels problèmes urgents donnant lieu à des conflits entre groupes d'États rendent difficiles l'aboutissement d'un traité. Il convient mieux dans ce cas de dégager un consensus général sur « le plus petit dénominateur commun » qui permettra de trouver, à l'Assemblée Générale de l'ONU par exemple, un modèle de comportement⁷².

Le droit de l'environnement, bien que science moderne, illustre également ce propos. Le danger peut être source d'une pratique étatique non issue d'un traité. Ainsi, le devoir de coopération en cas d'effets néfastes d'activités sur l'environnement, issu du principe 24 de la *Déclaration de Stockholm* de 1972, est exprimé en termes très généraux. Les conséquences de l'accident nucléaire de Tchernobyl ont montré qu'il y avait un consensus pour l'acceptation générale de cette règle à la suite de la lenteur du gouvernement soviétique à fournir des informations, et ont abouti à la concrétisation rapide de cette norme coutumière par la *Convention de Vienne* du 26 septembre 1986, entrée en vigueur un mois plus tard. L'urgence montre que des règles

70 GOUNELLE, *op. cit.*, *supra*, note 22 à la p. 88.

71 A. CASSESE, *International Law in a Divided World*, Oxford, Clarendon Press, 1986, p. 170.

72 *Ibid.*

68 Opinion dissidente du juge LACHS dans les *Affaires du plateau continental de la mer du Nord*, *supra*, note 24 à la p. 227.

69 STERN, *loc. cit.*, *supra*, note 15 à la p. 498.

internationales coutumières sont nées de la pratique, notamment dans le domaine des pollutifs transfrontières⁷³.

On constate enfin un recours à la norme coutumière pour sa mise à jour : révision, adaptation, clarification de la coutume sont faites par des traités qui contiennent cependant des dispositions d'une valeur juridique dépassant celle d'un engagement conventionnel.

L'élaboration de ces traités est l'occasion de cristalliser des règles de droit coutumier naissantes ou d'améliorer le droit existant⁷⁴. Ces textes aident ainsi à la formation de nouvelles coutumes. La société de la fin du XX^e siècle a ressenti le besoin de renégocier des principes fondamentaux (droit de la guerre, droit de la mer). Il convenait de parvenir à un accord *a minima* par la voie du consensus, puisqu'on voulait aboutir à des règles générales obligatoires pour tous et non limitées par la règle *inter alia* imposée par le recours au traité.

L'accord sur des normes générales, obtenu par négociations, est une nécessité pour la communauté internationale.

Comme l'a dit A. Cassese : « le processus de création coutumière contemporain porte en son sein une poussée démocratique potentielle en ce qu'il implique pratiquement tous les États »⁷⁵. Dès lors, on constate que la technique de la coutume perd la connotation conservatrice que certains États du Tiers-monde voulaient lui accoler. Du reste, l'utilité de la coutume n'a pas échappé à la plupart des jeunes États qui, tout en manifestant une méfiance officielle, n'ont pas hésité à recourir à cette pratique lorsque celle-ci leur apparaissait nécessaire.

Loin de n'être que conservatrice, la coutume, par son adaptabilité, est créatrice de droit et peut même survivre au traité qui la codifie, car elle restera opposable à l'État qui n'adhère pas au traité de codification.

Elle peut aussi réviser *de facto* un traité ou l'abroger, puisqu'il n'y a pas de hiérarchie dans les sources du droit.

C'est ce qui fera dire à R.J. Dupuy que la coutume « est une source toujours agissante »⁷⁶.

La coutume, preuve de cristallisation d'une pratique juridique, est donc à même de s'adapter à une société internationale qui cherche à passer d'un droit international formel de confrontation à un droit fonctionnel de coopération.

II. L'émergence d'un droit international fonctionnel

Le droit international classique n'a évolué que lentement. Produit de l'Histoire, il devait imposer des règles stables pour servir la paix, ce qui le rendait par essence, sinon immuable, du moins figé dans des phases que l'on souhaitait longues.

