

CONTRIBUTION POUR UNE (RE)DÉFINITION DU CONCEPT DE NORMATIVITÉ EN DROIT INTERNATIONAL. QUESTIONNEMENTS AUTOUR D'INSTRUMENTS DE *SOFT LAW* : LES DÉCISIONS DES CONFÉRENCES DES PARTIES

Julien Dellaux

Numéro hors-série, mars 2016

Théories et réalités du droit international au XXI^{ème} siècle

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1067703ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1067703ar>

[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

Dellaux, J. (2016). CONTRIBUTION POUR UNE (RE)DÉFINITION DU CONCEPT DE NORMATIVITÉ EN DROIT INTERNATIONAL. QUESTIONNEMENTS AUTOUR D'INSTRUMENTS DE *SOFT LAW* : LES DÉCISIONS DES CONFÉRENCES DES PARTIES. *Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional*, 135–157. <https://doi.org/10.7202/1067703ar>

Résumé de l'article

La question d'une normativité relative, et les mises en garde adressées à son égard il y a plus de trente ans ont conservé toutes leur actualité. Le développement de la « branche environnementale » du droit international emprunte souvent la forme de décisions de Conférences des Parties, qui présentent d'importantes similitudes avec les résolutions des organisations internationales ayant notamment fait l'objet des propos de P. Weil. Forme d'une normativité plus « atténuée » encore, il est néanmoins possible de prêter à ces décisions une valeur normative sans pour autant remettre en cause la fonction simplificatrice du juriste, en lui offrant un concept de normativité alternatif conservant son pouvoir discriminant. Si la sanction apparaît centrale dans la conception classique du droit, elle apparaît inadaptée au contexte dans lequel le droit international de l'environnement se développe. Dès lors en lieu et place d'un critère de juridicité fondé sur la justiciabilité, l'analyse de ce phénomène peut bénéficier d'un recentrage autour du concept de normativité. Plaidant en ce sens, nous nous attacherons à esquisser un concept de normativité – et à identifier ses indices – autour duquel l'analyse juridique pourrait se repositionner.

CONTRIBUTION POUR UNE (RE)DÉFINITION DU CONCEPT DE NORMATIVITÉ EN DROIT INTERNATIONAL. QUESTIONNEMENTS AUTOUR D'INSTRUMENTS DE *SOFT LAW* : LES DÉCISIONS DES CONFÉRENCES DES PARTIES

*Julien Dellaux**

La question d'une normativité relative, et les mises en garde adressées à son égard il y a plus de trente ans ont conservé toute leur actualité. Le développement de la « branche environnementale » du droit international emprunte souvent la forme de décisions de Conférences des Parties, qui présentent d'importantes similitudes avec les résolutions des organisations internationales ayant notamment fait l'objet des propos de P. Weil. Forme d'une normativité plus « atténuée » encore, il est néanmoins possible de prêter à ces décisions une valeur normative sans pour autant remettre en cause la fonction simplificatrice du juriste, en lui offrant un concept de normativité alternatif conservant son pouvoir discriminant. Si la sanction apparaît centrale dans la conception classique du droit, elle apparaît inadaptée au contexte dans lequel le droit international de l'environnement se développe. Dès lors en lieu et place d'un critère de juridicité fondé sur la justiciabilité, l'analyse de ce phénomène peut bénéficier d'un recentrage autour du concept de normativité. Plaidant en ce sens, nous nous attacherons à esquisser un concept de normativité – et à identifier ses indices – autour duquel l'analyse juridique pourrait se repositionner.

The question of a relative normativity, and the warnings against it thirty years ago, are still highly relevant today. The “environmental branch” of international law frequently develops in the form of decisions from the Conferences of the Parties, which present important similitudes with the resolutions of international organizations having constituted one of the topics of the work of P. Weil. As an even more “attenuated” normativity, it is however possible to confer to these decisions a normative value without questioning the simplification function of the jurist, through offering an alternative normativity concept that preserves its discriminating power. If the sanction appears central within the classic conception of law, it appears inadequate for the context within which international environmental law is developing. Therefore, instead of a juridical criterion based on justiciability, the analysis of this phenomenon can benefit from a refocusing around the concept of normativity. Arguing in this direction, we will sketch the outline of a normativity concept – and identify its indicators – around which the legal analysis can be repositioned.

La cuestión de una normatividad relativa, y las advertencias dirigidas respecto a ella, hace más de treinta años se han mantenido actuales. El desarrollo de la “rama medioambiental” del derecho internacional a menudo toma prestado la forma de decisiones de las Conferencias de las Partes, que presentan similitudes importantes con las resoluciones de organismos internacionales que particularmente han sido objeto de declaraciones de P. Weil. Así, la forma de una normatividad más “atenuada” todavía, es posible sin embargo, prestar a estas decisiones un valor normativo sin poner en tela de juicio la función simplificadora del jurista, ofreciéndole un concepto de normatividad alternativo conservando su poder discriminante. Si la sanción parece central en la concepción clásica del derecho, parece inadaptada al contexto en el cual el derecho internacional del medio ambiente se desarrolla. Desde entonces en lugar de un criterio de juridicidad fundado sobre el de justiciabilidad, el análisis de este fenómeno puede gozar de un reajuste alrededor del concepto de normatividad. Debatiendo en este sentido, nos ataremos a esbozar un concepto de normatividad y a identificar sus índices alrededor del cual el análisis jurídico podría reubicarse.

* ATER, CERIC, Aix-Marseille Université.

« Le positivisme véritable est [...] celui et seulement celui qui s'efforce de tenir compte de la réalité, dans toute son ampleur et toute sa complexité »¹.

Le positivisme juridique entendu comme « mode d'approcher le droit »², comme « théorie de la science du droit » dont le but est de considérer le « droit tel qu'il est et non tel qu'il devrait être »³, fait face à une contradiction. La science positiviste se veut objective, la distinction entre droit et non-droit s'opère sur la base de faits vérifiables⁴. Cependant, l'identification des critères distinctifs permettant de déterminer ce qu'est droit positif comporte une part de subjectivité. Le choix de ces critères et le modèle descriptif seront soumis à « validation » en démontrant par déduction l'ampleur des phénomènes qu'il est apte à englober, et emportera l'adhésion de ceux, qui considèrent être inclus, l'ensemble, ou une part suffisante du phénomène juridique. Cela suppose donc une conception préalable de ce qu'est le droit positif que le modèle aura pour fonction de décrire. La puissance explicative d'un modèle est contingente et dépendante de l'évolution des phénomènes sociaux. Le phénomène juridique est évolutif, et le juriste positiviste se doit de faire évoluer ses modèles sous peine de ne plus décrire le droit positif.

La branche environnementale du droit international est caractéristique de cette situation. Elle a connu un développement important notamment par voie conventionnelle, à tel point que l'on a pu parler de « *treaty congestion* »⁵. Ces traités, dénommés accords environnementaux multilatéraux (AME), se caractérisent par des engagements vagues, et une Conférence des Parties (COP) chargée d'adopter des décisions afin d'adapter le régime au gré de l'évolution des connaissances scientifiques. Tant le traité originaire que les décisions de la COP sont généralement qualifiés de *soft law*. Cette qualification n'est cependant que peu éclairante au vu de la variété des instruments qu'elle recouvre, et de l'impossibilité de dégager des caractéristiques propres⁶. Il n'existe pas d'accord sur la signification du terme *soft law*⁷, à tel point qu'il a pu être qualifié de terme « attrape-tout »⁸. Cette confusion résulte notamment de l'identification du référent qualifié de *soft*⁹. Cela renouvelle donc la question posée au juriste quand à son objet d'étude.

¹ Alain Pellet, « Contre la tyrannie de la ligne droite – Aspects de la formation des normes en droit international de l'économie et du développement », dans *Thesaurus Acroasium*, vol XIX, 1992 à la p 313 [Pellet].

² Roberto Bobbio, *Essais de théorie du droit*, Paris, LGDJ, 1998 aux pp 23-38 [Bobbio, *Essais*].

³ *Ibid* à la p 44.

⁴ *Ibid* à la p 26.

⁵ Problème mis en évidence et conceptualisé par Edith Brown Weiss dans son article « International Environmental Law: Contemporary Issues and the Emergence of a New World Order » (1993) 87 *Geo LJ* 675.

⁶ Sur l'étendue des instruments qualifiés de *soft law*, voir Isabelle Duplessis, « Le vertige de la *soft law* : réactions doctrinales en droit international » (2007) 19 *RQDI* 245; Richard R. Baxter, « International Law in "Her Infinite Variety" » (1980) 29:4 *ICLQ* 549; Jan Klabbers, « The Undesirability of Soft Law » (1998) 67 *Nordic J Int'l L* 381.

⁷ Anthony Aust, *Handbook of International Law*, 2^e éd, Cambridge, Cambridge University Press, 2010 à la p 11.

⁸ Yann Kerbrat et Pierre-Marie Dupuy, *Droit International Public*, 10^e éd, Paris, Dalloz, 2010 à la p 433.

⁹ Georges Abi-Saab, « Cours général de droit international public » (1987) *RCADI*, t 207 aux pp 206-07 [Abi-Saab].

