

LES CONCEPTIONS ET LES IMPLICATIONS DU TEMPS EN DROIT INTERNATIONAL

par

Joe VERHOEVEN

Professeur ordinaire à l'Université catholique de Louvain

Le temps et le droit ? On aurait instinctivement tendance à considérer que c'est une vieille question. Ce n'est pas si sûr. Il est certes évident que tout système juridique éprouve certaines difficultés à inscrire correctement dans la durée les règles ou les décisions qu'adoptent ses autorités. Il est propre au droit transitoire ou au droit dit intertemporel de les résoudre, avec plus ou moins de succès. Pour le reste, le temps ne semble pas préoccuper particulièrement les juristes, au moins ceux d'entre eux qui se disent internationalistes. Tout au plus accordent-ils quelque attention à l'histoire de leur discipline, et notamment à l'évolution des doctrines qui entendent rendre compte de ses traits fondamentaux. Cette histoire démontre à elle seule que le droit – et point seulement les hommes qui le racontent – change. Elle ne suscite pas d'autre interrogation « fondamentale » sur les relations du droit avec le temps. Hors certains travaux plus techniques¹, les études se font rares en la matière. On en connaît cependant l'une ou l'autre, dont celle de Monique Chemillier-Gendreau qui, sous un intitulé ne rendant pas pleinement compte de son contenu², entraîne le droit aux confins de la philosophie. Il est révélateur aussi que le mot « temps » ne figure habituellement pas dans l'index systématique des traités ou manuels de droit international public, si abondants soient-ils parfois. Les termes qui l'évoquent de manière plus générale sont d'ailleurs relativement peu nombreux : entrée en vigueur, mesure provisoire, pratique constante, prescription, rétroactivité, etc. Ce qui laisserait croire, à première vue, que le droit ne rencontre pas, sur ce terrain, de problèmes particuliers...

Toute particularité éventuelle du droit international mise à part, le fait est pourtant que les relations du droit – non autrement qualifié – avec le temps suscitent aujourd'hui une attention nouvelle. À dire vrai, les philosophes ne s'en sont jamais totalement désintéressés et les psychologues les rejoignent actuelle-

1. Voy. not. l'ouvrage de P. Tavernier, *Recherches sur l'application dans le temps des actes et des règles en droit international public*, 1970.

2. « Le rôle du temps dans la formation du droit international », in *Droit international* 3, Cours et travaux de l'IHEI, éd. Pedone 1987, pp. 1 et s.

ment sur ce terrain. On connaît en la matière des études célèbres, maintes fois citées. Il n'y a pas à s'étonner non plus que la question revienne à l'avant-plan de la théorie du droit, compte tenu de son extraordinaire développement depuis près d'un demi-siècle. Il est remarquable toutefois que des juristes – et notamment la Société française pour le droit international ! – commencent à leur tour à s'y intéresser directement, accumulant en l'occurrence les commentaires. D'aucuns laissent entendre que « la crise » présente – même si l'on ne sait pas trop ce que le terme vise exactement – ou le passage d'un millénaire à l'autre expliquent cette curiosité soudaine. C'est possible...

Il est probable que la question soit fondamentalement de nature philosophique. Ce n'est pas que les rapports du temps et du droit ne suscitent aucune difficulté « technique » pour ce dernier. Force est cependant de reconnaître que ces difficultés sont relativement peu nombreuses et, dans l'ensemble, correctement maîtrisées. On conçoit dès lors que la philosophie soit la première à s'en préoccuper. L'interrogation lui est naturelle dans la mesure où elle met manifestement en cause la compréhension d'une destinée humaine qui est sa raison d'être. Il n'y a pas à s'étonner vraiment, en pareille perspective, que l'image qui est fournie du droit soit relativement grossière, à force d'être exagérément idéale. Il y a une Règle, une Législation, un Juge, une Révolution... et autres représentations qui, sans être fondamentalement erronées, demeurent souvent très éloignées des réalités du droit. Sans doute, la compréhension philosophique sort-elle grandie de ces analyses. Et il devrait, à coup sûr, être bon que les juristes témoignent d'une plus grande amitié avec la philosophie. Mais il n'est pas certain, dans l'immédiat, que leur compréhension du droit en soit accrue, ce qui n'est aucunement l'objet d'un propos philosophique.

Il n'y a pas à être surpris qu'un juriste, qui s'interroge sur le droit et le temps, s'égaré quelque peu dans des voies philosophiques qui ne lui sont pas familières. S'ensuit-il qu'il se « par[e] faussement des insignes du philosophe », ce dont il n'y aurait pas lieu de s'étonner dans le « monde de plagiaires et de parasites » où il se meut³ ? C'est sans doute – au moins faut-il l'espérer ! – aller trop loin. Il est possible qu'il ne faille pas attendre des « juristes [qui], par carrière, pratique[nt] la philosophie du droit », « qu'ils philosophent »⁴. On ne saurait pourtant leur faire catégoriquement grief de s'y essayer quelque peu et les taxer, s'ils n'y parviennent pas, de faussaires. L'intéressant est au moins que le juriste devrait offrir du droit une vision moins caricaturale parce qu'il est censé en connaître les multiples aspects. La proposition est loin toutefois de se vérifier pleinement. Le droit, lorsque ses rapports avec le temps sont soulignés, s'écrit habituellement en termes très idéalisés, qui sont bien plus proches du droit des philosophes que de celui des juristes. Comme s'il était des questions dont les réponses commandent nécessairement qu'il soit défiguré, ou du moins outrageusement simplifié...

À dire vrai, cela n'incite guère à s'engager sans autre hésitation dans un rapport sur les conceptions du temps en droit international. Mais puisque le vin est tiré... Une chose doit néanmoins être claire : le présent rapport n'est aucunement « philosophique »... et il n'est pas davantage « juridique », si l'on range

3. M. Villey, *Réflexions sur la philosophie et le droit. Les carnets*, 1995, p. 29.

4. *Ibid.*

sous ce qualificatif l'étude des questions temporelles suscitées par l'élaboration, l'application et l'interprétation du droit (international) qui relèvent principalement de mes collègues J. Combacau et Ph. Weckel. S'il n'est ni l'un ni l'autre, que peut-il être... ? Dans l'immédiat, il lui suffit d'être introductif, c'est-à-dire un peu l'un et l'autre, de manière à en éventer les charmes respectifs sans en révéler pleinement la séduction.

I. DES CONCEPTIONS DU TEMPS ?

Avant de s'interroger sur les conceptions que le droit (international) se fait du temps, il conviendrait sans doute de s'entendre sur une définition ou, du moins, une représentation du temps. Ce qui n'est pas une mince affaire.

A. Représenter ou définir le temps ?

Il est plus aisé de représenter, c'est-à-dire de dessiner, que de définir. Il est fait appel à l'espace en pareil cas pour éclairer le temps. Deux images se le partagent principalement. Au moins dans les sociétés occidentales, elle est celle d'une ligne continue que l'on tire de gauche à droite et que l'on fragmente ou non selon les interprétations. D'autres lui préfèrent une représentation circulaire, propre notamment aux sociétés amérindiennes. Aux perspectives eschatologiques caractérisant la première se substituerait quelque « recyclage » permanent, sinon éternel, accompagnant la seconde. La différence est importante. Le droit privilégie-t-il l'une ou l'autre ? En tant que tel probablement pas. Le fait est toutefois que, pour ce qui concerne le droit international, une pensée occidentale dominante impose sans doute une représentation linéaire, quitte à en compliquer à l'envi le dessin.

Représenter le temps devrait en faciliter la définition ; il n'en dispense pas. Force est de constater que la tâche n'est pas aisée... Nombreux sont les grands esprits qui s'y sont essayés, sans toujours convaincre. La définition du temps est plus ardue encore que celle du droit, laquelle, on le sait, ne cesse de susciter des hésitations, au gré des courants et des saisons. La perplexité de saint Augustin devant ce qu'est le temps n'est pas moindre que celle de Kant devant ce qu'est le droit. Il en est peu qui, étudiant le temps et le droit, ne s'y réfèrent pas. Cela n'éclaire pas vraiment leurs relations réciproques. Est-ce cela qui explique que la question suscite force jeux de mots, dont l'intitulé et la portée laissent souvent pour le moins hésitant ? On ne sait trop. Le fait est que l'insaisissabilité du temps, en dépit des circonstances – souvent cruelles – qui contraignent à en éprouver la fugacité, paraît inciter maintes fois à une manière de divagation intellectuelle, qui n'est pas sans charme – beaucoup s'en faut – mais dont la pertinence scientifique demeure souvent aussi mystérieuse que les ombres qu'elle entend dissiper. Quitte à emprunter aux sciences dures des concepts particuliers pour solidifier un discours devenu passablement mou. Ce qui rappelle les montres molles de Salvador Dali. Cela a notamment fourni à l'« entropie » l'occasion de multiples consécration littéraires, sinon juridiques, en dépit des

incertitudes qui, même chez les spécialistes de la physique et de la thermodynamique, entourent la portée d'une notion dont le succès est éclatant dans les études contemporaines rapprochant deux inconnues, le droit et le temps.

Faut-il préciser qu'une « introduction » ne peut avoir pour objet de définir ce qui demeure largement indéfinissable ? Et qu'il ne lui appartient même pas de le tenter. Cela dit, il lui revient sans doute de préciser à gros traits les problèmes que le temps suscite pour le droit, sachant que le « questionnement » — dirait-on aujourd'hui — est à sens unique. Car le droit n'est pas un problème pour le temps, en dépit de la candeur avec laquelle d'aucuns prétendent conjurer l'avenir. L'inverse n'est assurément pas vrai. Globalement, les problèmes paraissent de deux ordres. Les premiers relèvent d'un temps que l'on dirait « objectif ». Ils impliquent un traitement de la durée, c'est-à-dire de l'écoulement du temps, par le droit, qu'il appartient à celui-ci de « gérer » comme toutes autres situations. La tâche ne devrait normalement pas présenter de difficultés très considérables, si variées que soient le cas échéant les options utilisables. C'est de cette perspective que participent par exemple l'adoption de mesures (provisoires) justifiées par l'urgence — qui met virtuellement en cause une capacité d'évaluation du temps — ou la fixation du délai requis pour acquérir ou perdre par prescription un droit, ce qui demeure très exceptionnel dans le droit international. Le second ordre de problèmes relève d'un temps plus « subjectif ». Ils sont liés à la perception même que l'on se fait du droit, et notamment de ses articulations avec le temps et l'espace. Nul doute que les problèmes soient sur ce point singulièrement plus délicats.

