

institutionnels ont pour objet le développement de ce que Kuhn, dans *The Structure of Scientific Revolutions*, appelle la science normale. C'est-à-dire l'exploration effective et détaillée du terrain dessiné par un paradigme accepté... Les cadres institutionnels n'ont pas pour fonction de susciter, ni de financer, les bouleversements théoriques ou les révolutions de paradigmes. Il arrive qu'ils le fassent malgré tout pour des disciplines dont on peut espérer des retombées instrumentales ou technologiques concrètes... » (J. Schelanger, *Penser la bouche pleine*, Fayard).

Comme le circuit et les modalités de formation des juristes de la Périphérie sont de même type que ceux du Centre, les enseignements du droit international (mais pas seulement eux), les clivages catégoriels et disciplinaires (au sens de disciplines juridiques) sont également de même ordre, il est très difficile dans de telles conditions de voir émerger des formes de représentations autonomes du monde social (société interne et société internationale).

Voilà les raisons majeures qui font que ceux qui interviennent dans le champ d'élaboration et de décision du et dans le droit international restent à présent les mêmes. Dans l'optique d'une Civilisation pluraliste (dans toutes ses formes) il est impérieux d'une part que dans la Périphérie, on repense le système de formation qui maintient les acteurs sociaux dans une domination ou subordination et d'autre part que dans le Centre on prenne en compte les aspirations des peuples de la Périphérie. C'est un vœu de bons sens et non point révolutionnaire.

## MORT ET TRANSFIGURATION DU *JUS COGENS*

par Charles CHAUMONT,  
Professeur à l'Université de Nancy

1. La définition du *jus cogens*, donnée par l'article 53 du traité de Vienne sur le droit des traités, n'est pas probante. Disons simplement, pour les besoins immédiats des réflexions qui suivent, que le *jus cogens* est du droit impératif supérieur à tout autre en ce sens qu'est frappée de nullité toute règle de Droit international qui lui est contraire.

L'effet d'annulation est évidemment une conséquence de la nature du *jus cogens*, mais ne suffit pas à qualifier celui-ci. On peut présumer de la cause par l'effet, mais non la définir par lui. Dire qu'il s'agit d'un « impératif général » expliquant la nullité, est purement discursif, et ne justifie même pas l'idée qu'il peut exister des impératifs généraux. Le Droit étant un produit de la volonté humaine, il faut encore déceler la présence de cette volonté et en identifier la portée.

2. Cependant il y a la difficulté de la spécification des volontés probantes. Le traité de Vienne n'a pas pu franchir cet obstacle. Il s'en est tiré par un subterfuge, qui a consisté dans l'utilisation de la notion de la « communauté internationale des États dans son ensemble » : s'agit-il de la volonté des États ou de la volonté de la communauté ?

Pourrait-on parer à l'ambiguïté précitée en voyant dans le *jus cogens* un concept plutôt qu'un impératif ? Il y a en effet des concepts qui ont un potentiel normatif ; mais il est vrai aussi qu'il y en a qui n'ont pas un tel potentiel. Si donc on admet que le *jus cogens* désigne une qualité possédée par une multiplicité de règles rassemblées sous ce vocable (ce qui est l'opinion courante, pas nécessairement exacte au surplus), on risque de renoncer à toute analyse en qualifiant le *jus cogens* de concept, parce qu'on renoncerait à qualifier le *jus cogens* de Droit impératif général.

3. On peut se poser la question : à quoi sert la notion de *jus cogens* ? Étant un facteur d'annulation éventuelle de toutes les normes n'ayant pas la même dignité que lui, le *jus cogens* est donc, en théorie, d'une redoutable importance. Or, la Cour internationale de Justice, qui a reçu, de l'article 66 du traité de Vienne, compétence pour résoudre les conflits nés de l'application du *jus cogens*, ne semble pas jusqu'à présent, être active dans ce domaine. Cela n'infirme-t-il pas la réalité de cette importance ?



Délégation française, à Vienne, avait pris au tragique cette attribution de compétence à la Cour. Celle-ci n'allait-elle pas devenir une sorte de Cour constitutionnelle suprême, annulant les traités à droite et à gauche au nom de l'idée qu'elle se ferait elle-même du *jus cogens* ? L'imprécision du contenu de l'article 53 pourrait, en principe, aboutir à ce résultat. Mais la Cour est prudente, et ne néglige pas les considérations d'opportunité. L'article 53 ressemble plus à une disposition symbolique pour en finir avec une question embarrassante, qu'à l'amorce d'un processus révolutionnaire.

