Document généré le 6 août 2025 11:34

Revue québécoise de droit international
Quebec Journal of International Law
Revista quebequense de derecho internacional

STANDARD ET STANDARDISATION : LA NORMATIVITÉ VARIABLE EN DROIT INTERNATIONAL

Awalou Ouedraogo

Volume 26, numéro 1, 2013

URI : https://id.erudit.org/iderudit/1068105ar
DOI : https://doi.org/10.7202/1068105ar

Aller au sommaire du numéro

Éditeur(s)

Société québécoise de droit international

ISSN

0828-9999 (imprimé)
2561-6994 (numérique)

Découvrir la revue

Citer cet article

Ouedraogo, A. (2013). STANDARD ET STANDARDISATION : LA NORMATIVITÉ VARIABLE EN DROIT INTERNATIONAL. *Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional*, *26*(1), 155–186. https://doi.org/10.7202/1068105ar

Résumé de l'article

L’apparition des standards comme source du droit international traduit une normativité internationale porteuse de technicité. Cet article montre que le standard, d’un point de vue diachronique, est soit un instrument de mesure de comportements sociaux corrects, soit un outil de tracé d’une grande précision. La standardisation internationale semble, d’un point de vue purement formel, rétrécir considérablement la frontière classique entre le droit et le non-droit. Eu égard à l’éclatement et à la nouvelle structuration de la société internationale, les sources traditionnelles du droit (le traité ou la coutume), même si elles demeurent essentielles dans la régulation des rapports internationaux, sont de plus en plus inadaptées aux nouvelles exigences de rapidité, de souplesse et d’adaptabilité que nécessite la coopération internationale. La réalité internationale actuelle, caractérisée par l’extraordinaire développement de la technoscience, exige que les degrés de juridicité de la règle ou de la norme de droit international varient en fonction des besoins et que l’obligatoriété ne soit plus le seul fondement de la règle de droit. Le standard international caractérise cette tendance de juridicisation de la technicité. Dans un contexte où l’édifice normatif est de plus en plus variable, l’article montre que le standard est une espèce particulière de règle de droit qui traduit la normativité en termes de normalité; normalité quant à ce qui est (standard-mesure) et normalisation quant à ce devrait être (standard-tracé). Il examine au passage la place du juge dans l’objectivation du contenu normatif du standard-mesure.

Tous droits réservés © Société québécoise de droit international, 2013

Ce document est protégé par la loi sur le droit d’auteur. L’utilisation des services d’Érudit (y compris la reproduction) est assujettie à sa politique d’utilisation que vous pouvez consulter en ligne.

https://apropos.erudit.org/fr/usagers/politique-dutilisation/

Cet article est diffusé et préservé par Érudit.

Érudit est un consortium interuniversitaire sans but lucratif composé de l’Université de Montréal, l’Université Laval et l’Université du Québec à Montréal. Il a pour mission la promotion et la valorisation de la recherche.

https://www.erudit.org/fr/

STANDARD ET STANDARDISATION : LA NORMATIVITÉ VARIABLE EN DROIT INTERNATIONAL

Awalou Ouedraogo[*]

L'apparition des standards comme source du droit international traduit une normativité internationale porteuse de technicité. Cet article montre que le standard, d'un point de vue diachronique, est soit un instrument de mesure de comportements sociaux corrects, soit un outil de tracé d'une grande précision. La standardisation internationale semble, d'un point de vue purement formel, rétrécir considérablement la frontière classique entre le droit et le non-droit. Eu égard à l'éclatement et à la nouvelle structuration de la société internationale, les sources traditionnelles du droit (le traité ou la coutume), même si elles demeurent essentielles dans la régulation des rapports internationaux, sont de plus en plus inadaptées aux nouvelles exigences de rapidité, de souplesse et d'adaptabilité que nécessite la coopération internationale. La réalité internationale actuelle, caractérisée par l'extraordinaire développement de la technoscience, exige que les degrés de juridicité de la règle ou de la norme de droit international varient en fonction des besoins et que l'obligatoriété ne soit plus le seul fondement de la règle de droit. Le standard international caractérise cette tendance de juridicisation de la technicité. Dans un contexte où l'édifice normatif est de plus en plus variable, l'article montre que le standard est une espèce particulière de règle de droit qui traduit la normativité en termes de normalité; normalité quant à ce qui est (standard-mesure) et normalisation quant à ce devrait être (standard-tracé). Il examine au passage la place du juge dans l'objectivation du contenu normatif du standard-mesure.

The emergence of standards as a source of international law reflects an international normativity vested with more and more technicity. This article shows that standard, in a diachronic point of view, is either a measure of correct social behavior, or a drawing tool with high precision. International standardization seems, from a purely formal point of view, to significantly narrow the classic borderline between what is the law and what is not. Given the expansion and the new structure of international society, the traditional sources of law (treaty or custom), although they remain essential in the regulation of international relations, are increasingly inadequate to the requirements of rapidity, flexibility and adaptability of the international cooperation. The current international reality, characterized by the extraordinary development of science and technology, requires that the degrees of legal validity of the rule or norm of international law vary according to the needs of the society, and the binding character of a norm no longer be the sole basis of the rule of law. In a context where the normative structure is more and more variable, the article shows that the standard is a special kind of rule that expresses the normativity in terms of normality; normality for what is (standard-measure) and standardization for what ought to be. It also examines the role of the judge in the interpretation of classical international standard.

[*] Professeur adjoint au département des Études internationales à l'Université York – Campus Glendon.

> *Si l'on s'efforce, selon la méthode de la réduction, d'observer comment le droit se donne à notre conscience par delà la facticité et la contingence de ses manifestations historiques, la donnée immédiate qui se dessine au premier plan, c'est celle de règle, de norme*[1].

L'ordre juridique international contemporain est en pleine effervescence. Sa structure institutionnelle est en constante mutation et avec elle, les processus d'élaboration et de création de ses normes. Il est devenu banal de dire que le droit international, du point de vue de ses sources, est en pleine transformation. Non seulement ses emprises sur la vie des peuples se multiplient suite à l'éclatement de son contenu, mais les conceptions qui l'inspirent subissent un profond renouvèlement. Si les évolutions actuelles du droit international sont perçues comme la conséquence des bouleversements du monde, alors ses ressorts institutionnels incarnent les métamorphoses au niveau de la technique juridique. Une observation purement synchronique montre que la normativité internationale actuelle, dans sa double acception d'appartenance à l'ordre juridique et de formulation prescriptive d'une norme[2], reflète les aspirations d'une société internationale interdépendante caractérisée par l'influence sans précédent de la technoscience. Ce constat empirique de l'irruption des normes dites techniques ou scientifiques dans la production juridique a contribué au développement d'une science juridique « décomplexée », s'autorisant une approche éclatée et diachronique de la normativité dans toute son hétérogénéité.

La juridicisation croissante de la technicité se traduit par l'apparition d'une normativité de plus en plus variable à travers un développement tous azimuts des standards internationaux. La définition du standard, notion fluctuante et polymorphe, suscite une controverse au sein de la doctrine. La réalité est que toute tentative de définition d'un concept flou ou indéterminé se heurte à un obstacle de taille : l'absence d'uniformité. À propos des difficultés liées à tout travail définitoire, Kant admettait déjà dans sa *Critique de la raison pure* que :

> [*d*]*éfinir*, comme l'expression même l'indique, ce ne peut être, à proprement parler, qu'exposer originairement le concept explicite d'une chose *in concreto*. D'après ces conditions, un concept empirique ne peut pas du tout être défini, mais simplement expliqué[3].

---

1 Paul Amselek, « La phénoménologie et le droit » (1972) 17 Archives de philosophie du droit 186 à la p 200.

2 Catherine Thibierge, « Au cœur de la norme : le tracé et la mesure » (2008) 51 Archives de philosophie du droit 341 à la p 343 [Thibierge**,** « Au cœur de la norme »].

3 Emmanuel Kant, *Critique de la raison pure*, Paris, Félix Alcan, 1905 à la p 577.

Pour ce philosophe,

> on ne peut, pour parler exactement, définir aucun concept *donné a priori*, comme, par exemple, ceux de substance, de cause, de droit, d'équité, etc. Car je ne peux jamais avoir la certitude que la représentation claire d'un concept (encore confus) donné a été explicitement développée qu'à la condition de savoir qu'elle est adéquate à l'objet[4].

Comment *approcher* le concept du standard et mieux appréhender la place et le rôle de la standardisation dans la normativité internationale dans un contexte de prolifération et de complexification des procédés de régulations des rapports internationaux? Au-delà de la question du standard, c'est tout le problème de l'objectivation du seuil de la normativité internationale, la frontière entre le droit et le non-droit, qui se trouve posé. Sous l'influence du paradigme positiviste construit à partir de l'ontologie du nominalisme, la théorie classique des sources du droit, s'enracinant dans le « légicentrisme étatique et la neutralité axiologique »[5], a réduit toute la normativité juridique à la seule loi au sens formel. Comme on le verra plus loin, la standardisation actuelle opère une déconstruction de cette vision stato-centrée dans la double perspective de polynormativité et d'internormativité[6].

Les différentes réflexions qui ont été menées çà et là sur le concept de standard montrent que celui-ci constitue une des caractéristiques même du système juridique. Parmi les juristes qui ont particulièrement observé les méthodes de raisonnement en droit, il convient de citer, entre autre, Chaïm Perelman[7] et Herbert L A Hart[8]. Le premier auteur, dans la tradition d'Aristote, a montré comment le seul raisonnement dialectique est susceptible de prendre en compte les « lieux communs », les standards, qu'il considère d'ailleurs comme des notions confuses. Quant au second, c'est la conception de modèles de conduite qui l'a amené à réfléchir sur la notion de « texture ouverte » du discours[9].

---

4 *Ibid*. Dans une note de bas de page, Kant affirme que « les jurisconsultes cherchent encore une définition de leur concept de droit ». Pour lui, « [s]ans doute, le concept du Droit (*vom Recht*) dont se sert le sens commun, renferme bien ce que peut en tirer la plus subtile spéculation; seulement, dans l'usage vulgaire et pratique qu'on en fait, on n'a pas conscience des diverses représentations contenues dans cette pensée. On ne peut pas dire pour cela que le concept vulgaire soit sensible et ne désigne qu'un simple phénomène, car le droit ne saurait pas du tout être un objet de perception (*das Recht kann gar nicht erscheinen*), mais son concept réside dans l'entendement et représente une manière d'être (la qualité morale) des actions qui leur appartient en elles-mêmes ».

5 Simone Goyard-Fabre, *Les fondements de l'ordre juridique*, Paris, Presses universitaires de France, 1992 à la p 11. Cette théorie des sources est censée expliquer et fonder l'origine du droit entendu comme l'ensemble des normes juridiques en vigueur, considéré *hic et nunc*.

6 Sur l'internormativité, voir notamment Jacques Chevallier, « L'internormativité » dans Isabelle Hachez et al, dir, *Les sources du droit revisitées* : *Théorie des sources du droit*, vol 4, Paris, Anthemis, 2013, 689 [Chevallier]; Jean Carbonnier, *Flexible droit*, 3e éd, Paris, Librairie générale de droit et jurisprudence, 1969 à la p 60 et Jacques Chevallier, « Une métaphore chimique pour le droit : du droit solide au droit soluble » (1995) 16 Dr et Soc 7.

7 Chaïm Perelman, *Le raisonnable et le déraisonnable en droit*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1984.

8 Hébert L. A. Hart, *Le concept de droit*, 2e éd, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1976 [Hart].

9 Shirley Leturq, *Standards et droits fondamentaux devant le conseil constitutionnel français et la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2005 à la p 4.

La notion de standard est toujours appréhendée en relation avec la règle de droit. Or, le concept même de règle de droit n'est pas universel ou universalisable. Une notion polymorphe et souvent assimilée à la norme, la règle de droit, comme on le sait, ne présente pas une structure typique. Tous les théoriciens du droit, – que ce soit John Austin, John Rawls, Ronald Dworkin, Hebert Hart, Hans Kelsen ou bien d'autres – raisonnant *in abstracto*, ont relevé toute la difficulté d'une objectivation du contenu de la juridicité et de la normativité. Si certains mettent l'accent sur les aspects formels en examinant les modes de formation ou de création de la règle de droit, d'autres l'envisagent d'un point de vue matériel, ses caractéristiques intrinsèques permettant de singulariser la norme juridique par rapport à d'autres normes relevant notamment de l'éthique ou de la religion.

L'analyse du concept de standard comme expression d'une normativité variable en droit international fait appel à trois interrogations essentielles. *Primo*, qu'est-ce qu'un standard et pourquoi est-il nécessaire de distinguer entre la conception traditionnelle du standard et les procédés actuels de la normalisation technique ou scientifique? C'est la matrice de la standardisation (I). *Secundo*, dans cette espèce d'ontologie de la normalisation internationale, peut-on réduire le standard à un simple étalon du normal ou à la mesure de la normalité? Le standard n'est-il pas aussi et surtout une norme à fonction directive? C'est toute la dialectique de l'intensité normative des standards (II). *Tertio*, la conception déontique actuelle de la normativité influence-t-elle les procédés classiques d'interprétation des règles? C'est le rôle du juge dans l'appréciation de certaines règles standardisées (III).