D'une certaine manière, le traitement du temps « objectif » n'intéresse que les juristes, alors que le temps « subjectif » est la responsabilité première des philosophes et autres psycho- ou anthropologues. Dans l'un et l'autre cas, il paraît bien que tous les problèmes suscités par le temps soient principalement, sinon exclusivement, liés au changement. Très empiriquement — et sans qu'il soit besoin de se référer outre mesure à Aristote pour cela ! —, c'est l'inconstance des choses — ou des gens ! — qui « fait » le temps, c'est-à-dire un après et un avant qui rendent soudain le droit problématique. Faut-il préciser qu'il n'y a là qu'une constatation, ne préjugant en rien d'une définition ? Le fait est seulement que ce sont les changements que le temps « impose » au droit qui compliquent la difficulté éventuelle de concilier l'un avec l'autre. Ces problèmes ne sont pas nécessairement particulièrement aigus. Ils connaissent souvent des solutions « techniques » relativement simples. Cela n'empêche pas qu'au fond des choses, ils soient sans doute littéralement insolubles. Car le temps, qui ne respecte rien, peut changer les règles du droit sur le changement... en ce compris les règles par lesquelles celui-ci entendrait par avance se prémunir contre lui.

Le changement revêt essentiellement deux formes. La première est liée au déplacement, c'est-à-dire à un mouvement dans l'espace, qui conduit à inscrire dans plusieurs ordres juridiques la situation qui, en tout ou en partie, a été créée ou s'est établie dans l'un d'entre eux. C'est l'objet propre du droit international privé de régler les problèmes qui en résultent, du moins lorsque sont en cause des ordres purement « nationaux ». Cette branche du droit n'est certes pas habituellement considérée comme se préoccupant particulièrement du temps, en dehors des questions de conflit mobile ou de droit transitoire — national ou étranger — qui lui sont propres. Il serait erroné, cependant, de croire que le

déplacement, sans lequel la relativité des ordres juridiques ne s'éprouve pas, ne mette pas spécifiquement à contribution le temps. Que les « droits acquis » soient très nettement associés au droit international privé suffit à le démentir. Peu importe qu'ils soient présentés comme un problème ou comme une solution. Cela dit, la question est autre lorsque le changement ne s'accompagne pas ou ne résulte pas d'un déplacement dans l'espace. On peut juger la perspective « temporelle » plus pure en pareille hypothèse. Il est vrai qu'elle est plus manifeste puisqu'elle n'est aucunement obscurcie par une dimension spatiale plus « spectaculaire ». Sur le fond, le problème reste néanmoins substantiellement identique ; il tient à l'avant et à l'après d'une règle, d'une décision ou d'une situation juridique. La différence est seulement – mais elle est secondaire – que sa solution obéit à des règles (très) différentes, selon qu'elle met ou non en cause un seul ordre juridique. Ce que l'on sait, tout bien considéré, depuis longtemps. Quoi qu'il en soit, on nous accordera de ne plus aborder par la suite ces problèmes de droit international privé, pour nous en tenir au seul droit international dit public.

B. « Concevoir » le temps ?

Toute hésitation sur sa définition mise à part, le droit commande-t-il une « conception » du temps qui lui soit spécifique ? L'intitulé « officiel » du présent rapport introductif le laisse *a priori* croire, tout comme le suggèrent les nombreux commentaires qui s'attardent sur les caractères qui seraient propres au « temps du droit », pour reprendre l'intitulé d'un ouvrage récent⁵. Après tout, il n'y a là rien en soi de très exceptionnel. Il appartient sans doute à toute discipline de se forger, si nécessaire, un entendement particulier de certaines notions élémentaires – le temps ou l'espace par exemple – en dehors duquel elle peut difficilement constituer un système « pensé ». Il n'y a dès lors pas à s'étonner en principe que le droit se fasse du temps une « conception » spéciale, s'il y a lieu. La difficulté qu'il y a à le définir ne peut d'ailleurs qu'inciter à en accentuer le cas échéant certains traits, plutôt que d'autres, sans pour autant le défigurer.

Cela dit, y a-t-il effectivement une conception « juridique » du temps ? Il est vrai que les écrits sur le temps et le droit n'hésitent pas à habiller le premier de multiples qualificatifs, en laissant le second étrangement nu. On parle ainsi du temps vulgaire ou philosophique, pré- ou transconstitutionnel, explosif, instantané, partiel et particulier, global et évolutif, court ou long, homogène, universel, pluraliste, virtuel... et autres variations du même genre. Ces épithètes entendent assurément évoquer des caractères ou des propriétés particuliers. On serait bien en peine cependant d'y trouver l'expression d'une approche spécifiquement juridique du temps. F. Ost, qui a beaucoup écrit sur le temps ces dernières années, défend toutefois l'existence d'une « temporalité » proprement juridique ou, plus exactement, de plusieurs temporalités juridiques entendues des « formes particulières que prend le temps en rapport avec les divers phénomènes juridiques »⁶. Il distingue principalement six temporalités de ce type, à

5. F. Ost, 1999.

6. V° « Temporalité juridique », in A.-J. Arnaud (Éd.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2 vol., 1993, p. 607.

savoir : « le temps des fondations... originel, fabuleux, sacré et mythique... [qui] est, par excellence le temps des constitutions », « le temps intemporel de la dogmatique juridique ; présent « omnitemporel »... qui est destiné à suggérer la vérité permanente des principes juridiques en mettant ceux-ci à l'abri de tout contexte historique », « le temps de l'instantané... pur instant de raison sous la forme duquel la pensée juridique se représente la genèse de l'effet obligatoire », « le temps de la longue durée... continuiste, fonctionnant au ralenti... temps coutumier... plutôt orienté vers le passé que l'avenir », « le temps prométhéen... conscient, volontaire même, maîtrisé par la raison en vue de la réalisation d'objectifs déterminés... [qui]... futuriste... constitue le temps propre des lois et des codes » et « le temps de l'alternance entre l'avance et le retard : catégorie empruntée à Gurvitch qui vise une temporalité oscillant entre tradition et anticipation, mémoire et prévision, coutume de longue durée et loi prométhéenne »⁷. L'énumération ne se veut pas exhaustive, deux catégories supplémentaires étant ailleurs défendues ; « le temps aléatoire... que génère l'interventionnisme débridé de l'État-providence » et « le temps anarchique des périodes révolutionnaires »⁸. Il est en outre question d'un temps de la mémoire, du pardon, de la promesse et de la remise en question⁹, sans que l'on sache trop si ces temporalités recourent ou non, en tout ou en partie, celles qui viennent d'être mentionnées.

Ces découpages ne sont assurément pas sans séduction, qui évoquent la multiplicité des références temporelles qui sont véhiculées par le droit. Il est vrai que le temps est multiple ou, plus exactement, que chaque individu, groupe ou société n'en subit ou n'en perçoit pas de la même manière le cours ou le passage, et les enjeux – c'est-à-dire les changements – dont il est porteur. Nul n'en met plus en cause à ce titre la relativité, dont la constatation est devenue banale.

Est-ce à dire qu'il y ait là une conception « juridique » du temps ? C'est beaucoup dire. Il y a seulement que le temps n'exerce pas de manière constante et uniforme son emprise sur toutes les composantes d'un système juridique. Il est vrai que chacun, notamment parmi les autorités étatiques, peut exprimer une manière particulière d'être ou de se déterminer par rapport à ce qui bouge, ce qui donne corps à une certaine « conception » du temps. Cela va de soi. On peut comprendre à ce titre que l'on cherche à dessiner à gros traits les principales situations ou hypothèses dans lesquelles la relativité du temps se manifeste. Il n'est pas sûr toutefois que l'on puisse se satisfaire à cette fin d'une manière de droit désincarné, bâti à l'aide d'une matrice idéale dont seraient en quelque sorte sortis tous les droits dits positifs. Il est certes probable qu'il existe certains « universaux » du droit, que doivent inmanquablement respecter tous les systèmes juridiques quels que soient les lieux ou les époques où ils s'incarnent¹⁰. On voit mal néanmoins que les relations de ceux-ci avec le temps soient de la

7. *Ibid.*, pp. 608-609.

8. F. Ost et M. van de Kerchove, « Pluralisme temporel et changement », in *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, 1993, pp. 393-394.

9. F. Ost, « L'instantané ou l'institué ? L'institué ou l'instituant ? Le droit a-t-il vocation de durer ? » in F. Ost et M. Van Hoecke, *Temps et droit. Le droit a-t-il vocation de durer ?*, 1998, p. 14. Ces quatre « temps » servent de titres aux quatre chapitres dont se compose « Le temps du droit », publié en 1999.

10. Voy. R. Alexy, « Droit, discours et temps », in F. Ost et M. Van Hoecke, *op. cit.*, pp. 17 et s.

même manière « universalisées », au mépris d'une relativité intrinsèque précédemment soulignée. Ce qui explique que les catégories précitées ne puissent guère expliciter, à première vue du moins, les rapports particuliers que le droit international entretiendrait avec lui. Ce n'est pas qu'elles soient démunies de toute pertinence. Dans la mesure où ce droit est *du* droit – ce que d'aucuns contestent d'ailleurs –, ces « temporalités » ne peuvent d'évidence pas lui être totalement étrangères. Mais elles ne disent pas grand-chose des particularités que présenteraient sur ce point des règles « internationales », sauf à se méprendre radicalement sur leur portée. On sait par exemple que le droit coutumier est, par excellence, le droit « général » de la communauté internationale. Il serait erroné d'en déduire que celui-ci, baignant dans un immobilisme larvé, est « plutôt orienté vers le passé ». Il ne l'est pas davantage que les traités. Il est vrai que la coutume suppose des pratiques générales et constantes, mais ces pratiques ne se veulent ni plus ni moins un droit nouveau que le législateur « prométhéen », amoureux des codes et des lois, que ne connaît pas l'ordre juridique international. Cela rappelle sans doute que les modes d'organisation d'une société influent nécessairement sur les techniques qui y sont utilisées pour produire le droit, ce que l'on sait depuis longtemps. Il reste aventureux d'en tirer nécessairement des « temporalités » distinctes en fonction du type utilisé. Cela dit, l'exemple montre que la conception du « Droit » qui est sous-jacente aux conclusions défendues est largement construite au départ de modèles nationaux et qu'elle reflète une certaine idée des progrès ou du développement qui réserve à des sociétés réputées primitives l'utilisation prépondérante d'un droit coutumier. Il n'est pas douteux de ce point de vue que le droit international ne se compare guère à un droit national et que celui-là utilise encore largement des techniques qui ont été, parfois de longue date, abandonnées par celui-ci. Le réputer à ce titre « primitif », ce qui implique de soi quelque antériorité ou quelque arriération, ne dit toutefois rien de sa relation avec le temps.