La société moderne, en instaurant une interpénétration croissante des politiques économiques des États, rend l'interdépendance de ceux-ci plus forte et quasi permanente. Dans une telle société, le droit international ne peut plus être uniquement le droit *a minima* du maintien de la paix, mais doit régler les rapports économiques constants entre les États. Ce droit moderne est à la fois plus présent et moins solennel, puisqu'il n'est pas uti-

lisé seulement pour tempérer l'individualisme étatique, mais surtout pour régir les rapports quotidiens d'une société d'États inégalitaires.

Il semble dès lors intéressant de montrer que le droit international coutumier tend à devenir un droit à évolution rapide, un droit de « consommation immédiate », marquant une transition entre le droit de confrontation qui évoluait par paliers et le droit international futur qui pourrait être à évolution linéaire. Le droit abstrait et formel devient alors concret et spécialisé.

A. L'importance du droit natif

La prise en compte du sous-développement dans les rapports interétatiques a bouleversé le rôle traditionnel du droit international classique. Trop formaliste, celui-ci a du mal à s'adapter à une société mouvante où les rapports de force ne se comptent plus seulement en termes de puissance militaire. C'est pourquoi le droit du développement a introduit l'inégalité juridique compensatrice de l'inégalité de développement économique.

Dès lors, l'approche classique des sources du droit international n'est plus possible, car le droit traditionnel recherche pour chaque règle de droit une source supérieure irréfutable.

Le recours à des règles nouvelles conduisant à écarter, si l'équité le dicte, le principe de l'égalité souveraine, supposait de rompre l'obligation de rattachement systématique d'une norme nouvelle à une source supérieure préexistante.

En quelque sorte, si les États intéressés acceptent une norme comme règle de droit, elle doit être reconnue comme telle sans qu'on ait à prouver qu'elle appartient à une catégorie de règles préétablies⁷⁷. La recherche du fonctionnel, au détriment du solennel, fait opter pour des solutions pragmatiques, toutes dictées par l'urgence d'une solution à trouver.

L'abandon partiel du formalisme est la preuve qu'il existe dans la communauté des États une confiance juridique certaine dans la règle posée et acceptée, malgré les conflits politiques et économiques. On peut trouver la source de cette confiance dans le consensualisme que les États cherchent à obtenir. On peut donc accorder une valeur normative aux faits en délaissant parfois le formalisme juridique.

Pour des raisons évidentes, le Tiers-monde a cherché à privilégier le traité sur la coutume ancienne, mais nous savons que le recours systématique à la technique du traité ne saurait totalement satisfaire les nouveaux États. Ceux-ci n'ont jamais hésité à recourir à la règle coutumière lorsqu'elle servait leur cause. Cependant, le Tiers-monde, pour faire peser le poids du nombre en sa faveur, a toujours privilégié la « coutume récente » sur la coutume ancienne. Les nouveaux États ont cherché à faire reconnaître un droit basé sur les résolutions de l'Assemblée Générale des Nations Unies, c'est-à-dire un droit qui, sans être du droit « adulte », n'est plus tout à fait du droit naissant. Il s'agit d'un droit « se faisant » selon la formule de E. Mac Whinney⁷⁸ ou d'un droit « vert » selon l'expression de R. J. Dupuy⁷⁹, c'est-à-dire d'un droit juvénile. On pourrait parler également d'un droit natif, et le comparer au métal non encore combiné et qui, en conséquence, n'est pas touché *a priori* par des sources antérieures.

73 A. KISS, *Droit international de l'environnement*, Paris, Éditions A. Pedone, 1989, aux pp. 58-59; A. KISS, « L'accident de Tchernobyl et ses conséquences au point de vue du droit international », (1986) 32 *A.F.D.I.* 143; *Affaire du Détroit de Corfou*, Arrêt C.I.J. Recueil, 1949, p. 4; *Affaire de la Fonderie de Trail (États-Unis d'Amérique c. Canada)* [1941] 3 R. S. A. 1905.

74 CASSESE, *op. cit.*, *supra*, note 71 à la p. 170.

75 *Id.* à la p. 171.

