

COURS D'INTRODUCTION AU DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

Ce cours sert d'introduction au droit international public. Il s'adresse aux étudiants du Master « Droits fondamentaux » qui ont tous suivi un cursus juridique. Ce cours vient donc en complément de leur formation antérieure, en droit public en particulier, et vise à la parfaire. Cette introduction au droit international public est également le support nécessaire des autres cours dispensés dans le cadre du Master. Ces enseignements visent à faire acquérir aux étudiants de solides connaissances en droit international des droits de l'homme, dans ces différentes branches catégorielles et dans ces variantes régionales. Il est indispensable pour atteindre ce but de maîtriser certaines notions fondamentales et les raisonnements du droit international public. En effet, le droit international des droits de l'homme n'est pas une matière autosuffisante. Il « baigne » dans le droit international public. Ses fondements, ses sources, ses méthodes, ses techniques et ses raisonnements sont ancrés dans le droit international public. Maîtriser certaines notions fondamentales permet donc de mieux comprendre le droit international des droits de l'homme. C'est dans cette optique qu'a été conçu et rédigé ce cours. Cette finalité justifie par ailleurs que cette introduction au droit international public ne soit ni complète ni exhaustive. Elle se limite à certains éléments que l'auteur a jugés à la fois indispensables de maîtriser pour comprendre le droit international public et suffisants pour aborder le droit international des droits de l'homme. A ce résultat direct escompté de ce cours s'ajoute un autre plus large : offrir aux étudiants, par la réflexion que l'auteur espère susciter chez eux, une perspective plus globale sur l'ordre juridique et son unité, au-delà des spécialisations des uns et des autres.

L'approche choisie par l'auteur est une approche de droit positif. Elle s'appuie principalement et autant que possible sur un exposé du droit international tel qu'il ressort de la jurisprudence de la Cour internationale de Justice (C.I.J.) et d'autres juridictions ou quasi-juridictions internationales. Cette démarche ne suffirait pas si le cours ne s'appuyait également sur les documents bruts, de droit positif, - les traités en particulier et la production normative des Etats et des organisations internationales de manière générale – et la doctrine.

En vue d'offrir un exposé de certaines notions fondamentales du droit international public positif qui servira de support aux autres enseignements dans le cadre de ce Master, ce cours comprend une introduction générale et quatre parties.

L'introduction générale s'ouvre classiquement sur un rapide aperçu de l'histoire de la discipline et des différentes approches et analyses doctrinales du droit international public. La présentation de ces différentes approches s'articule autour des réponses apportées à la question du fondement du droit international. L'introduction générale aborde également la question de l'évolution récente du droit international marquée notamment par l'extension du champ matériel de la discipline. Cette analyse est suivie d'une réflexion sur la notion d'ordre juridique qui s'appuie sur une comparaison des définitions proposées respectivement par [Hans Kelsen](#) et [Michel Virally](#). Outre qu'elle permet de mettre en évidence la différence entre l'ordre juridique international et l'ordre juridique interne (ou les ordres juridiques internes), elle permet d'aborder la distinction entre les modes de formation du droit et les sujets de droit. Ces deux thèmes se voient respectivement consacrer les deux premières parties de cette introduction au droit international public. Ainsi, la première partie est relative aux modes de formation du droit international et à la diversité des obligations internationales. Elle s'attache autrement dit à l'étude des sources formelles de ce droit. Elle aborde également la question des sources matérielles des obligations internationales. La deuxième partie quant à elle explore la thématique de la personnalité juridique internationale et des sujets de droit. Ces deux premières parties constituent l'essentiel du cours. Elles sont complétées par la troisième et dernière partie relative à la responsabilité internationale. Elle vise principalement à

comprendre les deux notions de responsabilité internationale de l'Etat et de responsabilité pénale individuelle internationale ainsi qu'à les distinguer.

INTRODUCTION GENERALE

Section I – Définition du droit international public

§ 1. Les critères possibles de définition

Il est habituel de présenter le droit aux étudiants de première année comme un art d'organiser la société. Selon une définition courante et quelque peu sommaire, cet art s'incarne dans un ensemble de normes de conduite socialement édictées et sanctionnées, qui s'opposent aux membres de la société. Cette définition s'applique au Droit de manière générale et avec une majuscule. En la prenant comme référence dans notre tentative de définir le droit international (public), ce dernier serait alors un ensemble de normes de conduite socialement édictées et sanctionnées, qui s'opposent aux membres de la société internationale. Dans cette optique, le droit international public régit la conduite des membres de la société internationale. Il apparaît que le critère choisi ici pour définir le droit international public est celui des membres de la société internationale. En termes juridiques, ce sont les sujets qui sont pris en considération. Il s'agit évidemment des Etats, mais aussi des organisations internationales et accessoirement des particuliers ou des individus. La liste des sujets, que nous verrons dans la deuxième partie, dépend de la définition que l'on retient de la personnalité juridique internationale. Il suffit de retenir à ce stade que cette approche permet de répondre à la question : de qui le droit international public régit-il la conduite ? Nous avons parlé de sujets, mais l'on peut ici plus simplement parler de destinataires du droit international.

D'autres définitions du droit international, d'autres approches sont possibles, sans que l'une invalide l'autre. En effet, le droit international peut être vu comme l'ensemble des normes de conduite socialement édictées et sanctionnées, qui régissent les relations internationales. C'est une autre manière de parler de la société internationale et de ses membres. Il est en effet admis que les relations entre Etats, les relations interétatiques, sont internationales. Ce sont les relations internationales par excellence. On pourrait même affirmer qu'elles sont internationales « par nature ». A cet égard, il est intéressant de relever que l'adjectif international accolé au substantif « droit » peut être trompeur. Les relations considérées sont celles qui sont établies entre Etats qui sont des entités distinctes des nations. Seul l'Etat est ici une notion juridique, un sujet de droit international ; la nation ne l'est pas. De même, les normes qui régissent les relations entre Etats et organisations internationales ou entre organisations internationales sont considérées comme des normes internationales.

Une dernière approche pour définir le droit international, quelque peu différente des précédentes, est possible. Elle consiste à identifier l'auteur ou les auteurs des normes de conduite socialement édictées et sanctionnées en répondant à la question : qui édicte les normes de conduite opposables aux membres de la société internationale ? Dans cette perspective, le droit international public est l'ensemble des règles qui ont pour origine les accords entre Etats ou qui, plus largement, se sont formées selon des modalités reconnues par les Etats comme créatrice de ces normes.

Aucun des critères ou des approches évoqués n'invalide l'autre. Au contraire, elles se complètent les unes les autres. Ainsi, la règle qui prohibe aux Etats la menace ou le recours à la force dans les relations avec les autres Etats est internationale selon les trois approches. Elle vise à régir la conduite de membres de la société internationale, les Etats, en leur interdisant un certain comportement, le recours à la force. L'interdiction du recours à la force s'applique dans la sphère internationale, dans les relations internationales. Elle s'applique aux relations entre Etats. L'interdiction du recours à la force est une interdiction opposable aux Etats dans

les relations avec les autres Etats. Elle ne vise pas les situations internes. Elle n'est *a priori* pas opposable aux membres de la société internationale lorsqu'ils utilisent, par exemple, la force sur leur territoire dans une confrontation avec des groupes armés locaux, qui eux ne sont pas des membres de la société internationale. La norme est également internationale par son origine. Elle est coutumière, c'est-à-dire qu'elle a émergé selon le procédé coutumier, la coutume étant un mode de formation du droit international. Elle est également conventionnelle, c'est-à-dire qu'elle figure dans un accord entre Etats : la Charte des Nations Unies. Dans ce traité, la règle est plus précise et s'adresse plus spécifiquement aux Etats membres de l'Organisation des Nations Unies dont la Charte est le texte fondateur. L'article 2, paragraphe 4, de la Charte dispose que « les Membres de l'Organisation, s'abstiennent dans leurs relations internationales, de recourir à la menace ou à l'emploi de la force, soit contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout Etat, soit de toute autre manière incompatible avec les buts des Nations Unies ».

§ 2. La distinction entre le droit international public et le droit international privé

Toutes les normes créées par le biais d'un mode de formation reconnu du droit international, comme le traité ou la coutume, sont internationales. Pour autant, elles ne régissent pas nécessairement toutes des relations internationales. Toutes les normes internationales ne régissent pas des relations entre membres de la société internationale, qui se déroulent dans la sphère internationale. Ainsi, les dispositions d'un traité conclu entre deux Etats pour régir par exemple la situation des couples composés d'un ressortissant de chacun de ces Etats et qui ont célébré leur mariage devant les autorités de l'un ou de l'autre, sont certainement des normes internationales. Ce sont des normes internationales en ce sens qu'elles sont contenues dans une convention internationale. Elles sont internationales par leur origine. En revanche, ces dispositions ne régissent pas des relations internationales, au sens de relations entre membres de la société internationale. Les deux individus mariés ne sont pas considérés ici comme des membres de la société internationale. Certes, les ressortissants de deux Etats différents nouent une relation entre eux, mais la relation n'est pas nouée entre les deux Etats. Par ailleurs, cette relation produit des effets juridiques dans la sphère interne, dans le droit interne de l'un et/ou de l'autre des Etats. Elle ne produit *a priori* pas de relations dans l'ordre juridique international. L'application des normes d'origine internationale se fait ici par et dans le droit interne.