C. « Accélérer » le temps ?

Les travaux sur le temps se plaisent aujourd'hui à souligner son accélération¹¹. S'agissant du temps « juridique » au moins, l'accélération accompagnerait des « périodes historiques chaudes », la stabilité caractérisant en revanche des périodes « froides »¹². Ce qui n'est pas tellement simple à comprendre, l'échauffement étant d'ailleurs habituellement le produit plutôt que la cause de l'accélération. Quoi qu'il en soit, nombreux sont ceux qui soulignent l'accélération du « temps du droit » à l'époque contemporaine, dont témoigne une inflation de textes se succédant à des intervalles de plus en plus courts. On lui devrait le règne soudain de l'éphémère et de l'immédiat – du temps très court diraient ceux qui aiment à en mesurer l'étirement – dans des systèmes qui, intrinsèquement, requièrent pourtant des durées plus étendues. « Le transitoire, dit-on, est devenu l'habituel, l'urgence est devenue permanente »¹³. Le constat n'est pas

11. Voy. gén. Ph. Gérard et al., *L'accélération du temps juridique*, Bruxelles, Fac. St Louis, 2000.

12. F. Ost et M. van de Kerchove, *Le système juridique entre ordre et désordre*, 1998, p. 226.

13. F. Ost, *Le temps du droit*, 1999, p. 28.

propre au droit ; *mutatis mutandis*, il a également été fait, parfois de longue date, dans d'autres « sciences ».

Le fait de la multiplication de règles ne se conteste pas plus que leur technicité grandissante. Il reflète la demande croissante de règles précises couvrant des domaines sociaux de plus en plus étendus. Il n'y a pas à en être surpris. On conçoit sans peine que la vie du droit était plus simple lorsqu'il ne fallait pas calculer des allocations de chômage pour venir en aide aux personnes sans emploi ou qu'il suffisait du bon plaisir du souverain pour décider de l'accès ou du séjour d'un étranger. Ce qui n'est qu'un exemple. Et l'on conçoit aussi que les lois s'énonçaient mieux lorsqu'elles émanaient de plumes ayant le goût, le talent et la patience d'écrire. Ce qui paraît devenu inhabituel dans de nombreuses administrations.

En dépit de la facilité de certains jugements, qui confinent parfois à la caricature, la constatation peut difficilement être mise en doute. Le droit international n'y échappe pas vraiment. Sans doute, les coutumes se font-elles de plus en plus rares. Il n'empêche que les traités, les accords en forme simplifiée aidant, se sont considérablement multipliés. Et de très nombreuses résolutions, déclarations, « documents » ou autres actes concertés s'y ajoutent, leur exacte valeur juridique – et notamment leur force contraignante – étant, si nécessaire, soigneusement laissée dans l'incertitude. Cela fait assurément beaucoup, si l'on en juge par rapport à une pratique dite traditionnelle. Nul ne paraît toutefois se plaindre en l'occurrence de quelque surabondance. Le *too much law*, lié à l'inflation de textes et de contentieux (juridictionnels), n'est pas vraiment le problème du droit international public même si d'aucuns ont récemment dénoncé une « treaty congestion »¹⁴. Chacun se féliciterait plutôt que des règles enfin existent, fût-ce « virtuellement » lorsque leur force obligatoire immédiate prête à doutes. Ce n'est après tout que l'expression de l'intérêt grandissant des États à « vivre ensemble », c'est-à-dire à poursuivre, au-delà de leur souveraineté respective, des politiques communes témoignant d'intérêts communs, sinon de valeurs et d'objectifs véritablement partagés. Il y a près d'un siècle et demi, Ch. Vergé soulignait que « le mouvement qui porte les nations vers un mutuel rapprochement a[vait] été tellement accéléré depuis un demi-siècle »¹⁵ que le droit des gens en sortait considérablement renforcé. Ces « nations » ne sont plus aujourd'hui les seuls États occidentaux et leur « rapprochement » est sans doute bien plus délicat qu'à l'époque où l'Europe dominait la scène internationale. Le besoin de règles négociées n'en est que plus pressant ; rien ne laisse croire qu'il soit à ce jour pleinement satisfait.

Il n'est pas sûr à ce titre que l'accélération du temps juridique se ressente dans le droit international comme dans les droits nationaux. Le terme laisse croire que le temps aurait soudain atteint des vitesses très élevées. Il ne doit pas être mal compris. Ce sont les changements d'un corps social qui deviennent en réalité de plus en plus rapides, ce qui confère au temps qui s'en nourrit des pesanteurs particulières. Et ces changements sont sans doute bien plus profonds

14. E. Brown Weiss in N. Jasentulityana (Ed.), *The New International Legal System*, 1995, p. 80, à propos des droits de l'homme qui feraient l'objet de plus de 350 conventions.

15. *Introduction à la nouvelle édition du Précis du droit des gens modernes de l'Europe*, de G. F. de Martens, 1858, p. II.

dans la « communauté internationale », pour utiliser l'expression reçue, que dans les sociétés nationales, leur caractère fondamental appelant d'ailleurs une manière d'étalement dans le temps bien plus considérable. Cela confirme peut-être que, selon les termes de M. Villey, « la suprême et ultime valeur de notre siècle sera le mouvement »¹⁶. Stigmatisant le « chronolatrisme », il ne prise guère à dire vrai « l'école la plus nombreuse de la sociologie moderne [qui] pense que la réalité sociale est essentiellement mouvante », qu'il faille en conséquence s'installer « dans la diachronie » et ne connaître partant « d'autre éthique que de *suivre* le mouvement »¹⁷. Ce qui reflète quelque amertume... Il est vrai qu'au lendemain de mai 1968, les valeurs sous-jacentes à ses convictions fondamentales connaissaient des moments difficiles, puisque d'aucuns tenaient qu'elles n'avaient jamais existé « que dans les traités de philosophie »¹⁸, quand ils ne les ravalait pas, « avec la culture », au rang banal d'« un instrument inventé pour brimer les instincts sexuels et justifier la répression »¹⁹. Faut-il ajouter qu'en ce domaine aussi, le temps a passé ? Au risque de faire regretter tant de « fraîcheur ».

II. LES IMPLICATIONS DU TEMPS

Que l'on souscrive ou non à l'idée d'une conception juridique – d'une « représentation juriste » écrit J. Commaille²⁰ – du temps, il convient de s'entendre sur ses implications dans le fonctionnement, au sens le plus large du terme, d'un système juridique, en l'espèce international. Ce qui ramène à des préoccupations plus « techniques ». Il est difficile sans doute de les dégager et de les analyser toutes, chacune d'elles pouvant d'ailleurs présenter des caractères très différents selon le cadre particulier dans lequel elle est soulevée. On conçoit par exemple que la prescription acquisitive, qui attribue la souveraineté sur un territoire qui n'est pas sans maître, et l'article 36 § 5, du Statut de la Cour internationale de Justice, qui proroge au profit de celle-ci les clauses ayant attribué compétence à la Cour permanente de Justice internationale, ne gagnent pas grand-chose à être comparés, même si le temps est décisif pour l'une comme pour l'autre. De toute manière, il ne convient sans doute pas qu'un rapport introductif entre dans trop de détails ou précisions en la matière. J. Combacau et Ph. Weckel, qui sondent respectivement la durée et l'instant, s'en chargeront pour l'essentiel. Il lui appartient seulement d'en esquisser quelque tableau global, au risque de généralisations abusives estompant dans une grisaille morose des tons ou des traits qui mériteraient plus d'attention.

Pourquoi ne pas utiliser, pour ordonner le propos, une division instinctive : passé, présent, futur ? Il est vrai que le temps, qui n'est pas linéaire, ne se laisse

16. *Arch. phil. dr.*, 1969, p. 187

17. *Ibid.*, p. 186.

18. J. Grunenbaum, *ibid.*, p. 186.

19. F. Alavarez, *ibid.*

20. « La régulation des temporalités juridiques par le social et la politique », in F. Ost et M. Van Hoecke, *op. cit.*, p. 318.

pas découper en segments clairement identifiables et que, dans cette mesure, le passé est dans le présent qui est lui-même déjà l'avenir. Et ainsi de suite. C'est, une fois de plus, la tâche du philosophe d'explicitier l'étrange lien qui maintient uni ce qui perd tout sens s'il n'est pas distinct. Point ne devrait être besoin de souligner qu'elle n'est pas aisée, car on ne saurait se satisfaire en la matière de (beaux) jeux de mots, conduisant à des affirmations paradoxales qui ne disent rien, ou du moins pas grand-chose. Cela dit, nul ne conteste que ces catégories existent et que le passé, le présent et le futur « sont », même s'ils ne le sont pas d'une manière totalement indépendante. On ne saurait partant trouver des objections dirimantes à ce qu'il en soit fait ici usage, pour s'interroger à gros traits sur les implications du temps.

Par où commencer ? Il semble assez habituel de débiter par le passé, sans doute par ce qu'il est constitué de faits acquis alors que le futur n'est qu'un possible et que le présent trouve malaisément sa place entre l'un et l'autre. Tout bien réfléchi, c'est néanmoins le futur qui est, peut-être, le temps le plus naturel du droit, en ce compris du droit international.

A. Le futur

Il y a du droit, et point seulement du temps, de multiples conceptions. Et celles-ci mettent nécessairement en cause le temps, à la fois parce que, circonstanciellement, elles représentent un moment déterminé de la pensée, c'est-à-dire d'une histoire dont M. Koskenniemi retracera certaines péripéties, et parce que, plus essentiellement, elles impliquent inévitablement un certain ordonnancement de la durée.

Il n'est guère possible de rendre compte en quelques lignes de la multiplicité de ces constructions. Sans y prétendre, il reste vrai que les unes tiennent globalement le droit pour un « devoir être » et les autres pour un « étant », c'est-à-dire comme le « choix d'un futur ou [le] fruit du passé »²¹. Les premières sont dites « normatives », alors que les autres seraient plus « réalistes ». La distinction est un peu grossière et elle en recoupe d'autres, dont la portée est souvent tout aussi incertaine. On tiendrait par exemple les « positivistes » pour des « réalistes » parce qu'ils ont souci de règles effectivement appliquées, ce qui les orienterait – fût-ce à leur corps défendant ! – vers le passé. Il ne convient sans doute pas d'entrer plus avant dans ces analyses, qui relèvent au premier chef de la théorie, sinon de la philosophie, du droit. Cela dit, on voit mal que le droit ne soit pas intrinsèquement l'expression d'un projet – « une règle d'action », a écrit M. Virally²² –, c'est-à-dire d'un futur impliquant d'une manière ou d'une autre un choix entre des possibles, ... peu importe que paraissent en cause la répression de la sexualité ou la poursuite de la justice ! La conclusion paraît évidente lorsque est en cause la formulation d'un droit nouveau. On ne voit pas qu'il en aille différemment lorsqu'il y a lieu de le mettre en application, qu'il s'agisse plus précisément de l'interpréter, de l'exécuter ou de l'« administrer » d'une manière ou d'une autre. Il est vrai que les possibles se réduisent ou se

21. L. Gianformaggio, « Temps de la constitution, temps de la consolidation », in F. Ost et M. Van Hoecke, *op. cit.*, p. 340.