I. La matrice de la standardisation

La matrice de la standardisation renvoie à sa signification intrinsèque. Un examen attentif de la doctrine montre que le concept de standard a connu *deux temps historiques* dans la normativité internationale. Il s'agit, d'une part, de la conception traditionnelle du standard esquissée par le doyen Roscoe Pound (A) et, d'autre part, de l'irruption et la prolifération tous azimuts des normes techniques et scientifiques dans l'univers du droit dont la standardisation constitue le vecteur normatif (B).

A. La conception classique du standard : l'idée du doyen Roscoe Pound

Dans la science du droit, le débat contemporain sur la théorie des standards est né, nous semble-t-il, avec l'œuvre de Roscoe Pound (1870-1964), philosophe américain et doyen de la Harvard Law School. Le vaste « mouvement du standard »[10] serait parti d'une communication faite par Pound lors du congrès de l'American Bar

[10] Stéphane Rials, *Le juge administratif français et la technique du standard. Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1980 à la p 16.

Association en 1919 intitulée : *The Administrative Application of Legal Standards*[11]. Les thèses avancées dans sa théorie du droit se ramènent à l'idée que le rôle du juge est de confronter en permanence la *technique juridique* qui se traduit par des concepts, règles, principes ou standards, aux intérêts de la société dont il doit se faire l'interprète. Cependant, le rôle du juge dans l'ordre juridique n'est pas seulement de s'en tenir à l'interprétation technique du droit en vigueur, mais de rechercher, avec l'aide des théoriciens et praticiens, quels sont les intérêts sociaux qui se trouvent en présence pour aboutir à des solutions d'équilibres, compatibles avec le progrès de la société[12].

Selon Roscoe Pound,

> [*w*]*riters on jurisprudence, in and out of the profession, speak of law as an aggregate of rules. But in truth a modern legal system is much more complex. We have rules, in the sense in which a real-property lawyer thinks of them, but we have much besides; and I venture to think we shall understand the matter much better by distinguishing rules, principles, conceptions and standards*[13].

Cette tétralogie poundienne de *rules-principles-conceptions-standards* est au cœur de toute technique juridique. Les standards sont des « *legally defined measures of conduct to be applied by or under the direction of tribunals* »[14]. Pour illustrer ses propos, Pound cite le

> *standard of due care under circumstances which obtains in the law of torts, the standard of reasonable service in the law of public utilities, the standard of conduct of a fiduciary in equity, the standard of reasonableness in the law as to restraint of trade, and the standard of due process of law in passing on the validity of legislation under the Fourteenth Amendment*[15].

Ainsi, le standard est une directive générale destinée à guider le juge dans l'administration du droit. Avec cette notion de standard, le doyen Pound introduit dans la technique juridique un instrument juridique souple et susceptible d'une grande adaptabilité pour régir des rapports sociaux divers et constamment changeants. Le standard ne tend pas à une délimitation objective de ce qui est permis et de ce qui est défendu. Il constitue plutôt une formule d'appréciation de la conduite des sujets de droit sur la base d'un type-modèle. Il fait partie des « notions à contenu variable » dont la caractéristique principale est la très grande liberté d'appréciation laissée aux

---

11 Roscoe Pound, « The Administrative Application of Legal Standard », Allocution à la rencontre de l'American Bar Association, présentée à Boston, 2 novembre 1919 [Pound]. Nous tenons à remercier la bibliothèque de l'Université York d'avoir permis de consulter le manuscrit original du texte de Pound. Sur sa philosophie du droit voir notamment Roscoe Pound, *An Introduction to the Philosophy of Law*, 2e éd, New Haven, Yale University Press, 1952.

12 Albert Brimo, *Les grands courants de la philosophie du droit et de l'État*, Paris, A Pedone, 1967 à la p 350.

13 Pound, *supra* note 11 à la p 10.

14 *Ibid* à la p 12.

15 *Ibid*.

juges chargés de les interpréter ou de les appliquer[16]. Ce sont des notions dont la dénomination, le signifiant restent constants, mais dont le domaine, le champ, le signifié, évoluent plus spécialement en fonction de facteurs spatiotemporels[17]. Ces notions sont variables soit en raison d'une transformation du concept après une certaine période de temps, soit en raison de la diversité des situations de fait que la notion peut couvrir. La « *due diligence* », la bonne foi ou le raisonnable font partie de ces notions à contenu variable[18].

D'un point de vue historique, il nous semble que le standard comme élément de la technique juridique n'était pas connu dans l'ancien droit romain. Les juges à cette époque avaient « besoin d'instructions précises, de règles détaillées, pour les appliquer strictement et littéralement aux rapports sociaux simples d'un état de civilisation primitive »[19]. Prenons par exemple à la loi romaine des XII Tables considérée comme le plus ancien document en matière de délit[20]. Elle réprimait de la manière la plus détaillée possible certains actes dommageables à autrui tels la destruction des récoltes ou l'incendie d'une maison. Elle prévoyait également la vengeance privée sur la personne physique du coupable comme mode de répression des délits privés. Le rôle du magistrat romain consistait donc à appliquer de façon quasi mécanique la règle générale au cas particulier. Il se contentait de tirer les conséquences légales, fixées par le législateur, d'un état de fait établi objectivement, un *iniuria* au sens d'acte commis sans droit. C'est donc un système juridique assez rudimentaire qui régissait des rapports sociaux simples. Il s'agit là de ce que Norberto Bobbio appelle « système normatif simple »[21].

La technique du standard va apparaitre à l'époque classique avec les progrès de la civilisation et la complexité toujours croissante de la vie sociale, à travers la figure du *bonus pater familias*, ce bon père raisonnable, normalement prudent et diligent. Au lieu de donner aux juges des instructions précises et détaillées – tâche dont il ne peut jamais s'acquitter, puisqu'il lui est impossible de tout prévoir –, le droit se contente de leur donner de simples directives, de grandes lignes de conduite, qu'ils peuvent eux-mêmes adapter aux circonstances changeantes, sans être entravés par la rigidité d'une règle précise et immuable. Cette technique du standard va se développer et se généraliser du côté de la common law à travers la *Law of Tort*. Le

---

16 Pour une analyse approfondie des notions à contenu variable dans les différentes branches du droit, voir notamment Chaïm Perelman et Raymond Vander Elst, dir, *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1984 [Perelman, *Les notions*].

17 Robert Legros, « Les notions à contenu variable en droit pénal » dans Perelman, *Les notions*, *supra* note 16 à la p 21.

18 Jean Salmon, « Les notions à contenu variable en droit international public » dans Perelman, *Les notions*, *supra* note 16 à la p 253. [Salmon, « Les notions »]. Pour une analyse du concept de raisonnable, sa place et son rôle en droit international, voir notamment Olivier Corten, *L'utilisation du « raisonnable » par le juge international : Discours juridique, raison et contradictions*, Bruxelles, Bruylant, 1997 [Corten].

19 A. A. Al-Sanhoury, *Les restrictions contractuelles à la liberté individuelle de travail dans la jurisprudence anglaise. Contribution à l'étude comparative de la règle de droit et du standard juridique*, Paris, Marcel Giard, 1925 à la p 23 [Al-Sanhoury]; Pound, *supra* note 11 à la p 12.

20 Joseph Declareuil, *Rome et l'organisation du droit*, Paris, La renaissance du livre, 1924 à la p 217.

21 Norberto Bobbio, « Réflexion sur les normes primaires et secondaires » dans Chaïm Perelman, dir, *La règle de droit*, Bruxelles, Bruylant, 1971, 104 à la p 116 [Bobbio].

terme « standard » est d'ailleurs apparu pour la première fois dans la doctrine anglo-saxonne, nous semble-t-il, en 1881 dans l'ouvrage d'Olivier Wendell Holmes, *The Common Law*. Dans ce livre, Holmes utilise le terme standard en rapport avec la négligence[22]. Il estime que « *[The defendant's behavior is negligent if his] alleged conduct does not come up to the legal standard* »[23]. Le standard a connu de ce fait ces plus importants développements dans le domaine du droit privé.

B. La standardisation internationale ou l'irruption des normes techniques dans l'univers du droit

Avec le doyen Pound, le concept de standard, comme mesure de la normalité, est appréhendé exclusivement du côté de l'interprète – en l'occurrence le juge[24]. En soi, cela se justifie parfaitement car, en dernière analyse, c'est le juge qui détermine à l'aide de critères objectifs le contenu et l'étendue exacte de tel ou tel standard. Force est cependant de constater que cette vision réduit considérablement la portée et surtout le rôle important que jouent de plus en plus les standards techniques dans la normativité juridique internationale[25]. En effet, comme l'affirme un auteur, « la complexité des situations et des relations que l'on rencontre dans l'ordre international, explique que la normalisation internationale soit demandeuse et porteuse de technicité »[26]. Cette complexification a une incidence sur la règle de droit qui doit désormais tendre à objectiver les éléments de la science et de la technique. À cet égard, Jacques Chevallier estime que le système normatif dans son ensemble doit s'imprégner de plus de savoir scientifique. Car pour lui

> […] la spécificité de la norme juridique par rapport à d'autres dispositifs normatifs est d'autant moins évidente qu'elle tend de plus en plus à prendre appui sur eux. La relation entre normes techniques et normes juridiques avait, par exemple, été conçue en termes d'opposition dichotomique […] tandis que la juridicisation des standards techniques est indispensable pour leur donner leur plein effet, la technicisation de la norme juridique contribue à conforter son efficacité[27].

---

22 Pour une analyse des positions de Holmes, voir notamment Vera Schreiber, « What are International Standards? » dans Peter Nobel, dir, *International Standards and the Law*, Berne, Staempfli, 2005, 1 à la p 4 [Schreiber].

23 Olivier Wendell Holmes, *The Common Law*, Boston, Little Brown, 1881 à la p 122.

24 Pour un examen critique des constructions du doyen Pound, notamment sa théorie des sources et du rôle du juge dans le système de la Common Law, voir entre autres Brian Z Tamanaha, *Beyond the Formalist –Realist Divide: the Role of Politics in Judging*, Princeton, Princeton University Press, 2010 aux pp 13-26.

25 Voir l'influence des normes ISO en matière d'harmonisation des pratiques étatiques dans le domaine commercial ou industriel.

26 Laurence Boisson de Chazournes, « Normes, standards et règles en droit international » dans Estelle Brosset et Ève Truilhé-Marengo, dir, *Les enjeux de la normalisation technique internationale* : *Entre environnement, santé et commerce international*, Paris, Documentation française, 2006, 43 à la p 46 [De Chazournes, « Normes, standards et règles »].

27 Jacques Chevallier, « Vers un droit post-moderne? Les transformations de la régulation juridique » (1998) 3 Rev DP & SP, 659 à la p 679. Voir également dans le même sens, Laurence Boy, « Liens

L'ordre juridique contemporain est désormais caractérisé par la reconnaissance progressive d'une « communauté internationale à activité normative »[28] dont le rôle consiste à élaborer des normes techniques internationales appelées standards. Dans un contexte de normalisation internationale, le standard ou norme technique est un

> document approuvé par un organisme reconnu, qui fournit, pour des usages communs et répétés, des règles, des lignes directrices ou des caractéristiques pour des produits ou des procédés et des méthodes de production connexes, dont le respect n'est pas obligatoire. Il peut aussi traiter en partie ou en totalité de terminologie, de symboles, de prescriptions en matière d'emballage, de marquage ou d'étiquetage, pour un produit, un procédé ou une méthode de production donnés[29].

Dans l'affaire *Communautés européennes – Désignation commerciale des sardines*, l'Organe d'appel de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) a énoncé trois critères[30] auxquels un document doit satisfaire pour répondre à la définition d'une norme ou règlement technique figurant dans l'*Accord sur les obstacles techniques au commerce* (*Accord OTC*)[31]. Premièrement, le document doit s'appliquer à un produit, ou groupe de produits, identifiable. Cependant, il n'est pas nécessaire que le produit ou groupe de produits identifiable soit expressément identifié dans le document. Deuxièmement, le document doit énoncer une ou plus d'une caractéristique du produit. Ces caractéristiques du produit peuvent être intrinsèques ou elles peuvent se rapporter au produit. Elles peuvent être prescrites ou imposées sous une forme soit positive, soit négative. Troisièmement, le respect des caractéristiques du produit doit être obligatoire. Ces trois critères découlent en fait du libellé de la définition de norme technique figurant à l'Annexe 1.1 de l'*Accord OTC*.

---

entre la norme technique et la norme juridique en droits communautaire et international » dans Estelle Brosset et Ève Truilhé-Marengo, dir, *Les enjeux de la normalisation technique internationale* : *Entre environnement, santé et commerce international*, Paris, Documentation française, 2006, 57 aux pp 57-59.