Cet exemple permet de distinguer le droit international public d'une autre matière juridique qui fait l'objet d'un enseignement universitaire distinct : le droit international privé. Bien qu'elle soit dite internationale, cette branche du droit relève du droit interne. Il y a ainsi un droit international privé français distinct du droit international privé chinois ou éthiopien. Il n'existe au contraire qu'un droit international public dont les techniques sont universelles. De même, sont universelles les normes internationales coutumières ; elles sont opposables à tous les Etats. Les normes qui forment le droit international privé sont des normes internes propres à chaque Etat. Elles sont établies, dans un Etat donné, par la loi, la jurisprudence des juridictions internes de cet Etat ou plus rarement par la Constitution. Rien n'empêche pour autant qu'une convention internationale, conclue entre deux ou plusieurs Etats, puisse s'appliquer à une situation qui relève du droit international privé. Cela ne transforme pas ce droit en droit international public. En effet, les relations régies par le droit international privé sont des relations entre particuliers, qui peuvent être aussi bien des personnes physiques que des personnes morales. Le droit international privé ne régit pas les relations entre Etats. Par ailleurs, le droit international privé se distingue par le fait qu'il régit des situations dans lesquelles se retrouve un élément d'extranéité, qui peut être aussi bien la nationalité étrangère d'une des personnes en cause ou le fait qu'un acte juridique ait été créé sur le territoire d'un

Etat différent de celui où l'on veut qu'il produise des effets. Une situation typique régie par le droit international privé est celle dans laquelle deux personnes de nationalité différente se marient dans le pays de l'un des conjoints puis vivent dans le pays de l'autre. S'ils divorcent, se posera la question du droit applicable au divorce. Si la procédure se déroule devant les autorités – le juge en France, le maire dans d'autres pays – de l'Etat de leur résidence, il leur appartiendra de déterminer, conformément aux règles de droit international privé de cet Etat, quel droit est applicable, au fond, à ce divorce.

Le droit international public – que nous appellerons parfois droit international – est, les exemples précédents nous le montrent, une réalité intellectuelle. Il se distingue d'une autre discipline, le droit international privé, avec laquelle il peut facilement être confondu en raison de l'utilisation de l'adjectif « international » dans les deux termes. La distinction tient à une différence de nature et d'objet. Elle tient aussi au fait que le droit international public régit les relations entre les membres d'une société relativement aisée à identifier et dont l'existence est ancienne. En ce sens, le droit international correspond également à une réalité socio-historique très ancienne.

Section II – La réalité socio-historique du droit international : la société internationale

Sous-section I - L'existence de sociétés internationales régionales avant le 20^{ème} siècle

Si l'on considère que le droit international public régit les relations entre entités territoriales souveraines – les Etats dans la terminologie moderne –, il ne fait alors pas de doute que son existence est ancienne. Elle est attestée d'ailleurs par plusieurs documents, qu'un éminent historien de la discipline, feu Antonio Truyol y Serra¹, n'hésite pas à appeler des traités internationaux. L'un de ces documents est un accord rédigé en langue sumérienne et conclu vers 3010 avant J.-C. entre le souverain de la ville de Lagash et la ville d'Oumma dont il avait repoussé l'attaque. Cet accord entre ces deux villes de Mésopotamie, sur le territoire de l'actuel Irak, a été consigné sur une stèle découverte au début du 20^{ème} siècle. Il atteste de la reconnaissance par l'agresseur repoussé, la ville d'Oumma, de la nouvelle frontière avec le vainqueur, [la ville de Lagash](#). Cet accord – le plus ancien connu à ce jour – porte sur une question qui relève, par excellence, du droit international : la délimitation frontalière entre entités territoriales souveraines. Le traité le plus ancien parvenu à nous dans son intégralité vient de la même région. Il a été conclu vers le milieu du III^{ème} millénaire avant l'ère chrétienne entre le roi d'Ebla et un autre souverain, identifié comme le roi d'Assyrie. Cet accord est ce qu'on appelle communément de nos jours un traité d'amitié et de commerce. Il est intéressant de relever que cet accord fixe les sanctions applicables par chaque souverain aux délits commis sur son territoire par les sujets de l'autre. Cette époque qui va grossièrement du III^{ème} au I^{er} millénaire a vu cohabiter dans l'actuel Proche-Orient un ensemble de cinq grands royaumes énumérés par Truyol y Serra : Babylone, l'Egypte, le royaume hittite en Asie mineure sur le territoire de l'actuelle Turquie, le Mittani au nord-ouest de la Mésopotamie et l'Assyrie. Leurs relations tantôt pacifiques tantôt violentes ont été l'objet de nombreux accords. Le [plus connu](#) et le plus important d'entre eux est sans aucun doute le traité de Kaddesh. Conclu vers 1279 av. J.-C. entre le pharaon Ramsès II et le souverain hittite Khattousil II, cet accord est un traité de paix et d'alliance, relativement complet, entre les empires égyptien et hittite. Pacte de non-agression, il établit également une alliance défensive, une garantie mutuelle de succession au trône – par le mariage entre le pharaon et une fille du monarque hittite – et une assistance mutuelle contre les sujets rebelles.

¹ *Histoire du droit international public*, Paris, Economica, 1995, 188 p.

Ces exemples attestent de l'existence dès la plus haute antiquité d'entités territoriales souveraines qui entretenaient des relations denses entre elles qu'elles réglaient par la guerre, mais également par des accords conclus entre elles, formant ainsi une [société internationale dotée d'un droit international](#) à l'échelle d'une région du monde.

Le droit international contemporain, à vocation universelle, n'est d'ailleurs pas autre chose que l'héritier du droit d'une société internationale régionale, le droit qui a longtemps régi les relations entre les Etats européens à partir du milieu du 17^{ème} siècle. Il est communément admis que la Paix de Westphalie (1648) est l'acte officiel de naissance de ce *jus publicum europaeum* ou, principalement dans les pays germanophones, *jus gentium europaeum*. [La Paix de Westphalie donna naissance à une nouvelle Europe](#) en mettant fin à la Guerre de Trente Ans qui ravagea l'Empire germanique principalement pour des raisons religieuses internes au christianisme : le refus catholique de la Réforme protestante. La rivalité confessionnelle se doublait d'une rivalité politique entre la France et la Maison d'Autriche, mais également entre la France et l'Espagne. Elle est symbolisée par deux traités bilatéraux conclus les 14-24 octobre 1648 après avoir été négociés entre l'Empereur et la Suède et ses alliés et entre l'Empereur et la France et les siens. Le premier, le [Traité d'Osnabrück](#), a été conclu entre la Suède, d'une part, et l'empereur germanique et les princes d'Allemagne, d'autre part. Le [second](#), le [Traité de Münster](#), a été conclu entre, d'une part, la France, et, d'autre part, l'empereur et les princes d'Allemagne. Ces textes consacrent l'affaiblissement, outre du Pape, de l'Empire germanique contraint de reconnaître les 355 principautés et territoires allemands sur lesquels il ne conserve plus qu'une autorité nominale. Ces entités se voient reconnaître le droit de sceller des alliances avec des Etats étrangers à condition dès lors qu'elles ne sont pas dirigées contre l'Empire. Par cet aspect, la Paix de Westphalie revêt une portée constitutionnelle pour l'Empire, constitution de l'Empire à laquelle l'ensemble de l'Europe devient intéressé ce qui explique le qualificatif de Charte constitutionnelle de l'Europe. La nouvelle carte politique de l'Europe ne se limite pas à l'éclatement de l'Allemagne en une multitude d'entités territoriales souveraines placées sous l'autorité nominale de l'Empereur. La Confédération helvétique et les Pays-Bas, déjà indépendants de fait par rapport à l'Empire, voient également leur indépendance reconnue en droit. La France et la Suède sont les garantes de cette Paix de Westphalie qui consacrent ainsi la prédominance des Etats sur la Papauté. A cet affaiblissement politique de la Papauté, s'ajoute un affaiblissement religieux que symbolise tout d'abord la confession des souverains garants de la paix : l'un catholique et l'autre protestant. La Paix de Westphalie consacre en effet, sur le plan international, l'égalité religieuse entre les Catholiques et les Protestants, que ces derniers soient luthériens ou calvinistes. Cette égalité n'implique pas pour autant la liberté religieuse des sujets, limitée par le principe *cujus regio, ejus religio*. Les sujets doivent adhérer à la religion du prince ou émigrer. L'égalité confessionnelle entre Etats chrétiens est acceptée à la condition de l'uniformité religieuse à l'intérieur de chaque Etat.