4. Il y a pourtant un fait indéniable, qui suffirait à faire prendre au sérieux la notion de *jus cogens* : la majorité des États dits du Tiers Monde est favorable à cette notion, qui, à certains égards, a pris l'allure d'un mythe juridico-politique. Ce mythe n'est pas abstrait, mais s'incarne dans l'Assemblée générale des Nations-Unies, où ces États sont dominants et sont par là en mesure de faire consacrer un certain nombre de valeurs trouvant leur source à la fois dans la Charte des Nations Unies et dans une série de résolutions, telles que la résolution 2625 du 24 octobre 1970. Ces valeurs (par exemple : le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, le droit des peuples sur les richesses naturelles, la condamnation de la discrimination raciale, etc...), grâce à leur généralité, à leur interprétation extensive et à leur connotation passionnelle, sont de nature à justifier une remise en cause fréquente des situations établies et des normes conservatrices.

A cet égard donc, le *jus cogens* symbolise l'avènement continu d'un Droit international nouveau au détriment de divers principes du Droit international traditionnel. C'est une véritable fonction idéologique, dont l'importance rend impossible d'écarter simplement cette notion comme obscure ou comme non fondée.

5. Pour faire face à cette équivoque, il sera soutenu ici que le *jus cogens* auquel on pense habituellement est celui des États en tant qu'identifiés aux appareils d'État, avec les difficultés, voire même les impossibilités que cette origine et cette imputation présentent ; mais qu'à côté des appareils d'État, messagers, souvent infidèles, des peuples, ceux-ci, bien que n'ayant pas la parole, peuvent, ne serait-ce que par vagues successives, donner les impulsions qui annoncent et provoquent un Droit international nouveau.

C'est pour cette raison, qui sera davantage expliquée, que l'on doit, semble-t-il, distinguer le *jus cogens* des appareils d'État et le *jus cogens* des peuples (appareil d'État et peuple formant l'État au sens global).

## PREMIÈRE PARTIE : LE JUS COGENS DES APPAREILS D'ÉTAT

6. Dans cette perspective, « appareil d'État » et « État » sont synonymes. Le *jus cogens*, tel qu'il est généralement entendu, pêche par l'effet de deux incertitudes : il y a incertitude quant à son origine ou fondement ; il y a incertitude quant à son contenu. Ces deux défauts sont inhérents à la problématique adoptée, qui est celle du langage étatique, ce langage subsistant même quand on prétend reconnaître le *jus cogens* comme supérieur aux États.

### A. — Incertitude de l'origine

7. Il y a une manière d'expliquer le *jus cogens* qui tente de l'affranchir du volontarisme interétatique, c'est-à-dire d'échapper à la logique de la volonté, afin que soit mieux exprimé le caractère supérieur du Droit impératif général.

Lors de la session de 1968 de la Conférence de Vienne sur le Droit des traités, la délégation américaine proposa comme critère du *jus cogens* le fait, pour certaines règles impératives, d'être « reconnues par l'ensemble des systèmes juridiques nationaux et régionaux du monde ». Cette formule fut à juste titre rejetée : la notion de « système juridique » ne se définit pas facilement ; elle comporte une bonne part d'artifice ou d'arbitraire ; enfin, c'est une illusion formaliste que de chercher des règles communes aux systèmes, l'explication nationale ou régionale de ces règles ne pouvant être détachée des traits caractéristiques du milieu juridique où elles sont nées. En bref, on rencontre ici une difficulté tout à fait comparable à celle de la définition des « principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées » mentionnés à l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. En fait, on voit mal ce qui distingue la notion proposée par la délégation américaine de ces principes.

Au sens de l'article 38 précité, ces derniers sont des principes de droit interne. Qu'ils soient nationaux ou qu'ils soient régionaux, le seul effet juridique que peut produire la concordance des « systèmes » est de faire présumer de la volonté unifiante des appareils d'État (au niveau national ou au niveau régional) ; mais la concordance par elle-même n'est qu'un fait ; elle n'est pas une règle de droit. En dehors de cette présomption de la volonté des États (qui est un retour à la logique volontariste) il n'y a guère que l'autorité du juge. Ainsi, même si l'on admet que l'article 38 permet à la Cour, tout au moins au regard des États parties à son Statut, de déterminer elle-même les « principes généraux de droit » visés à cet article (ce qui est la concession au juge d'un pouvoir créateur), encore faudrait-il établir le caractère supérieur de ces principes, pour en faire des normes de *jus cogens*. Or ce caractère supérieur ne résulte pas de l'article 38, dans lequel les principes figurent en troisième position, derrière les traités et la coutume, et alors que l'énumération n'est évidemment pas hiérarchiquement ascendante.