28 Dans la Note explicative à l'Annexe 1.2 de l'*Accord sur les obstacles techniques au commerce*, on peut lire : « Les termes définis dans le Guide ISO/CEI 2 visent les produits, procédés et services. Le présent accord traite seulement des règlements techniques, normes et procédures d'évaluation de la conformité se rapportant à des produits ou à des procédés et à des méthodes de production. D'après la définition donnée dans le Guide ISO/CEI 2, les normes sont des documents dont le respect est obligatoire ou volontaire. Aux fins du présent accord, on entend par normes les documents dont le respect est volontaire et par règlements techniques les documents dont le respect est obligatoire. Les normes élaborées *par la communauté internationale à activité normative* sont fondées sur un consensus. Le présent accord vise également des documents qui ne sont pas fondés sur un consensus ». [Nos italiques.] *Accord sur les obstacles techniques au commerce*, 12 avril 1979, RT Can 1980 n° 41 (entrée en vigueur : 1er janvier 1980), remplacé par l'*Accord relatif aux obstacles techniques au commerce*, Annexe 1A de l'*Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce,* 15 avril 1994, 1868 RTNU 141 (entrée en vigueur : 1er janvier 1995) [*Accord OTC*].

29 *Ibid*. Voir également Schreiber, *supra* note 22 à la p 3.

30 OMC, *Communautés européennes – Désignation commerciale des sardines (Plainte du Pérou)*, Rapport de l'Organe d'appel, OMC Doc WT/DS231/AB/R (2002), en ligne : OMC <http://www.wto.org/indexfr.htm> au para 176 [OMC, *Sardines*]. Voir également OMC, *Communautés européennes – Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant (Plainte du Canada)*, Rapport de l'Organe d'appel, OMC Doc WT/DS135/AB/R (2000), en ligne : OMC <http://www.wto.org/indexfr.htm> aux para 66-70.

31 *Accord OTC*, *supra* note 28.

Le différend qui a opposé le Pérou aux Communautés européennes concernait le nom sous lequel certaines espèces de poissons peuvent être commercialisées dans les Communautés européennes. La mesure en cause est le *Règlement (CEE) n° 2136/89* établissant de manière précise des normes communes de commercialisation pour les conserves de sardines[32]. Il existait déjà depuis 1978 une norme du Codex Alimentarius, le Codex Stan 94, qui règlemente des questions telles que les modes de présentation, les facteurs essentiels de composition et de qualité, les additifs alimentaires, l'hygiène et la manutention, l'étiquetage, l'échantillonnage, l'examen et l'analyse, les défauts et l'acceptation des lots. Dans son rapport du 29 mai 2002[33], le Groupe spécial, suivant les arguments du Pérou, a constaté que le *Règlement n° 2136/89* était incompatible avec l'article 2.4 de l'*Accord sur les obstacles techniques au commerce*.

Avec cette affaire *Sardines*, on perçoit toute l'importance des standards scientifiques et techniques élaborés notamment par la Commission du Codex Alimentarius pour garantir la sécurité, la qualité et les pratiques loyales du commerce international des denrées alimentaires ou ceux adoptés dans le cadre de l'Organisation de la normalisation internationale, appelés communément « Normes ISO »[34], ou encore dans le cadre de l'Union internationale des télécommunications. Ces normes standardisées garantissent des produits et services sûrs, fiables et de bonne qualité. Pour les entreprises, elles sont des outils stratégiques permettant d'abaisser les coûts, en augmentant la productivité et en réduisant les déchets et les erreurs. Elles ouvrent l'accès à de nouveaux marchés, établissent des règles du jeu équitables pour les pays en développement et facilitent le libre-échange et le commerce équitable dans le monde. Les normes ISO offrent des avantages sur le plan technique, économique et sociétal. Elles contribuent à harmoniser les spécifications techniques des produits et des services permettant ainsi de renforcer l'efficacité de l'industrie et d'éliminer les obstacles au commerce international[35]. La conformité à ces standards est un gage de confiance pour les consommateurs que les produits sont sûrs, efficaces et sans danger pour l'environnement. Les standards sont donc des outils stratégiques et des lignes

---

[32] L'article 2 du Règlement CE dispose ce qui suit : « Ne peuvent être commercialisés en tant que conserves de sardines et ne peuvent recevoir la dénomination de vente visée à l'article 7 que les produits qui satisfont aux conditions suivantes :
- relever des codes NC 1604 13 10 et ex 1604 20 50;
- être préparés exclusivement à partir de poissons de l'espèce "Sardina pilchardus Walbaum";
- être préemballés avec tout milieu de couverture approprié dans des récipients hermétiquement clos;
- être stérilisés par un traitement approprié ».Voir CE, *Règlement (CEE) 2136/89 du Conseil du 21 juin 1989 portant fixation de normes communes de commercialisation pour les conserves de sardines et des dénominations commerciales applicables aux conserves de sardines et aux conserves de produits du type sardines*, [1989] JO, L 212/89 à la p 79.

[33] OMC, *Sardines*, *supra* note 30.

[34] Une Norme ISO est un document qui définit des exigences, des spécifications, des lignes directrices ou des caractéristiques à utiliser systématiquement pour assurer l'aptitude à l'emploi des matériaux, produits, processus et services. Pour plus de détails, voir Organisation internationale de normalisation, « Normes », en ligne : ISO <http://www.iso.org/iso/fr/home/standards.htm> Pour des exemples de normes ISO et leur impact dans l'adoption des règles internationales et internes, voir sur le site de l'ISO.

[35] *Ibid*.

directrices destinés à aider les entreprises à relever les défis les plus urgents pour l'économie moderne. Elles garantissent l'efficacité optimale des opérations commerciales, augmentent la productivité et aident les entreprises à accéder à de nouveaux marchés[36].

Ainsi, la standardisation renvoie à l'idée d'harmonisation et de mise en place de pratiques uniformes dans le but de faciliter la coopération internationale. C'est ainsi que l'*Accord sur l'application des mesures sanitaire et phytosanitaire*[37] de l'OMC définit les règles fondamentales concernant l'innocuité des produits alimentaires et les normes sanitaires pour les animaux et les végétaux. Il prévoit qu'afin

> d'harmoniser le plus largement possible les mesures sanitaires et phytosanitaires, les Membres établiront leurs mesures sanitaires ou *phytosanitaires sur la base de normes, directives ou recommandations internationales, dans les cas où il en existe*[38]. [Nos italiques.]

Les normes et directives dont il est question sont celles édictées en particulier par le Codex Alimentarius, organe subsidiaire à la fois de l'OMC et de l'Organisation des Nations unies pour l'alimentation et l'agriculture (FAO), qui élabore des codes d'usage notamment sur l'innocuité des produits alimentaires. Ces normes ISO, principalement celles concernant la santé ou la sécurité, ont un impact évident sur les législations nationales des États. Dans le cadre de l'ISO, les normes sont élaborées par des experts scientifiques pour les besoins du marché mondial. Les standards scientifiques ou techniques jouent donc de plus en plus un rôle important dans la normativité juridique internationale en harmonisant progressivement les bonnes pratiques dans des domaines clés tels la sûreté des machines, la qualité des aliments ou encore la cybersécurité. En ce sens, ils participent à la dynamique de technicisation de la règle de droit internationale par le biais de la normalisation internationale[39].

L'apparition de la standardisation en droit international est le signe que l'ordre juridique international est devenu un « système normatif complexe »[40], c'est-à-dire un système qui comprend l'articulation de normes primaires et secondaires. Comme on le sait, la distinction entre normes primaires et secondaires, dont l'union

---

36 *Ibid*.

37 *Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires*, Annexe 1A de l'*Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce,* 15 avril 1994, 1867 RTNU 508 (entrée en vigueur : 1er janvier 1995) [*Accord SPS*].

38 *Ibid*, art 3 au para 1. Pour une analyse de l'importance de la normalisation pour le commerce international, voir notamment Louis Kaplow, « Rules versus Standards: An Economics Analysis » (1992) 42:3 Duke LJ 557.

39 Juliane Kokott, « *Soft law* Standards under International Law » dans Peter Nobel, dir, *International Standards and the Law*, Berne, Staempfli, 2005, 15 aux pp 19-21 [Kokott]. Voir également Laurence Boy, « La valeur juridique de la normalisation » dans Jean Clam et Gilles Martin, dir, *Les transformations de la régulation juridique*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1998, 183 aux pp 183-185. Pour une analyse de la dynamique internationale et des avantages de la normalisation, voir notamment Jacques Igalens et Hervé Penan, *La normalisation*, Paris, Presses universitaires de France aux pp 39-101.

40 Bobbio, *supra* note 21 à la p 115.

est la condition nécessaire et suffisante à l'existence d'un ordre juridique, a été particulièrement systématisée par Hart. Selon sa théorie, l'ordre juridique se distingue de tous les autres systèmes normatifs par le fait qu'il est le résultat d'une combinaison de règles primaires et secondaires. Les premières définissent les droits et obligations des sujets de droit puisque qu'elles leur prescrivent « d'accomplir ou de s'abstenir de certains comportements, qu'ils le veuillent ou non »[41], tandis que les secondes veillent à ce que les sujets de droits puissent

> en accomplissant certains actes ou en prononçant certaines paroles, introduire de nouvelles règles de type primaire, en abroger ou en modifier d'anciennes, ou, de différentes façon, déterminer leur incidence ou contrôler leur mise en œuvre[42].

Les règles secondaires de Hart sont de trois espèces : les « règles de changement » (*rules of change*), ayant trait à la naissance, la modification et la disparition des règles, en d'autres termes aux sources de droit; les « règles de décision » (*rules of adjudication*), qui s'attachent à l'application des règles générales aux situations concrètes, mais également à la sanction de ces constatations; et enfin les règles de reconnaissance par lesquelles le système juridique, qu'il soit simple ou complexe, reconnaît les siens, c'est-à-dire identifie les règles qui lui appartiennent. C'est la règle qui régit la validité interne des normes juridique, les conditions de leur existence juridique du point de vue du système. Cette catégorie de règle joue un rôle essentiel dans la mesure où c'est elle qui confère à toute norme son appartenance à l'univers du droit. De ce point de vue, la règle de reconnaissance a une force normative *a priori* et non pas simplement factuelle ou conventionnelle[43]. Elle confère à toute norme sa validité juridique. Elle constitue donc la conscience collective de la normativité. Dès lors, la standardisation peut être perçue comme le reflet de cette conscience commune grâce à la reconnaissance d'une communauté internationale à activité normative. Cependant la règle de reconnaissance n'est pas le résultat d'un pouvoir arbitraire, au contraire elle est « le produit d'un jugement pratique en situation, lui-même prédéterminé par de fortes convictions normatives au sein desquelles la présomption de validité des règles du système reste une des plus déterminante »[44].

Dans le cadre de l'OMC, on peut considérer l'article 3 de l'*Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires* comme une règle de

---

41 Hart, *supra* note 8 à la p 101. Pour une analyse comparative voir entre autres Emmanuel Picavet, *Kelsen et Hart : La norme et la conduite*, Paris, Presses universitaires de France, 2000; Frede Castberg, *La philosophie du droit*, Paris, A Pedone, 1970; Carlos-Miguel Herrera, *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, Paris, Kimé, 1997; Pierre Hack, *La philosophie de Kelsen : épistémologie de la théorie pure du droit*, Genève, Helbing & Lichtenhahn, 2003; Benoît Frydman et Guy Haarscher, *Philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1998.

42 *Ibid*.

43 Philippe Gérard, « Les règles de reconnaissance et l'identification des normes juridiques valides » dans Isabelle Hachez et al, dir, *Les sources du droit revisitées : Théorie des sources du droit*, vol 4, Paris, Anthemis, 2013, 19 à la p 31.

44 François Ost, « Conclusion générale » dans Isabelle Hachez et al, dir, *Les sources du droit revisitées : Théorie des sources du droit*, vol 4, Paris, Anthemis, 2013, 865 à la p 924 [Ost].

reconnaissance[45]. Les paragraphes 1 et 4 de cet article invitent les membres de l'OMC à participer pleinement aux activités des organisations internationales de normalisation, en particulier la Commission du Codex Alimentarius, afin de promouvoir l'élaboration et l'examen périodique de normes, directives et recommandations en ce qui concerne tous les aspects des mesures sanitaires et phytosanitaires. De ce fait, les standards élaborés par les organismes de normalisation reconnus possèdent une validité et une force normative dans le domaine sanitaire ou phytosanitaire.

Hart considère que le droit international est un système normatif simple, dépourvu de règles de type secondaire. Il arrive à la conclusion que

> bien qu'il soit conforme à l'usage des cent-cinquante dernières années d'employer l'expression « droit », l'absence, au niveau international d'un corps législatif, de juridictions dotées d'un pouvoir coercitif, et de sanctions organisées d'une manière centralisée, a entrainé des hésitations, à tout le moins, dans l'esprit des théoriciens du droit. L'absence de ces institutions a pour conséquence que les règles qui gouvernent les États ressemblent à cette forme élémentaire de structure sociale qui consiste exclusivement en des règles primaires d'obligation, et que nous avons l'habitude, lorsque nous la rencontrons au sein de sociétés d'individus, d'opposer à un système juridique développé[46].