Pour le droit international contemporain, la Paix de Westphalie est importante en ce qu'elle sera suivie en Europe de nombreux traités qui en prennent directement la suite ou qui s'y réfèrent et qui formeront l'ossature du droit des gens européen. Au principe politique d'équilibre des puissances, désormais débarrassées de la tutelle impériale et de celle du Pape, s'ajoutent notamment la souveraineté et l'égalité comme principes juridiques fondamentaux des relations internationales entre Etats chrétiens en Europe ; ce qui n'exclut pas les relations avec les Etats hors d'Europe, y compris à travers la conclusion de [traités entre Etats européens et non-Européens](#). A travers l'égalité souveraine des Etats, même si son champ d'application est encore limitée, la Paix de Westphalie consacre l'un des fondements conceptuels et juridiques du droit international contemporain. C'est également à cette période que l'habitude a été prise de désigner ce qui deviendra le droit international par le vocable droit des gens ou

jus gentium. Il n'est pas étonnant de trouver une expression latine à cette époque marquée par la redécouverte de l'Antiquité gréco-romaine par l'Europe chrétienne. Cette notion de *jus gentium* est effectivement née dans l'Antiquité, à l'époque où Rome étendait sa domination à l'ensemble du pourtour méditerranéen. L'afflux de nombreux étrangers à Rome, la capitale de l'Empire, ainsi que la multiplication des contacts avec de nombreux autres peuples obligea les juristes romains à réfléchir à un nouveau [corpus juris différent du jus civile](#) qui s'appliquait exclusivement aux citoyens romains. En pratique, le droit des gens est ainsi conçu pour régir les relations entre les Romains et les non-Romains, c'est-à-dire des relations entre particuliers. Ce n'est pas à proprement parler un droit international au sens de droit qui régit les relations entre entités territoriales souveraines. Au point de vue conceptuel, le droit des gens est le droit que la raison universelle, immuable, éternelle et conforme à la nature entre tous les hommes et qui doit être observé par tous. Ce *jus gentium* est d'ailleurs très proche du *jus naturale* constitué de l'ensemble des règles dictées par la nature qui s'appliquent à tous les êtres vivants. Mais ils peuvent diverger. Ainsi, considérant que tous les hommes naissent libres, le droit naturel n'admet pas l'institution de l'esclavage, bien présente dans le droit des gens. La proximité de ces deux notions du droit romain², remises au goût du jour par les auteurs européens inspirés par la Renaissance comme [Grotius \(1583-1645\)](#), explique l'assimilation, par certains, du droit international au droit naturel.

Sous-section II – La complexité de la société internationale contemporaine

§ 1. Aspects institutionnels et juridiques

A. L'institutionnalisation progressive et relative autour d'une organisation de sécurité collective à vocation universelle

Au contraire des sociétés internationales antérieures au 20^{ème} siècle qui, elles, étaient régionales, la société internationale contemporaine est universelle. Elle est composée de l'ensemble des Etats de la planète et non pas uniquement de certains d'entre eux issus de la même région. On considère en ce sens que la société internationale contemporaine est close. Le droit international, qui régit cette société, est donc lui-même à vocation universelle.

Le mouvement d'universalisation de la société internationale et du droit international est déjà très nettement perceptible au lendemain de la première guerre mondiale. Il se manifeste à travers la création d'une [organisation internationale de sécurité collective](#), dédiée à la défense d'une paix fondée sur le droit : la [Société des Nations \(S.d.N\)](#). Elle est la première organisation internationale de nature politique à vocation universelle. Sa création est d'ailleurs étroitement liée au [règlement de la paix](#). [Le Pacte de la Société des Nations](#), le texte fondateur de l'organisation, composé de 26 articles précédés d'un bref préambule, ouvre le [Traité de Paix de Versailles du 28 juin 1919](#) conclu entre les Alliés et l'Allemagne ainsi que les autres traités, de Saint-Germain-en-Laye, de Neuilly et de Trianon, conclus entre les Alliés, d'une part, et l'Autriche, la Bulgarie et la Hongrie respectivement, d'autre part. Créée « pour développer la coopération entre les nations et pour leur garantir la paix et la sûreté » selon les termes du préambule de son texte fondateur, la S.d.N. est ouverte, aux termes du second alinéa de l'article 1^{er} du Pacte, à « tout Etat, colonie ou dominion qui se gouverne librement » dès lors qu'il « donne des garanties effectives de son intention sincère d'observer ses engagements internationaux et qu'il accepte le règlement établi par la Société en ce qui concerne ses forces et ses armements militaires ». Bien que conditionnelle, l'adhésion est

² *Lexique de droit romain* de Jean-Philippe Dunand et Pascal Pichonnaz, Bruylant, Schulthess, 2006.

ouverte à tous les Etats – ce qui exclut les pays colonisés qui ne se sont pas encore émancipés de la domination étrangère –, y compris les vaincus de la guerre. Sur les 42 membres originaires de la S.d.N., qui compta jusqu'à 57 membres, 26 étaient non-Européens. Ainsi, ont notamment fait partie de la S.d.N. la Chine, le Royaume de Siam, le Japon, le Libéria et l'Éthiopie. La S.d.N. fût un échec. Elle ne réussit pas à mettre effectivement la guerre hors-la-loi malgré la [tentative](#) du [Pacte Briand-Kellog](#) conclu le 27 août 1928 par tous les Etats membres de la S.d.N., y compris l'Allemagne, l'U.R.S.S. et le Japon. Quelle qu'ait été la fortune de la S.d.N. et son incapacité à empêcher la seconde guerre mondiale, son existence témoigne néanmoins de l'amorce d'un mouvement double au sein d'une société internationale encore fortement marquée par le colonialisme : une relative universalisation, d'une part, et un certain degré d'institutionnalisation, d'autre part. Ce mouvement connaîtra une accélération à la fin de la seconde guerre mondiale avec la création de l'Organisation des Nations Unies (ONU) et la décolonisation.

Alors que la seconde guerre mondiale n'avait pas encore pris fin dans le Pacifique, 50 Etats ont assisté à la [Conférence de San Francisco](#) et signé le 26 juin 1945 la [Charte des Nations Unies](#). Cette convention internationale, entrée en vigueur le 24 octobre, est le texte fondateur de l'[Organisation des Nations Unies](#) qui occupe aujourd'hui une place de choix au sein de la société internationale. Les idées sur lesquelles s'appuie l'ONU sont fondamentalement les mêmes que celles qui ont présidé à la création de la S.d.N.. L'ONU est une organisation de sécurité collective qui repose sur l'idée que le droit est au service de la paix. La Charte des Nations Unies présente cependant un avantage certain sur ce point par rapport au Pacte de la S.d.N.. Le paragraphe 4 de son article 2 met « hors-la-loi » la guerre en interdisant la menace ou l'emploi de la force entre les membres de l'ONU. Parallèlement, son Chapitre VII, consacré à l'« action en cas de menace contre la paix, de rupture de la paix et d'acte d'agression » permet de rendre effectif le caractère collectif de la sécurité. Ce Chapitre VII accorde ainsi au Conseil de sécurité la compétence de prendre des mesures de divers ordres, y compris des actions militaires coercitives, pour maintenir ou rétablir la paix internationale.

Parallèlement à ces dispositions normatives qui font sa force, l'ONU a vu le nombre de ses [Etats membres augmenter progressivement](#), ce qui témoigne de la vitalité depuis plus de 50 ans du versant international du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes consacré par l'article 1^{er} § 2 de la Charte. Aux 51 membres fondateurs se sont ajoutés de nombreux Etats pour atteindre aujourd'hui le nombre de 192 membres. La décolonisation a fourni le gros du contingent des nouveaux membres à partir des années 1950. Ainsi, en 1955, ce ne sont pas moins de 17 nouveaux Etats africains issus de la décolonisation qui adhèrent à l'ONU. Le mouvement se poursuit jusqu'au début des années 1980 grâce à l'extension de la décolonisation tandis que, depuis le début des années 1990, les nouveaux adhérents sont essentiellement les Etats issus de l'éclatement de l'U.R.S.S. et de l'ex-Yougoslavie, le dernier d'entre eux, pour l'instant, à rejoindre l'ONU étant la Macédoine en 2006. Avec ses 192 membres, l'ONU est l'organisation internationale universelle par excellence à tel point qu'elle se confond parfois avec la société internationale et qu'il n'est pas rare de confondre le droit de la Charte des Nations Unies avec le droit international.

B. Une société internationale de coopération entre les Etats construite sur deux piliers apparemment antagonistes

Organisation de sécurité collective, l'ONU est le cœur et le centre névralgique institutionnel de la société internationale. A ce titre, ses fondements sont également ceux de la

société internationale contemporaine, telle qu'elle existe depuis la fin de la seconde guerre mondiale. L'ONU est davantage qu'une organisation de sécurité collective, ne serait-ce que par ses fondements axiologiques. Elle a été effectivement créée à la fin de la seconde guerre mondiale pour « préserver les générations futures du fléau de la guerre » selon les termes du préambule de la Charte, notamment en prenant « des mesures collectives efficaces » selon l'article 1^{er} de la Charte. Ses buts, selon la même disposition, sont d'harmoniser les efforts des différentes nations pour réaliser le maintien de la paix et de la sécurité internationales et la coopération internationale et développer des relations amicales entre les nations. En consacrant la coopération internationale comme but en même temps que le recours à la force dans les relations internationales, l'ONU fait évoluer la société internationale, ainsi que son droit, d'une situation de coexistence entre les Etats, à l'époque où la guerre n'était pas interdite, à une nouvelle ère de coopération. Il est habituel à cet égard de parler du passage d'un droit international de coexistence entre les Etats à un droit de coopération en même temps que la superposition d'une société et d'un droit institutionnels à une société et un droit relationnels. On parle d'ailleurs aujourd'hui de communauté internationale. Cette expression est absente de la Charte. Il n'en reste pas moins qu'elle appartient aujourd'hui au droit positif. Ainsi l'article 53 de la [Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités](#), qui est une importante convention de codification du droit international, désigne la « communauté internationale des Etats dans son ensemble » comme l'auteur des normes impératives du droit international général. Que le droit positif consacre l'expression n'entraîne pas *ipso facto* l'existence de la communauté internationale en tant qu'entité que l'on pourrait distinguer des Etats et organisations internationales qui en sont les composantes. A cet égard, l'utilisation abusive dans le langage courant de l'expression « communauté internationale » qui renvoie nettement plus souvent aux grandes puissances qu'à la communauté des Etats dans son ensemble. Pour autant, l'ambivalence de cette expression n'exclut pas l'existence d'une certaine coopération dans les faits.