8. Il est vrai que l'expression « principes de droit international » a un autre sens que celui prévu à l'article 38 du Statut de la Cour ; c'est le sens retenu par la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire du Lotus, à savoir les principes en vigueur « entre toutes les nations indépendantes » (Recueil, p. 17), ou (par une terminologie un peu différente) « entre toutes les nations faisant partie de la communauté internationale » (id., p. 16). Cette dernière variante rejoint à l'évidence les termes de l'article 53 du traité de Vienne, dans lequel l'expression « toutes les nations faisant partie de la communauté internationale » devient « la communauté internationale des États dans son ensemble ».

Quoi qu'il en soit, la formule de l'arrêt du Lotus souligne le fait que, dans l'esprit de la Cour, les principes visés doivent être en vigueur entre



toutes les nations », ce qui les place dans le cadre interétatique de l'accord, c'est-à-dire du volontarisme.

Peu important à cet égard les nuances terminologiques mentionnées ci-dessus, car finalement, dans la vision qui est celle de la Cour, la « communauté internationale » est composée de « nations indépendantes ».

9. Une autre voie pour contourner l'obstacle du volontarisme est celle qui conduit à des conceptions de droit naturel, sous une forme moderne, inspirée par exemple de la psychologie. Une telle méthode peut se fonder sur la contradiction interne du volontarisme étatique. C'est ainsi que Paul De Visscher (dans son cours général à l'Académie de Droit international en 1972, Recueil 1972, vol. 2, p. 102-111) adopte le point de départ suivant (p. 107) : « Parce que la qualité de *jus cogens* est un *fait psychologique*, elle ne peut pas être créée uniquement par un acte de volonté. Il y aurait, en effet, contradiction manifeste à enseigner, d'une part que l'existence d'une norme de *jus cogens* limite la liberté conventionnelle, et d'autre part que, par le jeu même de cette liberté, les États pourraient à leur gré apposer ou enlever la qualification de *jus cogens* à toute norme quelconque ». On ne saurait mieux exprimer l'antinomie ou le paradoxe du volontarisme étatique, à quoi l'article 53 du traité de Vienne n'a pas vraiment échappé par la formule ambiguë qu'il a adoptée (« communauté internationale des États dans son ensemble »). On peut remarquer que l'opération juridique retenue par P. De Visscher, fondée sur un « fait psychologique » (qui est plus conviction que volonté) rejoint la conception traditionnelle de la coutume dans son élément d'opinio-juris, avec cette différence que dans le *jus cogens* la conviction crée une valeur plus forte que l'opinio-juris simplement coutumière. Ainsi, dans cette manière de voir, si l'« état de conscience » se refuse à toute dérogation de la norme, il s'agit de *jus cogens* ; sinon, il s'agit d'une règle coutumière.

Cependant on peut se demander si la notion de « fait psychologique » ou d'« état de conscience » est suffisamment objective pour être vraiment différenciée de la subjectivité volontaire, en ce sens qu'il ne nous est pas précisé de qui sont les « faits psychologiques » ou « états de conscience » qui qualifient le *jus cogens*. Si ce ne sont pas tous les États dans la logique volontariste de l'arrêt du Lotus, sont-ce des États privilégiés, et lesquels ? En toute hypothèse, ce sont des phénomènes humains : alors s'agit-il de personnes autres que les dirigeants d'États ?