76 DUPUY, *loc. cit.*, *supra*, note 42 à la p. 81.

77 E. McWHINNEY, *Les Nations Unies et la formation du droit : relationnisme culturel et idéologique et formation du droit international pour une époque de transition*, Paris, Pedone/Unesco, 1986, p. 56.

78 *Id.* à la p. 60.

79 R. J. DUPUY, « Droit déclaratoire et droit programmatore: de la coutume sauvage à la soft law » dans *L'élaboration du droit international public*, Paris, Éditions A. Pedone, 1975, p. 140.

Ce droit natif est le produit d'un besoin immédiat. La solution qu'il propose s'impose à la communauté des États pour résoudre ce besoin. On peut donc le qualifier de droit de finalité. Dès lors, son fondement résidera dans son utilité, sans pour autant qu'il puisse se fonder dans un précédent qui lui donnerait son authenticité.

Ce droit de circonstance, situationnel, se fonde sur des situations concrètes que « les États veulent faire prendre en compte par la communauté internationale »⁸⁰.

La portée de telles règles n'est certes pas celle d'un traité ou d'une coutume classique. Le droit ainsi instauré n'est pas aussi formel et est beaucoup plus concret que le droit international classique. Il n'empêche que les États ont incontestablement voulu créer une règle engageant leur volonté. Ainsi, la répétition devient inutile dans ce processus de création du droit où l'élément consensuel est déterminant. Il s'agit d'une conception subjectiviste du droit mais, malgré tout, cette règle ainsi créée sera « la preuve d'une pratique acceptée comme étant le droit ». On peut donc la ranger parmi les sources coutumières du droit. Cependant, il ne s'agit plus d'une coutume à origine sociale, mais à origine volontariste. Deux cas de figure peuvent alors se présenter : soit la volonté des États sera à l'origine d'une règle destinée à résoudre un problème technique nouveau, soit des États vont chercher à imposer une nouvelle règle basée sur l'équité afin de modifier l'ordre établi par le droit international classique. Dans ce cas, il s'agira le plus souvent d'imposer une norme en fonction du droit au développement. La fonction revendicative, et donc politique, d'une telle règle apparaît ici évidente.

C'est pourquoi la recherche de l'équité sera interprétée comme une raison suffisante pour considérer que le volontarisme peut remplacer la répétition dans le temps du contenu de la règle. Cette répétition temporelle est remplacée par la répétition spatiale simultanée de celle-ci. C'est ainsi que les auteurs ont parlé de la « coutume instantanée »⁸¹ ou de la « coutume accélérée ». La pratique commune actuelle doit l'emporter sur la pratique ancienne. Le précédent se transforme en répétitions simultanées d'actes unilatéraux ou de déclarations identiques affirmés par des législateurs internes.

On peut trouver de nombreux exemples de cette pratique contestataire dans le droit de la mer (zones de pêche réservée, ou encore zones économiques exclusives visant à réviser la coutume générale de liberté de la haute mer).

Ces coutumes ont le plus souvent une portée régionale compensatrice du sous-développement, mais peuvent acquérir progressivement une portée générale⁸² (le cas de la zone économique est ici symptomatique). La coutume concerne dans un premier temps les États principalement intéressés. Mais pour tendre vers l'universel, les États qui sont à l'origine de cette règle nouvelle dont ils considèrent l'application comme urgente, vont utiliser le recours à la résolution dans le cadre d'organisations internationales. L'affirmation collective serait ainsi source de reconnaissance de la règle par la communauté internationale. La résolution apparaît ici comme le moyen de faire reconnaître — voire de généraliser — la portée d'actes collectifs unilatéraux par la communauté internationale. Il n'est nul besoin de revenir sur la célèbre analyse du droit programmatique et l'action du droit mou sur l'évolution du droit international⁸³.