La coopération entre les Etats s'organise en vue de la réalisation des buts énoncés par la Charte. La délibération en est un aspect important et l'Assemblée générale des Nations Unies en est le lieu effectif et symbolique. C'est d'abord un lieu de discussion où chaque Etat membre est représenté et dispose d'une voix, quel que soit son poids politique. Elle est également un lieu de négociation. L'Assemblée générale occupe une place de choix dans la société internationale, mais elle n'est pas le seul lieu de délibération entre Etats. Les organes pléniers d'autres organisations le sont aussi, comme le Conseil général de l'[Organisation Mondiale du Commerce](#) ou encore la Conférence ministérielle qui se réunit tous les deux ans. D'autres forums internationaux servent de lieux de délibération. Il peut même s'agir d'enceintes créées par des organisations non-gouvernementales comme le célèbre Forum annuel de Davos (Suisse), en matière économique, organisé par le [World Economic Forum](#) qui est une fondation de droit suisse.

La coopération internationale entre les Etats possède des buts, elle dispose de moyens, elle est également dotée de fondements. L'un des fondements axiologiques les plus importants et les plus originaux pour un texte qui date de 1944 est cette foi proclamée dans le préambule de la Charte dans les droits fondamentaux de l'homme, dans la dignité et la valeur de la personne humaine et dans l'égalité de droits des hommes et des femmes. Evidemment, la référence aux droits de l'homme comme fondement axiologique de l'action de l'ONU n'est pas due au hasard. Elle s'explique par le constat des « indicibles souffrances » causées par les deux guerres mondiales qui ont eu lieu « en l'espace d'une vie humaine » comme le formule le préambule. Elle donne des fins humaines au droit international. Mais la référence aux droits de l'homme est davantage que cela. Elle réalise une sorte de révolution conceptuelle en donnant au droit international, qui jusque là était essentiellement le droit des relations entre Etats, les droits de l'homme comme fondement. Le droit international connaît donc une

véritable mutation. Il ne peut plus être perçu comme étant uniquement le droit de la société interétatique. Il est désormais le droit de la société humaine universelle, selon l'analyse de Michel Virally³.

Parallèlement à cela, l'égalité souveraine des Etats reste le pilier de la société internationale et de son droit. Ces deux piliers de la société internationale contemporaine sont en apparence antagonistes. Ils le sont lorsque la souveraineté – élément essentiel et certainement dans une société internationale dont les Etats restent les membres « naturels » - est opposée par certains à l'effectivité de la protection des droits de l'homme et qu'elle est interprétée, dans des cas extrêmes, comme un permis de tuer, un « license to kill » selon l'expression anglaise. Pour autant, les droits de l'homme et la souveraineté ne peuvent être vus comme étant nécessairement antagonistes, mais l'antagonisme entre les deux en pratique est toujours prêt à se déclarer.

C. La multiplication des organisations internationales

1. La diversité des organisations internationales

Placée au cœur de la société internationale contemporaine en sa qualité d'organisation de sécurité collective, l'ONU n'est pas la seule organisation internationale.

Tout d'abord, il existe une famille ou un système de l'ONU composée d'une série d'agences et d'organisations internationales. Ainsi, le [Haut-Commissaire des Nations Unies pour les droits de l'homme \(HCDH\)](#) placé à la tête du Haut-Commissariat pour les droits de l'homme, pour ne prendre qu'un exemple, est un organe créé par [la résolution de l'Assemblée générale 48/141 du 20 décembre 1993 \(A/RES/48/141\)](#). Sa mission est de coordonner l'action des Nations Unies en matière des droits de l'homme. Le Haut-Commissariat est un organe des Nations Unies qui ne possède pas de personnalité juridique distincte de l'ONU. Un autre exemple, [l'Agence Internationale de l'Energie Atomique \(A.I.E.A.\)](#) est une organisation internationale créée pour lutter contre la prolifération nucléaire militaire. Elle est étroitement liée aux Nations Unies. Ainsi, l'A.I.E.A. a été créée à l'issue d'une Conférence qui s'est tenue au siège des Nations Unies. Pour autant, la qualité de Membre de l'ONU n'entraîne pas automatiquement la qualité de Membre de l'A.I.E.A.. Lorsqu'un Etat veut faire partie de l'A.I.E.A., il lui suffit de ratifier à son Statut. Ce [Statut](#), c'est-à-dire la convention internationale du 23 octobre 1956 qui en est le texte fondateur, prévoit l'existence d'organes propres de l'A.I.E.A. distincts de ceux de l'ONU. Dans le même temps, il prévoit que l'Agence adresse des rapports annuels aux organes de l'ONU, l'Assemblée générale et au Conseil de sécurité en particulier. C'est en ce sens que l'A.I.E.A., tout en étant une organisation internationale distincte de l'ONU, n'en fait pas moins partie du système ou de la famille de l'ONU.

D'autres institutions et organisations internationales existent, en dehors du système de l'ONU proprement dit. Ainsi, l'[Organisation Mondiale du Commerce](#) a été créée en 1994 pour servir de cadre institutionnel commun pour la conduite des relations commerciales entre ses Membres et l'[Accord l'instituant](#) lui octroie la personnalité juridique. Du point de vue matériel, cette organisation internationale est spécialisée dans les relations commerciales. Sa vocation est universelle au point de vue géographique. L'[Union africaine](#), quant à elle, offre l'exemple d'une organisation internationale régionale ou continentale qui se veut également une organisation de sécurité collective doté d'un domaine de compétences large. C'est une

³ Sur ce point, voir [Olivier de Frouville, « Autour d'une conception démocratique du droit international », Conférence du 12 mars 2005, Séminaire de l'Ecole doctorale de droit international et européen, Université Paris I.](#)

sorte d'ONU régionale. Créée en 2002, elle succède à l'Organisation de l'Unité Africaine (O.U.A.) établie en 1963.

La multiplication des organisations internationales, qu'elles soient à vocation régionale ou universelle, à vocation générale ou spécialisées, témoigne bien de l'institutionnalisation croissante de la société internationale. Elle montre également que, malgré les apparences, et une intégration régionale croissante dont le meilleur exemple est offert par [l'Union européenne](#), la société internationale reste largement décentralisée. Enfin, ce mouvement soulève de nombreuses questions, loin d'être toutes résolues, sur la coordination de l'action des différentes organisations qui peuvent se superposer, voire se contredire. Il s'accompagne d'une multiplication des juridictions et des quasi-juridictions internationales qui soulève des craintes de morcellement du droit international.

2. L'apport normatif : le développement du champ matériel et de la codification du droit international

Le champ matériel du droit international n'a cessé de se développer au cours du 20^{ème} siècle. Rares sont aujourd'hui les domaines dans lesquels n'existent pas une convention internationale, bilatérale ou multilatérale. Cette extension touche également le droit international coutumier. Un corpus juridique international existe évidemment en matière de relations entre Etats, dans le domaine des conflits armés, internationaux ou internes, en matière pénale, ou encore en matière sanitaire. Il couvre également le commerce, les transferts de technologie, le travail ou encore les droits de l'homme et l'environnement ; et la liste des matières couvertes est loin d'être complète. Le principal moteur de ce phénomène d'extension est la diplomatie normative qui s'est accrue en même temps que s'institutionnalisait la société internationale et que se multipliaient les organisations internationales.

On retient le plus souvent comme point de départ de ce phénomène [les conférences de La Haye de 1899 et 1907](#). La première date correspond à la tenue de la première Conférence internationale de la Paix, à l'initiative du Tsar Nicolas II. Elle a abouti à l'adoption de trois conventions portant l'une sur le règlement pacifique des conflits internationaux, l'autre sur les lois de la guerre sur terre et la troisième sur la guerre sur mer. La conférence de 1907 a permis l'adaptation de ces textes et l'adoption de dix nouvelles conventions. Ces premières conférences internationales de la Paix marquent le début du mouvement de codification du droit international. Il s'agit bien évidemment de la codification du droit international coutumier, non écrit, dans laquelle [la Commission du droit international de l'ONU](#), un organe subsidiaire de l'Assemblée générale des Nations Unies, joue un rôle prépondérant. La fonction première des conventions de codification, qui sont des traités multilatéraux, est de mettre par écrit, de formuler des normes coutumières préexistantes en les incorporant dans leur texte. Il s'agit là de codification proprement dite. Ces conventions ont une autre fonction, dite de développement progressif du droit international. Elles contiennent des dispositions dont les auteurs espèrent qu'elles donneront naissance ultérieurement à de nouvelles normes coutumières. Ces traités multilatéraux occupent une place importante en droit international car ils deviennent une référence avant même leur entrée en vigueur. Cette diplomatie normative se pratique aujourd'hui largement au sein des organisations internationales. L'ONU est l'enceinte par excellence de la diplomatie normative. C'est par exemple à l'issue de la [Conférence diplomatique de plénipotentiaires des Nations Unies pour la création d'une Cour criminelle internationale](#) qu'a été adopté, en juillet 1998, le Statut de Rome. Cette convention internationale est le texte fondateur de la Cour pénale internationale. A l'heure actuelle, la création des actes juridiques comme les conventions internationales restent formellement aux mains des Etats, mais on note une participation croissante des organisations non-gouvernementales (O.N.G.) dans la négociation des textes et une certaine influence sur leur

contenu. Certains chercheurs qualifient ce phénomène de [diplomatie de catalyse](#). L'influence, parfois décisive, d'individus et d'organismes privés dans le développement du droit international conventionnel n'est pourtant pas nouvelle. [Henry Dunant a ainsi joué un rôle décisif dans l'adoption de la Convention pour l'amélioration du sort des militaires blessés en campagne du 22 août 1864](#), à la base du [droit international humanitaire](#). Plus près de nous, la [Conférence des Etats parties](#) à la [Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques](#) de 1992 aura lieu à Copenhague en décembre 2009. Cette conférence est d'une importance capitale pour l'adoption d'un nouvel accord destiné à remplacer le [Protocole de Kyoto](#), additionnel à la Convention-cadre, qui arrive à expiration en 2012.