Ainsi on peut se poser la question de savoir si le point de vue de Paul De Visscher pour le *jus cogens*, ci-dessus rappelé, est capable de répondre à la nécessité de dresser, pour reprendre une belle formule de son cours de la Haye (op. cit.) « des barrières objectives contre l'omnipotence de la raison d'État ». Pourquoi en effet considérer, comme le fait l'auteur, le développement du *jus cogens* comme une « aspiration moralisatrice » ? Il y voit une sorte de « label », qui peut être appliqué aux traités, par l'effet d'un « coefficient moral ». Est-ce que l'application de ce label est un jugement de valeur existant au sein de la « communauté universelle », et donc qui transcenderait les États ? Autant confier ce jugement à la volonté de Dieu. Dans le silence de ce dernier, il ne manquera pas de porte-parole

(qui ne seront pas tous des prophètes, des saints ou des héros) pour prétendre exprimer au nom de la « communauté universelle », le droit naturel ou un idéal supérieur. Mais, comme l'a écrit une fois pour toutes Jules Basderant (dans son cours à l'Académie de Droit international de la Haye de 1936), une telle démarche consiste à « parer une réalité relative du manteau de l'éternelle vérité ».

Il faut aussi souligner que les normes généralement considérées comme de *jus cogens* n'ont pas toujours un but moralisateur : par exemple le principe de non-intervention peut aboutir à sacrifier le faible au fort ; ou encore, le principe d'autodétermination des peuples fait droit à leur existence, non à la hauteur de leurs aspirations et à la rectitude morale de leur comportement.

Enfin on ne saurait confondre le domaine du « donné » et le domaine des « buts ». Si le *jus cogens* est « naturel », au sens de la nature de l'homme, il ne peut être poursuivi comme un objectif ; s'il est un objectif, il doit, pour passer dans les faits, s'incarner dans une activité volontaire des sujets de droit, c'est-à-dire essentiellement des États. Dans ce dernier cas, il est plongé dans le monde des contradictions, et il ne va pas en sortir en les ignorant.

En fait, rien n'est plus incertain et relatif que les faits psychologiques. Quels faits doit-on isoler ? S'agit-il de psychologie individuelle ou de psychologie collective ? Et comment va-t-on transformer des faits psychologiques en impératifs juridiques ? Comment échapper à la diversité et à la contingence des morales ? Il y a trop de questions qui se posent, et dont la solution n'est pas claire.

Ces réflexions ne rendent pas plus acceptable le paradoxe du volontarisme étatique. Il faut voir si ce dernier ne peut pas être surmonté par le contenu du *jus cogens*.

## B. — Incertitude du contenu

10. Compte tenu de la valeur supérieure reconnue à la Charte des Nations Unies (dont la primauté sur « tout autre accord international » est consacré par l'article 103), il existe une tentation normale, dans la logique de la volonté interétatique, d'assimiler le *jus cogens* aux principes contenus dans le chapitre I de la Charte, et développés notamment dans la résolution 2625 de l'Assemblée générale des Nations Unies du 24 octobre 1970. Dans la perspective de cette assimilation, on pourra être amené à qualifier de règles de *jus cogens* : le principe de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes (article 1, § 2), celui de l'« égalité souveraine » des États (article 2, § 1), le principe de bonne foi (article 2, § 2), le principe du règlement pacifique (article 2, § 3), celui d'interdiction d'emploi de la force (article 2, § 4) et le principe de non-intervention (article 2, § 7). Si l'on veut faire bonne mesure, on peut y joindre des « buts » (au sens de l'article 1) dont l'importance s'accroît à notre époque au niveau international : par exemple le respect des droits de l'homme (articles 1, 8, 2).



La Commission du Droit international, dans son travail de préparation de la Conférence de Vienne sur le droit des traités, n'a pu parvenir à une entente sur cette méthode énumérative, estimant qu'il faut attendre « la pratique des États et la jurisprudence des tribunaux internationaux » (Rapport de 1966). Mais, depuis 1966, la pratique des États n'a pas révélé grand chose, si ce n'est des interprétations contradictoires, dans la vie internationale réelle, de principes théoriquement aussi essentiels que l'interdiction de l'emploi de la force et la non-intervention. Les nombreux conflits internationaux de notre époque prouvent par exemple que ce qui est agression aux yeux de certains États ne l'est pas pour d'autres et que le « droit naturel » de la légitime défense (article 51 de la Charte), ne se présente pas forcément comme du *jus cogens*. N'y a-t-il pas au départ une erreur conceptuelle ? Il n'est pas exact de dire qu'il y a interdiction générale d'emploi de la force : il y a de nombreux cas où cet emploi est légitime selon la Charte ; mais chacun de ces cas est sujet à interprétations variables. Dès lors le consentement et la pratique des États sont difficiles à établir pour chaque règle citée comme règle de *jus cogens* ; et aucune hiérarchie ne les classe, ce qui pose un problème insoluble quand elles se contredisent au niveau de l'application.