Face à cette situation, quelle position le juriste doit-il adopter? Sur ce point, le jugement de Prosper Weil dans un célèbre article¹⁰ est sans appel : « [q]ue le sociologue rende compte des nuances infinies de la réalité, c'est une chose. Que le juriste, qui a besoin d'une rigueur simplificatrice, suive son exemple, c'en est une autre »¹¹. Il dresse le constat d'une double dilution du juridique : des formes caractéristiques empruntées par le phénomène juridique, et de son appréhension conceptuelle par les juristes. Prosper Weil souhaite souligner le risque pour le droit et la sécurité juridique de prendre en compte sous le vocable de normatif, des phénomènes infra-juridiques ou relevant du non-droit. C'est donc un message adressé au juriste, l'appelant à respecter sa fonction. Cette confusion conceptuelle de la doctrine serait d'autant plus dangereuse qu'elle présenterait le risque d'engendrer « une dislocation de la structure normative du droit international et la dénaturation de ses fonctions »¹². La relativisation de la normativité serait alors le résultat d'un rasoir d'Ockham insuffisamment affûté par les juristes modernes, qui introduiraient des nuances et des spécificités là où il n'en est point besoin. Selon P. Weil toujours, des actes n'ayant pas été adoptés selon les modalités de production reconnues ne sauraient être intégrés au système juridique, et le juriste doit jouer sa fonction stabilisatrice en usant du seuil de normativité. Mais comme cela fût noté à juste titre, c'est avoir une vision statique des sources du droit, limitées à celles énoncées par l'article 38 du *Statut de la Cour internationale de justice* (CIJ), devenant ainsi « les tables de la loi de la nouvelle religion »¹³.

Face à cette situation, deux alternatives se présentent. La première, empruntant la voie ouverte par Prosper Weil, implique d'écarter ces phénomènes hors du domaine du droit et du champ d'analyse du juriste. La seconde, nécessaire de questionner ses modèles et concepts afin de s'assurer de leur adéquation à notre objet d'étude. Outre une redéfinition des critères de juridicité, des concepts alternatifs sont envisageables afin d'appréhender autrement notre objet. Parmi ceux-ci, nous nous sommes attribué la tâche d'envisager celui de normativité.

Benoît Frydman dit d'elle qu'elle est « un mystère à la poursuite duquel [il] voue [s]a carrière de chercheur »¹⁴. Ce mystère tient au fait que si le terme est d'utilisation fréquente au sein de la doctrine, il est rarement défini, et semble compris de manière intuitive. Le résultat en est une utilisation poly-contextuelle, et une polysémie. Dans les dictionnaires juridiques, point d'entrée¹⁵. Une exception est à noter dans le domaine de notre étude, puisque le dictionnaire de droit international public de Jean Salmon définit la normativité comme un « néologisme juridique

¹⁰ Prosper Weil, « Vers une normativité relative en droit international? » (1982) RGDIP 5 [Weil].

¹¹ *Ibid* à la p 44.

¹² *Ibid* à la p 47.

¹³ Pellet, *supra* note 1 à la p 296.

¹⁴ Catherine Thibierge et al, *La densification normative. Découverte d'un processus*, Paris, Mare & Martin, 2013 à la p 1164 [Thibierge et al].

¹⁵ André-Jean Arnaud, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^e éd, Paris, LGDJ, 1993 [Arnaud]; Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2014 [Cornu]; Rémy Cabrillac, dir, *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, 6^e éd, Paris, Lexis Nexis, 2014; Serge Guinchard et Thierry Debard, *Lexique des termes juridiques*, 23^e éd, Paris, Dalloz, 2015.

désignant le caractère de ce qui peut répondre à la définition d'une norme (caractère normatif) »¹⁶. Il s'agit donc de la propriété d'une norme¹⁷. Il semble donc qu'en matière de normativité, point de gradation. S'il venait à être reconnu qu'un référent est pourvu de cet attribut alors il s'agira d'une norme, dans l'hypothèse contraire, non. Notre constat, selon lequel il n'existerait pas de définition de notre objet d'étude, semble trouver une contradiction flagrante dans l'ouvrage récent dirigé par Catherine Thibierge¹⁸. Cependant, les réponses fournies à la question « selon vous, que signifie le terme 'normativité' ? » n'ont pas vocation à fournir une définition, mais davantage de participer à son élaboration. Il semble difficile de dégager de ces réponses une conception commune et unique. Tout comme le sentiment qui nous a envahi en nous saisissant de la question, le constat des éminents juristes nous confirme que ce concept demeure « flou » et « ambigu »¹⁹. Il semble tout d'abord que nous faisons face à une indétermination quant à la nature de la normativité. Il s'agit tantôt d'un « caractère », d'une « qualité », d'une « propriété », et donc d'un trait distinctif reconnu à cette chose. Pour d'autres, il s'agit d'une « aptitude », d'une « capacité », d'une « propension » et semble donc relever d'une potentialité. Certaines de ces conceptions semblent associer normativité et contrainte²⁰, alors que pour d'autres elle ne se résume pas à cela²¹. Pour certains, la normativité semble proprement juridique²², alors que d'autres affirment explicitement leur distinction²³. Enfin, un auteur ne considère pas la normativité comme le seul apanage des normes avérées, mais aussi des normes potentielles. Ainsi, nous le voyons, les acceptions de la normativité sont multiples et nous conduisent à opérer un constat d'indétermination du concept.

Face à cette double indétermination, de la *soft law* et de la normativité, nous nous demanderons si une précision conceptuelle de cette dernière n'est pas à même de fournir un instrument analytique pertinent de l'évolution du phénomène juridique. Nous observerons dans un premier temps que les décisions de COP ne peuvent être appréhendées pleinement selon les conceptions positivistes classiques (I), ce qui nous amènera à proposer un recentrage de l'analyse autour d'un concept redéfini de la normativité (II).

I. Une acception classique inadaptée à l'évolution de son objet

La normativité est demeurée un concept peu utilisé en raison des conceptions positivistes se caractérisant par une conception du juridique centré sur la sanction et la justiciabilité des normes, ceci aboutissant à une assimilation conceptuelle (A). Cette confusion se traduit par une insuffisance des modèles à appréhender leur objet dans l'évolution des formes qu'il emprunte (B).

¹⁶ Jean Salmon, dir, *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001 à la p 751.

¹⁷ Cornu, *supra* note 15 à la p 689.

¹⁸ Thibierge et al, *supra* note 14 aux pp 1163-70.

¹⁹ Voir la réponse donnée par P Amssek : *Ibid* aux pp 1163-64.

²⁰ Voir les réponses données par C Bargues et P Brun : *Ibid* à la p 1164.

²¹ Voir la réponse donnée par P Belda : *Ibid* à la p 1163.

²² JL Bergel l'envisage comme « Le caractère de ce qui énonce une règle de droit ». *Ibid* à la p 1163.

²³ Voir la réponse donnée par JB Racine : *Ibid* à la p 1167.

A. L'indistinction conceptuelle de la normativité, de la juridicité et de la justiciabilité

Dans un premier temps, nous nous attèlerons à démontrer que les théories positivistes reposent sur la restriction du domaine juridique, et donc de l'objet d'étude du juriste, aux dispositions invocables au fondement de la décision du juge. Ce modèle se traduit par une identité des concepts de juridicité, de justiciabilité, et dans certains cas, de normativité.

Le concept fondamental de la théorie kelsenienne est celui d'ordre juridique²⁴, envisagé comme un système de normes réglant la conduite d'êtres humains²⁵. La juridicité n'est pas une qualité reconnue à la norme prise en elle-même, mais dans sa relation avec l'ordre juridique. Une norme est juridique si elle appartient à l'ordre juridique²⁶, si elle est valide²⁷. Il n'est point besoin de rappeler que Kelsen identifie le fondement de cette validité dans la norme fondamentale²⁸. L'ordre juridique étant un système dynamique, l'appartenance d'une norme au système, sa validité, est déterminée formellement et non matériellement. Une norme est juridique si elle est créée d'une manière, directement ou indirectement conforme à cette norme supposée, et non en raison de la possibilité de déduire son contenu de celui d'une norme supérieure²⁹. Ayant déterminé dans quelle mesure la juridicité peut être reconnue à une norme, envisageons successivement les propriétés de normativité et de justiciabilité.

La démonstration de l'identité conceptuelle entre la normativité et la juridicité dans le modèle kelsenien sera opérée par la mise en évidence de la double inclusion : toutes les normes sont juridiques, et le système juridique n'est composé que de normes. Les normes sont un schéma d'interprétations attribuant aux actes leur signification juridique³⁰. La norme est l'expression d'un « devoir être », d'un *sollen*. Il s'agit d'un acte de volonté, ayant une signification subjective de *sollen* (par lequel un homme dans son esprit tend à obtenir une certaine conduite), mais ayant en sus une signification objective de *sollen* (signification qui lui est attribuée par une autre norme)³¹. Les normes étant elles-mêmes créées par des actes, elles ne sont valides qu'à condition que les actes qui les créent aient une signification objective d'acte de droit, c'est-à-dire à condition que l'acte soit créé conformément à une norme juridique supérieure. L'acte est ainsi l'intermédiaire entre deux normes. Le contenu d'un acte ne constituera un tel schéma d'interprétation, c'est-à-dire une norme, que s'il dispose de cette signification objective attribuée par une norme supérieure du système, et dès lors, s'il appartient au système. Dans ce cadre, nous pouvons donc conclure que toute norme est nécessairement juridique (première inclusion). Enfin, le système juridique

²⁴ Bobbio, *Essais*, *supra* note 2 à la p 216.

²⁵ Voir Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, Paris, LGDJ, 1999 à la p 193 [Kelsen].

²⁶ Bobbio, *Essais*, *supra* note 2 à la p 217.

²⁷ La validité est selon Kelsen le « mode d'existence spécifique des normes juridiques ». Kelsen, *supra* note 25 à la p 18.

²⁸ *Ibid* à la p 200.

²⁹ *Ibid* aux pp 39, 197-99.

³⁰ *Ibid* à la p 12.

³¹ *Ibid* à la p 16.

est un système de normes, et est composé exclusivement de ces éléments³² (deuxième inclusion). Une situation doit cependant être envisagée. La juridicité étant attachée à la forme de l'acte, il est possible que le contenu d'un acte ayant une signification objective d'acte de droit articule partiellement ou totalement un contenu non normatif, qu'il soit dépourvu d'une signification subjective de *sollen*. Cela pourrait constituer un cas où un élément est juridique sans être une norme, et donc remettre en cause notre conclusion. Kelsen envisage ce cas où « quelque chose est en forme de droit sans constituer une norme juridique »³³. Dans un tel cas, ce contenu serait considéré comme « juridiquement *irrelevant* »³⁴. Nous parvenons donc à notre identité kelsenienne de la normativité et de la juridicité.