Pour Hart, tout comme pour Austin avant lui, tout le droit se réduit à un commandement ou à un ordre hiérarchique, accompagné de menaces : la sanction en cas de désobéissance. Le droit se confond ainsi avec la volonté supérieure de l'État souverain qui détient le monopole de la violence légale pour faire respecter cette volonté. Pour ce positivisme, sans sanction, point de règle. La norme technique ou standard ne peut donc être une règle de droit. Nous reviendrons sur cette question importante au point suivant.

Pour le moment, disons que le développement tous azimuts de la standardisation dans les domaines notamment du commerce international, de la santé et surtout de la protection de l'environnement, sont le signe que le système juridique

---

45 *Accord SPS*, *supra* note 37, art 3.

46 Hart, *supra* note 8 à la p 254. La position de Hart sur le droit international n'est pas nouvelle en soi. Elle reprend les thèses avancées par John Austin vers la fin du XIX^e^ siècle, thèses qui suivent en quelque sorte la tradition hobbesienne. Pour Austin, « *Laws proper, or properly so-called, are commands: Laws which are not commands are laws improper or improperly so-called* ». Il ne peut y avoir de Droit comme commandement, sans sanctions, et l'absence de sanction organisée en droit international fait de ce système « *a moral system* ». John Austin, *Lectures on Jurisprudence, or, The Philosophy of Positive Law*, 4^e^ éd, vol 1 et 2, Londres, John Murray, 1879 à la p 594. Pour une critique des thèses d'Austin sur le droit international, voir notamment Thomas Alfred Walker, *A History of the Law of Nations: Volume 1. From the Earliest Times to the Peace of Westphalia, 1648*, Cambridge, Cambridge University Press, 1899 aux pp 1-19. Voir également la critique du positivisme de Hart proposée par Ronald Dworkin, *Prendre les droits au sérieux*, Paris, Presses universitaires de France, 1995 aux pp 31-34. Pour lui, le positivisme de Hart est une représentation infidèle du phénomène juridique car il laisse croire à un pouvoir discrétionnaire du juge et surtout car il méconnait le fait que le droit ne se résume pas à un système de règles et la séparation entre droit et moral ne peut être complète.

international, loin d'être rudimentaire, a atteint un niveau tel que l'on peut le qualifier de système développé. Car la standardisation est un phénomène qui correspond à la complexité croissante des relations internationales et à l'insuffisance évidente des règles rigides pour tout prévoir et tout régir. C'est d'ailleurs pour cette raison que toutes les définitions du standard proposées par la doctrine sont conçues à partir de la règle de droit. Qu'il relève d'une conception classique ou procède de la normalisation internationale, le standard est, pour nous, une règle de droit.

II. L'intensité normative du standard international

La normativité du standard demeure, sans aucun doute, une *vexata questio* en droit international. Sa fonction et son intensité normative suscitent toujours une controverse doctrinale. Si, pour certains, le standard n'est pas une règle de droit « en l'absence de fonction autonome de tracé »[47], il a tout au moins une « valeur illocutoire »[48]. Pour d'autres, le standard relève de la catégorie du droit souple dont le seuil de normativité dépend de l'adhésion volontaire des destinataires ou de sa transcription dans un texte règlementaire ou législatif[49]. Quoiqu'il en soit, la standardisation internationale traduit une normativité internationale complexe de plus en plus variable. Un examen attentif du concept de règle et de norme (A) nous permettra de montrer que le standard – traditionnel ou nouvelle tendance – est une règle de droit (B).

A. Aux confins de la règle ou norme

Pour mieux saisir l'intensité normative du standard, il n'est pas inutile de revenir très brièvement sur l'étymologie des notions de « règle » et de « norme ». Ces deux concepts, synonymes et interchangeables à nos yeux, constituent la clé pour entrouvrir les mystères de la normativité du standard. Alors d'une manière générale, qu'est-ce qu'une règle, une norme? Selon le Grand dictionnaire terminologique, le mot « règle » désigne un « instrument qui sert à tirer des lignes droites » ou encore « un instrument de mesure de longueur »[50]. Étymologiquement, « règle » vient de l'expression latine « *regula* » désignant un instrument physique constitué par une planchette allongée ou par une tige à arêtes rectilignes et qui sert notamment à guider le crayon ou la plume quand on trace un trait, à mesurer une longueur. La norme quant à elle vient de « *norma* » c'est-à-dire une équerre formée par deux pièces perpendiculaires et servant à vérifier ou à réaliser des angles droits ou des tracés

---

47 Thibierge, « Au cœur de la norme », *supra* note 2 à la p 356

48 Benoît Géniaut, « La force normative des standards juridiques. Éléments pour une approche pragmatique » dans Catherine Thibierge, dir, *La force normative : naissance d'un concept*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2009, 183 à la p 184.

49 Association Henri Capitant, *Le droit souple* : *Journées nationales Tome XIII/Boulogne-sur-Mer*, Paris, Dalloz, 2009 [Association Henri Capitant].

50 Office québécois de la langue française, *Le Grand dictionnaire terminologique*, en ligne : OQLF <http://www.granddictionnaire.com>, *sub verbo* « règle ».

rectilignes. Selon Paul Amselek, si l'on s'est servi des mots « norme » et « règle » pour designer quelque chose d'autre que ces instruments physiques, matériels, « c'est à partir de l'intuition évidente que ce quelque chose présentait lui aussi fondamentalement *une nature d'outil* »[51]. [Nos italiques.] Une norme, une règle, c'est ce qui sert à faire droit, à dresser ou à redresser.

Ainsi, la norme relève à la fois du « *sollen* » et du « *sein* », c'est-à-dire la normativité et la normalité. Dans le premier cas, elle renvoie soit à l'idéal de ce qui doit être, au modèle à reproduire, soit à des principes ou des règles abstraites, à des lois à observer. Dans le second, elle recouvre un état habituel, conforme à la majorité des cas, à une notion de moyenne. De norme dérive le *normal*, qui toutefois perd au passage une signification et en acquiert une autre, aux fortes connotations : normal désigne en effet, dans le sens général et courant, ce qui est conforme au type le plus fréquent, qui est dépourvu de tout caractère exceptionnel, qui est habituel, mais aussi, sens supplémentaire, l'état d'un être vivant ou d'un organe qui n'est affecté d'aucun trouble pathologique. En revanche, il ne qualifie qu'exceptionnellement ce qui est conforme à une règle abstraite et plus guère ce qui sert de modèle, de point de comparaison[52].

Kelsen considère que la norme juridique est celle qui impose à tout homme vivant en société une certaine abstention ou une certaine action. Elle est la condition même du maintien de la vie sociale. Pour qu'il y ait règle de droit, il faut non seulement que la norme ait un caractère général, abstrait et impersonnel, mais aussi que soient clairement et précisément déterminés des droits et des obligations. Le droit en tant que système normatif ordonne, interdit, permet, autorise[53]. Au-delà de cette généralité, la règle de droit peut être définie comme

> tout précepte, doué de force obligatoire et qui a pour objet – et non pas seulement pour résultat – de créer des droits et, corrélativement, des obligations, quels que soient le mode de création de ce précepte, sa portée et ses destinataires[54]

De cette définition, un constat s'impose. On ne peut pas réduire la règle de droit international à celle qui a un caractère général, abstrait et impersonnel. En effet, la nature du système international caractérisé par l'absence d'un législateur supranational fait qu'il existe davantage des règles abstraites non générales, par exemple les traités bilatéraux entre deux États, et des règles particulières, par exemple les actes unilatéraux ou les accords non écrits.

---

51 Paul Amselek, « Norme et loi » (1980) 25 Archives de philosophie du droit 89 à la p 91. Dans le même sens, voir entre autres Thibierge, « Au cœur de la norme », *supra* note 2 aux pp 344-346.

52 Pour une analyse approfondie de la normalité, voir notamment Georges Canguilhem, *Le normal et le pathologique*, Paris, Presses universitaires de France, 1972; Sandrine Chassagnard-Pinet, *La notion de normalité en droit privé français*, thèse de doctorat en droit privé, Université Toulouse 1, 2000 [non publiée] aux pp 2-11; Thibierge, « Au cœur de la norme », *supra* note 2 à la p 345.

53 Salmon, « Les notions », *supra* note 18 à la p 204.

54 Jean Masquelin, « La formulation de la règle de droit » dans Chaïm Perelman, dir, *La règle de droit*, Bruxelles, Bruylant, 1971, 21 à la p 21.

Selon la doctrine, le standard comme instrument de mesure des comportements sociaux, se distingue de la règle de droit. Celle-ci donne une solution fixe à une hypothèse déterminée. Fixité quant aux faits prévus et fixité quant à la solution applicable[55]. Notion polysémique et polymorphe dans ses fonctions[56], le standard n'a pas cette fixité rigide, ni la précision de la règle. Il ne vise pas des situations ou des faits déterminés et précis pour leur donner une solution juridique invariable et inflexible :

> à la rigidité de la règle on peut opposer la souplesse du « standard », qui se borne à donner, en termes généraux, la mesure de conduite moyenne d'une personne normale dans des circonstances déterminées, laissant au juge le soin d'adapter cette mesure à chaque espèce particulière[57].

Dans le *Dictionnaire de droit international public*, le standard renvoie

> tantôt à une norme incontestée de droit international, tantôt à des principes n'ayant pas un seuil de normativité suffisante pour répondre à la définition de "norme" […] [de façon spécifique, le standard renvoie à une] norme impliquant l'idée d'un "niveau" à atteindre ou d'un "modèle" auquel il faut se conformer et par rapport auquel l'évaluation d'une situation ou d'un comportement doit être opérée[58].

La même définition du standard se trouve dans le *Vocabulaire européen des philosophies* qui nous indique que

> jusqu'au XVIII[e] siècle, standard permet surtout de rendre compte du bien vivre en société ou du bon goût. Sa traduction est alors : règle ou critère. Mais le sens du concept se déplace de plus en plus pour désigner une norme ou un principe qui permet de corriger l'expérience. Standard sert à définir une expérience réglée à partir d'une excellence ou à mesurer les écarts par rapport à cette excellence[59].

On voit bien qu'à l'origine, le standard est utilisé par opposition aux prescriptions rigoureuses de la loi. Ainsi, la règle de droit précise ses conditions d'application et le juge, par une logique déductive, l'interprète pour ensuite l'appliquer aux faits. Le standard exige par contre un pouvoir discrétionnaire de l'interprète. Il lui faut non pas « le travail d'une machine aveugle, mais le doigté d'un artisan habile »[60]. Dans l'ordre juridique international, la règle de droit donne une

---

55 Al-Sanhoury, *supra* note 19 à la p 38

56 De Chazounes, « Normes, standards et règles », *supra* note 26 à la p 44.

57 Al-Sanhoury, *supra* note 19 à la p 40.

58 Jean Salmon, dir, *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, *sub verbo* « standard ». L'expression « standard » est définie dans le dictionnaire de terminologie juridique publiée sous la direction de Jules Basdevant, comme « terme désignant le comportement moyen des États civilisés par référence auquel on apprécie la correction du comportement d'un État en la matière considérée ». Jules Basdevant, *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, Paris, Sirey, 1960, *sub verbo* « standard ».

59 Barbara Cassin, dir, *Vocabulaire européen des philosophies : Dictionnaire des intraduisibles*, Paris, Le Seuil/Le Robert, 2004, *sub verbo* « standard ».

60 A A Al-Sanhoury, « Le standard juridique » dans *Les sources générales des systèmes juridiques, Recueil d'études en l'honneur de François Gény*, t 2, Paris, Sirey, 1934 à la p 146.

solution stable à une hypothèse déterminée. Le standard présente quant à lui des aspects de souplesse et d'adaptabilité. Ceux-ci répondent de manière adéquate aux besoins d'adaptation et d'évolution, ces caractéristiques l'emportent sur le besoin de sécurité juridique. Selon Al-Sanhoury, la règle et le standard diffèrent également quant à leur mode de fonctionnement. En effet, l'application du standard est « empirique » et aboutit à une « justice individualisée », tandis que celle de la règle est « logique » et aboutit à une « justice abstraite »[61].

B. Le standard, instrument de mesure ou de direction

Le standard dans sa conception classique suppose, par son essence même, qu'il y a plusieurs façons de se conduire selon les circonstances et c'est au juge international qu'incombe la délicate tâche de déterminer, dans chaque cas, qu'elle est la meilleure façon de se conduire. Au regard des caractéristiques du standard, on s'aperçoit qu'en fait il a une double acception. Tantôt le standard est « une directive générale destinée à guider le juge dans l'administration du droit et à lui donner une idée de son but et de sa finalité »[62], tantôt il est « la mesure de la conduite moyenne d'une personne normale dans des circonstances déterminées »[63]. Ainsi, le standard est l'étalon de référence propre au comportement en cause. De cette définition, la doctrine du mouvement du standard propose de distinguer celui-ci de la règle de droit. Car même si les deux notions sont des éléments de la technique juridique, elles diffèrent fondamentalement par leur forme, leur contenu et leur fonctionnement. Catherine Thibierge considère que la règle de droit est une espèce particulière de norme dotée de la double fonction de *tracé* et de *mesure*[64]. Pour cet auteur, « l'originalité de la règle de droit tient précisément dans le double modelé qu'elle fournit, à la fois outil pour tracer une direction, guider l'action, et instrument de mesure »[65]. De ce point de vue, l'auteur conclut que *le standard n'est pas une règle de droit* parce qu'il « ne constitue pas un outil de tracé, un modèle de référence pour guider l'action. Il ne fournit en effet aucune direction pour l'action mais constitue seulement un étalon, une jauge pour l'évaluer »[66]. Cette acception est soutenable seulement si l'on a à l'esprit une conception classique du standard comme simple mesure moyenne de conduite sociale correction. Elle ne tient pas en compte les dimensions nouvelles de la standardisation qui, justement, vise à fournir une direction – jusqu'aux moindre détails – pour l'action. Le standard dans le processus de normalisation constitue non pas une simple *mesure* mais un véritable *outil de tracé*. Par exemple le standard, ou norme, Codex Stan 311 pour le poisson fumé, le poisson aromatisé à la fumée et le poisson fumé-séché préparé avec du produit cru frais, réfrigéré ou congelé, élaboré par le Codex Alimentarius en 2013, fournit une

---

61 *Ibid* aux pp 45-46. Pour une analyse des vices et vertus des standards et des règles, voir entre autre Pierre Schlag, « Rules and Standards » (1985) 33 UCLA L Rev 379 aux pp 383-390.

