

COUTUME SAGE ET COUTUME SAUVAGE

par

René-Jean DUPUY

La coutume internationale ne présente pas, à première vue, de caractères originaux. Elle résulte, comme dans les diverses branches du droit interne, de la répétition d'une série de faits concordants et de la conviction des sujets de droits que ces comportements expriment une règle de droit.

Dès lors, on peut se poser une question : n'introduit-elle pas, dans l'ordre relationnel, un élément d'objectivité, rompant avec le climat volontariste qui y règne ? La vieille image de Cobbet du sentier dans lequel chacun met ses pas, convaincu que c'est le bon chemin, évoque le phénomène instinctif, produit spontané du milieu social et non pas l'action concertée entre volontés conscientes.

La réalité est moins simple : si même des coutumes internationales ont pu émerger des attitudes irraisonnées des Etats, à l'époque où, encore très peu nombreux, ils élaboraient par la force des choses les premiers éléments du droit des gens, les gouvernants en sont vite venus à soutenir que la règle coutumière n'était que le fruit de leur accord informel et que, dès lors, elle ne peut leur être opposée qu'à raison de leur acquiescement. Tant il est vrai qu'il convient de distinguer entre la formation de la coutume, qui peut, même dans les rapports entre Etats, être un fait social ratifié par une longue histoire, et l'interprétation volontariste, donnée après coup par des souverains réticents à reconnaître le poids d'une obligation née à leur insu et sans leur agrément. De fait l'article 38 du Statut de la Cour internationale de justice, consacrant cette conception subjectiviste, range parmi les sources du droit international, la coutume « comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit ».

Ainsi le droit relationnel réintègre-t-il la coutume dans le droit volontaire. On comprend l'insistance de la doctrine classique à ne considérer comme *agents formateurs* de la coutume que les Etats

à l'exclusion des individus. De fait le droit positif confirme que la coutume résulte d'actes émanant d'organes étatiques dotés de la compétence internationale. Si, depuis la reconnaissance de la personnalité juridique des Organisations internationales, l'on admet qu'elles participent, en tant qu'éléments de l'ordre relationnel, à la formation de règles coutumières dans leurs rapports avec les Etats ou avec d'autres Organisations, les souverains restent les pourvoyeurs principaux du droit coutumier.

Cette prééminence de l'action génératrice de l'Etat pose une question : quelle place concerne la coutume dans le droit international actuel ? Alors que les relations internationales mettent en cause aujourd'hui des problèmes techniques, les formulations incertaines de la coutume, laissées à l'appréciation de chacun, ne sont-elles pas dépassées par le droit conventionnel autrement précis ? Alors que le nombre des Etats, depuis le début du siècle, a quadruplé et que des familles spirituellement, idéologiquement, économiquement différentes sont apparues avec, à leur disposition, les prérogatives étatiques, la coutume n'est-elle pas condamnée à l'éclatement ?

Il faut, pour tenter de répondre, évoquer la tension entre le fait et la conscience dans la formation de la règle coutumière afin de mieux apercevoir la fonction de la coutume qui peut être de coagulation ou, au contraire, de sécession.

I. — HISTOIRE ET VOLONTÉ DANS LA CROISSANCE DE LA COUTUME

On présente traditionnellement les deux éléments constitutifs de la coutume sur un plan statique : la répétition de précédents durant une durée d'une certaine étendue et la conscience d'exécuter, ce faisant, une obligation juridique. Ainsi se trouvent-ils, dans cette approche fixiste, réputés de volume identique, l'histoire et la conviction collective s'engendrant mutuellement.

A dire vrai, le processus de formation de la coutume affecte aux facteurs factuel et consensuel des poids respectifs différents selon le moment, le milieu, les intérêts en cause. Il en résulte, dans la réalité sociale, une tension continue entre le fait et la conscience. Certes, il existe des coutumes sages qui se sont lentement dégagées de faits immémoriaux, établis sur une tradition mentale, mais on voit aussi, spécialement de nos jours, des coutumes sauvages dont l'excroissance soudaine puise sa racine plus dans les volontés alertées que dans des esprits assoupis par une longue habitude.