22. Comp. M. Chemillier-Gendreau, *op. cit.*, pp. 25-26.

rétrécissent au fur et à mesure que l'application de la règle en individualise le prescrit. Cela n'empêche pas que, dans tous les cas, c'est pour demain que le droit est fondamentalement « fait », quelle que soit la sanction qu'il attache à ce qui a été ou sera accompli. Il ne s'ensuit pas, il faut le répéter, que toutes les étapes de la formation et de la mise en œuvre du droit puissent être confondues ou que leurs futurs soient parfaitement interchangeables. Il est clair par exemple que le futur du droit « appliqué » tient davantage d'un temps en quelque sorte supplémentaire que du temps nouveau que véhicule un droit « proclamé ». L'important demeure toutefois que l'un comme l'autre participent fondamentalement d'un projet, c'est-à-dire d'un futur. Ce qui justifie sans doute que l'on s'occupe prioritairement de celui-ci.

Les techniques utilisées pour produire ou appliquer le droit sont en la matière relativement indifférentes. Il a été suggéré que, pareil à Prométhée, le législateur seul chercherait à s'emparer de l'avenir. L'image est un peu forcée. Qui connaît les législateurs n'est guère enclin sans doute à y découvrir des créatures prométhéennes, sachant que même un charognard rechignerait sans doute à en déguster les foies ! De toute manière, ce n'est pas l'instrument utilisé pour produire une règle qui a pour effet de l'inscrire dans le passé ou dans l'avenir. Toute règle de droit est au premier chef un futur, pour qui partage les remarques qui viennent d'être faites. Il est indifférent en pareille perspective que la règle soit écrite ou demeure coutumière, qu'elle relève de la loi ou d'une convention. Il n'y a pas lieu dès lors de faire en l'occurrence un sort particulier au droit international au motif qu'il ne comporterait pas de législateur institué, au sens que les droits nationaux prêtent à ce terme. Il est vrai qu'une règle coutumière est nécessairement dépendante de pratiques effectivement suivies. C'est ce qui, dans tout système juridique, la singularise. Il ne s'ensuit pas, on l'a dit, qu'elle se contente de sanctionner un passé. Car il n'est pas d'usage ou d'habitude qui puisse devenir une règle sans une « volonté de droit » – quels que soient les mystères entourant l'*opinio juris* – c'est-à-dire sans un projet ou, autrement dit, un futur. On connaît l'attachement des écoles historiques (historicistes) à un droit spontané, exprimant quelque génie populaire (*Volksgeist*) ; il n'a jamais signifié que son objet principal était de perpétuer indéfiniment des traditions. Il en va ainsi en droit international comme ailleurs, même si le génie de la communauté interétatique, dont ce droit est l'expression, paraît souvent quelque peu défaillant.

La particularité du droit coutumier est sans doute qu'il requiert une manière d'installation dans la durée, pour que s'établisse la pratique « constante » sans laquelle il n'est que des modes, qu'évoquera S. Sur, ne méritant pas la sanction du droit, pour que s'affirme la « persistance » de l'objection de l'État qui n'entend pas se plier à une conduite nouvelle ou pour que se maintienne une règle que sa caducité tue alors que le traité y survit – ainsi en ont voulu les auteurs de la convention de Vienne de 1969 – en principe sans problème. Cela explique que la coutume fleure bien davantage le temps que la règle « écrite » singulièrement plus inodore de ce point de vue ; celle-ci, en ce compris les traités sur lesquels s'appuie l'essentiel du droit des gens contemporain, est plutôt faite d'instant, celui de son authentification, de son entrée en vigueur, de sa terminaison, etc. On a parlé à propos de la coutume du « temps continuiste de la longue durée »²³, ce qui

23. F. Ost, *Le temps du droit*, 1999, p. 88.

l'oppose implicitement au temps court « instantanéiste » de la loi. L'opposition est un peu superficielle. Elle ne saurait en tous les cas impliquer que celle-ci soit moins « dans » le temps que celle-là, ou qu'elles relèvent respectivement de catégories temporelles différentes. Car l'une et l'autre fondamentalement « font » le droit.

Il est semblablement un peu court en pareille perspective de considérer que le passé serait le temps de la juridiction parce que celle-ci est appelée à trancher des litiges sur la base de règles lui préexistant, dont le juge est le serviteur et non point le maître, et le présent celui de l'administration parce que celle-ci prend en charge leur mise en œuvre effective. On l'a dit : « appliquer » le droit, c'est aussi le « faire », ce que souligne notamment une doctrine « post-moderne » encline à hypertrophier le poids du juge dans la formation du droit. Quoi qu'il en soit, il n'y a pas réellement à ce jour d'autorité judiciaire ou exécutive dans l'ordre juridique international. Sans doute certaines fonctions juridictionnelles ou administratives y sont-elles exercées, à l'intermédiaire notamment des organes et institutions constituant le système des Nations Unies. Mais on demeure très éloigné d'un « pouvoir ». On voit mal dès lors que des « temps » leur soient assignés, par référence à des modèles construits sur des bases « nationales » sans résonance significative dans le droit international. L'intérêt de celui-ci pourrait d'ailleurs être de rappeler certaines vérités élémentaires, que les systèmes nationaux, du fait même de leur complexité, auraient tendance à obscurcir. La jurisprudence de la Cour internationale de Justice met notamment sans ambiguïté en lumière le fait que le rôle premier d'un juge est de mettre fin à un différend ; ce n'est pas de s'occuper du droit. Quitte, comme dans la célèbre affaire des essais nucléaires qui opposa l'Australie et la Nouvelle-Zélande à la France, à prendre certaines libertés avec le « judiciairement correct ». Mais c'est aussi que s'il y a lieu de s'occuper du droit, c'est bien pour le (par)faire, c'est-à-dire pour demain et non pas pour hier, comme en attestent maints arrêts ou avis de la Cour. Nul ne soutient certes que le juge puisse créer le droit, ce qui pourrait se comprendre mais n'est pas reçu, « souveraineté » oblige, dans l'opinion dominante. Mais s'il ne le crée pas, il le « fait », fût-ce d'une manière bien différente d'un législateur hâtivement réputé prométhéen. Et cela ne déplaît pas forcément aux États, singulièrement lorsque l'autorité de ses prononcés s'arrête aux limites même des litiges qu'il tranche. C'est très exactement, par exemple, la situation qui se constate en matière de délimitations maritimes. Derrière les apparences, les États y laissent en effet le juge seul maître de faire le droit en paraissant le dire, après avoir vidé la règle – au moins pour ce qui concerne la zone économique exclusive et le plateau continental – de tout contenu utile. Nul ne paraît, tout au contraire, s'en plaindre.

Il ne s'ensuit pas, on l'a dit, que le législateur, le juge et l'exécutant puissent être allègrement confondus dans un processus de confection du droit qui lisserait radicalement leurs particularités respectives. Il est clair que le rôle et les responsabilités de chacun ne sont pas identiques, tout comme il faut se garder de croire que ce qui se constate dans un système se vérifie à l'identique dans tous les autres. Il demeure toutefois que c'est à « faire » le droit que chacun d'eux s'attelle, ce qui confirmerait que le futur est bien le temps privilégié de celui-ci.

B. Le passé

S'il est vrai que le futur, ainsi compris, est en quelque sorte le temps naturel du droit, qu'apporte à celui-ci le « passé » ? L'une ou l'autre choses fondamentales sans doute : une origine, un acquis, une histoire et, peut-être, un devoir de conservation particulier.

1. L'origine

L'origine évoque le temps déjà mentionné « des fondations », qui constituerait le temps par excellence des constitutions. Et l'on a dit qu'il relèverait essentiellement du mythe ou de la fable, c'est-à-dire d'une espèce de récit fondateur de toute société. Comme s'il fallait à toutes les Romes des louves allaitant de fabuleux jumeaux.

Il est possible qu'il en aille ainsi des sociétés dites primitives, dans l'organisation desquelles la part du droit est réduite. Bien plus réduite en tous les cas que celle de Dieu ou du diable ! On sera sans doute plus réservé lorsque sont en cause des formes modernes d'organisation sociale. La Belgique notamment n'est pas encore sortie d'un long processus de réforme constitutionnelle, auquel il n'est d'ailleurs pas sûr qu'elle survive, tant sont profondes les mutilations qui lui sont infligées. On peut en faire le récit. Il n'a rien d'une fable. Et le temps est encore lointain où des Horace et des Curiace symboliseront les forces qui l'entredéchirent.

Cela dit, la « communauté internationale » ne se range pas parmi les « modernes ». Nul ne le contestera. Si incomparable qu'elle soit, elle relève plutôt de modèles primitifs, ce que n'ont pas manqué de souligner diverses théories du droit. On demeure bien en peine toutefois de lui trouver quelque légende fondatrice. Ce serait aller trop loin qu'en découvrir l'expression dans le traité de Westphalie, même si sa signature marque traditionnellement la fin de la transition qui a présidé à la transformation de la Cité médiévale en une pluralité d'États souverains. Le traité fournit à ce titre un point de départ, sans taire la part d'artifice sur lequel celui-ci repose. Il ne véhicule d'aucune manière une « fondation »²⁴. Fût-ce parce que le projet « communautaire », autour duquel se rassembleraient les inventeurs du droit international, est quasi inexistant, hors le respect de l'égalité souveraineté qui caractérise fondamentalement chacun d'eux. Les choses n'ont d'ailleurs pas été substantiellement modifiées depuis. Il est vrai seulement que depuis l'universalisation de l'Organisation des Nations Unies, les États se sont dotés d'une structure, de principes et d'objectifs qui, virtuellement au moins, les sortent de l'anarchie latente dans laquelle ils se complaisaient depuis leur naissance. Est-ce à dire que « le temps des (re)fondations » soit venu ? Peut-être... Quoi qu'il en soit, l'origine comme telle n'a pas pour le droit beaucoup d'importance. Elle est certes le premier maillon d'une histoire, qui ne se conçoit guère si elle ne connaît pas de début. Et cette histoire est sans nul doute indispensable pour une exacte compréhension de ses règles. Mais

24. Comp. sur le « Livre fondateur » que constituerait la Charte des Nations Unies, P.-M. Dupuy, « L'enfer et le paradigme : libre propos sur les relations du droit international avec la persistance des guerres et l'objectif idéal du maintien de la paix », *Mélanges offerts à Hubert Thierry*, 1998, p. 192.

l'origine comme telle ne relève pas du droit ; elle n'est que le premier élément d'un acquis, c'est-à-dire d'un passé, dont il doit savoir faire.