Nous aboutissons alors à une contradiction : le Tiers-Monde va, en parallèle, chercher à favoriser le recours au traité et également tenter de faire admettre la technique du droit mou. La contradiction entre formalisme et spontanéité n'est en fait qu'apparente, puisque la théorie juridique n'est pas ici en cause. Le droit n'est que l'outil, l'émergence de normes propres à satisfaire des revendications considérées comme justes étant le seul but. L'excès de pragmatisme va ainsi affaiblir la logique juridique.

On ne peut cependant résumer le recours à la coutume récente aux seules pratiques du Tiers-monde, puisque d'une part nous avons vu que, pour des raisons techniques, ce recours est utilisé par tous les États confrontés à des problèmes nouveaux issus des faits et que, d'autre part, le Tiers-monde n'hésite pas à recourir aux coutumes anciennes lorsque celles-ci sont susceptibles de répondre à un besoin⁸⁴.

En fait, on s'aperçoit qu'un droit de finalité, spécifique, plus technique que philosophique, a du mal à se concrétiser dans un traité ou à trouver des réponses concrètes dans les coutumes traditionnelles. Que la cause en soit l'inadaptabilité du droit ancien ou le refus des États à s'engager dans un cadre formel et non évolutif importe finalement peu : la pratique des États montre que l'idéologie n'a qu'un lointain rapport avec le choix des sources du droit. Les faits s'imposent à l'observateur : « chaque État poursuit la politique juridique qui convient le mieux à ses propres intérêts et, cependant ces politiques ne débouchent pas sur un État de conflit permanent ni sur un chaos »⁸⁵.

Anzilotti⁸⁶ a dit : « dans le système westphalien [de droit international] il y a coïncidence entre les relations effectives des forces sociales et le droit sur le papier ». Cette coïncidence n'existe plus. Les relations entre les forces sociales nécessitent aujourd'hui plus que simplement « le droit sur le papier » sans que, pour autant, les rapports entre celles-ci soient plus conflictuels qu'auparavant.

Il va de soi qu'un tel pragmatisme, pour nécessaire qu'il soit, ne saurait occulter le recours au formalisme d'un traité mais, si nous avons vu que traité et coutume devaient se compléter comme source du droit international actuel, il devient nécessaire de diversifier ces sources en distinguant entre la coutume classique et la coutume instantanée.

L'une et l'autre, ne remplissant pas les mêmes fonctions, doivent être reconnues comme deux sources distinctes du droit international. Comme le reconnaît Ago : « il n'est pas opportun de faire appel trop souvent à l'idée de la formation de coutumes instantanées »⁸⁷. Cependant, une distinction peut être faite entre « la coutume sauvage » à but revendicatif, analysée par R.J. Dupuy, et une autre forme de la coutume instantanée issue elle aussi du droit natif, mais à finalité technique, dégagée du consensualisme subjectif, et née non de la confrontation des États, mais de la nécessité de régler des problèmes nouveaux au fur et à mesure de leur apparition.

On peut noter enfin que, même en présence d'un traité posant des règles non encore en vigueur, on constate l'application de celles-ci ou d'une partie de celles-ci par voie coutumière⁸⁸. Les pays du Tiers-monde cherchent à faire reconnaître un nouveau type de traité qualifié de « traité unilatéral à diffusion

84 TUNKIN, *op. cit.*, supra, note 47 à la p. 892.85 G. LA CHARRIERE, *La politique juridique extérieure*, Paris, Editions Economica, 1983, p. 13.

86 D. ANZILOTTI, *Corso di diritto internazionale*, 4^e éd., Rome, Padova, 1955, p.103.

87 R. AGO, « Nouvelles réflexions sur la codification en droit international », (1988) 92 *R.G.D.I.P.* 565.

88 C. KESSEDJIAN, « Le Restatement of the Foreign Relations Law of the United States. Un nouveau traité de droit international? », (1990) 1 *J.D.I.* 51-52; *Convention des Nations Unies sur le droit de la mer*, Doc. Nu. A/CONF. 62/122 et Corr. 1 à 11 (1982).

80 *Id.* à la p. 134.