Rechercher la portée respective de chacun des éléments constitutifs revient à se poser un problème fondamental, celui de l'antériorité du fait sur la conscience ou, au contraire, la direction de celui-là par celle-ci.

La théorie de l'accord tacite valorise l'élément consensuel ; comme le dit Paul Reuter « la répétition devient inutile, sinon dans les cas douteux, comme moyen de preuve ». A l'inverse, pour la thèse objectiviste, le fait social, par son accumulation de précédents, pèse sur les consciences auxquelles il rend la règle de plus en plus évidente. La multiplication des faits se traduit par une croissance de la conscience.

Les deux démarches sont, en principe, également soutenables.

Il est courant de dire que le fait précède le droit. Le sociologisme n'a pas tort de montrer que la coutume, dans certains milieux, est le fruit d'une croissance spontanée, la répétition des actes donnant naissance à un sentiment d'obligation. Vision existentielle où, une fois de plus, l'existence précède l'essence, qualifiée après coup par le droit. Mais de quels milieux s'agit-il ? Scelle le dit lui-même, des sociétés primitives.

Certes, il est fréquent de considérer comme telle la société internationale et de fait, depuis le xvi^e siècle, et même avant, des habitudes ont été prises qui, avec le temps et la consécration de la tradition, sont devenues des règles de droit ; le droit de la mer, celui des relations diplomatiques et consulaires notamment se sont ainsi lentement dégagés du fait historique. Mais l'avènement des grands Etats a toujours mêlé à cette croissance naturelle l'intervention décisive du pouvoir. La société internationale n'est pas exclusivement celle de Cromagnon ; elle est aussi celle de Machiavel.

Dès lors, si même le fait précède le droit, la question est en définitive de savoir si ce fait est inconscient ou au contraire s'il n'a pas été systématiquement voulu. Or, nombre de coutumes sont d'origine volontaire et émanent des grandes Puissances et, comme le dit admirablement Charles De Visscher : « Du fait de leur répétition ou de leur enchaînement, du fait surtout de l'idée d'ordre qui finalement s'en dégage, ont perdu peu à peu leur caractère personnel, contingent, en un mot, politique, pour revêtir les aspects de la coutume en formation » (1). L'anonymat dont le temps cou-

(1) Ch. De Visscher ajoute : « on peut citer en exemple dans cet ordre d'idées l'impulsion considérable donnée par les Etats-Unis, à partir de la fin du xviii^e siècle au développement du droit de la neutralité », *Théories et réalités*, p. 190.

vre la coutume camoufle en règle d'intérêt général ce qui fut — et parfois demeure — inspiré par l'intérêt de Puissances dominantes.

On aperçoit les limites des deux thèses contradictoires ; de celle de l'accord tacite tout d'abord : à l'origine de la coutume peut se trouver l'action d'un grand Etat, ou celle de plusieurs, mais leur coalition n'est pas concertée ou même concomitante, elle est diffuse, diluée au long d'une histoire. En réalité elle est impuissante à sauvegarder réellement la souveraineté comme le croient ses partisans ; si l'accord tacite est celui des grands qui ont créé la coutume, c'est évident ; s'il s'agit de celui des Etats de moindre puissance, il se réduit à une adhésion plus ou moins consciente de chacun d'eux, selon le poids de ses intérêts en cause, à la loi d'une coalition, dissimulée derrière « l'éternel hier », ou à un refus, lui-même constant, d'adhésion lorsque la prise de conscience de ses positions politiques ou économiques le lui commande. Ainsi l'intervention de la volonté ne se confond pas nécessairement avec un accord tacite. Celui-ci peut tout au plus apparaître lorsque la coutume ne concerne qu'un petit nombre d'Etats ou, à la limite, deux seulement, comme l'a reconnu la Cour dans l'arrêt sur le droit de passage en territoire indien. Dans cette dernière décision, elle déclare qu'elle « ne voit pas de raison pour qu'une pratique prolongée et continue entre deux Etats, pratique acceptée par eux comme régissant leurs rapports, ne soit pas à la base de droits et d'obligations réciproques entre ces deux Etats ».