Passons désormais à la question de la justiciabilité. Une norme sera entendue comme justiciable si elle est apte à constituer la majeure du syllogisme juridique opéré par le juge dans l'accomplissement de sa fonction. Le caractère distinctif du Droit ne réside pas dans un caractère de ses éléments, mais du tout, de l'ordre juridique défini comme un ordre de contrainte³⁵. La contrainte *stricto sensu*³⁶ est le caractère distinctif de l'ordre juridique³⁷. Les normes établissent un rapport d'imputation entre un fait illicite et une sanction. Dès lors, les normes prescrivant un comportement ne sont pas des normes indépendantes, elles sont la condition d'un rapport d'imputation. Si un comportement est simplement identifié comme devant être accompli, sans que l'ordre juridique ne prévoie l'imputation d'une sanction au comportement contraire, il n'est pas juridiquement ordonné³⁸. Les normes à « proprement parler » sont donc celles ayant pour destinataires les juges et imputant une sanction à un acte illicite³⁹. De ce fait, toute norme juridique est donc justiciable, et toute norme justiciable est juridique.

L'identité relevée dans l'œuvre de Hans Kelsen et le modèle du Droit qu'il propose résultent de son projet qui était de fonder une science objective et autonome. Cette volonté d'objectivité impose la neutralité axiologique du système, et une théorie pure du droit s'érigeant contre la doctrine de droit naturel. Le maître autrichien, dont l'héritage néokantien fonde la théorie⁴⁰, propose une théorie pure, empirique quant à son objet (le droit crée), reposant sur une méthode transcendantale, l'un et l'autre n'étant pas exclusifs⁴¹. La norme fondamentale est une hypothèse logique, un

³² Michel van de Kerchove et François Ost, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, PUF, 1998 à la p 33.

³³ Kelsen, *supra* note 25 à la p 60.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ Bobbio, *Essais*, *supra* note 2 à la p 217.

³⁶ Les actes de contraintes institués sont des « maux », la contrainte est strictement négative. « Par acte de contrainte, on entend un mal – tel que retrait de la vie, de la santé de la liberté, de biens économiques et autres ». Kelsen, *supra* note 25 à la p 41.

³⁷ *Ibid* aux pp 42, 60.

³⁸ *Ibid* à la p 57.

³⁹ Bobbio, *Essais*, *supra* note 2 à la p 233.

⁴⁰ Carlos M Herrera, *La philosophie du droit de Hans Kelsen. Une introduction*, Québec, Les Presses de l'Université de Laval, 2004 aux pp 15-18 [Herrera].

⁴¹ Renato Treves et Jean-François Perrin, « Un inédit de Kelsen concernant ses sources kantienne » (1987) 7 *Dr et Soc* 327 à la p 334.

préalable à la connaissance juridique, elle répond à la question : « quel est le présupposé permettant de soutenir que n'importe quel acte juridique peut être qualifié comme tel, c'est-à-dire défini comme un acte servant de base à l'établissement de la norme ainsi qu'à son exécution »⁴². Elle est un rempart contre le droit naturel, et marque le refus du cognitivisme éthique. Elle ne fonde donc pas seulement l'ordre juridique lui-même, mais la science du droit⁴³, en ce qu'elle est la seule option permettant une description du Droit selon ses postulats de base⁴⁴. La norme fondamentale permet l'établissement d'une science du droit tirant toutes les conséquences de la loi de Hume. Ainsi « purifiée », la science du droit doit encore acquérir son autonomie à l'égard des autres sciences. La distinction entre la science juridique, science proprement normative⁴⁵, et les sciences naturelles repose sur la *summa divisio* entre le domaine de l'être (*sein*), et celui du devoir être (*sollen*). Les propositions énoncées par la science de la nature mettent en évidence le rapport de causalité unissant deux faits, là où celle de la science du droit se fonde sur le rapport d'imputation, rapport de nature normatif, établi par un acte de volonté⁴⁶. La conduite humaine peut être décrite selon le principe de causalité, mais alors la société ne se distingue pas de la nature et la science sociale ne se différencie pas des sciences de la nature. Ce n'est qu'en décrivant l'ordre social sur la base du principe d'imputation que la science juridique peut constituer une science sociale séparée des sciences de la nature⁴⁷. La recherche des fondements d'une science pure impose en outre, de distinguer clairement entre droit et morale⁴⁸. Au vu des points de contact entre les deux objets, il n'est possible de les distinguer que dans l'existence de sanctions socialement organisées et recourant *in fine* à la force physique⁴⁹. L'œuvre de Kelsen est davantage une théorie de la science du droit, et sa théorie du droit n'en est que la conséquence. L'assimilation de la juridicité à la justiciabilité, et sa conception de la normativité se limitant à ces concepts sont, comme nous venons de le voir, le fruit de son projet scientifique et de ses postulats. La recherche d'un critère distinctif objectif est venue ainsi entamer l'objectivité du model en donnant une prépondérance induue à la contrainte. Un critère intersubjectivement déterminé serait *in fine* peut être plus apte à garantir son objectivité. C'est dans cette optique que nous définirons par la suite la normativité. .

Chez Hart aussi la juridicité d'une norme ne peut être appréciée que relativement au système juridique⁵⁰. Pour Herbert L.A. Hart, le système juridique est

⁴² *Ibid* à la p 335.

⁴³ Henri Thévenaz, « Le théorème de Gödel et la norme fondamentale de Kelsen » (1986) 4 Dr et Soc 435 à la p 438.

⁴⁴ Hans Kelsen, *Controverses sur la théorie pure du droit : remarques critiques sur Georges Scelle et Michel Virally*, Paris, LGDJ, 2005 aux pp 45-48.

⁴⁵ La science du droit se voit reconnaître cette qualification de « normative » en raison de l'objet sur lequel elle porte, et non en raison de la fonction des propositions qu'elle formule, qui demeurent descriptive.

⁴⁶ Herrera, *supra* note 40 à la p 18.

⁴⁷ Kelsen, *supra* note 25 à la p 84.

⁴⁸ *Ibid* à la p 66.

⁴⁹ *Ibid* à la p 70.

⁵⁰ Jean d'Aspremont, « Hart et le positivisme postmoderne en droit international » (2009) 113 RGDIP 635 aux pp 644-645 [d'Aspremont].

composé de l'union de règles primaires et secondaires⁵¹. Les premières « imposent des obligations », alors que les secondes « confèrent des pouvoirs »⁵². Les règles primaires portent sur le comportement là où les règles secondaires sont des méta-normes, des normes sur les normes⁵³. Cette catégorie hétérogène recouvre les règles de reconnaissance, de décision et de changement⁵⁴. L'existence d'un système juridique dépend de deux conditions : que les règles primaires valides soient généralement obéies, et que les règles secondaires soient acceptées par les autorités⁵⁵. Hart n'utilise pas le terme de norme, mais celui de règle. Par ailleurs, point de conception de la norme telle que celle de Kelsen. Les règles ne constituent pas une spécificité du domaine juridique. Les règles en revanche, contrairement aux simples régularités, ne sont accessibles qu'à l'observateur tenant compte du point de vue interne, c'est-à-dire du point de vue des membres du groupe les acceptant⁵⁶. Sa conception de la juridicité demeure néanmoins elle aussi assimilée à la justiciabilité de la règle. La juridicité de la règle dépend de son appartenance à un système ayant cette qualité, c'est-à-dire si ce système est constitué de l'union de règles primaires et secondaires⁵⁷. Cette appartenance est déterminée au moyen de la règle de reconnaissance qui « fournit les critères à la lumière desquels s'apprécie la validité des autres règles du système »⁵⁸. La règle de reconnaissance n'est « ni valide ni invalide »⁵⁹, son existence est factuelle, elle « consiste dans le fait que les tribunaux, les fonctionnaires et les simples particuliers identifient le droit en se référant à certains critères »⁶⁰. En raison de la structure décentralisée du Droit international, ces conditions devront être recherchées dans la pratique des institutions judiciaires mais aussi des États et organisations internationales⁶¹. Il est à noter que contrairement à ce qu'a pu prétendre Hart, le droit international ne se limite pas à un ensemble de règles primaires⁶², mais constitue un véritable système juridique dans la mesure où il est pourvu des trois types de règles secondaires⁶³. Les règles de reconnaissance sont fondatrices⁶⁴ de l'ordre juridique, mais ne lui sont en aucun cas spécifiques dans la mesure où elles constituent un préalable à l'existence de tout système⁶⁵. Les règles de

⁵¹ Herbert L.A. Hart, *Le concept de droit*, 2^e éd, Bruxelles, Facultés universitaires de Saint-Louis, 2005 aux pp 99-118 [Hart].

⁵² *Ibid* à la p 101.

⁵³ Bobbio, *Essais*, *supra* note 2.

⁵⁴ Hart, *supra* note 51 aux pp 113-17.

⁵⁵ *Ibid* aux pp 135-36.

⁵⁶ *Ibid* aux pp 108-10.

⁵⁷ Condition nécessaire bien que non suffisante.

⁵⁸ Hart, *supra* note 51 à la p 124. Cela apparaît clairement dans le texte même de Hart : « Dire qu'une règle donnée est valide, c'est reconnaître qu'elle satisfait à tous les critères fournis par la règle de reconnaissance et qu'elle constitue ainsi une règle du système ». Hart, *supra* note 51 à la p 122.

⁵⁹ *Ibid* à la p 127.

⁶⁰ *Ibid* à la p 129.

⁶¹ D'Aspremont, *supra* note 50 à la p 649.

⁶² Hart, *supra* note 51 à la p 254.