81 B. CHENG, « United Nations Resolution on Outer Space: Instant International Customary Law », (1965) *Indian J.L.* 35.

82 R. BERNHARD, « Déclin et renouveau du droit coutumier dans le droit de la mer » dans *Mélanges STRODTER*, 1979, p. 155.

83 DUPUY, *op. cit.*, supra, note 79 à la p. 138.

coutumière » qui tendrait à réduire la portée de la règle *res inter alia* et ainsi d'imposer la norme nouvelle à tous les États parties ou non au traité au nom de l'application coutumière⁸⁹.

Cette « normativité diluée », comme la qualifie P. Weil⁹⁰, est dangereuse car sa systématisation reviendrait à faire fléchir l'importance de l'acte de ratification et finalement réduirait la différence entre les sources du droit. Il s'agit pour les États en développement de tenter d'utiliser la règle de la majorité une fois encore pour imposer une règle nouvelle. Cette technique, différente de celle des « États les plus importants » vise cependant le même but : faire reconnaître par tous une règle issue d'un groupe d'États.

Ceci pose bien sûr le problème du niveau de la normativité, le droit « souhaité » ne pouvant se confondre avec le droit « étant ». La frontière entre la *lex lata* et la *lex ferenda* tendant à devenir moins nette, ceci ne contribue pas à clarifier le seuil où commence la norme juridique. On peut cependant voir se dessiner une « normativité graduée »⁹¹ déterminant un éventail d'obligations plus ou moins fortes pour les États. Il n'y a plus simplement le droit face au non-droit, mais une zone intermédiaire où le consensualisme peut faire apparaître un droit natif dont la pratique, en définitive, lui donnera le caractère construit de norme du droit positif. Cette évolution notable semble possible du fait que les États, bien que représentant toujours une juxtaposition d'égalités souveraines, sont entrés dans une phase de négociation permanente. Celle-ci conduit à une évolution du droit sans palier faisant que la norme à venir peut être utilisée tout au long de sa conception selon les besoins de la communauté internationale.

B. Vers un droit à évolution linéaire

Non sans raison, R. Ago pensait il y a plus de 20 ans⁹² que l'arrivée des nouveaux États dans la communauté internationale entraînerait une instabilité et une incertitude juridique importantes nécessitant comme remède une refonte totale du droit international — essentiellement coutumier — dans une formulation nouvelle, volontariste et collectiviste de tous les États⁹³. Nous avons vu, en effet, que si le droit international a été remis en chantier sous la pression de la nécessité des faits — évolution scientifique et technique de la société des États —, il l'a été également sous la pression politique de certains États. Cette tendance semble maintenant tout à fait révolue et ces États ne cherchent plus une refonte complète du droit où ils auraient plus à perdre qu'à gagner. Ils se sont donc orientés vers l'adoption de règles apportant des réponses concrètes à leurs besoins dans des domaines qui n'étaient pas couverts par le droit auparavant⁹⁴. On a vu des États en développement, parties à des différends, ne pas s'opposer pour leur solution à l'usage de règles du droit coutumier classique⁹⁵.

Ainsi, l'effondrement économique d'une partie du monde va peu à peu dicter une attitude de moins en moins idéologique et de plus en plus pragmatique aux jeunes États. Cette tendance, déjà fortement avancée dans les années 1980, tend à se renforcer du

fait de l'effacement du système marxiste. Face au gouffre, le classicisme juridique, bien enraciné, apparaît par comparaison paré de vertus. Même si les tensions politiques entre les États développés vont inévitablement entrer dans une période de calme, d'autres dangers menacent, à travers les extrémistes à forte idéologie religieuse ou politique ou bien sans idéologie du tout qui désirent éradiquer la démarche.