L'ultime recours de la souveraineté se trouve donc dans la démonstration par l'Etat récalcitrant, d'une opposition non point occasionnelle et formulée dans une conjoncture contentieuse particulière, mais tout aussi tenace dans son refus que la coutume dans sa croissance. Autrement dit, l'action de la volonté emprunte plutôt la voie unilatérale que celle de l'accord.

A l'inverse, la vision sociologique, qui place la coutume dans l'histoire naturelle des règles de droit, a tort de méconnaître l'élément volontaire dans le processus coutumier.

La tension dialectique entre l'élément historique et l'attitude consciente de l'Etat à l'égard de la coutume semble se résoudre ainsi : — d'une part, la création originaire de la coutume peut être confuse et inconsciente comme voulue ou encouragée par certains Etats puissants ; — d'autre part, l'impact de la règle coutumière sur les sujets de droit ne les atteint pas sans que leur volonté n'en soit alertée, mais celle-ci n'est point inconditionnée dans sa faculté de refus, lequel doit revêtir « la même notoriété et la même effec-

tivité que les comportements et les pratiques » (2) contre lesquels il est dirigé.

C'est en définitive ce qui ressort des analyses explicites de l'arrêt sur le plateau continental et la mer du Nord (3). Cette décision, rompant avec les traditions antérieures de la Cour de La Haye, écarte avec netteté la thèse de l'accord tacite en opposant au traité les règles coutumières qui « par nature, ...doivent s'appliquer dans des conditions égales à tous les membres de la communauté internationale et ne peuvent être subordonnées à un droit d'exclusion exercé unilatéralement et à volonté par l'un quelconque des membres de la communauté et à son propre avantage » (4). L'expression « à volonté » utilisée par la Cour, signifie discrétionnairement ; il s'ensuit non pas que la réaction volontaire de l'Etat qui considère une coutume comme inopposable à lui soit totalement exclue, mais simplement qu'elle ne peut, à elle seule, faire obstacle à la formation et au développement de la coutume et que son inopposabilité est subordonnée à la preuve, par l'Etat qui s'en prévaut, de protestations, déclarations manifestant clairement qu'il ne fait pas partie de la communauté juridique servant d'assise à la coutume.

On débouche ainsi sur ce que l'on appelle souvent le relativisme de la coutume mais qui n'est autre que le caractère dynamique de la règle coutumière dont la nappe se répand jusqu'à ce qu'une digue ferme parvienne à la contenir.

Tout cela s'éclaire à l'examen des fonctions de la coutume.

II. — FONCTIONS DE LA COUTUME

La dialectique interne que nous venons d'étudier ne prend sa véritable portée qu'autant que la coutume est aperçue au cœur de la tension qui l'affronte aux autres sources de droit dans une œuvre tout à la fois créatrice et révisionniste. En effet, si la règle coutumière est souvent considérée dans sa longue traine de précédents qui semble remonter aux premiers temps de la création du monde juridique, elle assume aussi une mission de rénovation du droit qui peut d'ailleurs se limiter à une région ou à un domaine particulier.

A) La fonction créatrice de la coutume, du fait de l'évolution continue et traditionnellement lente qu'on lui reconnaît, revêt une

(2) Paul De Visscher, Cours général, *R.C.A.D.I.*, 1972.

(3) Marek (K.), « Le problème des sources du droit dans l'arrêt du plateau continental de la mer du Nord », *Revue belge de droit international*, 1970, p. 55.

(4) *Rec.* 1968, pp. 38-39.

couleur passéiste et conservatrice. De fait, elle se répand dans une société homogène composée d'Etats de niveaux de développement comparables et partageant des idéaux identiques, et lui assigne un certain ordre public. Il en est de même dans une société dont l'homogénéité résulte moins de l'équivalente situation de ses membres que de sa subordination ou de la vassalité à laquelle les plus puissants d'entre eux peuvent réduire les autres. C'est ainsi que le monde du Concert européen a pu être considéré comme homogène, et que d'autres régions pourraient l'être tout aussi bien aujourd'hui. La coutume exprime alors une éthique communément partagée ou simplement dominante. Certes, elle restera parfois imprécise mais elle pourra inspirer des accords écrits entre deux ou plusieurs Etats qui lui apporteront ainsi la rigueur formelle dont elle est naturellement privée. La coutume apparaît ainsi comme l'aube lente du traité.