⁶³ Pierre-Marie Dupuy, « L'unité de l'ordre juridique international : Cours général de droit international public », RCADI, t 297, 2002 aux pp 776-77 [Dupuy]. Pour d'autres auteurs, la théorie hartienne peut constituer le ferment de la revitalisation du positivisme juridique en droit international face aux critiques dont il fait l'objet. Voir d'Aspremont, *supra* note 50.

⁶⁴ Dupuy, *supra* note 63 à la p 775.

⁶⁵ Bobbio, *Essais*, *supra* note 2 à la p 166.

reconnaissance et de changement peuvent être abordées sous l'angle d'un concept unique, celui des normes sur la production juridique⁶⁶. *In fine*, il semble que seules les règles de décisions soient spécifiques à l'ordre juridique⁶⁷. Les règles de décisions sont celles « habilitant des individus à résoudre d'autorité la question de savoir si, en des circonstances particulières, une règle primaire s'est trouvée transgressée »⁶⁸. Ces règles sont relatives à la sanction de la non-application du droit⁶⁹. Ainsi, voici la première inclusion : toute norme valide, donc juridique, est justiciable. La règle de décision entretient en outre un rapport particulier avec la règle de reconnaissance, et tout système pourvu de règle de décision est « nécessairement aussi lié à une règle de reconnaissance d'un type élémentaire et imparfait » puisque les décisions des tribunaux « ne peuvent s'empêcher de déterminer d'autorité quelles sont les règles »⁷⁰. Nous parvenons ainsi à la seconde inclusion : toute norme justiciable est juridique, et ainsi à l'identité entre juridicité et justiciabilité.

Cette conception positiviste traditionnelle se retrouve dans le célèbre article de Prosper Weil, où l'éminent juriste s'oppose aux développements doctrinaux tendant à faire de la normativité « une question de degré ». Contre cela il défend l'existence du seuil de normativité constituant la frontière entre le pré-juridique (ou le non-juridique), et le juridique; entre l'absence et l'existence d'une norme⁷¹. Il n'y aurait donc de norme que juridique, et de Droit que normatif. Nous avons donc une identité conceptuelle entre la juridicité et la normativité. L'auteur précise en outre que le seuil de normativité est déterminé par la possibilité de saisir un juge de la violation de l'obligation⁷². Une proposition est donc juridique si elle dépasse le seuil de normativité, c'est-à-dire « dans la mesure où ses effets, c'est-à-dire les droits et obligations qui en découlent, sont justiciables »⁷³. Cette confusion de la juridicité et de la justiciabilité et le caractère restrictif de cette conception, ont été critiqués à juste titre⁷⁴. Normativité, juridicité et justiciabilité se présenteraient ainsi sous la forme d'une trinité juridique. Si une conception systémique formaliste du droit est favorable à la sécurité juridique, nous soutenons qu'il est possible de concevoir un tel modèle sur la base de critères moins restrictif permettant d'y inclure un spectre plus large des phénomènes juridiques contemporains, et notamment l'activité normative des COPs.

⁶⁶ *Ibid* aux pp 59-64.

⁶⁷ *Ibid* à la p 58.

⁶⁸ Hart, *supra* note 51 à la p 116.

⁶⁹ Dupuy, *supra* note 63 à la p 776.

⁷⁰ Hart, *supra* note 51 à la p 116.

⁷¹ Weil, *supra* note 10 aux pp 9-13.

⁷² *Ibid* à la p 13.

⁷³ Abi-Saab, *supra* note 9 aux pp 206-08.

⁷⁴ *Ibid*.

B. Une part substantielle de l'activité normative hors du champ du droit

Il existe actuellement plus de mille accords multilatéraux environnementaux (AME)⁷⁵ parmi lesquels sont inclus amendements et protocoles. Nous focaliserons notre attention sur certains AME ayant vocation à l'universalité⁷⁶. À l'instar des actes constitutifs des organisations internationales, ces AME présentent un caractère conventionnel et institutionnel⁷⁷. Ils prévoient généralement la création de trois types d'organes : un organe plénier⁷⁸ – dénommé Conférence des Parties dans la majorité des cas –, un secrétariat, et des organes subsidiaires⁷⁹. En tant qu'organe administratif, le secrétariat a pour fonction de préparer les sessions de la COP, diffuser les documents, recevoir les notifications. Les fonctions des organes subsidiaires sont variées, mais peuvent être regroupées autour de trois principales : conseil, assistance et suivi⁸⁰. L'activité de la COP est guidée par la réalisation de l'objectif de la Convention, et se manifeste formellement par l'adoption de décisions faisant évoluer le cadre institutionnel et normatif mis en place par l'accord-cadre. Cet accord et les différents instruments « gravitant » autour sont appréhendés de différentes manières. Certains auteurs les regroupent sous le concept de « lineage » défini comme « *any set of agreements, protocols, and amendments that modify, extend, replace, or explicitly derive from one or more original agreements* »⁸¹. Ce terme est utilisé afin de viser

⁷⁵ Plus précisément, 1258 accords multilatéraux environnementaux et 1599 accords environnementaux bilatéraux (amendements et protocoles inclus). Voir Ronald B Mitchell. 2002-2015. *International Environmental Agreements Database Project. (Version 2014.3)*. Consultable sur : <http://iea.uoregon.edu/> (3 juin 2015). Les accords cadres représentent environ la moitié du total. Cette conclusion résulte d'une extrapolation des conclusions faites par le directeur du projet en 2009. Voir Ronald B Mitchell, « International Environmental Agreements: A Survey of Their Features, Formation, and Effects », dans Charlotte Ku et Paul F. Diehl, *International Law: Classic and Contemporary Readings*, Colorado, Lynne Rienner Publishers, 2009 aux pp 341-70 [Mitchell].

⁷⁶ *Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques*, article 15 [CCNUCC]; *Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination* [Convention de Bâle], article 17; *Convention sur la diversité biologique*, article 29 [CBD]; *Convention de Vienne pour la protection de la couche d'ozone*, article 9; *Convention des Nations Unies sur la lutte contre la désertification dans les pays gravement touchés par la sécheresse et/ou la désertification, en particulier en Afrique*, article 30 [CNUD]; *Convention de Rotterdam sur la procédure de consentement préalable en connaissance de cause applicable à certains produits chimiques et pesticides dangereux qui font l'objet d'un commerce international*, article 21 [Convention de Rotterdam]. Certaines conventions n'exigent que l'adoption à la majorité qualifiée : *Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction*, article XVII [CITES]; *Convention sur la conservation des espèces migratrices appartenant à la faune sauvage* [CMS], article X; *Convention relative aux zones humides d'importance internationale particulièrement comme habitats des oiseaux d'eau* [Ramsar].

⁷⁷ Caractéristique reconnue par la Cour aux actes constitutifs des organisations internationales. CIJ, *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un État dans un conflit armé*, Avis consultatif du 8 juillet 1996, rec 1996, para 19.

⁷⁸ Pour une analyse juridique des COPs, de leur fonctionnement et de leur pouvoir, voir Aurélie Tardieu, « Les conférences des États parties » (2011) AFDI 111 [Tardieu].

⁷⁹ Le secrétariat et les organes subsidiaires exercent leurs fonctions sous la direction de la Conférence des Parties.

⁸⁰ Robin R Churchill et Geir Ulfstein, « Autonomous Institutional Arrangements in Multilateral Environmental Agreements: A Little-Noticed Phenomenon in International Law » (2000) 94 AJIL 623 aux pp 626-627 [Churchill et Ulfstein].

⁸¹ Mitchell, *supra* note 75 à la p 342.

« *one or more legally linked instruments* », et n'englobe donc que les accords formellement reconnus en droit international. D'autres utilisent la notion de « *regime* » défini comme un ensemble de « *principles, norms, rules and decision-making procedures around which actors' expectations converge in a given issue area* »⁸² afin de prendre en compte la production normative associée à ces AME et notamment les décisions des organes pléniers. Comme nombre d'instruments de *soft law*⁸³, ces décisions illustrent la limite des sources formelles du droit international, visées à l'article 38 du statut de la CIJ, afin de rendre compte du phénomène juridique dans certaines branches du droit⁸⁴. Pour soutenir cette conclusion, nous analyserons brièvement la propension de ces décisions à constituer une modalité de production du droit. Les décisions des COPs ne constituent pas une source formelle du droit actuellement reconnue. Nous serions tentés dans certains cas de conclure hâtivement que des décisions aboutissent à la production de normes juridiques. Néanmoins, cette assertion ne peut être valable que moyennant précision et l'établissement d'une distinction. La COP intervient certes dans la production du texte normatif, mais le sceau de la juridicité ne demeure attribué que par l'effet de l'expression du consentement des États, les deux étapes devant donc être soigneusement distinguées. Nous analyserons donc dès à présent les cas ainsi visés, à savoir les décisions portant amendements à la Convention, adoption de protocoles ou d'annexes à la Convention. Il s'agit donc des moyens classiques d'adaptation des traités dans le temps⁸⁵.

L'adoption de protocoles complémentaires précisant et complétant les dispositions originaires est au fondement même de la logique des conventions-cadres. Ces traités prévoient des dispositions spécifiques sur ce point, et attribuent cette prérogative à la COP. Mais si l'organe plénier est amené à jouer un rôle dans le processus de formation du droit, celui-ci se limite à l'adoption du texte⁸⁶. L'entrée en vigueur du traité, sa pleine « naissance juridique » s'opérera (de manière classique) conformément au droit international, selon les modalités prévues par le traité, et par l'effet et dans les limites de l'expression de l'engagement des États.

La même constatation peut être faite en ce qui concerne l'adoption d'amendements à la Convention. Ce procédé, encadré par les règles codifiées à l'article 39 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités* de 1969, peut se réaliser conformément aux dispositions conventionnellement convenues, ou à titre supplétif « par accord entre les Parties ». Les AME prévoient généralement une disposition formulée en des termes similaires selon laquelle les amendements seront

⁸² Stephen D Krasner, *International Regimes*, Ithaca, Cornell University Press, 1983 à la p 1.