La diplomatie normative au sein des organisations internationales s'exerce également à travers l'adoption de nombreux textes, des résolutions – la plupart non contraignantes – qui peuvent participer à l'émergence de nouvelles normes coutumières et servent parfois de préfiguration à de nouvelles conventions. Par exemple, l'Assemblée générale des Nations Unies a adopté le 24 octobre 1970, en pleine guerre froide, la résolution 2625 (XXV) qui a pour intitulé Déclaration sur les principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre Etats conformément à la Charte des Nations Unies. De même, la [Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948](#) est une résolution de l'Assemblée Générale des Nations Unies dont le contenu est considéré aujourd'hui comme posant les principes fondamentaux du droit international coutumier en matière de droits de l'homme. L'existence de la diplomatie normative est caractéristique d'une société plus institutionnalisée. Elle ne doit pas faire perdre de vue que les modes de création du droit international restent fondamentalement les mêmes.

D. La multiplication des juridictions et quasi-juridictions internationales

1. La diversité des juridictions et quasi-juridictions internationales

L'exemple le plus évident de juridiction internationale est offert par la [Cour internationale de Justice \(C.I.J.\)](#). La C.I.J. est, en vertu de l'[article 92 de la Charte des Nations Unies](#) qui lui consacre son Chapitre XIV, l'organe judiciaire principal des Nations Unies. Son [Statut](#) est d'ailleurs annexé à la Charte dont il fait partie intégrante. Pour autant, il ne suffit pas qu'un Etat soit membre de l'ONU pour que la C.I.J. soit compétente pour connaître d'un différend juridique auquel il est partie. La compétence de cette juridiction, ouverte exclusivement aux Etats, dépend de son acceptation par les Etats indépendamment de leur adhésion à l'ONU. La C.I.J. est un exemple de juridiction qui est à la fois un organe d'une organisation internationale, dont l'existence est prévue et le fonctionnement régi par le texte fondateur de l'organisation internationale en question. C'est également le cas de l'[Organe de Règlement des Différends de l'O.M.C.](#), qui est une quasi-juridiction.

Dans d'autres situations, la juridiction est un organe de l'organisation internationale dont la création n'est pas prévue par le texte fondateur, mais est intervenue ultérieurement. C'est ainsi que le [Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie \(T.P.I.Y.\)](#) a été créé par [la résolution du Conseil de sécurité 827 du 25 mai 1993](#) (S/RES/827 (1993)) pour donner une réponse judiciaire aux exactions et aux nombreuses violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie après 1991, dans le contexte du démembrement de cet ancien Etat fédéral communiste. Le T.P.I.Y. est donc un [organe subsidiaire du Conseil de sécurité des Nations Unies](#), tout comme l'est le [Tribunal Pénal International pour le Rwanda \(T.P.I.R.\)](#), créé par [la résolution 955 du Conseil de sécurité du 8 novembre 1994](#) (S/RES/955 (1994)) en réaction au génocide rwandais.

Tous trois organes des Nations Unies, la C.I.J. et les T.P.I. *ad hoc* se distinguent néanmoins du point de vue de la compétence. Tout d'abord, la C.I.J. est un organe permanent

alors que les T.P.I. créés dans les années 1990 doivent cesser d'exister à l'horizon 2013, une fois leur mission remplie⁴. En effet, la compétence des T.P.I. est différente de celle de la C.I.J.. Celle-ci est compétente pour régler conformément au droit international les différends juridiques entre Etats qui acceptent sa compétence. La mission des T.P.I. est de juger les individus suspectés d'avoir commis des violations graves du droit international humanitaire ; elle est de statuer sur la responsabilité pénale de ces personnes en vertu du droit international. Cette compétence s'étend aux crimes perpétrés sur le territoire de l'ex-Yougoslavie et postérieurement à 1991 pour le T.P.I.Y.. Quant au T.P.I.R., il est compétent pour juger les individus soupçonnés d'être les auteurs de telles violations commises sur le territoire du Rwanda et les citoyens rwandais soupçonnés d'avoir gravement violé le droit international humanitaire sur le territoire d'un Etat voisin du Rwanda. Dans les deux cas, la compétence *ratione temporis* du T.P.I.R. est strictement délimitée, elle couvre uniquement les actes intervenus entre le 1^{er} janvier et le 31 décembre 1994. [La Cour Pénale Internationale \(C.P.I.\)](#) est également une juridiction chargée de statuer sur la responsabilité pénale d'individus soupçonnés d'avoir commis certains crimes – le génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre – définis par son Statut et considérés comme les plus graves en droit international. A la différence des T.P.I. *ad hoc*, la C.P.I. est une juridiction permanente. Elle n'est pas un organe de l'ONU, même si elle entretient des liens avec l'organisation de sécurité collective. Son texte fondateur est en effet un traité, adopté à Rome le 17 juillet 1998 – d'où son appellation commune de [Statut de Rome](#) – à l'issue de la [Conférence diplomatique de plénipotentiaires des Nations Unies pour la création d'une Cour criminelle internationale](#). La C.P.I. est même dotée de la personnalité juridique internationale, ce qui fait d'elle une organisation internationale à part entière, à la fois distincte des Etats parties à son Statut et des autres organisations internationales.

D'autres juridictions et quasi-juridictions ont pour texte fondateur une convention internationale, adoptée dans le cadre d'une organisation internationale régionale. C'est particulièrement le cas en matière de droits de l'homme. Elles ne sont pas dotées elles-mêmes de la personnalité juridique et ne constituent pas une organisation internationale à part entière. Elles appartiennent au contraire à l'organisation internationale dans le cadre duquel elles ont été créées. [La Cour européenne des droits de l'homme](#) est historiquement la première d'entre elles. Elle a été créée par les Etats membres du [Conseil de l'Europe](#) pour statuer sur les allégations, portées par des individus, voire par des Etats parties, de violation de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950, plus connue sous l'appellation de [Convention européenne des droits de l'homme](#). De même, [la Commission interaméricaine des droits de l'homme](#) et [la Cour interaméricaine des droits de l'homme](#) sont respectivement une quasi-juridiction et une juridiction et elles sont toutes deux chargées de statuer sur les allégations de violation de [la Convention américaine des droits de l'homme du 22 novembre 1969](#). Cette Convention a été adoptée dans le cadre de [l'Organisation des Etats Américains](#) (O.E.A.). Si la Cour est une institution de l'O.E.A., [tous les Etats membres de l'Organisation ne sont pas parties à la Convention américaine des droits de l'homme](#). En Afrique, il existe une [Commission africaine des droits de l'homme et des peuples](#) compétente pour statuer sur des allégations de violation de la [Charte africaine des droits de l'homme et des peuples](#)⁵ qui pose les principes de base relatifs au [fonctionnement de la Commission](#). Cette Convention régionale a été adoptée dans le cadre de l'Organisation de l'Unité Africaine (O.U.A.) – devenue Union Africaine (U.A.) en juin 1981, à Nairobi au Kenya, et est entrée en vigueur le 21 octobre 1986. Un [Protocole facultatif à la Charte africaine portant création d'une Cour africaine des droits de l'homme et des peuples](#) a été adopté le 10 juin 1998. Entré en vigueur le 25 janvier

⁴ Voir [la stratégie d'achèvement des travaux du T.P.I.Y.](#) et [celle du T.P.I.R.](#)

⁵ [Tous les Etats de l'Union Africaine sont parties à la Charte africaine.](#)

2004, ce protocole a été remplacé par le [Protocole facultatif portant Statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme adopté le 1^{er} juillet 2008](#) et entré en vigueur le 11 février 2009⁶. Ce Protocole opère la fusion de la Cour africaine de justice et de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples qui ne font désormais plus qu'une seule et même juridiction qui est l'organe judiciaire principal de l'Union.

Ces organes juridictionnels ou quasi-juridictionnels de promotion et de protection des droits de l'homme ne sont pas propres aux organisations régionales. L'ONU les connaît également. Ainsi, pour ne prendre qu'un seul exemple, le Comité des droits de l'homme est un organe quasi-juridictionnel dont la création est prévue et le mandat défini par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966. C'est de ce fait, dans la terminologie onusienne, un organe conventionnel.