Le point ultime de ce mouvement, atteint avec la codification, ne met pas fin à son développement ; la coutume continue à vivre à côté de la convention qui la codifie. Certains Etats répugnent à s'y joindre sans, pour autant, refuser de reconnaître l'opposabilité de la règle coutumière à leur égard. C'est que la codification ne se borne pas à une simple photographie de la coutume ; elle est l'occasion d'y ajouter des dispositions nouvelles. Ainsi s'effectue l'œuvre des Nations Unies en ce domaine. On ne saurait soutenir, comme on le fait parfois, que la codification du droit international n'est inspirée que par des objectifs d'ordre technique par opposition à celle du droit interne, instrument d'unification politique. Comme l'a montré R. Ago, la codification internationale poursuit un but analogue, alors que l'apparition d'un grand nombre d'Etats nouveaux, n'ayant pas participé à l'élaboration du droit coutumier, souligne à la fois l'hétérogénéité nouvelle du monde actuel et la nécessité de la réduire en offrant aux peuples un langage juridique commun. A cet égard, le rôle des Nations Unies est très significatif : il nous montre le travail de l'institution au sein de l'ordre relationnel pour en codifier les règles coutumières et, par la même occasion, y projeter, à la faveur de la mission de développement du droit assigné aux Conférences, des valeurs exprimant l'éthique des Nations Unies. Le phénomène est particulièrement sensible avec la codification du droit des traités.

Il s'en faut cependant que l'homogénéité d'une société internationale puisse être effectivement assurée par le seul jeu de la codification de ses règles juridiques. Lors même que les textes ont

rassemblé aux Conférences la majorité des deux tiers, un nombre moindre et souvent modeste les ratifie. Les conventions sur le droit de la mer sont déjà considérées comme dépassées et la Conférence prévue pour 1974 est destinée non plus à codifier mais à innover en ce domaine. Les contradictions qui travaillent la société internationale résistent à l'œuvre d'unification. Il est remarquable de constater que dans le monde contradictoire où nous vivons, le rôle de la coutume n'est pas éteint ; tout au contraire, chacun des groupes économique-politiques qui s'y affrontent, secrète ses propres coutumes et s'efforce de les faire reconnaître par les autres.

B) La fonction révisionniste peut étonner ; coutumier n'est-il pas synonyme d'habituel ? Mais ce serait oublier que la coutume est une source toujours agissante ; quand bien même l'une d'elles serait codifiée, sa démarche viendrait donner aux textes qui voulaient la figer une interprétation, voire une orientation différente de celles conçues par les rédacteurs. Toutes les coutumes ne peuvent prétendre à l'universalité ni à la généralité ; des Etats leur échappent, leur domaine ne couvre pas davantage tous les rapports sociaux que leur matière pourrait concerner.

Cette vie continue qui ne cessera qu'avec l'histoire, adopte, selon le degré d'homogénéité des sociétés internationales, et la matière, un rythme différent. On passe ainsi de la révision à la révolution.

1. Le révisionnisme par la voie coutumière aboutit à l'abrogation ou à la séparation.

L'effet abrogatoire peut évidemment s'exercer à l'égard d'une coutume antérieure ; le phénomène sera lent, et, en période de retournement des eaux qui portent la règle en cours de caducité et celle en essor, la confusion risquera d'être grande, sauf si l'homogénéité de la société, par hypothèse exempte de contradictions trop accusées, permet au changement de se faire comme à l'insu des consciences ou avec leur muet agrément.

Tout aussi bien la coutume peut non seulement réviser un traité, mais l'abroger ; il n'existe, on le sait, aucune supériorité hiérarchique entre ces deux sources du droit des gens, le comportement ultérieur des Parties à la convention pouvant, en fait, méconnaître une des dispositions du traité ou même la totalité de celui-ci (6). Le droit de la guerre est malheureusement le domaine d'élection

(6) Voir des exemples dans Ch. Rousseau, *Droit international public*, t. I, 1970, n° 283.

de cette méconnaissance conjuguée de certaines règles conventionnelles. On se trouve ici en présence d'un cas-type de coutume abrogatoire fondée sur un accord tacite.