On peut en déduire que la méthode n'est pas satisfaisante.

11. La Conférence de Vienne en a eu conscience, puisqu'elle n'a pas retenu cette méthode, au moins d'une manière directe, en ce sens qu'elle a renoncé à une énumération quelconque des règles de *jus cogens*, même à titre exemplatif. Ce faisant, elle n'a pas pour autant proposé une méthode très probante. Car, tout en ne renonçant pas à la logique de la volonté, elle a introduit (dans le texte de l'article 53 du traité) la notion de « communauté internationale des États dans son ensemble ». Le concept d'« ensemble » n'est évidemment pas clair. Car, pour être ensemble, il faut être plusieurs : ce qui paraît signifier que dans ce texte, « communauté internationale » est synonyme de « communauté des États ensemble » (plutôt que « dans son ensemble »).

De même, l'ambiguïté de la méthode ressort aussi de l'expression : « ... à laquelle aucune dérogation n'est permise ». On ne peut éviter de poser la question : n'est permise par qui ? Si l'on veut échapper à la contradiction interne de la volonté des États, toujours libres de déroger à la dérogation, sans quoi il ne s'agirait plus d'une volonté, on est conduit à reconnaître que l'interdiction est ici une qualité inhérente à la nature même de la norme de *jus cogens*. Dans ce cas, il faut que la norme soit nommément citée et qualifiée, ce que ne fait pas l'article 53 du traité de Vienne ; et il faut dire pourquoi une telle norme possède une pareille qualité, alors qu'une autre norme, apparemment aussi digne, ne la possède pas. Renvoyer à la pratique des États, c'est rester dans le cadre de la même logique ; renvoyer à la jurisprudence internationale est fort discutable, car c'est substituer à la volonté d'incontestables sujets du Droit international (les États) celle de personnes privées qui, quelle que soit l'importance de leur fonction internationale, ne sauraient être, dans le cadre des relations internationales de notre temps, considérées comme habilitées à créer des normes, ou même

à interdire *proprio motu* aux États, toute dérogation à certaines normes existantes.

12. Que signifie donc ici la défaillance du discours juridique, dans une matière théoriquement capitale ? Si l'on ne veut pas évacuer tout le problème par sa négation pure et simple, on peut essayer une autre méthode de recherche. Elle comporte la mort d'une certaine idée du *jus cogens*, une mort qui n'est pas synonyme de néant, mais qui implique plutôt (s'il est permis d'utiliser l'intitulé d'une composition musicale célèbre de Richard Strauss) une « transfiguration ». Il s'agit, non d'une chronologie, mais d'une substitution conceptuelle. Le Droit des États, c'est celui des appareils d'État. Mais le concept d'État comprend aussi la notion de peuple. Cette notion, étouffée ou englobée par la tradition interétatique, dresse la tête à notre époque, et par là, peut infléchir le Droit des États.

## DEUXIÈME PARTIE : LE JUS COGENS DES PEUPLES

13. Jusqu'à la deuxième moitié du 20<sup>e</sup> siècle, l'appareil d'État (traditionnellement appelé « gouvernement », d'un terme ambigu de nature à créer une confusion entre une situation interne et une situation internationale) était, quant au rôle actif à jouer sur la scène internationale, l'élément étatique pratiquement exclusif. Mais après la deuxième guerre mondiale, les actions anticoloniales et les nombreuses contestations révolutionnaires ont grandement contribué à désacraliser les appareils d'État, à faire surgir au grand jour les contradictions entre ceux-ci et les peuples, et par là, à dévaluer la présomption de représentation des peuples par les gouvernements. Ainsi les peuples, à la lumière de la Charte des Nations Unies, magnifiée par de nombreuses résolutions et une opinion internationale de plus en plus consciente, ont acquis, du point de vue du Droit international, des caractères les rattachant d'une manière croissante à la notion de sujet de droit.

Cela signifie fondamentalement un pouvoir de volonté, sans lequel les règles de droit n'existent pas, puisque le domaine des impératifs est celui des injonctions et non celui des faits.

Toutefois il est clair que le pouvoir de volonté des peuples n'opère pas de la même manière que celui des dirigeants d'État. Il faut donc d'abord préciser comment se manifeste ce pouvoir. Ensuite, et en fonction de cette modalité spécifique, il conviendra de s'interroger sur le caractère de *jus cogens* de l'expression de ce pouvoir.