Ces organes conventionnels, intégrés au sein d'une organisation internationale, régionale le plus souvent, sont tout à fait différents des juridictions pénales internationales évoquées plus haut. Ces dernières, nous l'avons vu, statue sur la responsabilité pénale d'individus soupçonnés d'avoir commis certains actes considérés comme des crimes en vertu du droit international et donc d'avoir violé le droit international. Les organes conventionnels de protection des droits de l'homme ne se prononcent pas sur la conformité au droit international de la conduite d'individus. Ils se prononcent sur la conformité au droit international, plus particulièrement au traité de protection des droits de l'homme dont ils assument la protection, de la conduite des Etats parties à ce traité. Devant eux, c'est la responsabilité internationale de l'Etat qui en est jeu.

2. Une menace potentielle pour l'unité du droit international

Tous ces exemples sont loin de constituer une liste exhaustive des (quasi-)juridictions internationales. Si on les replace dans leur contexte, celui d'une société internationale décentralisée, on comprend mieux la crainte de nombreux auteurs de [doctrine](#) de voir le droit international public perdre son unité. Il n'existe pas en effet de juridiction internationale chargée d'assurer la cohérence et l'unité de l'interprétation et de l'application du droit international par l'ensemble de ces (quasi-)juridictions. Autrement dit, [il n'existe pas de cour internationale suprême dans l'ordre juridique international](#). Deux facteurs au moins permettent cependant de minimiser le risque de morcellement du droit international. Tout d'abord, la Cour internationale de Justice est l'ultime référence. Indépendamment de toute disposition juridique prise à cet effet, elle dispose, en tant qu'organe judiciaire principal, d'une autorité morale certaine ; ce qui permet de dire sans grand risque de se tromper que sa jurisprudence est une sorte d'étalon du droit international public, ce qui n'empêche pas automatiquement l'existence de quelques divergences de jurisprudence entre (quasi-)juridictions internationales. Malgré tout, la tendance actuelle reste à la multiplication des interactions entre elles plus qu'à la multiplication des divergences. C'est particulièrement vrai, et c'est là le deuxième facteur, en ce qui concerne l'ossature du droit international. En matière de modes de formation du droit international, la multiplication des (quasi-)juridictions n'empêche pas l'unité. L'unité formelle du droit international, pour reprendre une expression du professeur Pierre-Marie Dupuy, semble avoir encore de beaux jours devant elle.

3. La marque d'une juridictionnalisation potentiellement bénéfique pour le droit international

⁶ [Au 10 juillet 2009, il avait été ratifié par 16 Etats membres de l'Union Africaine.](#)

Enfin, la multiplication des (quasi-)juridictions est un mouvement de juridictionnalisation croissante du droit international. Cette juridictionnalisation permet d'atténuer les effets de certaines caractéristiques du droit international. Elle relativise la nature politique de ce droit, qui est loin de lui être propre tant elle est partagée par de nombreuses branches du droit interne. Elle atténue également les effets de deux caractéristiques du droit international qui le distinguent des droits internes. Elles se situent aux deux extrémités du processus juridique ; elles ont trait à la détermination du contenu du droit international et aux effets de sa violation. S'agissant de la première, il convient de relever que se pose en droit international la question de la preuve de la norme juridique avec une acuité qu'elle n'a pas en droit interne. L'existence d'une norme juridique est facile à établir en droit interne. Il suffit dans la plupart des cas de se référer à la législation en vigueur, dont le processus de formation est centralisé, et à la manière dont l'applique et l'interprète les tribunaux, dont la jurisprudence est unifiée par une juridiction suprême. L'absence de processus centralisé et unifié de formation des normes juridiques, coutumières en particulier, rend la preuve de leur existence plus difficile en droit international. Dans une société internationale dépourvue de jurislature centralisé et composée d'Etats souverains égaux auteurs principaux et destinataires premiers des normes internationales, la juridictionnalisation multiplie les occasions de déterminer objectivement la légalité, c'est-à-dire l'état du droit international positif.

A l'autre extrémité du spectre juridique, chaque Etat est juge pour lui-même de son respect du droit international. Le constat de l'illicite, de la violation du droit international par un Etat, est subjectif. Il est laissé à l'appréciation des Etats, qu'il s'agisse de celui qui se plaint d'une violation du droit à son égard ou de celui qui est désigné par ce dernier comme l'auteur de la violation. La juridictionnalisation a pour conséquence de multiplier les occasions de faire constater l'illicite par un tiers impartial et indépendant des parties, qui détermine également les effets de la violation constatée.

La juridictionnalisation croissante du droit international n'entraîne aucune atténuation de la nécessité du consentement de l'Etat à la juridiction. Pour qu'une (quasi-)juridiction soit compétente pour connaître d'un différend, il faut que le ou les Etats parties y aient consenti. Ce principe influe d'ailleurs sur l'apport de la juridictionnalisation au droit international. Cet apport n'est pas le même selon qu'il s'agit de la détermination objective de la légalité, d'une part, ou du constat de la violation puis de la détermination de ses effets, d'autre part. Le principe du consentement étatique à la compétence juridictionnelle à son égard ne freine pas l'effet de la juridictionnalisation sur la preuve de l'existence des normes internationales. Lorsqu'une juridiction internationale constate l'existence d'une norme, il devient difficile de contester cette existence. Le doute n'est *a priori* plus de mise sur cette norme, coutumière le plus souvent. La preuve de l'existence d'une norme est apportée pour tous et tous peuvent se prévaloir de cette preuve peu importe qu'ils aient été parties ou non au différend au cours duquel elle a été apportée. La juridictionnalisation augmente sensiblement le nombre des normes internationales dont la preuve de l'existence est objectivement établie. La donne est quelque peu différente en ce qui concerne le constat de l'illicite et la détermination de ses effets. Ce constat et cette détermination, bien qu'établies objectivement, restent intersubjectifs, ne concernent que les sujets de droit parties à l'instance. L'apport de la juridictionnalisation est ici plus limité. Il est de montrer que le droit international peut être potentiellement mis en œuvre et appliqué dans toutes ses facettes. Dans tous les cas, la juridictionnalisation est importante en ce qu'elle permet de montrer que le droit international est susceptible d'application dans une société internationale décentralisée marquée par l'inégalité des puissances étatiques.

§ 2. Aspects institutionnels et de puissance

L'égalité souveraine des Etats est un principe essentiel du droit international contemporain. Les Etats, membres par excellence de la société internationale, sont donc égaux en droit, indépendamment de quelque critère que ce soit, qu'il s'agisse de la puissance politique et économique, de la capacité militaire, de l'étendue du territoire ou encore de la taille de la population. L'existence de ce principe ne peut être mise en doute. Elle ne signifie pas que la puissance, économique, politique ou militaire, importe peu dans les relations internationales. Bien au contraire, la puissance est une donnée fondamentale des relations internationales. L'architecture de l'ONU prend d'ailleurs en compte ce facteur.

L'Assemblée générale et le Conseil de sécurité n'ont pas la même composition ni les mêmes pouvoirs. La première, qui est l'organe plénier des Nations Unies, est composée de l'ensemble des Etats membres de l'Organisation qui y dispose chacun d'une voix. Mais les actes de cet organe délibératif, ses résolutions, n'ont pas force obligatoire. Si l'on reprend la *summa divisio* classique de la doctrine qui distingue deux types d'actes, les recommandations, dotées d'une valeur indicative, et les décisions, dotées d'une force contraignante, les résolutions de l'Assemblée générale doivent être classées dans la première catégorie. Les résolutions du Conseil de sécurité sont, elles, à classer dans la seconde catégorie. L'article 25 de la Charte dispose en effet que « les membres de l'Organisation conviennent d'accepter et d'appliquer les décisions du Conseil de sécurité conformément à la présente Charte ». Ses résolutions ne sont donc pas indicatives, elles s'imposent à tous les Etats membres. C'est particulièrement le cas des décisions adoptées au titre du Chapitre VIII de la Charte consacré à l'« action en cas de menace contre la paix, de rupture de la paix et d'acte d'agression », notamment les sanctions qu'il peut prendre à l'égard d'un Etat ou d'une autre entité pour maintenir ou rétablir la paix internationale. La composition du Conseil de sécurité présente la particularité d'être restreinte à 15 membres seulement et de distinguer les membres permanents, au nombre de 5 et dotés d'un droit de veto, des membres non-permanents. Le droit de veto permet à n'importe quel membre permanent d'empêcher l'adoption d'une résolution du Conseil alors même qu'une majorité des membres y serait favorable. L'existence de membres permanents dotés d'un tel pouvoir n'est que la prise en compte de la puissance par la Charte des Nations Unies. Sont membres permanents des Etats – les Etats-Unis d'Amérique, l'U.R.S.S. (puis la Russie), la Chine, le Royaume-Uni et la France – puissants sur les plans politique, économique, militaire, voire démographique. Ils présentent d'ailleurs tous la particularité d'être dotés de l'arme nucléaire. L'idée de membres permanents plus importants que les autres n'est pas illégitime. Dans une société décentralisée sortie de deux guerres mondiales désastreuses, il fallait que le noyau du Conseil de sécurité – doté d'un pouvoir de contrainte – soit composé d'Etats puissants et qu'il reflète l'équilibre des puissances sur la scène mondiale.