L'effet séparateur résulte de l'apparition de coutumes qui se veulent propres à une région, géographique ou politique. Elles traduisent chacune une solidarité sociale profondément ressentie. Il en résulte un compartimentage de l'ordre juridique œcuménique par un pluralisme coutumier, les intérêts spécifiques communs à certains Etats les conduisant à adapter des attitudes distinctes de celles dictées par la coutume dite universelle et qui n'est elle-même, dans un domaine particulier, que l'expression juridique d'un milieu international différent.

La Cour internationale de justice a, dans quatre décisions, reconnu ce particularisme coutumier :

— dans l'affaire du droit d'asile (arrêt du 13 juin 1951), dans celle des pêcheries anglo-norvégiennes (arrêt du 18 décembre 1951), admettant un régime particulier tant pour la délimitation de la mer territoriale que pour celle des eaux intérieures de certains Etats ;

— dans l'affaire des droits des ressortissants américains au Maroc (arrêt du 27 août 1952) à propos de l'application du régime des capitulations dans l'empire ;

— enfin dans l'affaire du droit de passage précité dans lequel la Cour a admis l'existence d'une coutume bilatérale entre le Portugal et l'Inde au sujet de l'enclave de Goa.

Le particularisme de ces coutumes entraîne deux conséquences :

1° En ce qui concerne la charge de la preuve « la Partie qui invoque une coutume de cette nature doit prouver qu'elle est constituée de telle manière qu'elle est devenue obligatoire pour l'autre Partie » (C.I.J., affaire du droit d'asile).

2° En cas de conflit entre une coutume régionale et une coutume générale, laquelle doit l'emporter ? G. Scelle considérait que la première représentait un phénomène naturel de décentralisation normative et que, dans ces conditions, la règle générale doit toujours prévaloir.

La Cour (affaire du droit de passage) a adopté la solution contraire, avec raison : on ne saurait réduire les particularismes par la prévalence artificielle de la coutume générale ; la spécificité des problèmes propres à une région impliquant des solutions coutumièrement trouvées en son sein. On remarquera que le processus de la coutume régionale, dans ces hypothèses, est le

même que celui, déjà étudié, de la règle coutumière à vocation universelle, faisant intervenir, selon des proportions variables, la répétition, la conscience collective, voire même l'accord tacite. Pour autant, ces particularismes coutumiers ne concernent que les Etats de la communauté internationale intéressée ; il ne tend pas à s'imposer à ceux qui n'en relèvent point.

Il est cependant des domaines où la coutume particulière prétend, au moins dans la zone considérée, y régner comme un élément de l'ordre public et, comme tel, imposer ses règles aux Etats extérieurs qui viendraient y exercer des activités. Alors la coutume n'est plus seulement séparatiste, elle est révolutionnaire.

2. La coutume révolutionnaire se réalise dans une remise en question de l'ordre établi. Elle s'attaque en effet à un système de normes, coutumières ou parfois écrites, qui ont la prétention d'exprimer une règle quasi universelle. Le droit de la mer est le siège d'élection de cette contestation : à l'heure présente des Etats latino-américains, imités par d'autres pays de développement, notamment en Afrique, s'approprient des zones de souveraineté ou de juridiction, comportant notamment des droits exclusifs de pêche, sur des étendues de 200 milles. Le principe coutumier de la liberté de la haute mer se trouve mis en cause par des pays qui n'ont pas de peine à démontrer qu'il fut édifié par les grandes Puissances maritimes et ne pouvait profiter qu'à elles. Ils décident de les en exclure sur des étendues considérables de la haute mer. D'une façon plus générale, ce reproche est adressé à d'autres coutumes à vocation universelle par les pays socialistes et les Etats nouveaux. Le principe des droits acquis, le respect de la propriété privée étrangère, l'ensemble du régime de la succession d'Etats, ont, de la même façon été remis en question. Ainsi c'est par référence à une notion d'équité, fondée sur le droit des peuples au développement ou à l'auto-détermination, que se répandent des contre-coutumes. Phénomène naturel avec une multiplication des Etats qui met en évidence l'hétérogénéité de la société internationale et l'éclatement du droit coutumier traditionnel.