En somme, s'agissant de collectivités humaines, on peut parler d'une « volonté » des peuples. Mais comment une telle volonté, posée comme existante, peut-elle se traduire en « discours juridique », sans ou contre les gouvernants d'abord, et à travers eux ensuite, et en quoi son expression, si elle est possible, peut-elle conduire à du Droit supérieur ? Par la force des choses, cette expression ne peut être que limitée à ce qui, dans le Droit, concerne l'action des peuples.



## A. — Spécificité de l'origine

14. Ce n'est pas parce qu'une volonté existe que son expression est aisée. Le langage des peuples n'est pas celui des traités internationaux ; les peuples ne tiennent pas un discours juridique ; en fait, ils ne tiennent pas de discours du tout. Un peuple, considéré comme un tout, peut parfois se choisir des hommes privilégiés et parler par leur voix. Dans la généralité des cas, les peuples sont muets. Ce mutisme est d'abord organique : un discours élaboré ne peut être le fait que d'un homme ou d'un groupe d'hommes très limité. Mais il provient aussi de la situation et de l'environnement des peuples : la fréquence de l'oppression étrangère et de la tyrannie interne, la médiocrité, voire même l'insuffisance presque totale du niveau économique, social et culturel paralysent la pensée collective. Dès lors, il faut s'attendre aux réflexes plus qu'à la réflexion, aux impulsions plus qu'aux raisonnements, aux colères plus qu'aux méditations. Quand un peuple va de l'inertie à l'initiative, ce n'est pas par le jeu de l'intellect : c'est par le jeu des passions. Ainsi, si l'on veut parler le langage de l'organisation des sociétés, les peuples ne sont pas en mesure de prévoir ou d'aménager les lois et les réformes : leur langage, quand ils se mettent en mouvement, est celui de la révolte, qui peut conduire aux révolutions.

La révolte d'un peuple est souvent dirigée contre une personne ou un groupe, de la nation ou de l'étranger. Dans ce cas, il se trouve en quelque sorte en situation défensive, en grande partie conditionnée par ceux auxquels il s'oppose. Il arrive aussi que le peuple veuille s'exprimer de lui-même et par lui-même, que son projet sans paroles ne soit pas le choix d'une structure ou le choix des hommes qui le dirigent ; qu'il soit la simple affirmation de lui-même dans un monde où sa pensée n'a pas encore trouvé de formule.

15. Y a-t-il quelque autre « pensée » de dignité supérieure ? Les appareils d'État ne se justifient que par les peuples, bien que parfois ils les ignorent, les trahissent ou les méprisent. En toute hypothèse, ils sont censés les représenter. Il n'existe pas de « communauté internationale », en dehors du langage politique ou littéraire. Quant au terme « humanité », qui peut exprimer une valeur juridico-morale (comme dans la notion de « crime contre l'humanité »), il n'est guère, hors ce cas, qu'un terme neutre et descriptif, ne pouvant être classé comme une entité juridique : ce n'est pas l'article 136 de la convention sur le droit de la mer qui, à travers la notion symbolique du « patrimoine commun de l'humanité », peut suffire à faire de celle-ci un sujet du Droit international. L'humanité globale ne parle pas, n'agit pas et ne pense pas. Il serait certes séduisant de croire que les prophètes, les philosophes, les sages, les saints, les héros sont les messagers de l'humanité : mais où est leur mandat ? et que deviennent les contradictions fondamentales ?

Un peuple pense et agit tant qu'il n'est pas détruit par l'étranger ou par sa propre décomposition. Même disparu, il renaît parfois de ses cendres. Les peuples sont en mouvement perpétuel : seule la mort est immobile. Ce mouvement révèle leur volonté impulsive, intermittente et silencieuse. Ce silence à vrai dire peut être tumultueux et impérieux.

Mais pourquoi cette volonté sans langage aurait-elle une valeur impérative ? Il ne s'agit pas ici d'une raison logique. Les peuples, ou tel peuple, n'ont pas toujours été et ne seront pas toujours ; mais tant qu'ils sont là, leur vitalité fait leur force, et leur laisser-aller fait leur ruine. Ils sont le seul facteur de puissance internationale en dehors des États et des grandes organisations ou sociétés privées. Aucune théologie ou philosophie n'ayant, jusqu'à présent, un pouvoir de rassemblement et d'unification global, qui d'autre que les peuples peut frapper plus fort que les gouvernements et les groupes ?