⁸³ Pierre-Marie Dupuy, « Soft Law and the International Law of the Environment » (1991) 12 *Mich J Int'l L* 420 à la p 435.

⁸⁴ Annecoos Wiersema, « The New International Law Makers? Conferences of the Parties to Multilateral Environmental Agreements » (2009) 31 *Mich J Int'l L* 231.

⁸⁵ Pour une étude des différents mécanismes généraux, voir Athina Chanaki, *L'adaptation des traités dans le temps*, Bruxelles, Bruylant, 2013.

⁸⁶ Voir notamment : *Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques*, article 17; *Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination*, article 15; *Convention sur la diversité biologique*, article 23 et 28; *Convention de Vienne pour la protection de la couche d'ozone*, article 8.

adoptés par décision de la COP au consensus, et à défaut à une majorité qualifiée⁸⁷. L'amendement n'entrera cependant en vigueur qu'à l'égard des Parties ayant transmis leur instrument d'approbation ou de ratification⁸⁸. Leur opposabilité, et donc leur existence juridique subjective, sera fonction de l'existence d'un consentement formellement exprimé.

L'adoption d'annexes et d'amendements aux annexes est soumise au même régime puisque les annexes constituant une part intégrante d'un traité⁸⁹, leur adoption et modification s'interprètent en modification du traité. Cependant dans la pratique, la procédure prévue par les traités se caractérise par une souplesse accrue se manifestant par un mécanisme d'acceptation tacite. Les annexes et amendements aux annexes sont adoptés par la COP et entrent en vigueur à l'égard des Parties les ayant explicitement acceptés, mais aussi à l'égard de toutes Parties n'ayant pas objecté à l'issue d'un délai fixé par la Convention⁹⁰.

L'instructive étude des COPs⁹¹ faite par Aurélie Tardieu va en ce sens. Elle nous offre par ailleurs un exemple de possible exception à travers l'adoption par la Conférence des Parties à la Convention de Ramsar des amendements de Régina en 1987 alors que le traité initial⁹² ne prévoyait pas cette possibilité. Il ne s'agit néanmoins, à notre sens, pas d'une véritable exception. Comme le note l'auteure, et le précise le texte précédant les amendements⁹³, ceux-ci ont été adoptés conformément à la procédure prévue par la Convention telle qu'amendée par le Protocole de Paris. Ce Protocole insère un article 10*bis* autorisant la COP à adopter des amendements à la majorité des deux tiers des Parties présentes et votantes, mais subordonne leur entrée en vigueur au dépôt des instruments d'acceptation par deux tiers de Parties contractantes⁹⁴. Ici encore, donc, le rôle de la Conférence des Parties se limite à l'adoption de l'amendement. Le Protocole de Paris ayant porté amendement à la Convention est entrée en vigueur conformément à ses dispositions finales et ne lie que

⁸⁷ CCNUCC, article 15; Convention de Bâle, article 17; CBD, article 29; *Convention de Vienne pour la protection de la couche d'ozone*, article 9; CNUD, article 30; Convention de Rotterdam, article 21. Certaines Conventions n'exigent que l'adoption à la majorité qualifiée : CITES, article XVII; CMS article X; Convention Ramsar, article 10 *bis*.

⁸⁸ *Ibid.*

⁸⁹ Patrick Daillier et al, *Droit international public*, 8^e éd, Paris, LGDJ, 2009 à la p 148.

⁹⁰ *Convention sur la diversité biologique*, article 30; *Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques*, article 16, *Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction*, article XI; *Convention des Nations Unies sur la lutte contre la désertification dans les pays gravement touchés par la sécheresse et/ou la désertification, en particulier en Afrique*, article 31; *Convention sur les espèces migratrices*, article XI; *Convention de Rotterdam (PIC)*, article 22, *Convention de Vienne pour la protection de la couche d'ozone*, article 10.

⁹¹ Tardieu, *supra* note 78 aux pp 125-126.

⁹² La version initiale du traité peut être consulté sur :

<http://www.ramsar.org/sites/default/files/documents/library/original_1971_convention_e.pdf>.

⁹³ « Regina Amendments », en ligne : Ramsar <http://www.ramsar.org/sites/default/files/documents/library/regina_amendments_e.pdf>.

⁹⁴ Cette procédure a été suivie pour l'adoption des amendements de Régina qui sont entrés en vigueur qu'une fois cette exigence des deux tiers atteinte. Le texte précédent celui des amendement le précise : « *Following acceptance of the Amendments by Denmark, fulfilling the required two thirds of the nations which were Contracting Parties in 1987, the Amendments came into force on 1 May 1994 and thenceforward have been incorporated in the official language versions of the treaty text* ».

les États ayant exprimé leur consentement⁹⁵, selon les modalités prévues à l'article 7. Ainsi, l'adoption des amendements de Régina à la Convention de Ramsar a été faite certes par la COP, mais ils ne tirent leur juridicité que de leur conformité à la procédure instaurée par le Protocole de Paris, et ne déploient leur effet obligatoire qu'à l'égard des Parties ayant exprimé leur consentement. En tout état de cause, même dans l'hypothèse où une majorité disposerait du pouvoir d'adopter un amendement opposable à l'ensemble des Parties, le consentement des États Parties minoritaires serait préservé en raison de leur acceptation de la procédure, et de leur faculté de retrait qui demeure intacte⁹⁶.

La logique est donc préservée. Même lorsque les décisions des COPs aboutissent à la production de normes juridiques, ces organes n'interviennent que comme *forum* de négociation, la juridicité ne découlant pas de leur adoption sous la forme de décisions, mais d'un consentement étatique formellement exprimé ultérieurement. Cependant, les décisions de la COP relatives aux amendements, protocoles et annexes ne constituent qu'une part de l'activité normative des organes pléniers. Les décisions ayant un objet autre possèdent un statut juridique plus incertain encore. Sauf à considérer les COPs comme une organisation internationale, elles ne possèdent qu'une juridicité indirecte. Elles peuvent être mobilisées au stade de l'interprétation de la Convention ou concourir à la formation coutumière d'une norme⁹⁷. Laissons de côté la question de savoir si les décisions de la COP pourraient constituer une source formelle autonome. Les décisions de la COP reflètent une insuffisance au niveau de l'*instrumentum*, elles ne possèdent pas une signification objective de *sollen*. À l'inverse, les Conventions ont signification objective de *sollen*, mais présentent généralement une déficience sous l'angle du *negocium*. Leur contenu, ne possédant pas la signification subjective de *sollen*, sera considéré comme juridiquement *irrelevant*⁹⁸. Comme nous l'avons rappelé au début de nos développements, la signification objective de *sollen* est attachée à l'imputation d'une sanction au comportement contraire. Cependant, les mécanismes classiques de responsabilité sont difficilement mobilisables dans le domaine de l'environnement, et s'avèrent souvent inadaptés⁹⁹. Il est donc très peu probable, et peu souhaitable, que les normes issues des régimes construits autour des AME possèdent une telle signification, et soient justiciables¹⁰⁰. Les AME prévoient des mécanismes de

⁹⁵ *Protocole en vue d'amender la Convention relative aux zones humides d'importance internationale particulièrement comme habitats de la sauvagine* (Protocole de Paris), article 5 et 6.

⁹⁶ Jean Combacau et Serge Sur, *Droit international public*, 11^e éd, Paris, LGDJ, 2014 aux pp 142-43.

⁹⁷ Churchill et Ulfstein, *supra* note 80 aux pp 623-59.

⁹⁸ Kelsen, *supra* note 25 à la p 60.

⁹⁹ Jutta Brunnee, « Enforcement Mechanisms in International Law and International Environmental Law » dans Ulrich Beyerlin et al, *Ensuring Compliance with Multilateral Environmental Agreements*, Boston, Martinus Nijhoff, 2006, 1.

¹⁰⁰ Notamment devant la CIJ. Ils ne constituent pas, non plus, si tant est qu'il en existe, des « *self-contained regimes* ». Sur le concept, voir Bruno Simma, « Self-Contained Regimes » (1985) 16 *Netherlands Yearbook of International Law* 111; Bruno Simma et Dirk Pulkowski, « Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law » (2006) 17:3 *EJIL* 483. Sur la critique de leur existence: Pierre-Marie Dupuy, « L'unité de l'ordre juridique international : cours général de droit international public » (2002) *RCADI*, t 297 aux pp 428-60; International Law Commission,

reporting et de suivi de la mise en œuvre assurant la même fonction, mais de manière plus adaptée au contexte qui les caractérisent. L'indétermination de la nature de l'instrument s'explique alors par la volonté d'éviter ces conséquences non souhaitables.

Il convient donc de porter son attention sur un autre concept plus adapté à notre objet d'étude. Les normes constituant ces régimes étant non justiciables, elles seraient dépourvues de juridicité et de normativité au sens Kelsenien du terme. Suivant la volonté de Prosper Weil, le juriste se doit d'écarter ces phénomènes de son analyse sous peine de tendre vers une sociologisation du droit. Il n'est cependant point nécessaire de se fonder sur la sanction ou la justiciabilité des normes afin d'affirmer l'autonomie de la science du droit. Le juriste et le sociologue ont un objet de travail et une approche distincte. Il convient de recourir aux notions de points de vue internes et externes de Herbert L.A Hart. Alors que le second infère de la régularité du comportement l'existence d'une règle afin de décrire le monde tel qu'il est, le juriste part de la règle pour arriver au comportement, déterminant ainsi le monde tel qu'il devrait être selon cet étalon¹⁰¹. C'est donc bien d'une conception de la normativité et de la juridicité découplées de la justiciabilité que pourra venir le salut du juriste face à l'évolution du droit.