Face à ces menaces persistantes, les États de droit ressentent la nécessité de règles « généralement acceptées comme étant le droit ». Si l'on ajoute à ces faits l'interdépendance grandissante des États en matière économique, on comprendra qu'ils aient besoin d'un système juridique les aidant à surmonter des difficultés qui trouvent leur source plus dans la recherche de la survie économique que dans un désir de confrontation avec des tiers. Dans ce contexte, l'importance de la coutume internationale a été rappelée aussi bien par l'usage qu'en fait la jurisprudence internationale que par la place que lui réserve la doctrine⁹⁶. Bien plus, on s'aperçoit que, dans leurs relations internationales, les États ont plus souvent recours que naguère aux principes généraux du droit, au droit naturel et subjectif⁹⁷, mais aussi et surtout, à la notion de développement progressif du droit international⁹⁸. En 1974, Y. Daudet disait : « la codification n'est plus l'inscription figée, intangible d'un principe ancien. Le droit international a un aspect de développement progressif »⁹⁹. Nous avons vu que la codification du droit existant fragilise le système plus que la pratique coutumière ne le faisait et, de toute façon, enferme la règle dans le principe *res inter alios*, ce qui a fait dire à D. Bardonnnet que « la situation est [alors] plus mauvaise que l'absence de convention »¹⁰⁰.

Ce développement progressif n'est pas ce que C. de Visscher qualifiait de « philosophie passive de l'évolution historique » par rapport à la philosophie de la volonté et de l'action dont naît la codification¹⁰¹. Il s'agit tout au contraire d'une évolution active voulue par la communauté des Nations, créant un droit non codifié mais issu du consensus des États intéressés.

L'évolution du droit international de confrontation est en ligne brisée. Elle se fait par étapes déterminant une marche. Un traité sera donc nécessaire pour passer à une marche supérieure qui déterminera le niveau de droit utilisable jusqu'au traité suivant.

Ce système est en conséquence issu d'un droit solennel instaurant un cadre rigide à l'État qui s'engage. La société actuelle cherche moins qu'auparavant à savoir comment le droit lui évitera les conflits que comment le droit lui permettra de gérer son fonctionnement économique et social. Malgré les grandes disparités de développement, les solutions pour améliorer le sort des populations sont de moins en moins nombreuses dans une société dont l'uniformité est — dans ce domaine — la ligne cons-

89 R. J. DUPUY, « Les conflits sur les lois de la mer » dans *Relation in Law-making: Essays on International Law in Honour of Willem Riphagen*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1986, p. 9; L.B. SOHN, « Inratified Treaties as a Source of Customary International Law », *Id.*, p. 245.

90 WEIL, *loc. cit.*, *supra*, note 6 à la p. 30.

91 *Id.* à la p. 17.

92 R. AGO, « Réflexion sur la codification en droit international » dans *Mélanges GUGGENHEIM*, *op. cit.*, *supra*, note 7 à la p. 96.

93 *Id.* à la p. 26.

94 Essentiellement dans les domaines du droit international du développement du droit international économique ou de celui du « domaine public international ».

95 AGO, *loc. cit.*, *supra*, note 92.

96 C. ROUSSEAU, *Droit international public : introduction et sources*, tome 1, Paris, Éditions Sirey, 1970, p. 307.

97 *Affaires du plateau continental de la mer du Nord*, *supra*, note 24 à la p. 138; *Affaire des Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*, mesures conservatrices, ordonnance C.I.J., Recueil, 1973, p. 139.

98 *Affaire des compétences en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*, fond, Arrêt C.I.J., Recueil, 1979, p. 3.

99 Y. DAUDET, « Techniques de codification », dans *L'élaboration du droit international public*, *op. cit.*, *supra*, note 79 à la p. 148.

100 A. BARDONNET, « La dénonciation par le gouvernement sénégalais de la Convention sur la mer territoriale et la zone contiguë et de la Convention sur la pêche et la conservation des ressources biologiques de la haute mer en date à Genève du 29 avril 1958 », 1972 A.F.D.I. 123.

101 DE VISSCHER, « La codification du droit international », (1925)10 R.C.A.D.I. 386.

tante. Les bouleversements à l'Est vont encore accentuer cette tendance. La fin des « modèles » de développement va de pair avec une recherche collective quasi permanente que les institutions spécialisées du développement ont largement contribué à créer.