Ainsi, les impératifs supérieurs, qu'il est difficile d'expliquer par la volonté des États, peuvent tout au moins trouver leurs racines dans cette force qui s'intègre à eux et parfois affronte et réduit les appareils d'État. Cette force peut avoir une valeur normative dans la mesure où elle est une activité volontaire et efficace qui tantôt sous-tend la volonté des appareils, tantôt la conteste, ou même la renverse. Un tel genre d'activités comporte ce qu'on peut appeler des « normes d'action », par différenciation d'avec les « normes de langage » qui forment le pain quotidien du Droit international.

Les peuples n'ont ni la vocation, ni les moyens de passer des accords entre eux ; et comme leur action ne consiste pas en initiatives ou pratiques d'organes de l'État, elle ne peut, non plus, faire naître des coutumes. Dès lors cette action, par son mouvement même, juge les règles et les situations établies, amorce des perspectives et ouvre des voies nouvelles.

## B. — Expression limitée du contenu

16. Si les coups de boutoir des peuples ne sont pas en soi une activité de langage juridique, ils poussent les États à prendre conscience de ce qu'ils signifient et à aménager le Droit positif en fonction des peuples. Dès lors, le *jus cogens* des peuples peut trouver une traduction au niveau des normes de langage. Cette traduction ne peut s'inspirer que de ce qui fait la raison d'être du mouvement des peuples. Le Droit impératif ainsi conçu est à la fois capital et limité : il concerne les conditions d'existence et d'indépendance des peuples, vis à vis de l'étranger et vis à vis de leurs propres appareils d'État ; mais il ne concerne que cela.

Le contenu de ce Droit résulte de la vie des peuples, de leur structure économique et sociale, et du niveau de développement. Il y a des États qui ne tiennent que par l'appareil d'État. Où était le peuple français en 1940 et dans les années suivantes ? L'appareil d'État lui-même ne tenait que par la protection de l'occupant. Le peuple français, c'étaient les résistants de l'intérieur et de l'extérieur : la norme de *jus cogens*, c'était la légitimité du combat qui, au nom de la pérennité des générations passées et futures, rendait nuls tous accords, d'armistice ou d'aliénation territoriale ou autre, que l'appareil de Vichy pouvait passer ou consentir.

L'histoire des peuples vivants, c'est l'histoire des peuples en lutte pour s'affirmer et se maintenir ; et cette lutte est une lutte d'hommes libres, car un peuple vrai ne se compose pas d'une population d'esclaves. C'est



pourquoi le combat des peuples et celui des droits de l'homme sont indissociables, ainsi que le reconnaissent l'article 29 de la Déclaration universelle des droits de l'homme et l'article 1 des pactes internationaux des droits de l'homme. Partout où existe un peuple, où existent des hommes libres au sein du peuple, il y a du *jus cogens* en formation. Le message que lance un peuple en actions est plus fort que toutes les règles de droit, car ce n'est pas le Droit qui juge la Révolution, mais c'est la Révolution qui juge le Droit. Ainsi l'appel de la Révolution française vers l'Europe et le monde n'a pas eu besoin de l'assentiment des têtes couronnées, car justement ce sont elles qu'il a fait entrer dans l'illégitimité.

Cet effet ne résulte pas d'un simple renversement du Droit existant par la force ; car l'action des peuples a une ambition idéologique, et cette idéologie est celle de la liberté, vis à vis de l'étranger ou vis à vis de leur propre État. L'action libératrice peut (comme avec les mouvements de libération) se passer d'État. Mais à l'inverse, il y a des peuples qui n'ont rien à dire. Aucun message ne passe en eux, divisés contre eux-mêmes, ou lassés de vivre, ou artificiellement composés. On ne peut le savoir d'avance. Il est possible que, dans une nation, dominent les intérêts contradictoires des corporations et des groupes ou que l'appareil d'État tyrannise un peuple au point de le détruire, ou l'altère au point de le plonger dans l'inconscience. C'est dire que la force des peuples, comme créatrice de valeurs, n'est pas une donnée nécessaire : elle est contingente et relative.

17. Il ne faut donc pas prendre le *jus cogens* des peuples pour ce que, dans la réalité observable, il ne saurait être, à savoir un majestueux système de normes planant, immuable, dans les hauteurs, ou jaillissant, inépuisable, des profondeurs. Ce n'est qu'en passant du niveau des normes d'action (*jus cogens* primitif) au niveau des normes de langage (*jus cogens* dérivé) qu'à travers les relations interétatiques, le *jus cogens* des peuples s'uniformise et se pérennise, au risque de l'abstraction, de la déformation et de l'inefficacité.