Le problème qui se pose aujourd'hui est que le Conseil de sécurité reflète l'équilibre des puissances à la fin de la seconde guerre mondiale, lequel s'est sensiblement modifié depuis. C'est cette évolution qu'a prise en compte le G8, forum informel de la gouvernance économique mondiale qui regroupait les sept pays les plus industrialisés⁷ et la Russie, qui a laissé officiellement la place au G20 au [Sommet de Pittsburgh de septembre 2009](#). Le G20 n'est pas nouveau. Il existe depuis 1999 et regroupe les pays les plus industrialisés et les pays économiquement émergents, notamment les BRIC (Brésil, Russie, Inde, Chine)⁸. En le substituant officiellement au G8 comme premier forum de la gouvernance économique mondiale, les Etats les plus industrialisés signifient au monde qu'ils prennent acte de l'émergence de nouvelles puissances économiques en dehors de l'Europe occidentale, de

⁷ Etats-Unis d'Amérique, Royaume-Uni, France, Allemagne, Italie, Canada et Japon.

⁸ Outre les 7 pays précités et les BRIC, le G20 comprend : l'Argentine, l'Afrique du Sud, l'Arabie Saoudite, la Corée du Sud, l'Indonésie, le Mexique, la Turquie ainsi que l'Union européenne.

l'Amérique du Nord et du Japon et qu'ils reconnaissent ces dernières comme telles. Les Etats participants au Sommet de Pittsburgh se sont mis d'accord pour transférer au sein du Fonds Monétaire International (F.M.I.), à partir de 2011, 5% des droits de vote de pays économiquement développés (France, Royaume-Uni, Belgique, Pays-Bas) vers des pays émergents, essentiellement asiatiques.

Ce rééquilibrage de [la gouvernance mondiale](#) au profit d'Etats du Sud se cantonne pour l'instant au domaine économique et financier. Il ne se traduit pas par un élargissement du Conseil de sécurité à de nouveaux membres permanents. C'est là le but principal de la diplomatie de certains Etats économiquement émergents, dont le Brésil qui développe une politique d'armement en vue de devenir une puissance militaire conséquente. Ces Etats espèrent traduire leur puissance économique montante en avantage politique sur la scène internationale, en devenant membres permanents du Conseil de sécurité pourvus du droit de veto.

Quels que soient les bienfaits du rééquilibrage en cours entre le Nord et le Sud, il ne fait que prendre en compte, au sein de certaines organisations internationales et de forums informels, de l'évolution du rapport des forces en présence sur la scène mondiale. Le degré de puissance, économique, démographique, politique et militaire, de chaque Etat reste l'étalon du rééquilibrage. La puissance reste un facteur primordial à prendre en compte dans les relations internationales. C'est d'ailleurs au regard de l'importance de la puissance dans les relations internationales que de nombreux observateurs ont été amenés à nier l'existence même du droit international public.

Section III – La remise en cause du droit international

Alors que la société internationale n'a jamais été aussi universelle et que le droit international n'a jamais couvert autant de domaines matériels qu'aujourd'hui, il continue de faire face à une remise en cause. La remise en cause est politique et idéologique (§ 1.) ; elle a également reposé sur des considérations de théorie juridique (§ 2.).

§ 1. Une remise en cause politique et idéologique ancienne et récurrente

A. L'argumentation de la remise en cause

La remise en cause politique et idéologique du droit international concerne aussi bien son existence que ses fondements et son contenu.

Le droit international est parfois contesté dans son existence même. Une partie de ceux qui contestent l'existence du droit international le font en se fondant sur les liens qu'il entretient avec la puissance et, par conséquent, avec le politique. Pour ses observateurs, le droit international n'existe pas parce qu'il ne s'agit que d'un instrument de la politique internationale aux mains des grandes puissances ; la composition du Conseil de sécurité symbolisant l'avantage donné à certains Etats sur tous les autres. Par ailleurs, les mêmes observateurs estiment que droit et politique se confondent sur la scène internationale si bien qu'il est difficile de distinguer le droit international de la politique internationale, celle-ci absorbant celui-là dans sa totalité. L'observation de l'attitude des Etats à l'égard du droit international peut d'ailleurs conforter cette analyse. Ainsi, il n'est pas rare de voir un Etat contester une norme juridique internationale lorsqu'elle entre en contradiction avec ses intérêts. A l'époque, pas si lointaine, des grands affrontements idéologiques entre Etats, le droit international faisait l'objet d'une contestation en règle par la théorie marxiste qui reprochait au droit international de n'être que la superstructure derrière laquelle se cache les intérêts des grandes puissances européennes et nord-américaine. Les Etats issus de la

décolonisation ont également contesté le droit international au motif que ses fondements et son contenu avaient été déterminés par les grandes puissances européennes et nord-américaine avant leur accession à l'indépendance. Plus récemment, le droit international a été violemment secoué dans ses fondements par la seule superpuissance du moment, par ailleurs membre permanent du Conseil de sécurité. Lourde de menaces pour le droit international, la politique du gouvernement étasunien sous la présidence Bush Jr. (2000-2008) a reproduit une sorte de rapport symétrique morbide. S'affichant comme une riposte à la destruction des deux tours du World Trade Centre en septembre 2001 au cours d'attentats terroristes revendiqués par la nébuleuse Al Qaïda, se trompant de cible, la politique étasunienne a mené un travail de sape des deux piliers du droit international contemporain. D'une part, elle s'est attaquée à l'égalité souveraine des Etats et à l'interdiction de l'emploi de la force dans les relations interétatiques en envahissant et violant l'intégrité territoriale de l'Irak. D'autre part, elle a attaqué frontalement les droits de l'homme et le droit humanitaire dans ce qu'elle a appelé la « guerre contre le terrorisme ».

S'agissant du premier aspect, les Etats-Unis d'Amérique, et leurs supplétifs, britannique notamment, ont en effet envahi militairement l'Irak en 2003 au mépris du droit international et de la Charte des Nations Unies. En plus d'avoir présenté au Conseil de sécurité de fausses preuves sur la prétendue détention d'armes de destruction massive par l'Irak, les Etats-Unis ont sciemment contourné ce même Conseil de sécurité où ils étaient certains de se heurter au veto que la France menaçait d'opposer à tout projet de résolution allant dans le sens de l'usage de la force armée contre l'Irak. Par ailleurs, la justification alternative de l'invasion de l'Irak par le combat contre le régime dictatorial de Saddam Hussein n'a fait que jeter le discrédit sur l'idéal même de démocratie, associé à l'arbitraire des grandes puissances, à la grande satisfaction de tous les régimes autoritaires qui ont l'habileté de ne pas s'opposer frontalement aux intérêts étasuniens. Enfin, et c'est encore un coup dur porté à la crédibilité de l'organisation mondiale, l'ONU a progressivement légitimé l'occupation étasunienne, donnant une couverture juridique au fait illicite accompli⁹.

Parallèlement, les Etats-Unis ont porté un autre coup à l'idée de la limitation de la puissance par le droit dans leur « guerre contre le terrorisme ». Outre l'attaque contre le droit international humanitaire menée par la promotion abusive de la notion de « combattant illégal »¹⁰, les Etats-Unis ont fortement malmené le principe de respect de la dignité humaine, matrice du corpus des droits de l'homme. Ils ont ainsi justifié et rendu légales certaines pratiques d'interrogatoire sur des personnes suspectées de terrorisme, comme le *waterboarding*, qui sont incontestablement des actes de torture, ce qui constitue une attaque inédite contre la norme juridique internationale interdisant de manière absolue la torture et les traitements inhumains et dégradants. Par ailleurs, les conditions de détention à Guantanamo ont donné un signal négatif en matière de respect des droits de l'homme. Malgré les évolutions positives depuis l'élection du président Obama, les traces de cette politique et des ces violations du droit international sont profondes et continueront de produire leurs effets négatifs, notamment la mise à nu de la faiblesse du droit international face à la force et son instrumentalisation.

B. La réfutation de la remise en cause

⁹ Voir notamment les résolutions du Conseil de sécurité 1483 du 22 mai 2003 et 1500 du 14 août 2003 portant création de la Mission d'Assistance des Nations Unies en Irak (MANUI).

¹⁰ Voir notamment Marc Finaud, « L'abus de la notion de "combattant illégal" : une atteinte au droit international humanitaire », *R.G.D.I.P.*, 2006/4, pp. 861-890. Disponible en langue française en format pdf sur le site du Centre de politique de sécurité de Genève, www.gscp.ch.

Indéniables, le caractère politique et la faiblesse du droit international n'empêchent pas l'existence du droit international et ne signifient pas qu'il est inutile. Tout d'abord, que des principes juridiques soient également des principes politiques ou qu'ils correspondent à de tels principes n'empêche pas l'existence autonome des premiers¹¹. Il n'existe pas d'antinomie entre les principes juridiques et les principes politiques comme l'a montré en son temps Michel Virally à propos du droit international. En droit interne, le droit constitutionnel est un droit politique par excellence. Cela n'en fait pas pour autant un non-droit. Le régime de la propriété dépend étroitement des conceptions idéologiques qui sous-tendent le système politique et juridique. Il est évident – et l'histoire du 20^{ème} siècle regorge d'exemples – que le régime de la propriété ne sera pas le même dans un régime communiste et dans un régime libéral. Le droit de la famille dépend de conceptions sociales, morales et idéologiques différentes d'un pays à un autre, d'une aire culturelle à un autre. Pour autant, personne ne nie l'existence et la juridicité du droit civil parce qu'il exprime juridiquement des principes politiques, économiques ou moraux. La juridicité du droit international ne peut donc pas plus valablement être contestée en raison de ses liens avec la politique.