62 Al-Sanhoury, *supra* note 19 à la p 23.

63 *Ibid* à la p 40. Voir également la définition proposée par Pound.

64 Thibierge, « Au cœur de la norme », *supra* note 2 à la p 348.

65 *Ibid* à la p 349.

66 *Ibid* à la p 356.

description extrêmement détaillée des procédés de transformation, les facteurs essentiels de composition et de qualité, notamment la matière première, c'est-à-dire le type de poisson, les ingrédients, le bois ou autre matériel végétal utilisé pour la production de fumé, les additifs alimentaires autorisés. Par ce standard, la Commission du Codex Alimentarius entend imprimer une direction à l'action donc un tracé pour les producteurs de poisson fumé. C'est cette fonction directive du standard qui lui confère son intensité normative, même si en tant que tel il ne possède pas de validité juridique formelle. C'est pourquoi la distinction règle/standard n'est pas pertinente car *le standard est la règle*. Il est tantôt une mesure du « juste milieu », tantôt un outil d'une extrême précision. En effet, les auteurs qui soutiennent cette dichotomie dans la normativité, définissent le standard exclusivement sous l'angle matériel. Pour eux, une prescription normative imprécise ou vague est par nature insusceptible d'être une règle de droit. Or, en termes de normativité, le standard est une *technique particulière d'expression de la règle de droit*. Illustrons cela par un exemple. L'article 22 alinéa 2 de la *Convention de Vienne sur les relations diplomatiques* stipule que

> [l]'État accréditaire a l'obligation spéciale de prendre toutes mesures appropriées afin d'empêcher que les locaux de la mission ne soient envahis ou endommagés, la paix de la mission troublée ou sa dignité amoindrie[67].

Nul ne contestera le caractère juridique de cette prescription. Elle n'est pas, loin s'en faut, moins impérative que s'il était convenu que « Tout État accréditaire doit poster autour de la mission, 1500 soldats armés en tout temps afin d'empêcher que les locaux de la mission ne soient envahis ou endommagés ».

La règle énoncée en termes vagues et imprécis laissant aux parties d'abord, au juge ensuite, un pouvoir plus ou moins large d'appréciation selon les circonstances n'est pas moins impérative que la règle formulée en termes précis. De même, la norme Codex Stan 94 sur les conserves de sardines ou Codex Stan 311 sur le poisson fumé n'est pas moins normative pour les producteurs que le règlement CE sur la commercialisation de ces produits sur le marché européen. L'impératif demeure une certaine conduite à tenir. Dans le premier cas – standard-mesure – celle-ci n'est pas déterminée d'avance, ce qui donne ouverture à un *choix raisonné* de la part du sujet, sans pour autant le délier d'obligation. Dans le second cas – standard-tracé – le comportement des producteurs *est précisément déterminé par avance*. L'impératif tire son fondement non de l'obligation, mais des exigences du marché. Le standard ne « fabrique »[68] pas (dans le sens de produire) la règle de droit international. *Il est la règle*.

Comme l'affirme à juste titre Danièle Loschak,

> [à] la fonction impérative de la norme juridique, par laquelle elle vise à diriger directement et concrètement les comportements, se surajoute une

---

[67] *Convention de Vienne sur les relations diplomatiques*, 18 avril 1961, 500 RTNU 95 (entrée en vigueur : 24 avril 1964).

[68] De Chazournes, « Normes, standards et règles », *supra* note 26 à la p 45. Voir également Bruno Latour, *La fabrique du droit : Une ethnographie du Conseil d'État*, Paris, La Découverte, 2002.

> fonction seconde, simplement indicative en apparence mais non moins agissante en réalité, par laquelle elle impose subrepticement une certaine image des rapports sociaux que chacun est implicitement incité à reproduire indépendamment de toute notion d'obligation juridique. C'est cette double dimension du droit, à la fois instrument normatif et discours descriptif, qui lui confère son efficacité comme facteur d'uniformisation des comportements sociaux mais aussi des modes de penser, comme vecteur d'inculcation des valeurs dominantes et finalement comme instance de normalisation[69].

Dans ce processus d'harmonisation et d'uniformisation des comportements des sujets de droit, la règle joue pleinement le rôle de modèle abstrait pour orienter les actions et permet également de juger.

Il faut noter que la règle standardisée peut acquérir un haut degré de généralité et d'abstraction, voire d'importance dans l'ordre juridique. Elle devient pour ainsi dire un principe général, source formelle d'application autonome et expression de la conscience juridique de la société. Ce sont par exemple les notions de diligence[70], de bonne foi[71] ou de raisonnable[72]. Le « principe » possède trois caractéristiques : sa portée très générale qui le rend applicable dans des domaines variés des relations internationales; son haut degré d'abstraction, qui fait de lui une règle à contenu, varie en fonction des circonstances; et son caractère fondamental qui le place au sommet de l'ordre juridique. Comme l'a si bien reconnu la Chambre constituée dans l'*Affaire de la Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine*, « règles » et « principes » sont

> une expression double pour énoncer la même idée car [...] on entend par principes des principes de droit, donc aussi des règles du droit international pour lesquelles l'appellation de principes peut être justifiée en raison de leur caractère plus général et plus fondamental[73].

Ainsi en est-il, par exemple, des principes généraux du droit de l'environnement : « au départ, il s'agissait au mieux de *soft law* censé guider l'action des États; ces principes ont ensuite "*percolé*", pendant dix ans, dans diverses consécrations doctrinales et jurisprudentielles »[74], avant d'intégrer, pour certains d'entre eux, notamment la précaution, la *hard law* officielle et contraignante.

---

69 Danièle Loschak, « Droit, normalité et normalisation » dans Jacques Chevallier et al, *Le Droit en procès*, Paris, Presses universitaires de France, 1983, 51 à la p 54.

70 Voir notre étude Awalou Ouedraogo, « La due diligence en droit international : de la règle de la neutralité au principe général » (2012) 42:2 RGD 641.

71 Voir Robert Kolb, *La bonne foi en droit international public : contribution à l'étude des principes généraux de droit*, Paris, Presses universitaires de France, 2000.

72 Corten, *supra* note 18.

73 *Affaire de la délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine (Canada c États-Unis)*, Arrêt, [1984] CIJ rec 246 au para 79.

74 Delphine de Jonghe, Sophie Seys et François Tulkens, « Les principes généraux du droit » dans Isabelle Hachez et al, dir, *Les sources du droit revisitées* : *Normes internes infraconstitutionnelles*, vol 2, Paris, Anthemis, 2012, 493 à la p 544.

Une partie de la doctrine, venant souvent de la pratique des tribunaux internationaux, semble avoir perçu cette nuance. Antonio Cassesse, par exemple, y a consacré la troisième partie « Creation and Implementation of International Legal Standards »[75] de son ouvrage *International Law*. Il examine dans cette partie du livre, l'ensemble des sources du droit international telles que prévues par l'article 38 du statut de la Cour internationale de Justice (CIJ). C'est donc pour lui une autre façon de montrer que *legal rules* et *legal standards* reflètent la même réalité normative. D'ailleurs, Ronald Dworkin, dans sa critique du positivisme de Austin et surtout de Hart, propose un système de droit où justement principes et règles de droit sont des standards qu'il faut appliquer non pas parce qu'ils assureront la survenue ou la protection d'une situation économique, politique ou sociale jugée désirable, mais parce qu'ils sont une exigence dictée par la justice et l'équité[76]. Le standard renvoie en définitive aux sources du droit international comme l'affirme à juste titre Chittharanjan F Amerasinghe :

> *The sources of such obligation* [obligations de l'État envers les étrangers] *are coextensive with the sources of international law in general. Thus, it would follow that the standards governing such obligations are determined by international law. These standards may be contained in a treaty or they may stem from customary international law or the general principles of law but they still remain international standards*[77].

Ainsi, l'opposition entre ces deux notions juridiques est dépourvue de sens; le standard n'étant autre chose qu'une expression particulière de la règle de droit. C'est dire donc que la texture langagière d'une disposition n'affecte pas sa juridicité. Ce qui compte, ce n'est pas la précision ou l'imprécision de la norme, mais sa source

---

75 Antonio Cassese, *International Law*, 2e éd, Oxford, Oxford University Press, 2005 aux pp 153-210. Voir également Ian Brownlie, « International Law at the Fiftieth Anniversary of the United Nations. General Course on Public International Law » (1996) 225 Rec des Cours 36; Éric Riedel, « Standards and Sources. Farewell to the Exclusivity of the Sources Triad in International Law? » (1991) 2 EJIL 58, pour qui « *standards can better explain some of the more recent processes of norm creation than did the traditional sources. In discussing the nature of legal standards some space will have to be devoted to showing that although the term is frequently used by many authors, it often suffers from ambiguity and definitional looseness, many times simply serving as a synonym for 'legal rule' or 'legal principle'* » (à la p 59).

76 Ronald Dworkin, *Prendre les droits au sérieux*, Paris, Presses universitaires de France, 1995 aux pp 79-86. Sur la relation entre source de droit et positivisme juridique, voir notamment Jean Carbonnier, *Flexible droit*, 10e éd, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2001; Hans-Georg Gadamer, *Vérité et méthode*, Paris, Seuil, 1996; Manfred Lachs, *Le monde de la pensée en droit international*, Paris, Economica, 1989; Alain Papaux et Eric Wyler, *L'éthique du droit international*, Paris, Presses universitaires de France, 1997; Chaïm Perelman, *Logique juridique*, Paris, Dalloz, 1979; François Rigaux, *La loi des juges*, Paris, Odile Jacob, 1997; François Rigaux, « Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale : Cours général de droit international privé » (1989) 213 Rec des Cours 9; Jean Salmon, « Le fait dans l'application du droit international » (1982) 175 Rec des Cours 257; Jean-Marc Trigeaud, « Du cercle sans origine ou l'éternel anti-humanisme du droit abstrait » (1988) 33 Archives de philosophie du droit 207; Eric Wyler, « L'internationalité en droit international public » (2004) 108:3 RGDIP 633; Jean-Faustin Badimboli Atibasay, « La double impuissance du positivisme juridique au regard de la normativité du droit international » (2003) 33 RGD 1.

77 Chittharanjan Felix Amerasinghe, *State Responsibility for Injuries to Aliens*, Oxford, Clarendon Press, 1967 à la p 43.

et surtout l'intention de l'auteur. La controverse doctrinale qu'a soulevée la standardisation en droit international est due au fait que la plupart des auteurs se placent du point de vue de la mise en œuvre de la norme pour dire que la norme-standard donne au juge une plus grande liberté d'appréciation, un pouvoir discrétionnaire, et de ce fait, elle n'est pas une règle de droit. Car le contenu normatif est trop indéterminé pour être aisément identifiable, ce qui compromet la fonction sécurisante du droit. Le test de juridicité se réduirait à la justiciabilité de la règle. Ou, au contraire, la norme standard n'est pas une règle parce qu'elle proviendrait non de l'État mais d'organismes nationaux ou internationaux. Dépourvue de toute valeur contraignante, elle ne deviendra règle qu'à travers un acte de volonté de l'État[78].

Pour nous, la normativité s'apprécie par ses éléments intrinsèques de régulation des comportements sociaux et non par son caractère justiciable ou les pouvoirs qu'elle laisse aux mains du juge chargé de l'appliquer. La CIJ a d'ailleurs reconnu cette nuance lorsqu'elle a affirmé, à propos de la gestion du mandat dans le Sud-Ouest africain, notamment la relation entre le mandataire et le Conseil de sécurité, que « l'existence d'obligations dont l'exécution ne peut faire, en dernier ressort, l'objet d'une procédure judiciaire a toujours constitué la règle plutôt que l'exception »[79].

Le standard est une de règle de droit. Comme l'affirme George Paton, *« a legal rule is a precept prescribing definite consequences when certain facts exist;* a rule operates by incorporating either standards or concepts ».[80] [Notre accent.] Est-il alors pertinent de l'opposer à la *soft law*?