2. L'acquis

L'acquis est fait pour l'essentiel de l'ensemble des situations créées ou des actes accomplis sous l'empire des règles ou des décisions qui étaient en vigueur à l'époque, peu importe d'ailleurs qu'elles aient par la suite cessé de l'être. Il est fait de choix qui ont été épuisés car le passé n'est pas autre chose qu'un ensemble de « possibles » qui ont été réalisés. Dans cette mesure, il se comprend que l'acquis représente pour l'essentiel un interdit, plaçant ce qui s'est passé à l'abri de remises en cause déchirantes. Il y a là sans doute le signe d'une santé élémentaire. Comment une société pourrait-elle sans risque prétendre revenir sur ce qui est définitivement le passé ? L'interdit n'est cependant pas absolu. Il connaît une limite évidente lorsque les effets d'une situation ou d'un acte passé perdurent. Rien n'empêche en principe d'y mettre fin en pareil cas. Il se comprend certes que des « droits acquis » appellent une attention particulière, car leur remise en question peut bouleverser gravement la condition des personnes ou des groupes qu'ils concernent. Leur préservation raisonnable est d'ailleurs le ressort fondamental du droit international privé. Il demeure cependant que c'est d'un futur que le non-respect de droits acquis prive leurs titulaires ; ce n'est pas un passé qu'il défigure, même s'il écourte des promesses qui ont été, fût-ce implicitement, faites. Cela dit, la sauvegarde de l'acquis ainsi compris n'est pas vraiment un problème dans les rapports entre les États, car la souveraineté qui appartient à ceux-ci suffit en principe à mettre leurs droits à l'abri des atteintes auxquelles ils n'auraient pas consenti. Les controverses qui ont entouré un temps la licéité des nationalisations en droit international, souvent décidées par des autorités révolutionnaires, ne sauraient faire illusion à cet égard. Comme si la souveraineté n'emportait pas d'évidence le droit discrétionnaire de mettre fin à des appropriations privées, ce qui ne préjuge pas en soi de l'indemnisation qui serait ou ne serait pas due.

[Tout autre chose est sans doute de donner à une règle une portée rétroactive, ce qui revient à modifier un passé « acquis ». Il y a là une manière d'arrogance. On conçoit qu'elle laisse songeur. Chacun sait toutefois que la rétroactivité n'est radicalement prohibée qu'en matière pénale, où elle contredit le droit fondamental de toute personne à ne pas être punie pour des agissements qui étaient licites à l'époque où ils furent accomplis. Il n'en va pas de même dans les autres matières, même s'il se comprend sans peine que la loi n'y dispose normalement que pour l'avenir, pour reprendre la formule du Code civil. On conçoit que les dérogations qui sont apportées à ce principe puissent soulever des difficultés. La question ne présente cependant qu'un intérêt relativement marginal dans le droit international. Si l'on excepte la pratique de certaines juridictions – la Cour de justice des Communautés européennes ou la Cour européenne des droits de l'homme principalement – trop particulières pour être représentatives du droit international « classique », la rétroactivité ne trouble guère la famille des Nations d'hier ou la communauté des États d'aujourd'hui. Nul ne conteste certes qu'elle ne peut pas être catégoriquement exclue. Il n'y aurait guère de difficulté à établir qu'un « principe général » puisse en légitimer l'emploi. Mais la pratique demeure pauvre, et elle est souvent obscurcie par la confusion qui entoure les diverses questions que soulève la détermination du

champ d'application d'un accord, comme en témoigne la rédaction compliquée de l'article 28 de la convention de Vienne sur le droit des traités. Il faut répéter cependant qu'il n'y a pas de problème de principe à tirer des conséquences nouvelles de faits d'un passé, fût-il irrémédiablement accompli. La difficulté est seulement d'en modifier dans le passé les conséquences, ce qui revient en quelque sorte à le ressusciter pour les besoins d'un possible qui ne fut pas le sien lorsqu'il était un présent. C'est implicitement ce qu'évoque la Cour permanente de Justice internationale lorsqu'elle précise, dans l'affaire de l'usine de Chorzow, que « la réparation doit, autant que possible, effacer les conséquences de l'acte illicite et rétablir l'état qui aurait vraisemblablement existé » s'il n'avait pas été accompli. Ce qui revient à inventer d'une certaine manière pour le futur l'évolution du passé.

La rétroactivité met dans cette mesure en cause l'étendue du pouvoir de « faire » le droit. C'est une autre question que corriger les conditions de son exercice, si elles paraissent avoir été défectueuses. Il n'y a pas d'obstacle à ce qu'elles le soient, tout au contraire. Et il va de soi que ces corrections n'ont de sens qu'en fonction d'un passé. La seule difficulté peut être d'établir l'intérêt qu'il y a à corriger lorsque tous les éléments d'une situation appartiennent irrémédiablement au passé. Seul un exercice de mémoire collective peut sans doute expliquer que l'on revienne en pareille hypothèse sur celui-ci, notamment pour innocenter des personnes injustement condamnées, l'exemple n'étant d'ailleurs parfaitement pur que si aucune lignée ne peut se prévaloir d'un titre à préserver l'honneur de son « sang ». On pourrait parallèlement concevoir des condamnations « correctrices », expurgeant un passé de ce qui l'encombre. Il n'y a pas de difficulté de principe à l'admettre. Le procédé a néanmoins un parfum « totalitaire » qui inquiète. Avec raison. On fait procès à des vivants, même tardivement, quitte à le faire à des fins symboliques comme en témoigne une pratique récente. Pas à des morts. Quoi qu'il en soit, ce n'est pas un réel problème, une fois de plus, pour la « communauté internationale ». Sans doute n'a-t-elle pas encore une mémoire suffisamment dense pour que ses membres se préoccupent effectivement de son contenu. Encore que certaines décisions se soient efforcées de corriger, à mots couverts, le passé et point seulement de s'en désolidariser, notamment en ce qui concerne la (dé)colonisation. Et il est bien connu, que les doctrines, en droit international comme ailleurs, cherchent souvent à légitimer, sinon à corriger, ce qui a été fait.

3. Une histoire

Tout acquis mis à part, le passé fournit le matériau d'une histoire, c'est-à-dire du récit d'un cheminement dans le temps qui requiert un point de départ et implique une évolution. Les choses internationales alimentent naturellement plusieurs récits, qu'ils concernent des événements, des doctrines, des institutions, des règles... L'histoire du droit international les recoupe tous, plus peut-être que celle d'autres droits dans la mesure où l'objectivation de ses règles, c'est-à-dire leur autonomie par rapport à des commandements d'une autre nature, est souvent sujette à caution. Elle paraît d'ailleurs dans l'ensemble nettement moins développée. Une partie de l'explication en est peut-être que l'histoire du droit international ne paraît souvent pas autre chose, non sans raison jusqu'à un certain point, que celle de chacun des États qui composent la famille, le concert ou la communauté des nations. Il est vrai aussi que le refus tradi-

tionnel de ce droit de regarder derrière l'État ce dont celui-ci est concrètement fait, de rompre l'abstraction sur laquelle son existence repose, ne l'incite pas à penser l'histoire. Il ne lui déplaît pas que ses sujets privilégiés soient en quelque sorte a-temporels, de manière à ne pas devoir prêter trop d'attention aux soubresauts et autres trépidations qui agitent les composantes – et notamment les groupes – qu'il agglomère.

Cela peut expliquer que le droit international ne paraisse pas se préoccuper outre mesure de son histoire. Il y a d'ailleurs là quelque paradoxe dans la mesure où sa faible densité normative et ses carences institutionnelles le rendent bien plus que d'autres dépendant d'événements (politiques) qu'il n'est guère en mesure de contrôler. Ce n'est pas cependant que ce droit ait jamais revendiqué le bénéfice d'une manière d'éternité qui lui assurerait une place au-delà du temps et de l'espace. C'est plutôt qu'il paraisse vouloir s'inscrire dans une continuité monotone faite d'une accumulation de moments ternes, ce qui ramène à une origine et à une évolution. L'origine est connue. Ce sont les « temps modernes » qui ont vu éclore « l'État », peu importe qu'ils relèvent ou non du temps des fondations dont il a déjà été question²⁵. Il va de soi qu'il n'a pas fallu attendre celui-ci pour que des groupes organisés entendent soumettre à des règles les relations, plus ou moins stables, qu'ils entretiennent l'un avec l'autre, et qu'à cette fin notamment ils contractent. Il demeure que, comme système construit pour protéger la souveraineté de ceux qui y sont assujettis – si étrange que soit intrinsèquement le projet –, le droit international ne commence qu'avec l'État dit moderne. Il est assurément lui aussi dans le temps, c'est-à-dire qu'il connaît un avant et qu'il connaîtra un après, en dépit de ceux qui sont régulièrement enclins à achever l'histoire. Le fait est néanmoins que les postulats, même « contextualisés », sur lesquels il repose sont en rupture totale avec ceux qui inspiraient l'« avant », ce qui explique qu'il représente indiscutablement un temps « nouveau ».

L'origine offre le point de départ, que l'on aurait tort de croire purement imaginaire, d'une évolution, c'est-à-dire d'un cheminement vers un aboutissement relativement utopique. On sait qu'il y a là un phénomène d'expansion, plus ou moins désordonné, bien plus qu'un mouvement linéaire. L'évolution ne se perçoit que par celui qui regarde le temps ayant passé. Cela explique que son étude soit essentiellement affaire de doctrine, nombreux étant ceux qui ont emprunté à la linguistique la notion de diachronie pour la qualifier. Quitte à faire référence à l'« uchronie » ou à la « dyschronie » pour en évoquer les complications, ce qui est parfois quelque peu embarrassant. La doctrine n'est d'ailleurs pas seulement l'auteur de l'étude ; elle en est également largement l'objet. Dans des matières où les règles sont restées longtemps et demeurent encore (très) incertaines parfois, il n'y a pas à s'étonner que l'on se satisfasse aisément du droit tel qu'il est raconté par les savants, en dépit de tous les déboires du *Professorenrecht*. Point n'est besoin de préciser que cela expose au risque d'un droit trop « pensé » pour n'être pas abusivement « idéaliste ». Il est d'ailleurs très remarquable que les fondateurs du droit des gens soient des hommes du savoir bien plus que du droit ou de la politique, c'est-à-dire des hommes de la pensée bien plus que de l'action, même si ni Grotius ni Vitoria n'ont mené une existence purement contemplative. Il n'y a pas à être surpris que décrire l'évolution

25. Voy. *supra*, p. 17.

du droit revienne nécessairement, en pareil contexte, à en « raconter » l'histoire, avec la coloration dogmatique qui accompagne des propos ne cherchant (trop) souvent qu'à légitimer un état de choses existant. Encore que cette prétention légitimisante paraisse caractéristique de toutes les histoires du droit, du moins jusqu'à une époque récente.