Cette concertation permanente change le comportement des États et va entraîner une modification des besoins en droit. Ceux-ci ne se traduiront plus par la recherche d'étapes matérialisées par une ligne brisée, mais par une évolution linéaire du droit. Au fur et à mesure que ces besoins surgissent, les États intéressés, dans une enceinte de négociations, modifieront le droit positif sans qu'on puisse déterminer d'étapes précises. Le droit est en perpétuel devenir et gagne en pragmatisme ce qu'il perd en solennité. C'est en quelque sorte l'aboutissement du raisonnement de l'école de New Haven, lorsque Mc Dougal regardait le droit international comme une constante procédure de prise de décisions, dans laquelle le droit est défini comme une certaine « politique diplomatique » déterminant les termes subjectifs d'une communauté d'intérêts¹⁰².

Ainsi, le paradoxe moderne veut qu'une volonté s'accorde à ce qu'un concept devienne règle de droit, bien qu'il n'existe pas de précédent. On ne veut cependant pas entériner ce concept par un traité trop contraignant, alors même que l'idée sous-tendue n'est pas définitive. Comment traduire cette nécessité de concept évolutif? Si un consensus existe pour l'appliquer, il n'est ni besoin de précédent ni besoin d'un traité pour l'appliquer. L'acceptation des États intéressés existant, le nouveau concept pourra être la règle entre ceux-ci. La négociation continue au sein des organes internationaux fait que les États éprouvent moins le besoin de fixer des règles par un traité, mais chercheront à créer une pratique coutumière qui pourra évoluer en-dehors de leur engagement formel. Certes, un tel droit ne saurait s'appliquer à des domaines à haute technicité juridique. Ce raisonnement est valable avant tout pour le droit du développement ou le droit international économique.

Ce schéma ne s'applique pas à des normes péremptives. Mais la grande majorité des normes ne l'étant pas, elles peuvent donc être modifiées par toute autre norme légale non unilatérale.

L'importance de la multiplicité des sources du droit conserve toute sa vigueur, puisque rien n'empêche les États de recourir à une source conventionnelle si besoin est. La différence entre la *lex lata* et la *lex ferenda* permet ainsi à cette dernière de ne pas être issue d'un précédent¹⁰³, mais de naître d'un besoin commun constaté et comblé par les États intéressés. On peut penser que le droit politique nécessitant des règles stables et solennelles se sépare encore davantage du droit économique à évolution rapide destiné à faire face à des besoins à court terme, nécessitant des solutions originales et peu classiques.

L'évolution linéaire de la règle crée un droit « en continu » qui montre ainsi, à l'instar de l'écologie, l'adaptation des normes au milieu auquel elles doivent s'appliquer.

Ce transformisme souligne l'imbrication, la fluidité et l'utilité des catégories de sources du droit. Suivant les besoins, les États auront recours à la source de droit la plus à même de canaliser leur accord. Certains principes peuvent même être tirés d'une convention non en vigueur, détachés du contexte général et devenir règle de droit positif par généralisation coutumière, de façon indépendante du texte conventionnel¹⁰⁴.

Il s'agit bien sûr de l'émergence d'un droit opportuniste, peut-être imprévisible, certainement moins sûr, et essentiellement

contingent, mais « est droit ce que les sujets reconnaissent comme tel »¹⁰⁵. Ce droit spontané, fonctionnel et subjectif est la conséquence de la constatation d'une nécessité issue des rapports sociaux qui, nécessairement, va s'éloigner de la logique du droit théorique.

Dans un tel contexte, la coutume instantanée montre son utilité à régir le fonctionnement de la communauté des États, mais aussi son identité de nature avec la coutume classique : processus d'élaboration du droit en continu, issu d'une négociation permanente¹⁰⁶. Il apparaît donc un dynamisme propre de la coutume puisqu'elle n'est limitée que par la pratique. Son dynamisme créateur est issu de son adaptabilité.

Cette « victoire » de la coutume instantanée qui de « sauvage » devient « civilisée » n'est en fait que sectorielle. Son domaine est bien le droit fonctionnel. Sans être subalterne, elle ne saurait se substituer à la voie royale du traité. Cependant, son rôle est notable dans la mesure où plus la société évolue, plus elle génère le fonctionnalisme juridique sans guère faire évoluer les principes généraux du droit international.