Le débat contemporain sur le concept de *soft law* en relation avec la théorie traditionnelle des sources du droit international ne date pas d'aujourd'hui. Si certains voient dans la *soft law* une pathologie du système normatif international – car effaçant le seuil de la normativité – pour d'autres, comme Abi-Saab, s'inscrivant dans la tradition *finaliste et dynamique* d'Aristote, proposent d'appréhender

> le phénomène juridique dans sa globalité, dès sa conception, à travers les différentes phases vers la maturité, et dans ses transformations ultérieures aussi bien que dans ses différentes variétés, qu'elles soient justiciables ou non justiciables[81].

Sans cette vision dynamique du phénomène juridique international, sans une approche systémique de l'ordre juridique,

---

78 Pour une analyse du processus de réception de la *soft law*, voir notamment Pascale Deumier, « La réception du droit souple par l'ordre juridique » dans Association Henri-Capitant, *supra* note 49, 113 à la p 123 et s.

79 *Affaires du Sud-Ouest africain (Éthiopie c Afrique du Sud; Libéria c Afrique du Sud)*, Arrêt (deuxième phase), [1966] CIJ rec 6 à la p 46 au para 86.

80 George Whitecross Paton, *A Textbook of Jurisprudence*, 4e éd, Oxford, Clarendon Press 1972 aux pp 236-238 tel que cité dans Schlag, *supra* note 61 à la p 22. Voir aussi Torstein Eckhoff, « Guiding Standards in Legal Reasoning », (1976) 29 Curr Legal Probs 205.

81 Georges Abi-Saab, « Cours général de droit international public » (1987) 207:7 Rec des Cours 29 à la p 209 [Abi-Saab].

> comment peut-on comprendre complètement l'édifice juridique fini sans prendre en considération les différentes pierres de construction et les différentes phases de sa formation qui constituent son parcours et ses origines "génétique", quel que soit le nom qu'on leur donne : *soft law*, *hard law*, *lex lata*, *lex ferenda*?[82].

La notion même de *soft law* par opposition à la *hard law* est vague, et le débat doctrinal qu'elle a suscité ces derniers temps montre qu'elle possède tout au moins deux significations différentes. Le terme *soft law* désigne généralement, et le plus souvent d'ailleurs, le contenu de la norme, c'est-à-dire la proposition normative elle-même, le *negotium*. De ce point de vue, il s'oppose à *hard law* qui, elle, possède une force obligatoire : « *The essence of any soft-law rule is that it is not enforceable. A soft law is like a head without a body. The head knows where it wants to go but it lacks the means to get there* »[83].

Mais la *soft law* peut aussi désigner le support de la norme. C'est donc l'*instrumentum* qui est *soft* indépendamment du contenu de la norme. Pour certains auteurs, cette dualité dans la conception de la *soft law* fondée sur le caractère non contraignant soit de la norme, soit de son support, fait de la *soft law* du non-droit. En effet, selon Malcolm Shaw,

> *This terminology is meant to indicate that the instrument or provision in question is not of itself "law", but its importance within the general framework of international legal development is such that particular attention requires to be paid to it.* Soft law is not law. [84] [Notre emphase.]

---

[82] *Ibid*. Pour une vision systémique de l'ordre juridique international, voir notre étude Awalou Ouedraogo, « Le positivisme en droit international : Fondement épistémologique d'un paradigme mécaniciste » (2011) 40 RGD 505 [Ouedraogo, « Le positivisme »]. Voir également Christophe Grzegorczyk, « Évaluation critique du paradigme systémique dans la science du droit » (1986) 31 Archives de philosophie du droit 282; Jean-Louis Vullierme, « Descriptions systémiques du droit » (1986) 31 Archives de philosophie du droit 155; Michel van de Kerchove et François Ost, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, Presses universitaires de France, 1988 à la p 12; Eric Wyler, « Henri Batiffol face aux conceptions classique et moderne du droit » (2004) 131 JDI 114; Eric Wyler, « Propos sur la fécondité du paradigme systémique en droit international à la lumière de la théorie de Georges Abi-Saab » dans Laurence Boisson de Chazournes et Marcelo Kohen, dir, *The International Legal System in Quest of Equity and Universality/L'Ordre juridique international, un système en quête d'équité et d'universalité : Liber Amicorum Georges Abi-Saab*, La Haye, Martinus Nijhoff, 2001, 23 à la p 25.

[83] Anthony D'Amato, « Softness in International Law: A Self-Serving Quest for New Legal Materials : A Reply to Jean d'Aspremont » (2009) 20:3 EJIL 897 à la p 899. Pour lui, cette nature de la *soft law* la distingue de la *hard law* : « *Does* soft law *have a place in the international legal system? From the viewpoint of any legal system, whether domestic or international, the basic difference between* soft law *and* hard law *can be identified by the system's reaction to violations. A soft-law system will allow an infraction to be cost-effective: that is, a violator of a norm of* soft law *may suffer a reputational loss, but reputational damage may be well worth the benefits that are derived from non-compliance with the norm. By contrast, a hard-law system must, without exception, endeavour to make every violation cost-ineffective* » (à la p 902). Pour une vue contraire de la *soft law*, voir notamment Jean d'Aspremont, « Softness in International Law: A Self-Serving Quest for New Legal Materials: A Rejoinder to Tony D'Amato » (2009) 20:3 EJIL 911; Jean d'Aspremont, « Softness in International Law: A Self-Serving Quest for New Legal Materials » (2008) 19:5 EJIL 1075.

[84] Malcom N Shaw, *International Law*, 5e éd, Cambridge, Cambridge University Press, 2003 aux pp 110-111.

L'absence de toute force obligatoire du support ou de la proposition normative fait de la *soft law* un instrument qui ne relèverait pas de la technique juridique. À cet égard, Daniel Thürer est, on ne plus clair :

> *A norm is either legally binding or it is not, and it can either be invoked in a legal forum or not. There is nothing in between*: law cannot be more or less binding. *Thus, the term* "*soft law*" *does not, legally speaking, make any sense, because a norm is either a postulate, or it is hard law in its strict sense*[85]. [Notre emphase.]

Cette « idée simpliste [qui] voudrait qu'une norme soit ou ne soit pas »[86], qu'il n'y ait pas de catégories intermédiaires d'instruments juridiques méconnait « la polynormativité »[87] du système international. En réalité, la *soft law* pour ces auteurs vise ici une catégorie particulière d'instruments juridiques dont l'*instrumentum* et le *negotium* coïncident tous deux en *soft*. C'est par exemple une résolution ou une recommandation de l'Assemblée générale de l'ONU au contenu *soft*. Ces genres d'instruments, comme le dit Karl Zemanek,

> *cannot be explained by the dichotomy of* "*binding*" *and* "*non-binding*" *because neither is their purpose. They are primarily tools for shaping the future development of the law, either by building* opinio juris *for custom or by shaping a consensus for future multilateral conventions. They define the principles of that development but are not* "*binding*" *in a legal sense. They define a consensus of opinion, existing at a given moment, on how the law should progress. Whether the law follows the prescribed course can only be judged later*[88].

---

85 Daniel Thürer, « *Soft law* », dans Rüdiger Wolfrum, dir, *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2010, en ligne : Max Planck Encyclopedia of Public International Law <www.mpepil.com> au para 8. Dans le même sens, voir notamment Kokott, *supra* note 39 à la p 17. Pour cet auteur, « *the use of the term* soft law *is self-contradictory because the term "law" implies its obligatory character. Thus, strictly speaking, the term "*soft law*" does not make sense* ».

86 Prosper Weil, « Le droit international en quête de son identité. Cours général de droit international public » (1992) 237 Rec des Cours, 25 à la p 219 [Weil, « Le droit international en quête de son identité »]. Pour lui il y a un « éclatement du contenu normatif ». Voir également Prosper Weil, « Vers une normativité relative en droit international? » (1982) 86:1 RGDIP 5. Pour une version anglaise du même article, voir « Towards Relative Normativity in International Law? » (1983) 77 AJIL 413.

87 *Ibid*. C'est Weil qui a avancé cette idée de polynormativité.

88 Karl Zemanek, « The Legal Foundations of the International System: General Course on Public International Law » (1997) 266 Rec des Cours 21 à la p 143. D'ailleurs, pour lui, « *In legal terms "binding force" signifies that the obligation is enforceable if not performed […]. Individual enforcement of international obligations is not as readily available as in domestic law. If one takes the ILC draft on State Responsibility into account, individual enforcement is subject to severe limitations, among them steps to settle the dispute by other means. And, international courts and tribunals, especially the ICJ, take instruments which might be labelled "*soft law*" frequently into account when deciding a case. In consequence it is submitted that, regardless of its dogmatical correctness, the distinction between binding and non-binding international instruments makes little sense in practice* » (à la p 41). Pour une analyse de la valeur juridique de ces différents instruments, voir notamment : American Society of International Law, « A Hard Look at *Soft law* » (1988) 82 American Society of International Law Proceedings 371; Michel Virally, « Rapport à la 7e Commission de l'Institut de droit international » (1983) 1 Ann inst dr int 166; Oscar Schachter, « The Twilight Existence of Non-binding Agreements » (1977) 71 AJIL 296; Michel Virally, « Sur la notion d'accord » dans Michel Virally, *Le*

Pour nous, tous ces instruments font parties de la normativité internationale. Ils définissent des règles primaires plus ou moins rigides, plus ou moins précises dont la *finalité* est de façonner le comportement des sujets du droit international, même si le *negotium* et l'*instrumentum* n'ont pas en soi, une valeur contraignante. Face à la complexification des relations internationales, il faut concevoir le phénomène juridique dans une perspective dynamique et systémique afin de mieux comprendre l'essence de la normativité internationale. On ne peut plus réduire le droit à sa seule obligatoriété ou caractère contraignant. Des traités internationaux relevant de la catégorie *hard* contiennent souvent des dispositions *soft*. C'est le cas notamment de l'article 34 de la *Convention de 1951 relative au statut des réfugiés* qui stipule que :

> Les États contractant faciliteront, dans toute la mesure du possible, l'assimilation et la naturalisation des refugiés. Ils s'efforceront notamment d'accélérer la procédure de naturalisation et de réduire dans toute la mesure du possible, les taxes et les frais de cette procédure.[89]

C'est aussi le cas de l'article 56[90] de la *Charte des Nations Unies* considéré comme « *a duty not to do nothing* »[91], qui dispose que : « Les Membres s'engagent, en vue d'atteindre les buts énoncés à l'Article 55, à agir, tant conjointement que séparément, en coopération avec l'Organisation »[92]. Ces dispositions sont incontestablement *soft* tandis que leur contenant, la *Convention de 1951* ou la *Charte* est bien *hard*. Inversement, la résolution 2625 de l'Assemblée générale des Nations unies de 1970 sur la *Déclaration relative aux principes du droit international*

---

droit international en devenir : Essais écrits au fil des ans, Paris, Presses universitaires de France, 1990, 135; Christophe Schreuer, « Recommendations and the Traditional Sources of International Law » (1977) 20 German Yearbook of International Law 103; Krzysztof Skubiszewski, « Resolutions of the UN General Assembly and Evidence of Custom » dans *Le droit international à l'heure de sa codification : Études en l'honneur de Roberto Ago*, vol 1, Milan, Giuffrè, 1987, 503; Cesar Sepúlveda, « Methods and Procedures for the Creation of Legal Norms in the International System: An Inquiry into the Progressive Development of International Law in the Present Era » (1990) 33 German Yearbook of International Law 432; Julio A Barberis, « Les résolutions des organisations internationales en tant que source du droit des gens » dans Ulrich Beyerlin et al, dir, *Recht zwischen Umbruch und Bewahrung, Festschrift für R. Bernhardt*, Berlin, Springer, 1995, 21 aux pp 21-39.

89 *Convention relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, 189 RTNU 137 (entrée en vigueur : 22 avril 1954), art 34.

90 *Charte des Nations Unies*, 26 juin 1945, RT Can 1945 n° 7 [*Charte*].

91 G J H van Hoof, *Rethinking the Sources of International Law*, Deventer, Kluwer Academic Publishers, 1983 à la p 243 tel que cité dans Alain Pellet, « The Normative Dilemma: Will and Consent in International Law-making » (1988-1989) 12 Australian Year Book of International Law 22 à la p 28. La Cour suprême de Californie a admis que les articles 1, 55 et 56 de la *Charte* sont assez vagues et imprécis pour être invocables devant un tribunal : « *In determining whether a treaty is self-executing courts look to the intent of the signatory parties as manifested by the language of the instrument, and, if the instrument is uncertain, recourse may be had to the circumstances surrounding its execution […]. In order for a treaty provision to be operative without the aid of implementing legislation and to have the force and the effect of a statute, it must appear that the framers of the treaty intended to prescribe rule that, standing alone, would be enforceable in the court* ». *Sei Fujii v California*, 242 P.2d 617 (Cal 1952).

92 *Charte*, *supra* note 90, art 56.

touchant les relations amicales et la coopération entre États[93], relève de la catégorie de *soft law* quant au contenant alors que son contenu matériel, qui est une affirmation des principes fondamentaux du droit international, est *hard*.