Il devrait être particulièrement instructif de regarder en pareille perspective ce que cette doctrine dit du futur du droit. Le passé est constitué d'un ensemble de faits connus. Il n'y a pas lieu de s'en soucier, sinon pour se l'associer ou s'en dissocier, selon qu'il plaît ou non, selon que l'on se veut « révolutionnaire » ou pas. Tout en sachant qu'on peut le refuser mais non l'anéantir. Le futur n'est en revanche qu'un ensemble de possibles – dont la légalité est largement indéterminée – théoriquement illimités. Particulièrement dans un système plus pensé que vécu, il y a un intérêt particulier à regarder de quels possibles était fait le futur du passé, et ce qu'il en est advenu. C'est-à-dire, plus simplement, ce que disaient de l'avenir les savants d'hier. À dire vrai, peu de choses. La doctrine juridique est de celles qui vieillissent mal, parce que les écrits sur le présent d'hier sont vite « dépassés » et que les propos sur son avenir demeurent souvent singulièrement pauvres. Il n'y a pas à s'en étonner vraiment. Le futur du droit n'est pas (encore) du droit et l'on ne saurait faire grief à ceux qui ne connaissent que celui-ci d'ignorer celui-là. C'est plutôt à l'honneur de ceux qui n'entretiennent pas d'illusion sur l'étendue de leur savoir. Il est compréhensible dès lors que le futur sur lequel s'interroge la doctrine ne soit à l'ordinaire que celui d'aujourd'hui par rapport à hier, c'est-à-dire un « après ». Ce n'est guère un « possible ». Tout au plus laisse-t-elle sourdre quelque sentiment d'un « progrès », sans autrement s'embarrasser des problèmes pratiquement insolubles que son principe même suscite. Mais ce progrès est, d'ordinaire, largement « détemporalisé ». Il exprime la conviction que des exigences de justice, d'ordre, de miséricorde, de prospérité, etc., jusqu'à un certain point inhérentes à la définition même du droit, ont été ou vont incessamment être satisfaites, sans autre souci du temps et de l'espace²⁶. Il en va substantiellement de même de la *modernité* à laquelle il est épisodiquement fait allusion. Le terme ne vise souvent qu'une postériorité, qu'il s'agisse du droit qui suit la paix de Westphalie, dont entend rendre compte le Précis du droit des gens *moderne* de l'Europe que publie G. F. de Martens en 1788, ou de la pensée qui fait suite au règne des Lumières et de la raison dans les philosophies *post-modernes*. Lorsqu'il n'entend pas seulement expliciter un « après », le qualificatif évoque une meilleure adaptation à des besoins actuels. On retrouve une idée, implicite, de « mieux ». Dans la mesure où il implique nécessairement des adaptations, ce « moderne » est sans doute plus clairement dans le temps que le « progrès » ; il s'en faut de beaucoup toutefois qu'il en traduise une perception très forte.

Il n'est certes pas inhabituel que d'aucuns s'interrogent sur l'évolution du droit international²⁷. Le propos permet d'embrasser du regard ce qui est pré-

26. Voy. D. Kennedy, « Droit international et politique », in IHEI, *Droit international* 4, 2000, éd. Pédone, p. 93 : « Le récit du développement du droit international est la grande histoire d'un progrès lent et accidenté du droit contre le pouvoir, de la raison contre l'idéologie, de l'international contre le national et de l'ordre contre le chaos dans les affaires internationales au cours de trois cent cinquante années ».

27. C'est par exemple le sous-titre des *Mélanges offerts à Hubert Thierry*.

senté comme un vaste *continuum*, en s'attardant sur l'un ou l'autre des éléments dont il se compose. La part réservée au futur y est réduite. L'évolution n'est guère anticipée. Il faut des événements forts pour que la doctrine se penche plus attentivement sur l'avenir du droit international. Et encore... La décolonisation et la fin de la guerre froide l'ont ainsi incitée à s'interroger sur de « nouveaux horizons »²⁸. À dire vrai, ils ne conduisent habituellement pas très loin, ni dans l'espace, ni dans le temps. Il est certes manifeste que la politique des États en a été bouleversée. La doctrine (juridique) n'a pas manqué de constater les résultats de ces changements ; elle n'a guère cherché à en anticiper à plus long terme les conséquences, même si des localisations temporelles, privilégiant la culture, ont pris le pas sur les localisations géographiques (Est-Ouest), à forte teneur idéologique²⁹. On conçoit toutefois que les guerres « chaudes » marquent davantage les esprits, en les incitant ou à les justifier – ce qui concerne le passé – ou à en prévenir la résurgence – ce qui met en cause l'avenir – particulièrement dans un système où la guerre fut longtemps présentée comme le seul instrument du changement. La proposition est loin néanmoins d'être pleinement vérifiée. Les manuels qui ont été publiés après chacune des deux guerres mondiales ne s'y arrêtent par exemple pas outre mesure. Cette apparente indifférence ne laisse pas d'étonner plus d'une fois. Tout attentif qu'il soit à retracer, dans un ouvrage célèbre³⁰, l'évolution du droit international, Charles De Visscher ne semble par exemple pas leur prêter de ce point de vue une importance spéciale. Ce n'est pas qu'il n'ait point conscience d'une accumulation de ruines en tous genres. Mais, curieusement, il n'attend pas grand-chose du droit, d'un droit « nouveau », lorsqu'il y a lieu de reconstruire. C'est d'une « inspiration [essentiellement] morale » que lui paraît devoir principalement venir « le salut »³¹.

Il y a là une manière d'esquive qui dérouté quelque peu, tout attaché que l'on soit aux « fins humaines du pouvoir ». Certains s'engagent toutefois plus franchement dans les voies d'un nouveau droit. A. Alvarez mérite à cet égard une mention particulière car il a publié, en 1916, un *Droit international de l'avenir* et, en 1949, un *Droit international nouveau*. Dans le premier, il considère que « loin d'avoir à déplorer ce qu'on appelle aujourd'hui la catastrophe du droit international, l'humanité, tout en regrettant la guerre, n'aura, plus tard, qu'à s'en féliciter... Plus la destruction aura été grande, plus la reconstruction sera complète, et par suite durable »³². *Felix bellum !* Dans le second, il affirme, sans plus aucune référence à la première guerre, hors de brèves allusions dans un avant-propos, que « le cataclysme social de 1939 a brusquement et presque totalement changé cette vie... Cette vie a été si profondément affectée qu'il est juste de parler aujourd'hui d'une nouvelle époque, d'un Ordre nouveau et, par suite, d'un Droit international nouveau »³³. Les conclusions de 1916 et de 1949

28. C'est notamment le titre d'un ouvrage de T.O. Elias, *New Horizons in International Law*, 2^e éd., 1992.

29. Voy. D. Westbrook, « Law Through War », *Buffalo L. R.*, 2000, pp. 309-317.

30. Voy. *Théories et réalités en droit international*, 1^{re} éd., 1953 ; 4^e éd., 1970.

31. Voy. le « Rapport à l'Institut de droit international sur les droits fondamentaux de l'homme, base d'une restauration du droit international » ; *Ann. IDI*, session de Lausanne, 1947, pp. 1-3.

32. P. 113.

33. P. 7.

sont-elles compatibles l'une avec l'autre ? Elles pourraient l'être si l'on tient que le deuxième « cataclysme » opère par lui-même une reconstruction que le premier se contente de rendre possible. Quoi qu'il en soit, on est bien en peine tant de déterminer très concrètement ce dont ce nouveau droit est fait, fût-ce parce qu'il « n'est... pas exclusivement juridique »³⁴, que d'établir s'il est un droit *ex nunc* ou seulement *ex tunc*³⁵. Cela dit, les propositions, si bien intentionnées soient-elles, paraissent d'une généralité telle qu'on n'aperçoit guère de quels « possibles » elles pourraient utilement se prétendre l'expression. Ce qui ne change rien à la richesse des utopies³⁶. Sous cette réserve, cela revient, tout bien réfléchi, à ne pas dire grand-chose. C'est plus simplement ne rien dire du tout qu'affirmer que le « droit international de demain, [...] nécessairement ne sera pas le droit international d'hier »³⁷ ou, quitte à dramatiser, qu'« il sera... [ou] nous ne serons plus »³⁸. La doctrine, dans son ensemble, n'est pas à l'aise dans le *de lege ferenda*, dès l'instant qu'il ne répond pas à des besoins très immédiatement perceptibles. Cela se comprend sans peine. Même si le droit est un futur, ce n'est pas aux juristes, après tout, qu'il appartient d'opérer un choix parmi les multiples « possibles » dont il est fait. Ce n'est pas tant que ce ne soit pas leur fonction ; c'est plutôt, on l'a dit, qu'ils n'en ont d'ordinaire pas les moyens. Qui ne louerait leur clairvoyance lorsqu'ils s'en rendent compte ? De toute manière, ils n'aiment pas trop, en règle générale, les entreprises audacieuses, qu'ils tiennent vite pour de l'aventurisme. Dans la préface de l'édition allemande (1796) de son Précis, déjà cité, de droit des gens, G. F. de Martens ne cachait par exemple pas son effroi devant certaines des propositions contenues dans la Déclaration du droit des gens soumise, le 23 avril 1795, par l'abbé Grégoire à la Convention : « si des thèses aussi dangereuses doivent former la substance d'une nouvelle déclaration de droit des gens, que Dieu nous conserve notre vieille diplomatie avec toutes ses lacunes, avec toutes ses disputes de mots, avec tous ses ornements en partie antiques. Nous ne ferions que perdre au troc, nous échangerions des médailles contre des assignats »³⁹. Ce qui témoigne d'une frilosité devant le changement assez répandue dans les provinces juridiques.

4. Un devoir de conservation ?

Le passé qui s'accumule au rythme où fuit le temps est l'aliment d'une mémoire sans laquelle les commandements du présent ne se comprennent guère. On conçoit dès lors sans peine qu'il faille en conserver les traces, fût-ce pour connaître sans ambiguïté – toute perspective utilitaire mise à part – ce qui était hier. Cela fait traditionnellement le prix des archives. Force est de reconnaître que le droit international est très lacunaire à cet égard. Hors quelques règles sur les successions d'États, il n'en dit pratiquement rien, comme si la « communauté » internationale se désintéressait des supports et autres instruments de sa mémoire. Il est vrai que les membres de celle-ci conservent, sou-

34. Voy. l'article 4 de la Déclaration des données fondamentales et des grands principes de droit et de politique dans le droit international nouveau.