On peut cependant noter la grande souplesse dont disposent les États pour la création de la règle juridique. Malgré cette liberté dans la recherche de la règle applicable, on constate que l'engagement de l'État reste le « pôle de stabilité » de l'ensemble¹⁰⁷. Quelle que soit la source de droit, l'État n'est lié que par son consentement, prouvant ainsi que l'égalité souveraine, souvent occultée au nom de l'équité, reste au niveau des principes — malgré son évolution — l'une des règles de base du droit international. Le droit international tend à devenir le droit de la gestion de la communauté des États où l'interétatisme domine l'internationalisme. On peut donc dire avec S. Sur que le système juridique international n'a pas changé en profondeur et que l'État est bien « le principal bénéficiaire de l'évolution du droit international actuel »¹⁰⁸.

* * *

Dans le système westphalien, la communauté des États monopolise l'autorité; la force est la principale source de légitimation et aucune limite à l'emploi de celle-ci n'existe. Les fonctions juridiques sont exercées par chaque État. Le droit international apparaît alors comme un droit « d'urgence » destiné à éviter les confrontations. C'est un droit solennel, conformiste et à évolution lente où chaque acquis marque une étape que l'on cherche à conforter ensuite.

Le système onusien a développé les principes à caractère universel et a limité l'impact de la force dans la légitimation¹⁰⁹. Le droit international poursuit son rôle dans le règlement pacifique des différends, mais de droit « d'urgence », devient droit de « priorité ». Par la reconnaissance des inégalités économiques et sociales, par l'affirmation des droits de l'Homme, on va chercher à établir des priorités dans le développement de la planète que l'on veut plus harmonieux. Cette phase du droit international est celle du développement octroyé : le rôle des grandes puissances est toujours déterminant, mais la reconnaissance d'un droit au développement ne fait plus de doute.

Une troisième fonction semble déjà se dégager dans l'évolution de cette discipline, issue de la prolifération des organisations

105 S. SUR, « La coutume internationale. Sa vie, son œuvre » dans *Droits; la coutume*, Paris, P.U.F., p. 120.

106 *Id.* à la p. 123.

107 SUR, *loc. cit.*, supra, note 6 à la p. 923.

108 *Id.* à la p. 928.

109 C. A. BLACK et R. A. FALK, *The Future of International Legal Order*, Princeton, Princeton U. Press, 1969, p. 33.

102 VILLIGER, *op. cit.*, supra, note 7 à la p. 4.

103 R.Y. JENNINGS, « General Course on Principles of International Law », (1967) 121 R.C.A.D.I. 327.

104 TORRIONE, *op. cit.*, supra, note 35 aux p. 208 et 371.

internationales et des forums spécifiques et techniques destinés à organiser la juxtaposition des membres de la communauté internationale. Cette fonction vient se rajouter aux deux autres qui n'ont rien perdu de leur importance, mais dont le principe est acquis en droit sinon en fait. Il s'agit ici de la gestion de la communauté internationale. Le droit des idéologues est révolu, voici venu celui des gestionnaires. Cette fonction « de gestion » est certes plus banale, plus matérielle que les deux précédentes qui y gagnaient en idéalisme. Cependant, ne peut-on pas voir dans cette banalisation du droit international une preuve tangible de sa supériorité¹¹⁰ et de son omniprésence. Par le biais du commerce international, des télécommunications, de la recherche scientifique ou de la coopération culturelle, le droit international pénètre de plus en plus dans les systèmes de droit interne. Dès lors, s'il est incontestable que le droit piétine dans l'instauration d'un ordre supranational, le droit « en continu », le droit linéaire, apparaît ici comme la preuve du dialogue permanent des États temporisateurs de la souveraineté, phase déterminante vers une société communautaire.

110 ANZILOTTI, *op. cit.*, *supra*, note 41 à la p. 51.