Mais une question se pose : ces prétentions concurrentes d'Etats rassemblés par l'analogie des intérêts économiques et sociaux constituent-elles des coutumes ? On a fait appel, pour justifier une réponse affirmative, à la notion de « coutume instantanée » sans qu'une telle formule suffise à convaincre.

Sur quels types de précédents peut-elle s'articuler ? Sur des actes unilatéraux, déclarations, le plus souvent confirmées par des

mesures législatives nationales. Parfois aussi cette action en ordre dispersé se double de l'adoption en commun de résolutions largement diffusées à l'égard des tiers : Déclarations de Santiago du 18 août 1952, de Montevideo du 8 mai 1970 et de Lima du 8 août 1970.

On assiste ainsi à un effort de coordination, à ce qu'on pourrait appeler à des stratégies coutumières. La dialectique du relationnel et de l'institutionnel est évidemment utilisée : des résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies peuvent venir les appuyer.

Pour nier la valeur de coutume de ces revendications, on insiste essentiellement sur la durée trop brève des précédents. On sait la relativité de cette notion. Pour la mer, la zone de 200 milles remonte à 1947. Se demander si vingt-cinq années suffisent ou non à fonder une coutume ne servirait à rien. S'agissant d'une règle régionale déterminée, à laquelle les Etats veulent, à l'intérieur de ses limites, soumettre les tiers, ou d'une règle naguère considérée comme universelle mais qu'un groupe important d'Etats s'attachent à abroger (respect des droits acquis), on peut dire que, chez les revendiquants, la pratique commune l'emporte sur le comportement ancien.

Les rapports internes à la structure de la coutume se trouvent altérés au profit de l'élément volontaire ; à la limite la prise de conscience de leur condition rend inutile la répétition diluée sur une longue histoire ; elle se trouve remplacée par une fréquence concomitante, du fait des Etats intéressés adoptant un comportement conjoint dans une période relativement ramassée.

Dans la coutume révolutionnaire, sans nul doute, l'idée précède le fait ; on assiste à une projection factuelle de l'idée politico-juridique. On ne saurait s'étonner qu'avec l'avènement de groupes socio-politiques, la coutume universelle soit battue en brèche ; elle-même est soit, pour certaines règles, d'un ressort plus sociologique que volontaire, soit, pour d'autres, rattachée à un ordre établi sous l'inspiration de grandes Puissances dont l'autorité est aujourd'hui contestée. La résurgence du volontarisme va de pair avec la fonction révolutionnaire de la coutume accélérée, renaissance non du volontarisme fondement d'accord tacite, mais d'un volontarisme projectionnel, affirmant le droit des peuples pauvres à l'encontre du reste de la communauté internationale. Alors buissonne la coutume sauvage, à la croissance rapide comme une plante tropicale.

Elle engage certainement tous ceux qui se prévalent d'un comportement qui la suppose. Le rôle du temps n'est pas cependant

entièrement exclu : il se mesure, pour les Etats tiers à la région ou au groupe, à leur faculté de résistance. Elle est plus ou moins longue. Nul ne nie aujourd'hui, après deux décades de précédents, le droit pour un Etat de procéder à des nationalisations ; le débat ne se prolonge que sur le volume et les modalités de l'indemnisation.

L'opposition entre les coutumes sages et les coutumes sauvages résulte de la réputation d'universalité toujours faite aux premières et aujourd'hui contestée par ceux qui réclament un droit spécifique répondant à leurs besoins de développement, et qui sont situés ainsi dans une région géographique, économique et sociale. Autrement dit, face à la répétition, les pays en voie de développement mettent en avant leur différence. Cette dialectique de la différence et de la répétition (7) est au cœur de ce conflit. Certes, on rétorque aux pays pauvres que la coutume n'a pu se former faute de précédents répétés sur une période suffisamment étendue, mais ils ne se soucient guère de cet argument d'ordre temporel. Leur condition économique et sociale leur semble justifier leur mépris du temps ; on peut dire qu'ils en appellent plutôt à la durée, au temps intérieur bergsonnien ; ils ont conscience d'assumer une misère ou une pauvreté qui confère à leur temps psychologique plus de valeur et de poids qu'un temps historique que la plupart d'entre eux ne vivent que depuis une indépendance encore récente.