35. Voy. M. Koskenniemi, *From Apology to Utopia*, 1989, pp. 182-183.

36. Voy. not. Ph. Allott, *Eunomia*, 1990.

37. H. Golsong, in Ch. Rousseau et al., *Le droit international demain*, 1974, p. 109.

38. G. Nonnenmacher, *ibid.*, p. 10.

39. Traduit in Ch. Vergé, *op. cit.*, 1858, p. 20.

vent jalousement, des archives « nationales ». Il s'en faut de beaucoup que cela satisfasse pleinement des exigences internationales, fût-ce parce que les règles déterminant le régime des archives relevant d'entités interétatiques demeurent on ne peut plus incertaines, quand elles existent. On a peut-être inconsciemment estimé que de telles règles étaient superflues à une époque où la « communauté » d'États ne pouvait pas être réellement distinguée de ses membres individuels. Comme le démontre le succès contemporain des organisations internationales, il n'en va assurément plus de même aujourd'hui. Il conviendrait dès lors que le droit international s'attache à définir les règles qui président à la collecte, à la conservation et à l'utilisation des archives, en ce compris de ces fonds « privés » que constituent en quelque sorte, pour la communauté internationale, les archives « nationales », étatiques. À ce jour, on en est loin.

C. Le présent

La crainte du changement explique l'attachement du présent à un ensemble de valeurs, de principes et d'autres intérêts dont un passé a permis d'éprouver les vertus, les avantages ou les mérites. Qu'est-ce toutefois que le « présent » ? Il n'est pas trop difficile, tout bien considéré, de s'entendre sur ce qu'est le futur ou le passé. Mais le présent ? On connaît la perplexité de saint Augustin. C'est bien de souligner que les césures sont artificielles, que tout est dans tout : hier dans aujourd'hui qui est déjà demain... Le fait demeure que des trois états de la temporalité, le présent est sans doute le plus insaisissable. « En soi, le présent n'existe pas ou pas plus qu'un point »⁴⁰, soutient M. Chemillier-Gendreau utilisant une image spatiale pour illustrer une « réalité » temporelle. Ce qui doit être bien compris. Il est vrai que le futur et le passé ont une consistance aisément identifiable. Le premier est fait d'un nombre indéterminé de possibles, qui restent, par hypothèse, ouverts, et le passé d'un nombre déterminé de faits ou de situations qui ont été, « en leur temps », la réalisation d'un futur. Où est le présent dans tout cela, au moins pour le droit ? Il est sans doute l'état où celui-ci s'expérimente en quelque sorte, où s'élaborent les « projets » du futur sur la base des « enseignements » du passé pour reprendre des expressions bien connues. C'est le temps lui-même que le présent permet d'éprouver effectivement, dans les matières juridiques comme ailleurs. Car les projets perdent tout sens s'ils ne sont pas ancrés dans le présent, ce que rappellent indirectement les controverses qui ont entouré la proposition de déclaration sur les droits de l'homme des générations futures⁴¹.

Le présent, c'est la « vie » qui fait et qui défait, qui fournit l'expérience de ce qui n'est plus ou pas encore,... Il en va sur ce point du droit comme de toutes autres activités ou productions humaines. Celui-ci est certes toujours un projet, c'est-à-dire un futur, sauf à récuser radicalement tout normativisme ; cela n'empêche pas que ce projet doive être continuellement (re)conçu et (re)mis en application, ce qui est fondamentalement l'œuvre du présent. D'aucuns soutien-

40. *Op. cit.*, p. 38.

41. Voy. E. Roucouas, « La négociation internationale pour les droits de l'homme » in *Karel Vasak Amicorum Liber*, 1999, p. 773.

ment, on l'a dit, que celui-ci serait par excellence le temps de l'exécutif, qui, par des stratégies diverses, pourrait notamment consolider son « emprise du présent »⁴². On voit mal toutefois que l'on puisse utilement assigner aux pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire, qui reflètent une certaine organisation de l'État, un « ressort » temporel particulier, sauf à se satisfaire d'images qui ne disent pas grand-chose ni du temps ni du droit.

Entre le présent et le futur, les liens sont fondamentaux, si « courte » que soit à l'ordinaire la vue des juristes. Car, même lorsqu'elles sont dites régresser, les sociétés n'ont devant elles qu'un avenir. Le futur met alors directement en cause les facultés d'adaptation d'un présent à des besoins ou à des choix nouveaux, les infirmités du droit international étant sur ce point bien connues. Entre le passé et le présent, les liens ne présentent en revanche pas la même importance, si nécessaires soient-ils ; on doit cependant à celui-là la rémanence en celui-ci de certains commandements et autres interdits, peu explicites toutefois dans la « communauté » des États. La première question est principalement, sinon exclusivement, d'ordre technique ou procédural ; la seconde est plus « substantielle ». L'une et l'autre évoquent inmanquablement des « valeurs » auxquelles cette communauté a été ou resterait attachée, elles aussi pour le moins imprécises dans l'état actuel – pour ne pas dire présent ! – du droit international.

1. La capacité de changement

« Le présent est l'expression d'une stabilité relative dans le processus constant d'évolution »⁴³, précise M. Chemillier-Gendreau qui qualifie d'« exécutoire » – par opposition à « proclamatoire » ou « déclaratoire » – le droit qui exprime cette stabilisation, résultant elle-même de l'apaisement momentané des contradictions sur lesquelles repose toute vie en société. On peut professer certains doutes sur le bien-fondé de ces propositions et sur la pertinence de l'emploi de la méthode dialectique qui en a permis l'affirmation. D'aucuns préfèrent par exemple trouver dans « la stabilisation de rapports sociaux » le produit plutôt que la cause de la règle de droit⁴⁴. Il paraît difficile cependant de contester que le présent n'est pas autre chose qu'une manière de sursis dans un processus en marche constante. Ce n'est d'ailleurs pas que le temps s'arrête l'instant d'un présent ; c'est seulement que pour un temps ces mouvements se font à la même cadence, ce qui donne l'illusion de l'immobilité. Telle est sans doute très exactement l'ambition du droit : stabiliser des cadences pour permettre des mouvements harmonieux.

Il est clair que la capacité de changement est, en pareil contexte, critique. La question présente un aspect fondamentalement technique, qui est relatif aux dispositifs – procédures ou institutions – qui permettent d'organiser le changement dans un milieu donné. Elle ne s'y réduit toutefois pas. Encore faut-il en effet déterminer ce qui devrait changer et, le sachant, dans quel sens devraient

42. M. Bessin, « La temporalité de la pratique judiciaire : un point de vue sociologique », *Droit et société*, 1998, p. 332 ; voy. égalt. *supra*, p. 16.

43. *Op. cit.*, p. 38.

44. Voy. M. Virally, *La pensée juridique*, 1960, p. 188.

être opérées les transformations, quels que soient les instruments qui peuvent ou doivent être utilisés à cette fin.

L'infirmité « institutionnelle » du droit international est bien connue. Elle est le prix à payer pour une certaine idée de la souveraineté des États. Dès lors que les gouvernants, après s'être affranchis des allégeances qui caractérisaient la cité médiévale – ce qui a fait l'État « moderne » –, récusent par principe toute autorité qui prétendrait leur être supérieure, il n'y a normalement pas de changement qui puisse intervenir sans leur consentement. L'absence d'une règle générale qui puisse être « écrite » par un pouvoir institué fait en particulier cruellement défaut. La carence a été maintes fois constatée. Elle est partiellement compensée par la multiplication de textes à vocation normative, immédiatement dépourvus de caractère obligatoire. Les résolutions légiférantes de l'Assemblée générale de l'ONU figurent en bonne place parmi cette panoplie des outils qui sont utilisés pour changer indirectement ce qui ne peut pas l'être directement. Il est clair aussi que des espaces désertés par les États ont été (ré)occupés par des pouvoirs « privés », économiques ou non, qui ont été plus d'une fois, la mondialisation aidant, en mesure d'y imposer des commandements et un ordre nouveaux, ce qui a permis d'obvier à l'inertie des États. Ces palliatifs ne sont pas sans efficacité. Il s'en faut de beaucoup toutefois qu'ils suffisent pour organiser et maîtriser le changement dans les rapports internationaux. Tout ne peut d'ailleurs pas être ramené à une question de pouvoir. C'est d'une absence de procédures que souffre aussi le droit international en cette matière. Les États fussent-ils souverains, il faudrait trouver un lieu et mettre au point une mécanique qui leur permettent de discuter utilement des modifications du droit ; surtout parce que nul n'est en mesure de les leur imposer. À ce jour, l'un comme l'autre font largement défaut, en dépit des techniques, plus ou moins spectaculaires, qui ont été mises au point lors de la conclusion ou de la révision de certains traités.

Cela dit, il serait erroné de croire que c'est de procédures et d'institutions que manque essentiellement la « communauté » internationale pour s'adapter aux changements. Ce devrait être la fonction du droit de les lui apporter, sans que cela implique ni que les instruments garantissent le changement ni que leur inexistence le rende impossible. Il est bien des sociétés nationales qui sont demeurées immobiles, tout outillées qu'elles fussent pour bouger. Et il n'est pas douteux que la famille des nations de naguère a connu de sérieux bouleversements, alors même que ces outils lui faisaient défaut. Ce qui montre que le problème fondamental est probablement ailleurs. Où cela ? Sans doute d'abord dans la difficulté qu'éprouve la communauté internationale à analyser l'état dans lequel ou les situations en face desquelles elle se trouve et à orienter en conséquence ses actions. On parle beaucoup par exemple de pays riches et de pays pauvres, de démocratie, de développement durable, de sécurité commune, ... ; nul ne sait trop cependant ni quels problèmes exactement ces « mots » soulèvent ni comment les résoudre. Il n'y a pas à en être surpris. La « vie sociale » internationale n'existe guère encore. On voit mal dès lors que la « communauté des États » puisse se faire, sur ces questions, des opinions précises et, par la suite, mettre en œuvre des politiques appropriées. Dans cette mesure, elle compte sans doute toujours parmi les sociétés primitives que scrutent les anthropologues, celles qui ne connaissent pas encore « une vie sociale soumise à un mouvement

de complexification » commandant une « intensification du droit »⁴⁵. Même si, sur ce terrain aussi, les choses changent...

2. La continuité

Parce qu'il n'a pas de sens sans une référence au passé, le droit est nécessairement appelé à organiser, dans le présent, une certaine continuité assurant des évolutions qui ne soient pas trop chaotiques ou heurtées.

Cette continuité est au premier chef celle des multiples situations juridiques existantes. Elle n'implique pas, on l'a dit, que celles-ci ne puissent pas être modifiées. Encore faut-il que, si elles le sont, elles le soient dans des conditions claires, de manière à ce que chacun connaisse sans ambiguïté la portée et le champ d'application du changement. Cela requiert notamment des dispositions particulières sur les modalités de la substitution d'une règle à une autre, dites de droit transitoire, qui restent très incertaines dans la pratique internationale. La difficulté de déchiffrer la coutume ne simplifie à dire vrai pas plus les choses que celle d'établir le cas échéant l'exacte intention des parties contractantes dans des matières où elle est déterminante.