La difficulté à étudier les décisions de COP sous l'angle des sources formelles du droit international a poussé certains auteurs à envisager leur statut juridique en empruntant quatre axes d'analyse : les modalités d'adoption des décisions (par consensus, à la majorité qualifiée, ou la majorité simple); la délégation de pouvoir opérée par le traité; le langage utilisé par les décisions (tant la dénomination de l'acte que de la formulation des propositions qu'il énonce); les effets des décisions (leur mise en œuvre et la signification que les parties leur accordent)¹⁰². Ces axes peuvent être rapprochés des trois pôles de la force normative. En effet, le quatrième axe se rapporte à la portée normative¹⁰³, alors que les trois autres appartiennent au pôle de la valeur normative¹⁰⁴. Ces axes et pôles fournissent assurément une grille d'analyse et des indicateurs pertinents. Ils tendent cependant à dissoudre le critère de juridicité en un ensemble d'indicateurs. À l'inverse, la normativité serait à même de nous fournir un critère possédant un potentiel discriminant équivalent à celui de justiciabilité. Nous tenterons de le définir en conservant une neutralité axiologique compatible avec une science objective, sans être attaché à une structure possiblement contingente¹⁰⁵ du droit telle que la sanction¹⁰⁶.

Conclusions of the work of the Study Group on the Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law à la p 99.

¹⁰¹ Norberto Bobbio, *De la structure à la fonction : nouveaux essais de théorie du droit*, Paris, Dalloz, 2012 à la p 85 [Bobbio, *De la structure*].

¹⁰² Annecoos Wiersema, « The New International Law-Makers? Conferences of the Parties to Multilateral Environmental Agreements » (2009) 31 *Mich J Int'l L* 231 à la p 255.

¹⁰³ Catherine Thibierge, dir, *La force normative. Naissance d'un concept*, Paris, LGDJ, 2009.

¹⁰⁴ *Ibid.*

¹⁰⁵ C'est cette exigence qui poussa Kelsen à prêter une attention accrue à la structure du droit au détriment de sa fonction. Pour une critique et une vue opposée, voir Bobbio, *De la structure*, *supra* note 101.

II. La (re)définition d'un concept de normativité utile

Nous tenterons de démontrer qu'il est possible de dégager un concept de normativité (A) utile à notre projet, et d'identifier au sein des décisions des COP des indices nous permettant de trancher quand à la normativité de leur contenu (B).

A. Précisions sur le concept de normativité

Comme nous l'avons mentionné en introduction, le concept de normativité est d'utilisation fréquente en doctrine, mais il ne fait pas l'objet d'une définition claire. Nous nous devons, à ce stade, de noter certaines exceptions. Tout d'abord, il s'agit des recherches relatives au concept d'internormativité¹⁰⁷. Celle-ci est définie comme l'ensemble « des phénomènes constitués par les rapports qui se nouent et se dénouent entre deux catégories, ordres ou systèmes de normes »¹⁰⁸. L'étude de ce concept suppose clarifiée préalablement la question de la normativité, puisqu'elle s'intéresse aux rapports entre différents systèmes normatifs, et ne fournira pas d'éléments directement mobilisables. La normativité a en outre fait l'objet d'une étude par Serge Sur lors d'un cours général dispensé à l'académie de la Haye¹⁰⁹. L'auteur précise au début de sa réflexion, que celle-ci se borne à l'analyse de la normativité juridique¹¹⁰. Ce faisant, il n'envisagera ce concept que comme un instrument d'analyse des normes considérées comme juridiques, car créées selon des modalités de production du droit. La normativité y est envisagée comme « le rapport entre les différentes normes incorporées » dans les supports normatifs¹¹¹. Chaque norme dispose d'une autorité normative qui dépend en partie de la puissance normative du support qui la contient et de son énoncé¹¹². La normativité est ainsi l'évaluation de l'autorité, par nature relative, des normes juridiques contenues dans les différents supports normatifs. Cependant, la normativité ainsi conçue écarte notre objet d'étude. Cela se révèle à la fin de l'analyse de l'auteur qui, analysant certains cas de normativité restreinte à travers l'exemple des actes unilatéraux conventionnels, note que ceux-ci ont une « normativité discutée »¹¹³. Ce sont des « instruments non contentieux. Ils appartiennent au contexte du droit international, et marginalement à sa substance, ils peuvent le précéder ou contribuer à l'éclairer mais pas le

¹⁰⁶ La vision de la sanction comme ontologiquement juridique a été critiquée par de nombreux auteurs : voir Paul Amselek, *Cheminevements philosophiques dans le monde du droit et des règles en général*, Paris, Armand Colin, 2013.

¹⁰⁷ Voir notamment Jean Carbonnier, « Les phénomènes d'inter-normativité » (1977) *European Yearbook in Law and Sociology* 42; Guy Rocher, « Les "phénomènes d'internormativité" : faits et obstacles » dans Jean-Guy Belley, dir, *Le droit soluble. Contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, Paris, LGDJ, 1996, 25.

¹⁰⁸ Arnaud, *supra* note 15 à la p 313.

¹⁰⁹ Serge Sur, « La créativité du droit international. Cours général de droit international public » (2014) RCADI, t 363 aux pp 188-07.

¹¹⁰ *Ibid* à la p 188.

¹¹¹ *Ibid* à la p 189.

¹¹² *Ibid* à la p 192.

¹¹³ *Ibid* à la p 203.

constituer »¹¹⁴. Dès lors, la normativité ne peut être l'apanage que d'une norme juridique justiciable. Cette acception de la normativité offre un instrument d'étude puissant de certains phénomènes, mais écarte naturellement notre objet d'étude sans pouvoir le décrire davantage.

Si nous utilisons le même terme, c'est donc dans une acception bien différente et afin de décrire une caractéristique et des phénomènes distincts. Nous adopterons une conception de la normativité construite autour de la théorie de Paul Amselek et de sa détermination de l'ontologie des normes au moyen de l'approche phénoménologique¹¹⁵. Se fondant tout d'abord sur l'analyse étymologique du terme *norma*, signifiant équerre, il met en évidence sa nature instrumentale. Le terme aurait conservé lors du processus d'abstraction cette caractéristique en étant utilisé afin de désigner un outil mental¹¹⁶. La norme étant un matériau instrumentalisé, finalisé, c'est la fonction attribuée à son support qui détermine sa nature de norme. Les règles sont d'une ontologie particulière en ce qu'elles ne se donnent pas à voir directement, elles sont de texture mentale, elles sont un contenu de pensées. La matière qu'elles mobilisent pour diriger les conduites n'est pas matérielle, mais mentale. Ces normes n'en sont pas moins réelles¹¹⁷, mais elles appartiennent à une réalité différente, elles appartiennent au monde 3 de Karl Popper, c'est-à-dire le monde des objets mentaux¹¹⁸. La fonction de norme elle aussi est de texture mentale, il s'agit d'une « intention humaine extérieure à l'objet lui-même »¹¹⁹. Dès lors, point de gradation dans la normativité, un contenu de pensée est normatif ou ne l'est pas, il a reçu une telle fonction ou non¹²⁰. Nous pouvons donc nous fonder sur l'idée que la normativité sera la qualité reconnue au contenu d'un acte révélant « la volonté de ses auteurs de créer une norme »¹²¹, ayant « reçu la vocation instrumentale à servir d'indicateur du possible »¹²². Cela permet de distinguer la normativité de la normalité, la caractéristique d'une norme de celle d'une habitude. L'un comme l'autre illustre un rapport de régularité. Dans le premier cas elle est souhaitée, dans l'autre elle est constatée. En d'autres termes, la normativité est la caractéristique d'une régularité volitive, alors que la normalité est la caractéristique d'une régularité factuelle.

Afin de bien distinguer les deux concepts, il convient de se référer aux points de vue internes et externes chers à Hart¹²³. La normalité est accessible à un observateur adoptant le point de vue externe et relevant les régularités

¹¹⁴ *Ibid* à la p 207.

¹¹⁵ Pour les précisions de l'auteur quant à cette approche, voir Paul Amselek, *Cheminevements philosophiques dans le monde du droit et des règles en général*, Paris, Armand Colin, 2013 aux pp 30-37 [Amselek].

¹¹⁶ *Ibid* aux pp 57-58.

¹¹⁷ *Ibid* à la p 77.

¹¹⁸ Jean-Yves Cherot, « Paul Amselek et la normativité en droit » (2013) 27 RRJ 1997.

¹¹⁹ Amselek, *supra* note 115 à la p 64.

¹²⁰ Catherine Thibierge et al, *La densification normative. Découverte d'un processus*, Paris, Mare & Martin, 2013 aux pp 1163-1164 [Thibierge et al].

¹²¹ François Ost et Michel Van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2002 à la p 312.

¹²² Thibierge et al, *supra* note 120 aux pp 1163-64.

¹²³ Hart, *supra* note 51 aux pp 102-10.

comportementales d'un groupe social. À l'inverse, la normativité n'est accessible qu'à l'observateur adoptant un point de vue interne et analysant les comportements sous l'angle d'un membre du groupe les acceptant. Sous peine de perdre l'objectivité de la science du droit, la détermination de son objet ne saurait s'opérer sur la base de considérations subjectives. Dès lors,

[l]'aspect normatif n'est pas un caractère en soi de la proposition mais une signification, constituée non seulement à partir du sujet, c'est-à-dire une perspective subjective, mais aussi à partir du milieu social, c'est-à-dire dans une perspective intersubjective¹²⁴.