En d'autres termes, il peut arriver que l'*instrumentum* et le *negotium* coïncident ou non en *hard* ou *soft*. Une disposition précise et contraignante figurant dans un traité est *hard law* à la fois par son contenu et par son contenant. Une disposition peu contraignante et imprécise figurant dans une résolution de l'Assemblée générale est *soft law* à la fois par son contenu et par son contenant. Mais les deux aspects peuvent aussi ne pas se recouvrir. Une convention en vigueur entre deux parties – *hard law* par excellence – peut définir des droits et obligations au contenu imprécis et peu contraignant, c'est-à-dire de la *soft law*. « À l'inverse, des droits et obligations au contenu apparemment précis et contraignant peuvent être énoncés dans un instrument qui relève de la *soft law*, telle une résolution de l'Assemblée générale »[94]. C'est donc dire que « […] juridicité ne signifie pas nécessairement obligatoriété et pertinence ou effet juridique ne se réduit pas seulement à effet obligatoire »[95]. Dès lors, on admet avec Abi-Saab que

> la *soft law* n'est ni du non-droit ni une *lex imperfecta*. Elle n'est pas non plus toujours et nécessairement un droit en gestation, car il peut s'agir également d'un droit différent, ou d'une variété de droit qui remplit une fonction différente de celle du droit limite; non pas le droit du justicier ou du gendarme, mais celui, plus discret et malléable, de l'architecte social[96].

Il est vrai que la frontière entre le standard et la *soft law* est difficile à tracer. Si l'on se place exclusivement du côté du *negotium*, du contenu matériel des normes, on se rend vite compte de l'extrême similitude entre les deux instruments juridiques. En effet, le standard est souvent opposé à la règle de droit du fait qu'il ne détermine pas de façon précise les droits et obligations des sujets de droit. Il ne vise pas des

---

93 *Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre États*, Rés AG 2625 (XXV), Doc off AG NU, 25e sess, supp n° 18, Doc NU A/8018 (1970) 181.

94 Weil, « Le droit international en quête de son identité », *supra* note 86 à la p 216. Sur la relation entre le contenant et le contenu, voir notamment Michael Bothe, « Legal and Non-Legal Norms: A Meaningful Distinction in International Relations » (1980) 11 Netherlands Yearbook of International Law 65; Ignaz Seidl-Hohenveldern, « International Economic *Soft law* » (1979) 163:2 Rec des Cours 165; Sir Joseph Gold, « Strengthening the Soft International Law of Exchange Arrangements » (1983) 77:3 AJIL 443; Christine M Chinkin, « The Challenge of *Soft law*: Development and Change in International Law » (1989) 38:4 ICLQ 850; Louis Henkin, *International Law, Politics and Values*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1995 à la p 94; Michael Reisman, « The Concept and Functions of *Soft law* in International Politics » dans Emmanuel G Bello, Prince Bola A Ajibola, éd, *Contemporary International Law and Human Rights*: *Essays in Honour of Judge Taslim Olawale Elias*, vol 1, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1992, 135; Alan Boyle, « Some Reflections on the Relationship of Treaties and *Soft law* » (1999) 48:4 ICLQ 901; Francesco Francioni, « International *Soft law*: A Contemporary Assessment » dans Vaughan Lowe et Malgosia Fitzmaurice, éd, *Fifty Years of the International Court of Justice. Essays in Honour of Sir Robert Jennings*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996, 167; Alan Boyle, « *Soft law* in International Law-Making » dans Malcom D Evans, éd, *International Law*, 2e éd, Oxford, Oxford University Press, 2006, 141.

95 Abi-Saab, *supra* note 81 à la p 208.

96 *Ibid* à la p 213.

situations ou des faits déterminés et précis pour leur donner une solution juridique invariable et inflexible. La *soft law*, elle, est opposée à la *hard law* pour la simple raison qu'elle est non contraignante, souple et fluide. Mais malgré leur similitude, standard et *soft law* ne doivent pas être confondus. Le standard, comme nous l'avons déjà montré, est soit un instrument de mesure, un étalon des comportements moyens normaux, soit un instrument de la normalisation. Il possède en ce sens une vocation utilitariste de *tracé* ou de *mesure*. Il traduit le phénomène juridique en termes de *normalité*. La *soft law* en revanche traduit le contenu normatif en termes d'*obligatoriété*. Elle ne relève pas *mutatis mutandis* d'un processus de standardisation ou de normalisation internationale.

Si tous deux font partie intégrante de la normativité internationale, de cette « polynormativité », la singularité du standard classique tient au fait qu'il ne tend pas à une délimitation objective de ce qui est permis et de ce qui est défendu. Il constitue plutôt une directive générale, *une formule d'appréciation de la conduite des sujets de droit sur la base d'un type-modèle*. Illustrons cela par un exemple. La première des fameuses trois règles de Washington à propos de l'affaire de l'*Alabama*, prévoit qu'un gouvernement neutre a l'obligation

> [d]'user de la diligence due pour empêcher le lancement, l'armement ou l'équipement dans sa juridiction, de tout vaisseau qu'il a juste motif de croire destiné à croiser ou à entrer en guerre contre une puissance avec laquelle il est en paix [...][97].

Cette disposition est-elle un standard ou une *soft law*? Puisqu'elle est vague et imprécise, on pourrait, à première vue, croire qu'elle relève de la *soft law* même si l'*instrumentum* qui la porte est *hard*. Pourtant, elle n'est pas une *soft law* dans le sens de disposition non contraignante. Elle est ce que nous appelons standard-mesure, c'est-à-dire une espèce particulière de règle qui, plutôt que de déterminer de façon précise les obligations de l'État neutre *en toutes circonstances*, laisse le soin au juge, dans un cas donné, d'apprécier en fonction des faits le degré de diligence normalement requis dans pareils cas. Comme on peut le constater, ce n'est pas le caractère contraignant ou non du support ou de la norme qui est en cause ni la justiciabilité de la règle. Le point central ici tient au fait que c'est la norme elle-même qui laisse au juge, à l'occasion d'un différend, le soin de préciser le degré de prudence et de vigilance que requiert la situation. Mais le juge devient-il, dans l'appréciation de la règle standard, un législateur international?

III. Le rôle du juge dans l'appréciation du standard

Sur ce point une précision de taille s'impose : nous entendons limiter notre analyse à la conception traditionnelle du standard comme instrument de mesure. Cette catégorie de standard-mesure, comme on l'a vu, permet, de par sa nature même, une adaptation permanente du droit à la vie sociale internationale changeante.

---

[97] Pour une analyse approfondie de cette affaire, voir notamment notre étude précitée, Ouedraogo, « Le positivisme », *supra* note 82.

Dans son arrêt en l'affaire relative à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c Serbie-et-Monténégro)*, la CIJ, examinant la portée de l'obligation de prévention du génocide, affirme :

> [I]l est clair que l'obligation dont il s'agit est une obligation de comportement et non de résultat, en ce sens que l'on ne saurait imposer à un État quelconque l'obligation de parvenir à empêcher, quelles que soient les circonstances, la commission d'un génocide : l'obligation qui s'impose aux États parties est plutôt celle de mettre en œuvre tous les moyens qui sont raisonnablement à leur disposition en vue d'empêcher, dans la mesure du possible, le génocide. La responsabilité d'un État ne saurait être engagée pour la seule raison que le résultat recherché n'a pas été atteint; elle l'est, en revanche, si l'État a manqué manifestement de mettre en œuvre les mesures de prévention du génocide qui étaient à sa portée, et qui auraient pu contribuer à l'empêcher. En la matière, la notion de « *due diligence* » […] revêt une importance cruciale[98].

La Cour réaffirme ainsi que certaines obligations internationales sont des obligations standardisées parce qu'elles prescrivent aux États de mettre en œuvre tous les moyens nécessaires et raisonnables en fonction des circonstances, en vue d'empêcher, dans la mesure du possible, la réalisation du fait internationalement illicite. Il s'agit notamment des obligations de comportement ou de moyens, au sens d'obligation de s'efforcer.

Ce type d'obligation internationale, variable suivant les circonstances, intègre la pratique judiciaire des standards de comportement, relatifs, souples, évolutifs. Ces obligations standardisées appellent une appréciation *in concreto*. Selon la Cour,

> [p]lusieurs paramètres entrent en ligne de compte quand il s'agit d'apprécier si un État s'est correctement acquitté de l'obligation en cause. Le premier d'entre eux est évidemment la *capacité, qui varie grandement d'un État à l'autre*, à influencer effectivement l'action des personnes susceptibles de commettre, ou qui sont en train de commettre, un génocide. Cette capacité est elle-même fonction, entre autres, de l'éloignement géographique de l'État considéré par rapport au lieu des évènements, et de l'intensité des liens politiques et de tous ordres entre les autorités dudit État et les acteurs directs de ces évènements[99]. [Nos italiques.]

Ainsi, l'obligation standardisée ne peut être précisée *a priori*. Son étendue ne peut être déterminée avec précision qu'en présence des faits matériels de chaque cas d'espèce. Il revient donc au juge international dans l'administration de la justice, « d'examiner les tendances et les intérêts opposés pour déterminer la limite de la responsabilité. Il ne saurait pourtant réussir dans l'accomplissement de cette tâche

---

98 *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie Herzégovine c Serbie-et-Monténégro)*, Arrêt, [2007] CIJ rec 43 à la p 221 au para 430.

99 *Ibid*.

sans avoir recours à une certaine *mesure de conduite* »[100], au critère du *bona respublica*, application au plan étatique de la vielle notion romaine du *bonus pater familias*. C'est en se référant à cette *mesure moyenne de conduite sociale correcte* que le juge international peut déterminer si la *conduite effective* de l'État est ou n'est pas susceptible de constituer un fait illicite.

Avec un système de standardisation, la norme internationale donne au juge un instrument lui permettant d'adapter constamment le droit aux circonstances sociales variables. Ce besoin d'adaptabilité et de changement introduit par la technique du standard soulève néanmoins des objections qui, de notre point de vue, restent globalement injustifiées.

A. Technique du standard : atteinte à la séparation des pouvoirs?

Le standard-mesure donne au juge un pouvoir élevé d'appréciation factuelle. De par sa nature vague et imprécise, le juge dispose d'un pouvoir discrétionnaire. C'est pourquoi il a été soutenu qu'avec la technique du standard, le juge acquiert « des attributions qui le font sortir de sa tâche traditionnelle, en réunissant dans sa personne le pouvoir judicaire et législatif »[101]. Puisque seul le législateur, non pas le juge, peut légiférer en édictant des règles abstraites et générales, la technique du standard aboutirait à un transfert de la réalité du pouvoir normatif dont les sujets du droit international sont les seuls détenteurs, au juge ou à l'arbitre – confirmant ainsi la théorie de l'interprétation-création si chère à l'herméneutique moderne.

Cette critique se fonde en réalité sur une herméneutique positiviste qui plonge ses racines dans l'école de l'exégèse ou même celle de Savigny. Ce positivisme juridique, héritage du nominalisme, entend, au contraire de la doctrine classique d'Aristote ou de St Thomas, « édifier sur la loi et sur la loi seule, *l'ensemble de l'ordre juridique* »[102]. Il préconise une séparation nette entre, d'un côté, le législateur chargé d'édicter les règles de droit et, de l'autre, l'organe judicaire dont l'unique rôle est d'appliquer les lois dans le sens de Montesquieu pour qui le juge est simplement « la bouche qui prononce les paroles de la loi »[103]. La fonction judiciaire doit donc suivre une logique hypothético-déductive empruntée aux sciences dites exactes, sur la base d'un raisonnement par « subsomption »[104] encré dans une série de

---

100 Pavlos Alexandrou Zannas, *La responsabilité internationale des États pour les actes de négligence*, Montreux, Ganguin & Laubscher, 1952 à la p 72.

101 Al-Sanhoury, *supra* note 19 à la p 73.

102 Michel Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, 1ère éd, Paris, Presses universitaires de France, 2006 à la p 230.

103 Montesquieu, *De l'esprit des lois*, Paris, Didot, 1851, Livre XI, ch VI.

104 Alain Papaux, *Essai philosophique sur la qualification juridique : De la subsomption à l'abduction : L'exemple du droit international privé*, Bruxelles, Bruylant, 2003 [Papaux]. L'ouvrage dans son ensemble est une critique de l'herméneutique positiviste.

« méthode d'interprétations […] formalisées »[105] parmi lesquelles le syllogisme juridique occupe une place de choix.

L'œuvre subtile du juge, véritable mouvement dialectique entre faits et droit impliquant sélections d'éléments en vue de la découverte d'une solution juste à donner *dans le cas d'espèce*, se trouve ainsi ramenée à une simple opération logique, déductive, ne requérant aucune *prudence*[106] particulière. Ainsi, le rôle du juge, dans cette métaphysique de l'univocité, doit être de

> subsumer le faits de l'espèce sous la forme préconstituée. Ici une norme objective, claire et préexistante; là des faits déterminés par le travail judiciaire relatif à la preuve; et enfin la synthèse des deux dans une décision découlant nécessairement et strictement de la loi[107].