La continuité du droit est aussi – surtout, diront certains – celle de ses règles. Au sens strict, elle s'entend de l'applicabilité permanente de celles-ci à toutes les situations qui entrent dans leur hypothèse, telle que celle-ci a été déterminée en des termes abstraits qui lui permettent de survivre à l'écoulement du temps. Le droit international ne présente de ce point de vue aucune particularité. Dans un sens plus large, cette continuité vise aussi le maintien, en dépit des changements, de règles appelées en quelque sorte à transcender le temps parce qu'elles exprimeraient des commandements jugés « absolument » fondamentaux. Les interdits supraconstitutionnels en offrent de remarquables exemples, tout illusoire que soit la prétention de localiser certaines règles « au-delà » du temps ou de l'espace. On en retrouve quelque écho dans l'apologie contemporaine de l'un ou l'autre modèles – s'il peut y en avoir plusieurs – démocratiques, dans lesquels serait inévitablement appelée à s'achever l'histoire des sociétés. À ainsi comprise, la continuité se ressent peu dans la pratique internationale. À dire vrai, la « vie commune » est demeurée à ce jour si pauvre qu'elle n'a guère fourni les occasions de forger des préceptes fondamentaux. Et la structure est demeurée si grossière qu'on ne voit pas très bien quels pourraient en être les éléments naïvement voués à une manière d'éternité. La souveraineté seule fait exception à cet égard. Mais elle n'est plus, si elle l'a jamais été, le produit d'un choix, exprimé, même implicitement, par une règle. Elle est (devenue) un donné structurel, qui permet de caractériser le droit international, sans plus. Il ne se comprendrait pas que cette souveraineté, qui n'est jamais qu'une idée façonnée par les hommes, échappe plus que d'autres aux œuvres du temps. Les faits ne cessent d'ailleurs d'en apporter la preuve. Il y aurait une grande naïveté partant à la situer dans quelque « au-delà » du temps ou de l'espace. Il est vrai seulement que la souveraineté paraît souvent pensée sans références temporelles précises, exception faite de celles qui veulent que le droit international soit né lorsqu'elle est née et soit appelé à disparaître lorsqu'elle disparaîtra. C'est « hors » du temps qu'elle fait en quelque sorte son lit, ce qui n'est pas sans intri-

45. N. Rouland, *Anthropologie juridique*, 1988, p. 123.

guer compte tenu notamment des bouleversements des rapports internationaux. Il est probable qu'une construction quelque peu « atemporelle » des États ne soit pas étrangère à cette perception. Il est certain aussi que la densité normative souvent réduite des règles de droit international, c'est-à-dire le caractère plus d'une fois démesurément vague ou général de leur projet, leur permet de s'accommoder très aisément parfois de circonstances profondément changeantes. Ce qui donne l'illusion que la souveraineté dans laquelle elles s'enracinent échappe aux outrages du temps.

Pourquoi ces règles sont-elles souvent si « pauvres » ? Il est probablement de multiples réponses. La principale est sans doute que les membres de la communauté internationale manquent de valeurs partagées – ce qui met en cause « hier » – et d'objectifs communs – ce qui est l'affaire de demain.

3. Des objectifs et des valeurs

Le droit peut-il avoir n'importe quel contenu ? C'est un débat très contemporain. Un positivisme formalisateur inclinait hier à répondre par l'affirmative. La tendance dominante penche plutôt aujourd'hui pour la négative, ce qui réintroduit nécessairement une manière d'idéalisme dans une discipline qui semblait l'avoir largement déserté. Point n'est besoin d'entrer plus avant dans le détail d'une controverse dont l'importance ne devrait échapper à personne et qui concerne le droit international comme tout autre système juridique. S'il est admis que le contenu du droit ne peut pas être totalement étranger à sa définition, c'est néanmoins parce que certaines valeurs ou autres « principes » doivent nécessairement l'inspirer ; et il est entendu que toute juridicité doit être déniée à la régulation, si effective soit-elle le cas échéant, qui est obtenue au mépris de ceux-ci. Ces valeurs ne sont pas toujours parfaitement claires, tant s'en faut. La justice, la solidarité, le respect de certaines exigences « démocratiques » y dominent aujourd'hui. Si le droit international est du droit, il n'y a pas de raison qu'il y soit soustrait, même si ces « vertus » ne sont certainement pas celles, s'il en existe, qui transparaissent le plus nettement dans l'organisation et le fonctionnement de la communauté des nations. La raison pourrait d'ailleurs en être simplement que la justice, la solidarité ou la démocratie demeurent principalement pensées à ce jour par référence à des sociétés étatiques ; elles ne sont pas encore, ou du moins guère, une composante, en quelque sorte obligée, de l'organisation interétatique, qui demeure largement conçue, peut-être à juste titre, comme une excroissance d'ensembles nationaux. Quoi qu'il en soit, ces « valeurs » ainsi comprises sont largement « détemporalisées ».

Elles participent certes d'une conception particulière du droit qui est très spécifiquement inscrite dans le temps et dans l'espace. Et il est vrai aussi que leurs applications concrètes sont infiniment variables selon les lieux et les époques. En leur principe toutefois, elles n'expriment pas un acquis d'une histoire ; elles sont le pur produit d'une doctrine ou, plus exactement, des postulats sur lesquels celle-ci repose. Autrement dit, elles reflètent une logique en quelque sorte intemporelle, sans traduire – sinon de manière très lointaine –, aucun « vécu ». Tout autre chose est assurément de déterminer les objectifs et les croyances qui traversent la durée d'un milieu social.

Selon M. Virally, « tout ordre juridique est un défi au temps, un effort de conservation de l'état social qu'il établit »⁴⁶. Littéralement comprise, l'affirmation pourrait laisser croire que le droit cherche seulement à conserver demain ce qu'il établit aujourd'hui, comme s'il était sans hier. Ce serait assurément aller trop loin. Il est vrai que le droit est fondamentalement un projet, c'est-à-dire un futur. Il s'en faut de beaucoup toutefois que celui-ci soit en quelque sorte élaboré *ab nihilo*. Le plus souvent, il entend préserver pour l'avenir les acquis du passé qu'il tient pour fondamentaux, ce qui fait tout à la fois la continuité du droit et son caractère intrinsèquement conservateur. Ce n'est cependant pas à des règles « techniques » que le droit est fidèle ; c'est bien plutôt à des valeurs, objectifs, principes, ... et autres idées régulatrices qui tantôt commandent, tantôt interdisent d'en modifier discrétionnairement les dispositifs. Il doit, sur ce point également, en aller du droit international comme de tout autre droit. Il demeure toutefois à s'entendre sur les valeurs, etc., dont il cherche à assurer effectivement la perpétuation.

La question n'est pas simple, du moins à partir du moment où le droit international, s'universalisant, a renoncé à n'être que le « droit public » de l'Europe. Une grande convergence d'intérêts, une large identité de croyances et une proximité culturelle marquée, se manifestant notamment dans des traditions juridiques communes, expliquaient alors que les membres de la « famille des nations » s'entendaient, au moins implicitement, sur une manière de projet global, c'est-à-dire sur des choix à défendre et sur les moyens de les réaliser. Ce milieu « familial » n'excluait ni les rivalités ni les compétitions en tous genres. L'histoire le démontre abondamment. Il n'empêche qu'il y avait là un jeu sur le principe et les règles fondamentales duquel ses membres s'entendaient sans trop de peine. L'heure n'est plus au droit public européen. Des « Occidentaux » dominant certes toujours ce qui ne se prétend plus la famille mais la « communauté » des nations, après avoir, un bref moment, cru être une « société ». Il n'empêche qu'il n'y a plus d'accord en quelque sorte instinctif sur un projet « social », sur ce qu'il y a lieu de conserver du passé pour organiser le futur. De grandes puissances tentent bien d'imposer des modèles particuliers, et entretiennent parfois l'illusion d'y réussir. On leur doit notamment la « mondialisation », qui s'accompagne de l'apologie de la démocratie libérale et de l'économie de marché. Il est possible qu'il y ait là un programme enchanteur. Même s'il est réputé devoir satisfaire à (long) terme l'intérêt bien compris de tous, on voit mal qu'il ne soit pas, dans l'immédiat, autre chose que l'expression des seuls jugements de quelques-uns, c'est-à-dire de leurs valeurs et de leurs objectifs. Il est compréhensible que ceux-ci aient souci de les faire partager par d'autres. On voit mal comment des convictions ou des desseins communs pourraient apparaître simultanément chez tous. Leur « généralisation » repose nécessairement sur une expansion au départ d'un point dans l'espace et d'un moment dans le temps. Il n'y a lieu dès lors ni de reprocher à certains de chercher à universaliser leur projet ni de s'étonner de ce que cela ne se fasse pas sans peine, dans une « communauté » devenue très hétérogène par suite de la diversité, sinon de la contradiction, des cultures, des histoires, des intérêts, des rêves, etc., de leurs membres. Cela dit, il reste profondément contestable que cette adhésion soit arrachée plutôt que consentie, imposée bien plus que négociée

46. *Op. cit.*, p. 188.

comme le commanderait le respect tant de la souveraineté que de la « démocratie ». On comprend dès lors sans peine que la « communauté » internationale ne sache pas trop ce qui doit être préservé et ce qu'il faut abolir. La seule certitude tient sans doute dans la permanence, qui est clairement un héritage, d'un réflexe « souverainiste ». Force est néanmoins de constater que dans un « milieu » sans guère de mémoire ni de « projet », les effets négatifs en sont démultipliés. Il n'y a pas à être surpris partant que fassent toujours défaut les politiques, communes ou concertées, qui permettraient de faire face – pour reprendre une formule à la mode – aux défis de l'avenir, ou que demeurent à ce jour largement inutilisées les institutions juridiques dans lesquelles devraient le plus directement s'exprimer l'attachement d'une société à des valeurs ou à des objectifs fondamentaux. Les tribulations du *jus cogens* en témoignent. On s'est plu, non sans raison, à en souligner le caractère évolutif. Cela n'empêche pas qu'il demeure une coquille désespérément vide – en exagérant un peu ! – ce qui n'en facilite assurément pas les évolutions... tout en donnant l'illusion de les contenir toutes.

Cela dit, en ce domaine aussi, les choses changent. Le temps ne s'est pas arrêté soudain sur le constat désolant de l'inaptitude de la communauté des États à prendre son destin en main, pour utiliser une autre formule à la mode. De nouvelles machineries s'installent, de nouvelles formules sont mises au point et de nouvelles « stratégies » en place. Il ne pourrait pas en être autrement, même dans les cauchemars les plus noirs de ceux que glace l'éternité. Le fait est seulement que le droit international, et la « communauté » dont il régit l'organisation, s'est engagé depuis plusieurs décennies dans une transition dont on ne voit pas encore vraiment l'issue. On dira qu'il n'y a là en soi rien de très exceptionnel. Tous les présents ne sont pas autre chose qu'une transition. Il n'empêche qu'il en est de plus convaincantes que le présent d'aujourd'hui, pour ce qui concerne au moins le droit international.