Conclure quant à la normativité d'une proposition nécessitera alors de déterminer s'il lui est intersubjectivement reconnu une fonction normative de direction des conduites. Il nous faut donc rechercher les indices de cette fonction. Comme le note Paul Amselek, la théorie juridique s'est parfois égarée en recherchant, dans l'analyse des caractéristiques du matériau, sa fonction. La norme se donnant à voir principalement sous la forme d'énoncés, l'on a pensé pouvoir identifier la normativité sur la base de cette formulation, tombant ainsi dans le travers ayant mené à l'identification de l'ontologie des normes au locutoire. Certains ont soutenu que les normes s'exprimaient à l'impératif alors que d'autres soutenaient qu'elles l'étaient à l'indicatif. Les partisans de la logique déontique ont quant à eux pensé identifier le noyau normatif sous la forme de foncteurs déontiques. Leur analyse a fait l'objet de nombreux travaux qui sans permettre d'identifier de manière claire la normativité d'une disposition, seront cependant mobilisables à d'autres fins. Il conviendra d'en présenter un bref aperçu. Si la logique des normes trouve un « précurseur »¹²⁵ en la personne de Leibniz elle s'est développée dans la seconde moitié du vingtième siècle. Elle repose sur quatre formes déontiques que sont l'obligatoire, l'interdit, le permis et le facultatif, parfois étendues à six¹²⁶, et d'en d'autres cas limitées à trois¹²⁷ : l'obligatoire, l'interdit et le permis bilatéral. Les normes seraient identifiables sur la base d'une structure syntaxique « propre » recourant aux verbes « devoir » ou « pouvoir »¹²⁸. Cette vision a été critiquée au motif que des énoncés descriptifs peuvent être reformulés moyennant un foncteur déontique¹²⁹, et qu'il n'existe donc pas de structure grammaticale permettant de distinguer *a priori* un énoncé descriptif d'un énoncé normatif¹³⁰. La formulation des énoncés, et notamment le recours aux foncteurs déontiques, n'en est pas moins déterminant pour une analyse des normes. Sans permettre de conclure sur la fonction reconnue à l'énoncé, et donc quant à sa normativité, ils doivent être pris en compte dans l'étude de l'aptitude de ces énoncés à remplir leur fonction. Ils permettent une communication explicitée de la marge de possibilité. Les foncteurs déontiques de l'obligation, de l'interdiction, et de la

¹²⁴ Henri R Pallard, « La règle et le droit : la subjectivité et la genèse de la normativité dans l'ordre juridique » (1988) 1 RRJ 211 à la p 221 [Pallard].

¹²⁵ Georges Kalinowski, *Études de logique déontique*, Paris, LGDJ, 1972.

¹²⁶ Sous la forme de l'hexagone de Blanché.

¹²⁷ Jean-Louis Gardies, *Essai sur les fondements a priori de la rationalité morale et juridique*, Paris, LGDJ, 1972.

¹²⁸ Georges Kalinowski, *La logique des normes*, Paris, PUF, 1972 aux pp 19-21.

¹²⁹ Amselek, *supra* note 115 à la p 311.

¹³⁰ Pallard, *supra* note 124.

permission, de même que les modes impératifs et indicatifs, lorsqu'ils sont utilisés au sein d'énoncés auxquels est attribuée une fonction normative, permettent d'identifier clairement la marge de possibilité dévolue au destinataire¹³¹. Ces foncteurs n'étant pas directement pertinents afin de trancher la question de la normativité d'un énoncé, mais simplement son aptitude à remplir sa fonction éventuellement normative, une inflexion déontique ne saurait affecter sa normativité. Les décisions de COP recourent fréquemment au conditionnel en articulant des dispositions formulées à l'aide du verbe « devrait ». Cela n'est pas de nature à remettre en cause leur caractère normatif, dans la mesure où il serait possible de reconnaître à l'énoncé une telle fonction, cette source d'indétermination est simplement propre à affaiblir l'aptitude de l'énoncé à remplir sa fonction, et notamment sa capacité à fonder un constat de non respect.

Si la structure syntaxique et les modes verbaux utilisés ne sont pas propres à renseigner sur la normativité de l'énoncé, comment celle-ci se manifeste-t-elle ? Comme le remarque Paul Amselek, la normativité, la fonction de règle de conduite n'est pas immanente au contenu de pensée, elle « ne peut lui venir que des intentions illocutoires transcendantes qui animent (ou sont présumées animer) le locuteur »¹³². Afin d'apprécier ces intentions et donc la fonction reconnue à l'énoncé, il convient de dépasser le niveau locutoire et d'envisager l'acte de parole dans son ensemble et notamment sa valeur illocutoire. L'illocutoire est « activé » par l'usage de certains signes par le locuteur, mais déterminé relativement à une conception intersubjective, comme l'affirme avec force John Langshaw Austin, « [l']acte illocutoire, ne l'oublions pas, est un acte conventionnel : effectué en tant que conforme à une convention »¹³³. Les actes d'édiction de normes comportent nombre d'informations, un métalangage par lequel l'acte de parole est accompli « en se racontant »¹³⁴. Ces indications portent notamment sur la nature, la date et l'objet de l'acte, la qualité de l'autorité l'adoptant, le fondement de sa compétence, et ses motifs¹³⁵. La normativité d'un énoncé réside donc dans une intention, conventionnellement reconnue, conférée par son auteur à l'acte. Les indices de cette fonction doivent être recherchés dans le langage utilisé, mais aussi dans le métalangage articulé par l'acte, et le contexte d'énonciation.

Ces précisions apportées nous pouvons nous tenter à une proposition de définition de la normativité. Nous l'envisageons comme : la qualité d'un contenu de pensée auquel un groupe social reconnaît intersubjectivement, pour son propre compte, une fonction de direction des conduites et qui constitue de ce fait une norme.

¹³¹ Exclusion faite des autres sources d'imprécisions tenant aux notions utilisées, et à l'identification des destinataires.

¹³² Amselek, *supra* note 115 à la p 327.

¹³³ John Langshaw Austin, *Quand dire c'est faire*, Paris, Seuil, 1970 à la p 117 [Austin].

¹³⁴ Amselek, *supra* note 115 à la p 317.

¹³⁵ *Ibid* à la p 316.

B. Les indices de normativité des décisions de COP

Envisageons tout d'abord les indices illocutoires de l'acte dans son ensemble. Son présent à l'instar de la loi, des informations quant à la nature, la date et l'objet de l'acte. La nature tout d'abord, il peut s'agir d'une décision ou d'une résolution. Nous focaliserons notre attention sur les seules décisions. Le document identifie toujours l'organe ayant adopté les décisions, ainsi que la session au cours de laquelle elles ont été adoptées¹³⁶. D'autres sont plus précises, et mentionnent à la fin de chaque décision la séance plénière de l'organe délibérant au cours de laquelle la décision a été adoptée, ainsi que la date de cette séance¹³⁷. Ces informations figurent en partie dans la cote de chacune des décisions informant au minimum quant au numéro de la session de l'organe, et le numéro de la décision parmi celles adoptées à cette session. Les décisions sont pourvues d'un titre renseignant sur son objet. Les décisions offrent en outre nombre d'informations similaires à celles relevées par Paul Amselek dans l'analyse des lois. Les décisions débutent par la formulation « La Conférence des Parties » informant sur l'organe adoptant l'acte et se compose d'un préambule de paragraphes non numérotés, renseignant sur les motifs. Ces éléments sont-ils suffisants en tant que tels pour reconnaître à ces décisions une fonction normative ? Il est bien évident que non, ils ne pourraient l'être que dans l'hypothèse où à l'instar de la loi, ils seraient l'indice de l'exercice d'une compétence normative reconnue à l'organe par le groupe social. La loi a une finalité intrinsèquement normative. Le Conseil constitutionnel l'a affirmé avec force : « la loi a pour vocation d'énoncer des règles et doit par suite être revêtue d'une portée normative »¹³⁸. En notre espèce, si ces éléments nous permettent de rattacher l'acte à l'exercice d'une compétence reconnue à la COP en vertu de la convention¹³⁹, le mandat large dont elle dispose s'oppose à en déduire la finalité normative de toutes ses décisions. La vocation instrumentale du contenu devra donc être identifiée à l'aide d'autres indices.

L'intention de la COP sous-tendant les dispositions des décisions n'est pas monolithique. Si la décision peut être envisagée comme un acte de parole, une analyse plus précise impose de l'envisager comme un complexe d'actes de parole. En effet, les différentes dispositions des décisions présentent des valeurs illocutoires distinctes et indépendantes. Les décisions offrent une pléthore d'indices linguistiques explicitant les valeurs illocutoires des dispositions sous la forme de performatifs explicites présents au début de chaque paragraphe. La notion de performatif doit être replacée

¹³⁶ *Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques. Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination; Convention sur la diversité biologique; Convention de Vienne pour la protection de la couche d'ozone; Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction.*

¹³⁷ Voir notamment : dans le cadre de *Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques*: Décision 1/CP.15, *Résultats des travaux du Groupe de travail spécial de l'action concertée à long terme au titre de la Convention*, FCCC/CP/2009/11/Add.1. *Convention des Nations Unies sur la lutte contre la désertification dans les pays gravement touchés par la sécheresse et/ou la désertification*, en particulier en Afrique, voir par exemple : Décision 1/ COP 11, ICCD/COP(11)/23/Add.1.

¹³⁸ Décision n° 2004-500 DC du 29 juillet 2004, considérant 12; Déc. n° 2005-512 DC, 21 avril 2005, JO 24 avr. 2005 à la p 7173, considérant 8.