En posant le *jus cogens* comme un impératif supérieur à leur volonté, les États impliquent une référence qui ne peut pas être uniquement cette volonté. Mais en même temps, cette référence est exprimée par leur volonté et comporte les dangers d'ambiguïté, d'infléchissement ou de déviation. Il est de fait que certaines des règles généralement énumérées comme règles de *jus cogens* sont équivoques, leur contenu concret étant contradictoire. Par exemple, quand on parle de non-intervention, on n'a rien dit si l'on ne précise pas dans quelles conditions et à l'égard de qui ; quand on parle de souveraineté des États, on n'a rien dit si l'on ne tient pas compte de la situation réelle du peuple qui est derrière l'État. Si un peuple et des hommes sont opprimés, tous les accords internationaux passés, tous les actes accomplis sur la base de cette oppression, sont teintés d'illégalité par l'effet du *jus cogens*.

On ne peut dès lors, à leur sujet, parler le langage de l'intervention ou de la non-intervention, de la dépendance ou de la souveraineté : le cœur du problème est au-delà de ce langage, et ailleurs.

18. La méthode d'analyse sur laquelle repose la notion de *jus cogens* des peuples est différente de celle du *jus cogens* de droit naturel ou « psychologique ». Les règles qu'il inspire dans le droit positif, ne trouvant pas leur origine dans des données idéales mais ayant des sources concrètes, sont variables, relatives et approximatives. L'action des peuples est à la fois la cause et la limite du contenu irréductible de ces règles, efficaces si le milieu international est favorable, ou mises entre parenthèses si les appareils d'État peuvent se permettre impunément d'être hostiles à leur égard.

Dès lors on comprend que le contenu d'une norme de *jus cogens*, à la différence des normes ordinaires qui peuvent provenir d'une décision instantanée du « législateur » interétatique, ne soit établi que dans une perspective ample et prolongée. En cela, il y a une ressemblance avec la coutume au sens traditioriel ; mais la ressemblance s'arrête là. Une règle coutumière est déterminée par des volontés ou des actions imputables aux États et son contenu est qualifié par cette imputation. La règle positive (ou dérivée) de *jus cogens* est qualifiée, quant à son contenu, par référence à un facteur qui la précède et la domine, facteur qui est une réalité observable et non un idéal préconçu.

19. Il ne semble pas que la notion de « personne humaine » puisse être utilisée d'une manière indépendante pour la détermination du *jus cogens* primitif, si du moins on fait coïncider « personne humaine » et personne physique. Car l'individu isolé n'existe pas. Les personnes sont insérées dans des collectivités : à la constatation évidente qu'il n'y a pas de collectivités sans personnes, fait écho la constatation (peut-être moins évidente, mais tout aussi sûre) qu'il n'y a pas de personnes sans collectivité. Ainsi le concept des droits de l'homme est-il un concept objectif et non idéal, dont le contenu est relatif et déterminable a posteriori et non a priori. Ceci n'enlève rien à son importance et à sa valeur ascendante. Dans la mesure où la personnalisation d'un peuple est fonction de celle des hommes, où l'efficacité de la résistance globale à l'oppression et à l'aliénation résulte de la qualité et de l'intensité des résistances individuelles, le peuple est dans la personne humaine qui le porte en elle comme la personne est dans le peuple. Pour cette raison, il n'est pas illusoire d'affirmer que, dans certaines circonstances, l'individu, avec le soutien du *jus cogens*, est juridiquement plus fort qu'une loi injuste de l'appareil d'État. Dans les cas extrêmes où les dissidents sont face au Léviathan totalitaire, non pas comme contestataires subjectifs ou nihilistes, mais comme fer de lance du peuple, le *jus cogens* est susceptible de remplir pleinement sa fonction, non pas idéale, mais idéologique, qui consiste à justifier des actions en apparence illégales du point de vue formel.

Déjà apparaissait le *jus cogens* lorsque la Constitution française de 1793, symbolisant un des courants (non bourgeois), de la Révolution de 1789, consacrait le droit de résistance à l'oppression, c'est-à-dire l'ultime contenu de la liberté des peuples et de celle des personnes, ne formant qu'une seule et même liberté.