La condition de possibilité de cette approche fut une transformation du concept de loi assimilée au droit, laquelle passa du *statut de directive* à celui de « commandement »[108] formulé d'une manière *claire et à priori*.

Le système de standard ne donne pas au juge international un pouvoir législatif plus qu'il n'a dans un système normatif fondé exclusivement sur des règles claires et précises. L'ordre juridique international ne connaît pas – ou très peu – une justice obligatoire avec un législateur supranational. L'étendue de la compétence du juge international est donc fonction de la volonté des parties à un différend donné. Ce consentement qui se manifeste à travers le compromis ou autres clauses compromissoires, constitue la pierre angulaire de toute l'instance judiciaire ou arbitrale. Il est le fondement même de la juridiction internationale. Comme l'affirme la Cour permanente de justice internationale,

> il est bien établi en droit international qu'aucun État ne saurait être obligé de soumettre ses différends avec les autres États soit à la médiation, soit à l'arbitrage, soit enfin à n'importe quel procédé de solution pacifique, sans son consentement[109].

Si le juge, en appliquant le standard dans un cas donné, légifère, ce n'est qu'en vue d'une hypothèse particulière pour la solution du différend. Il ne fait pas œuvre législative en ce sens qu'il ne crée pas de règles toute nouvelles pour les parties, règles devant régir leurs relations à venir. Une fois que sa compétence a été

---

105 Robert Kolb, *Interprétation et création du droit international : Esquisses d'une herméneutique juridique moderne pour le droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2006 à la p 75. [Kolb, *Interprétation et création*].

106 Au sens aristotélicien du terme.

107 Kolb, *Interprétation et création*, *supra* note 105.

108 Papaux, *supra* note 104 aux pp 47-48.

109 *Statut de la Carélie orientale* (1923), Avis consultatif, CPJI (sér B) n° 5 à la p 27. Cette position de la CPJI a été confirmée à plusieurs reprises par la CIJ : « Le consentement des États parties à un différend est le fondement de la juridiction de la Cour en matière contentieuse ». *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, Avis consultatif, [2004] CIJ rec 136 à la p 157 au para 47. Voir également *Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie*, Avis consultatif (première phase) [1950] CIJ rec 65 à la p 71; *Sahara occidental*, Avis consultatif [1975] CIJ rec 6 à la p 24 au para 31.

établie dans un différend donné et qu'il est appelé à décider sur la base des règles et principes du droit international applicables, le juge international examine les éléments de preuve des parties et détermine les éventuelles violations de ces règles et principes ainsi que les conséquences juridiques qui en découlent[110]. Si la règle applicable est standardisée, le juge décide en fonction d'un *type-modèle* de comportement admis dans de telles circonstances.

Même avec la très grande liberté d'appréciation qu'elle confère au juge international, la technique du standard ne porte pas atteinte à une quelconque séparation des pouvoirs pour la simple raison qu'il n'existe pas de séparation des pouvoirs dans la sphère internationale. En effet, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY), en se prononçant sur l'allégation de la défense selon laquelle la création du Tribunal est illégale parce qu'il n'a pas été « établi par la loi », a admis :

> Il est clair que la séparation des pouvoirs entre le législatif, l'exécutif et le judiciaire, qui est largement retenue dans la plupart des systèmes nationaux, ne s'applique pas au cadre international ni, plus spécifiquement, au cadre d'une organisation internationale comme les Nations Unies. La répartition des trois fonctions judiciaire, exécutive et législative entre les principaux organes des Nations Unies n'est pas clairement tranchée. S'agissant de la fonction judiciaire, la Cour internationale de Justice est, de toute évidence, l'« organe judiciaire principal » (*voir* Charte des Nations Unies, art 92). Il n'existe pas, cependant, d'organe législatif dans l'acception technique du terme dans le système des Nations Unies et, plus généralement, pas de Parlement dans la communauté mondiale. Cela signifie qu'il n'existe pas d'organe officiellement habilité à promulguer des lois ayant un effet contraignant direct sur des sujets juridiques internationaux[111].

Si la question de la séparation des pouvoirs peut se poser dans les ordres juridiques internes, elle n'est pas transposable en droit international. Ainsi, le processus d'interprétation et d'application des normes internationales est une adaptation constante de la normativité. Il s'agit « d'une (re-)création, d'une correction, permanente de la norme »[112]. Le droit n'étant pas une donnée statique, la norme devient une sorte

> d'injonction en puissance qui ne s'actualise qu'à travers l'acte de volonté de l'interprète. Celui-ci la réaffirme dans un contexte nouveau, la concrétise, la précise, lui adjoint une exception, en un mot l'enrichit dans des contextes toujours renouvelés[113][;]

---

110 Pour une analyse de l'activité du juge et de la question des lacunes en droit international, voir notamment Sir Hersch Lauterpacht, *The Function of Law in the International Community*, Hamden (É-U), Archon Books, 1966 aux pp 85-104.

111 *Procureur c Duško Tadic, alias « Dule »*, IT-94-1-AR72, Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence (2 octobre 1995) au para 43 (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre d'appel), en ligne : TPIY <www.icty.org>.

112 Kolb, *Interprétation et création*, *supra* note 105 à la p 112.

113 *Ibid*. L'herméneutique dite moderne semble opérée un retour à la métaphysique classique aristotélicienne qui définissait le droit comme un *jus in re* c'est-à-dire la mesure par laquelle les

que la norme en cause soit une loi ou un standard, le pouvoir créateur du juge reste le même.

B. Technique du standard : risque d'arbitraire du juge?

Avec un pouvoir discrétionnaire du juge dans la mise en œuvre du standard, ne tomberons-nous pas dans l'arbitraire le plus déplorable? La sécurité des relations juridiques n'est-elle-pas compromise? Une fois de plus l'objection selon laquelle l'application du standard sacrifie la sécurité des rapports juridiques – en consacrant des solutions taillées sur mesure – vient de cette idée positiviste de la complétude matérielle et formelle de l'ordre juridique. Le système de droit serait un système complet, ne laissant pas de place à la lacune : *lex semper loquitur*. Tout est dans la loi et celle-ci prévoit tout à l'avance dans un langage clair et précis. Il y aurait dès lors un

> danger sérieux, pour la sécurité des intérêts et l'égalité de justice due à tous, à reconnaître ouvertement l'autorité de l'appréciation individuelle, en des affaires qui sembleraient devoir être soumises à une règle abstraite, connue d'avance, et assurée d'une application uniforme[114].

L'autorité décisionnelle du juge reste limitée à l'espèce sur laquelle il statue. À cet égard, l'article 59 du *Statut de la CIJ* stipule que « la décision de la Cour n'est obligatoire que pour les parties en litige et dans le cas qui a été décidé »[115]. Le cas lui ayant été volontairement confié par les parties et l'étendue de sa compétence circonscrite, nous ne voyons pas comment sa décision serait arbitraire. Le but même de la mission du juge exige pleine autonomie de décision. Et les raisons qui inspirent son jugement ne sauraient être autres que celles que lui inspirent les règles et principes juridiques applicables dans le cas d'espèce. La technique du standard ne constitue pas, en soi, une aporie du système judiciaire. En la supposant claire, parfaite et complète, la règle de droit, nous dit François Gény,

> ne peut, à elle seule, porter directement toutes les injonctions, de nature à satisfaire les besoins tout concrets de la vie juridique. Entre ces besoins, si complexes, si variés, si fuyants, et la formule rigide du texte légal, il faut un intermédiaire, qui puisse et sache adapter cette formule aux situations et circonstances, pour lesquelles elle est écrite[116].

Nous irons plus loin pour dire que, dans la mise en œuvre du droit en général, il y a toujours une part de jugement individuel. Mais le juge international, dans l'appréciation du standard, n'est pas laissé à son seul arbitraire, « au libre caprice de sa fantaisie »[117]. Sous le masque des mots troubles, le juge ne peut pas tout faire. Il

---

individus s'ajustent entre eux. Dans l'acte de connaissance, le juge prudent et sage fait passer le juste qui était puissance dans la loi à travers le cas.

114 François Gény, *Méthode d'interprétation et sources du droit privé positif : essai critique*, t 1, 2e éd, Paris, Librairie générale de droits et de jurisprudence, 1954 à la p 208 [Gény].

115 *Statut de la Cour internationale de Justice*, 26 juin 1945, RT Can 1945 n° 7 à l'art 59

116 Gény, *supra* note 114 à la p 212.

117 *Ibid* à la p 219.

décide en dernier ressort dans le cadre limité de sa compétence telle que voulue par les parties et dans le cadre plus général du système normatif international. Même s'il a un pouvoir d'appréciation élevé dans l'application de la règle standardisée, sa décision n'est pas livrée à la mobilité et au désordre des différentes conceptions subjectives.

***

On peut légitimement admettre que, de nos jours, la frontière classique entre le droit et le non-droit est désormais difficile à tracer. Eu égard à l'éclatement et à la nouvelle structuration de la société internationale, les sources traditionnelles du droit (le traité ou la coutume), même si elles demeurent essentielles dans la régulation des rapports internationaux, sont de plus en plus inadaptées aux nouvelles exigences de rapidité, de souplesse et d'adaptabilité que nécessite la coopération internationale. En cela, la belle métaphore des sources de François Ost est on ne peut plus pertinente :

> Parfois, aspirée par des besoins sociaux, la pression juridique montera, les normes surgiront et s'écouleront aisément; parfois, le besoin se tarissant, la norme s'évaporera ou se perdra dans les anfractuosités du sol; parfois encore, le droit s'écoulera trop vite et trop fort sur un terrain social peu réceptif, au risque d'inondations des terres traversées[118].

La réalité internationale actuelle, caractérisée par l'extraordinaire développement de la technoscience, exige que les degrés de juridicité de la règle ou de la norme de droit international varient en fonction des besoins et que l'obligatoriété ne soit plus le seul fondement de la règle de droit. Au côté de la doctrine classique des sources du droit axiomatique et transcendant, fondé sur un système articulé de normes contraignantes, se développe une théorie du droit « processuelle, immanente et singulière, appréhendant le droit comme un ensemble de pratiques contextuelles »[119]. La standardisation internationale caractérise un régime de normativité non pas assouplie ou affaiblie, mais simplement *autre*. Cette conception *autre* de la normativité s'accommode de modes diversement autoritaires de direction des conduites, ouvre la porte à des formes spontanées de régulation sociale dont les auteurs sont en même temps les destinataires. Elle vise donc la juridicisation de la technicité. Comme l'affirme à juste titre Laurence B de Chazournes,

> [p]lus un instrument est en mesure de fournir des règles ou des lignes directrices adéquates dans un domaine spécifique de l'activité internationale (commerce, santé, environnement, etc.) et plus lesdites règles ou lignes directrices acquièrent une certaine normativité[120].

---

118 Ost, *supra* note 44 à la p 872.

119 *Ibid* à la p 875.

120 Laurence Boisson de Chazournes, « Standards et normes techniques dans l'ordre juridique contemporain : quelques réflexions » dans Laurence Boisson de Chazournes et Marcelo Kohen, éd,

De ce point de vue, le standard est tantôt instrument de pure mesure, tantôt outil de tracé d'une grande précision. Sa normativité vacille entre le *normal* ou « juste milieu » et le *normatif*.

Avec la standardisation internationale, la méthode traditionnelle d'interprétation du droit par le juge semble inadaptée. Car le mode d'interprétation classique aboutit à

> faire tenir, *a priori*, tout le système du droit positif, en un nombre limité de catégories logiques qui seraient prédéterminées par essence, immuables dans leur fonds, régies par des dogmes inflexibles, insusceptibles par conséquent de s'assouplir aux exigences changeantes et variées de la vie [internationale][121].

Avec un système de standardisation, le juge cesse d'être simplement « la bouche de la loi » pour devenir l'expert scientifique capable de distinguer le *normal* du pathologique.

La standardisation joue ainsi un rôle essentiel dans l'ordre juridique international dans la mesure où c'est elle, en fin de compte, qui structure la normativité et, de ce fait, oriente le comportement des États. Elle est le reflet de la complexification des relations internationales et de l'extraordinaire expansion du droit international. Du point de vue des sources du droit, le développement tous azimuts des standards traduit les transformations profondes d'une société internationale en quête d'identité. La formulation des standards dans la normativité internationale reflète donc, d'un point de vue synchronique, l'état actuel de la conscience juridique universelle, caractérisé par l'interaction dynamique entre le « discours de règlementation dont la caractéristique est d'agir par la contrainte », et celui « de régulation dont la particularité est d'agir sur un secteur global, de manière flexible, concrète et par la voie de la persuasion »[122].

International Law and the Quest for its Implementation. *Le droit international et la quête de sa mise en œuvre* : *Liber Amicorum Vera Gowlland-Debbas*, Leiden, Brill, 2010, 351 à la p 351.

[121] Gény, *supra* note 114 à la p 129.

[122] Stéphane Gerry-Vernières, « Les "petites" sources du droit (à propos des sources étatiques non contraignantes) » dans Isabelle Hachez et al, dir, *Les sources du droit revisitées : Théorie des sources du droit*, vol 4, Paris, Anthemis, 2013, 587 à la p 608.