La coutume est à la conjonction de la force sociale et de l'idée politique. Le rôle des grandes Puissances restera toujours déterminant dans sa production, mais aujourd'hui les pays pauvres disposent du nombre. Les grands, naturellement peu nombreux, favoriseraient l'extention de coutumes générales, se donnant l'univers pour domaine ; les faibles, ou ceux qui ne sont encore riches que de potentialités pour l'heure insuffisamment exploitées, travaillent sur des coutumes restreintes à certaines matières décisives à leurs yeux et dont ils s'efforcent de faire accepter l'application territoriale par le reste de la communauté internationale.

Ainsi la notion d'Etat représentatif se démultiplie à l'égard de la formation de la règle coutumière : ceux, pour qui le développement économique et la croissance sociale sont des impératifs vitaux, puisent leur représentativité dans leur condition, comme d'autres la trouvent dans leur haut niveau de pouvoir politique ou technologique.

(7) Cf. l'ouvrage philosophique de Gilles Deleuze, *La différence et la répétition*, P.U.F., 1972.

Cette antériorité de la conscience sur l'histoire ne se borne pas aux hypothèses de combat politico-économique ; elle apparaît dans d'autres domaines de lutte, notamment dans celui pour la sauvegarde de l'environnement.

Si la norme qui proclame les fonds marins au-delà de la zone de compétence nationale, héritage commun de l'humanité, ne peut être considérée déjà comme une coutume, faute de savoir quelle en est la portée spatiale et ce, en dépit de la Déclaration des principes, votés le 17 décembre 1970 par l'Assemblée générale, en revanche la règle selon laquelle un Etat est responsable pour les actes de pollution à effets internationaux produits à partir de son territoire, constitue aujourd'hui une norme coutumière (8).

Cette règle résulte d'une formation de textes dont aucun n'a encore reçu la caution formelle du droit positif mais qui tous vont dans le même sens. C'est un cas typique de coutume secrétée par la « Soft Law ». Elle procède en effet des travaux des experts au sein de conférences techniques, tenues sous l'égide notamment d'Institutions spécialisées des Nations Unies, de déclarations relatives à l'environnement et spécialement de celle de Stockholm, enfin de conventions internationales, pour l'heure non ratifiées.

En présence de dangers que la pollution fait courir à la survie de l'espèce humaine, on ne saurait s'étonner de voir ainsi accéléré le processus de formation de la coutume. La conscience du péril, non seulement précède le respect effectif de la règle, mais il finit par l'imposer à l'*opinio necessitatis* du monde. Ainsi se produit un recours assez inattendu à la coutume pour lancer un S.O.S. Mais précisément, il s'agit d'une émission continue du signal d'alarme. La règle commence à apparaître comme un principe général du droit, mais, compte tenu du domaine spécifique où elle a pour effet de s'appliquer, celui de la protection de l'équilibre écologique, elle devient un principe spécialisé de droit, imposant le respect de standards technologiques. Elle assume une mission que la coutume sage ne peut remplir en raison de sa somptueuse lenteur ; elle agit comme la coutume sauvage, avec la même ardeur, mais elle réagit contre la barbarie du monde technologique et industriel ; elle puise sa sagesse dans la science qui a dénoncé les périls, son dynamisme dans la nécessité de faire vite. Elle est tout à la fois coutume savante et alertante.

(8) Encore faut-il administrer la preuve d'un dommage réel, né et actuel, conformément au droit commun, et, ce qui n'est pas toujours aisé, le rattachement exclusif ou partiel de ce dommage à l'activité de l'Etat prétendu auteur du préjudice.

Ainsi la coutume internationale, comme le droit écrit, répond spontanément aux besoins contradictoires de la société des peuples.

Sa fonction a paru sage et apaisante parce que, durant des siècles, le monde évoluait lentement mais elle a toujours porté en elle des virtualités de justice et donc, au bout du compte, de contre coutume ; Pascal l'a bien noté : « Rien suivant la seule raison n'est juste en soi ; tout branle avec le temps. La coutume fait tout l'équité, par cette seule raison qu'elle est reçue ; c'est le fondement mystique de son autorité ».