¹³⁹ Les conventions prévoient la possibilité pour les COPs d'adopter des décisions.

brèvement dans la théorie de John Langshaw Austin. Celui-ci, dans son ouvrage fondateur *How to do things with words*, dénonce l'illusion descriptive du langage. L'analyse classique sous l'angle du critère de vericonditionnalité aboutirait en effet à qualifier nombre d'énoncés de non-sens ou pseudo-propositions. John Langshaw Austin commence par constater que nombre de ces énoncés n'ont pas une vocation simplement informative, descriptive, mais constituent l'accomplissement d'un acte d'où leur qualification de performatifs. La fonction de l'acte accompli par la parole peut être explicitée à l'aide de verbes qu'il nomme performatifs explicites¹⁴⁰. Dans ce cas, l'acte est dit réflexif, en ce qu'il énonce l'acte qu'il opère par cette énonciation. Austin a par la suite abandonné sa dichotomie entre énoncés constatifs et performatifs¹⁴¹, et réorienté son analyse autour de sa conception de l'acte de parole composé d'un acte locutoire, illocutoire et perlocutoire. Il demeure cependant que la notion de performatif explicite reste opératoire, ceux-ci offrent des indices de la valeur illocutoire de l'énoncé (*i.e.* la fonction lui étant reconnue). Il convient dès lors de recenser les performatifs utilisés au sein des décisions des COP, et de les classer selon la normativité dont ils sont porteurs. John Langshaw Austin et John Rogers Searles ont tous deux proposé une taxinomie de ces performatifs. Ils proposent tous deux cinq catégories. Le premier distingue ainsi les verdictifs, exercitifs, promissifs, comportatifs, et expositifs¹⁴², et le second les assertifs, directifs (ou exercifs), promissifs, expressifs, et les déclaratifs (ou verdictifs)¹⁴³. Si l'on compare les performatifs utilisés dans les décisions des COP aux catégories proposées et aux exemples fournis, il apparaît rapidement que certaines catégories de performatifs ne sont pas utilisées, que des sous-distinctions pourraient être opérées, et que de nouvelles catégories doivent être créées. Nous proposerons donc au lecteur une classification qui nous semble adaptée à notre objet d'étude, et à l'objectif de cette contribution.

Les décisions adoptées par l'organe plénier de la plupart des AME se structurent de manière comparable, avec des dispositions débutant par des performatifs explicites (un verbe conjugué au début de chaque paragraphe)¹⁴⁴. Un nombre restreint de verbe compose le vocabulaire performatif des décisions de COP. La COP par exemple « prie », « demande », « note », « engage », « approuve », « décide », « recommande », etc. Il nous faut donc rechercher parmi ces performatifs lesquels manifestent une volonté normative, une intention d'attribuer à la disposition une fonction de direction de la conduite.

Nous proposons sur la base de ces indices de distinguer trois types de performatifs : les constatifs, les promotionnels, les décisionnels. À ces trois performatifs correspondent des propositions débutant par : « reconnaît » ou « rappelle », pour les premières; « demande », « prie », « invite », ou « recommande », pour les deuxièmes; « décide », « convient », ou « adopte », pour les

¹⁴⁰ Austin, *supra* note 133.

¹⁴¹ Car les énoncés constatifs sont en réalité des performatifs puisqu'ils sont un acte d'assertion.

¹⁴² Austin, *supra* note 133 à la p 153.

¹⁴³ John R Searle, *Les actes de langage : Essai de philosophie du langage*, Paris, Hermann, 2009 à la p 39.

¹⁴⁴ CCNUCC, CBD, CNUD, Convention de Ramsar, CMS.

dernières. Les premières sont dépourvues de normativité car elles ont pour fonction de décrire. À l'inverse, les deux derniers types de propositions peuvent être considérés comme ayant une fonction normative puisqu'elles visent à fournir un référent auquel comparer le comportement. Ces performatifs s'avèrent très utiles afin d'analyser les décisions de COP. L'analyse des nombreuses décisions de COP des conventions étudiées¹⁴⁵ fait apparaître un schéma général. Les propositions constatives ont une fonction de cadrage, elles présentent le contexte, les motifs et causes. Leur normativité sera donc nulle. Il arrive cependant que leur contenu soit celui d'une proposition normative préalablement établie. La encore leur normativité est nulle puisqu'elles ne sont pas constitutives de cette fonction reconnue à leur contenu. Les propositions constatives sont des éléments hors des négociations, non pas que leur utilisation et formulation ne fasse pas l'objet de négociation, mais car leur existence est indépendante de celles-ci, la négociation ayant pour seul objet la question de leur éventuelle reconnaissance. Les propositions promotionnelles sont des normes de comportement. Elles peuvent avoir des destinataires variés, mais il s'agit généralement des États Parties et des organes institutionnels. Elles peuvent avoir une fonction processuelle – en invitant les destinataires à accomplir des actes afin d'entretenir le processus de négociations – ou une fonction directive en identifiant un comportement associé au destinataire, et devant être accompli. Dans les deux cas, la constante demeure l'identification d'un comportement associé à un sujet d'action. De ce fait il ne s'agit que de norme de comportement et non de normes de structure. Enfin, les propositions décisionnelles peuvent être qualifiées de méta-normes structurelles dans le sens où elles encadrent des normes de comportement préalablement établies, fixent des modalités procédurales, créent des organes et encadrent leur fonctionnement. Si la fonction normative de ces propositions est indirecte – dans la mesure où résulte de la contrainte normative structurelle qu'elle établie –, elle n'en est pas moins la plus forte.

Comme nous l'avons précisé, il ne s'agit là que d'un schéma général se dégageant de la pratique. L'identification de la normativité doit se faire au cas par cas. Étant une fonction reconnue intersubjectivement à un énoncé elle ne peut donc être déterminée qu'au moyen d'une analyse pragmatique. Deux situations permettent d'éclairer l'importance du contexte dans la détermination de la fonction reconnue à l'énoncé. Certains performatifs auront une propension à avoir une signification distincte en fonction de la relation existante entre l'émetteur et le récepteur de la norme, de la relation normative préexistante. Les AME instituent la COP comme hiérarchiquement supérieure aux organes subsidiaires et au secrétariat. Ainsi, la signification des propositions promotionnelles articulant les verbes « demande », « prie », « invite » et ayant pour destinataires ces organes subordonnés est affectée par cette relation préexistante. Une norme de comportement adressée au secrétariat aura une signification normative structurelle associée et possèdera ainsi une signification décisionnelle à l'égard des États. Enfin, certains verbes performatifs sont normativement indéterminés, puisqu'ils ne permettent pas d'activer une

¹⁴⁵ Celles de toutes les Conventions pertinentes citées précédemment. La CITES est exclue de l'étude puisque ses décisions n'articulent pas de verbes performatifs.

« convention » (une signification intersubjectivement reconnue) de normativité. Il s'agit notamment des propositions débutant par le terme « note ». La normativité sera alors pleinement dépendante du contexte et du langage utilisé.

Les Décisions des COPs ne peuvent se laisser appréhender pleinement sous l'angle de normes dont la violation serait constitutive d'un fait internationalement illicite susceptible d'engager la responsabilité. Elles sont caractéristiques de l'évolution de la fonction du droit relevée par Norberto Bobbio, passant d'un droit sanctionnateur à un droit promotionnel. Ces évolutions réinterrogent nos modèles et nos concepts. Ce processus de remise en question peut s'opérer en conformité avec la fonction du juriste en gardant à l'esprit ses fonctions distinctes du sociologue¹⁴⁶. La régularité sur laquelle se fonde le sociologue pour établir des prédictions est factuelle, elle relève de la normalité, et s'opère en adoptant un point de vue externe au droit. À l'inverse, le juriste se fonde sur des régularités volitives, proprement normatives, observées en adoptant un point de vue interne. Les décisions de la COP étant négociées et devant être acceptées par l'ensemble des Parties à la Convention, les indices illocutoires qu'elles fournissent révèlent une intention intersubjective et interne au groupe social. Ils permettent donc d'établir la fonction reconnue aux différentes dispositions des décisions. L'analyse de ces décisions à travers le critère de juridicité fondé sur les sources formelles du droit ne fait que peu de sens dans la mesure où leur justiciabilité n'est bien souvent pas souhaitable et risquerait de bloquer les processus de négociation. Il apparaît donc dans de tels cas plus pertinent d'envisager la fonction attribuée aux énoncés au sein du « groupe social » considéré. Le contenu de ces décisions est en grande partie normatif. Elles se voient ainsi reconnaître par les Parties cette fonction et sont utilisées en ce sens. Pour aller plus loin, nous pourrions affirmer que ces décisions permettent de reconstruire les critères de distinction du droit et du non-droit. Ces décisions peuvent être considérées comme juridiques selon la conception de Paul Amselek, en vertu de laquelle la juridicité naîtrait du caractère public de la norme. Les normes juridiques partagent avec les normes éthiques dont elles font partie leur finalité de la direction de la conduite humaine, mais s'en distinguent par leur caractère public¹⁴⁷. Dès lors, point besoin de rechercher la nature du juridique dans la structure du droit à l'instar de Kelsen ou de Hart. Le droit en tant qu'outil, comme l'a toujours envisagé Kelsen, pour qui le droit est un moyen et non une fin, se distingue par ce caractère public sans recourir à la notion de sanction. Précisons cette spécificité. Opérons brièvement un retour étymologique. Public, issue de *publicus* en latin, était utilisé pour identifier ce qui est relatif à l'État ou encore ce qui est commun, universel, à la disposition de tout le monde. Sans aller jusqu'à l'universalité, nous pouvons dire qu'est public ce qui est

¹⁴⁶ Bobbio, *De la structure*, *supra* note 101.

¹⁴⁷ Amselek, *supra* note 115 à la p 260.

commun à un ensemble d'individus, et plus particulièrement à un groupe d'individus. Les normes seraient donc juridiques relativement à un groupe social les acceptant. Ce faisant, la normativité retrouve une place fondamentale dans la détermination du juridique puisqu'elle constitue cette fonction de direction de la conduite intersubjectivement reconnue à des énoncés acceptés. Les COPs pouvant être assimilées à un « groupe social d'État » coopérant dans la poursuite d'un objectif commun en adoptant des décisions devant encadrer leur conduite à cette fin, leur contenu est donc pourvu d'une réelle juridicité dans la mesure des propositions normatives. La fonction du juriste est alors d'analyser et de modéliser ce système de normes se dessinant sous nos yeux en portant notre attention sur les indices illocutoires de ces énoncés.