D'ailleurs, paradoxalement, c'est la politique des Etats qui prouve l'existence du droit international et son importance. En effet, le droit international est un enjeu de la politique internationale. La plupart des Etats développe une politique juridique extérieure, pour reprendre une expression popularisée par les travaux de Guy de Lacharrière¹². Le développement de la diplomatie normative montre bien que le droit international est un enjeu de la politique internationale. L'attitude d'un Etat à l'égard d'une institution internationale relève de la politique juridique¹³. L'élaboration d'un texte international, destiné à être doté de la force obligatoire ou non, fait toujours l'objet d'une négociation au cours de laquelle chaque Etat défend ses intérêts et ses conceptions. Un traité international est ainsi toujours le fruit d'une négociation entre Etats, formelle ou pas, dans laquelle interviennent de plus en plus les O.N.G., tout comme l'est l'adoption d'une résolution d'une organisation internationale. De plus, lorsque le comportement d'un Etat est mis en cause, en matière de droits de l'homme notamment, il est significatif que l'Etat en question se défend le plus souvent en affirmant que son comportement est conforme au droit international ce qui est une reconnaissance de l'importance de ce droit sur la scène internationale. Enfin, les normes juridiques, qui traduisent par des techniques et des procédures des principes politiques ou des intérêts, échappent le plus souvent à leurs auteurs étatiques, surtout lorsqu'un organe (quasi-)juridictionnel intervient dans le processus de mise en œuvre ou d'interprétation. Elles vivent une vie autonome et l'Etat ne peut pas s'en affranchir selon son bon vouloir.

§ 2. Une remise en cause par certains théoriciens du droit

Lorsqu'ils commencent à étudier le droit international, les étudiants se trouvent confronter à une question tout à fait inhabituelle et qui paraît insolite pour les juristes d'autres disciplines. Cette question porte sur l'existence du droit international. Elle se confond avec celle de la prétendue primitivité du droit international (A.), réfutée par les juristes internationalistes, dont Michel Virally (B.).

¹¹ Sur les liens entre droit et politique, voir notamment Christophe Gusy, « Considérations sur le droit politique », *Jus politicum*, n° 1, 2008, <http://www.juspoliticum.com/Considerations-sur-le-droit.html> et, de manière générale, les riches et variées contributions de cette revue électronique : www.juspoliticum.com.

¹² Guy Ladreit de Lacharrière, *La politique juridique extérieure*, Paris, Economica, 1983.

¹³ Pour un exemple, voir Julien Detais, « Les Etats-Unis et la Cour pénale internationale », *Droits fondamentaux*, 2003, www.droits-fondamentaux.org.

A. La prétendue primitivité du droit international

L'a-juridicité de notre discipline se confond avec la question de sa prétendue primitivité. Cette question a été posée avec acuité par les travaux de deux des plus grands théoriciens de l'ordre juridique et du positivisme juridique¹⁴ au 20^{ème} siècle : H.L.A. Hart (1.) et Hans Kelsen (2.).

1. La critique de Hart

Pour Hart, le droit international ne constitue pas un système juridique. Pour lui, « le droit international consiste simplement en un *ensemble* de règles primaires d'obligation indépendantes qui ne se trouvent pas unies »¹⁵ par une règle de reconnaissance. Celle-ci chez Hart est indispensable à l'existence d'un système juridique car c'est la règle « en référence à laquelle la validité des autres règles du système se trouve appréciée, et en vertu de laquelle les règles constituent un système unique »¹⁶. Pour Hart, le droit international est dépourvu de normes secondaires¹⁷ et n'a pas de règle de reconnaissance qui est le fondement et le ciment de tout système juridique digne de ce nom. Cette critique, décisive au regard de la théorie de Hart, ne fait que s'ajouter à une autre plus classique qu'il reprend à son compte. Hart estime en effet que l'utilisation du terme droit à propos du droit international est abusive. Il trouve légitime que « l'absence, au niveau international, d'un corps législatif, de juridictions dotées d'un pouvoir coercitif, et de sanctions organisées d'une manière centralisée, [ait] entraîné des hésitations, à tout le moins dans l'esprit des théoriciens du droit ». Selon lui, « l'absence de ces institutions a pour conséquence que les règles qui gouvernent les Etats 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 »¹⁸. En d'autres termes, le droit international est dépourvu de juridicité et est tout au plus un droit primitif. Cette analyse rejoint celle faite par Kelsen plusieurs décennies auparavant.

2. La critique de Kelsen

¹⁴ Pour en savoir plus sur le positivisme juridique, se reporter à l'article François Chevrette et Hugo Cyr, « De quel positivisme parlez-vous ? » in Rolland (L.) & Noreau (P.) (dir.), *Mélanges Andrée Lajoie*, Montréal, Thémis, 2008, pp. 33-60. Disponible en ligne <https://papyrus.bib.umontreal.ca/jspui/bitstream/1866/1409/1/De%20quel%20positivisme%20parlez-vous.doc>.

Voir également, Pierre Brunet, « Bobbio et le positivisme », *Analisi e diritto*, a cura di P. Comanducci & R. Guastini, Giapichelli, 2005, pp. 159-170. Disponible en ligne http://halshs.archives-ouvertes.fr/docs/00/08/34/87/PDF/Brunet_Bobbio_Analisi_Diritto_2005.pdf.

¹⁵ HART (H.L.A.), *Le concept de droit*, traduit de l'anglais par Michel van de Kerchove, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires de Saint-Louis, 1980, 2^{ème} éd., p. 251. Italiques dans l'original.

¹⁶ *Idem*.

¹⁷ Hart est celui qui a durablement établi dans la théorie du droit la distinction entre les règles primaires et les règles secondaires. Les premières sont des règles d'obligation. Elles prescrivent à leurs destinataires « d'accomplir ou de s'abstenir de certains comportements, qu'ils le veuillent ou non. Les règles de l'autre type sont en un certain sens, parasites ou secondaires, par rapport aux premières, elles veillent en effet à ce que les êtres humains puissent, en accomplissant certains actes ou en prononçant certaines paroles, introduire de nouvelles [normes] de type primaire, en abroger ou en modifier d'anciennes, ou, de différentes façons, déterminer leur incidence ou contrôler leur mise en œuvre. Les [normes] du premier type imposent des obligations ; les règles du second type confèrent des pouvoirs ». Hart distingue trois types de règles secondaires : les règles de reconnaissance (*rules of recognition*), les règles de changement (*rules of change*) et les règles de décision (*rules of adjudication*) qui permettent d'identifier les individus qui sont appelés à juger et déterminent la procédure à suivre. HART (H.L.A.), *Le concept de droit*, traduit de l'anglais par Michel van de Kerchove, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires de Saint-Louis, 1980, 2^{ème} éd., pp. 105 et 106.

¹⁸ HART (H.L.A.), *Le concept de droit*, *op. cit.*, p. 232.

Kelsen est sans doute l'auteur positiviste le plus célèbre. En tant que positiviste, il distingue strictement le *sein*, l'*être* (un glaçon exposé au soleil fond) et le *sollen*, le *devoir-être* (un voleur doit être puni). Chez Kelsen, les systèmes de normes sont de deux types : statique. Dans le premier, c'est le contenu des normes qui importe. En revanche, dans le système dynamique, c'est la validité de la norme qui compte. Cela revient à prendre en considération la manière dont la norme a été posée, c'est-à-dire la manière dont elle s'est formée et a été élaborée. Et chez Kelsen, une norme est valide lorsqu'elle a été posée, c'est-à-dire élaborée, conformément à ce qui a été édicté par la norme qui lui est supérieure. Cette idée implique une hiérarchie des normes. Celle-ci existe sans aucun doute en droit interne, mais elle est globalement inconnue du droit international dans lequel aucune hiérarchie n'existe entre les modes de formation. Kelsen ajoute qu'une *Grundnorm*, la norme fondamentale, qui est une norme hypothétique, fonde le système juridique tout entier. Toutes les normes tirent leur validité de cette norme fondamentale hypothétique. Outre le caractère dynamique, la théorie des normes de Kelsen accorde une place importante à la contrainte si bien que l'ordre juridique est un système normatif dynamique de contrainte.

Par ailleurs, deux phénomènes sociaux sont étroitement associés et même assimilés dans la pensée de Kelsen. Ces deux phénomènes sociaux sont l'Etat et le droit. En d'autres termes, l'Etat est un ordre juridique et l'ordre juridique est étatique. Or qu'est-ce qui caractérise l'Etat sinon un minimum de centralisation du pouvoir politique et donc du pouvoir d'édicter des normes juridiques ? Par conséquent, le système normatif de contrainte est plus ou moins centralisé. Kelsen ajoute que le système juridique est valable lorsqu'il est efficace. Mais réaliste Kelsen apporte une sorte de bémol. Pour lui, il suffit que les normes juridiques soient « effectivement obéies et appliquées en gros et de façon générale »¹⁹ pour qu'ils les considèrent comme efficaces. Ainsi, *l'ordre juridique est alors un système normatif dynamique et de contrainte, plus ou moins centralisé et dont les normes doivent être efficaces ; l'ensemble reposant pour ce qui est de la validité sur une norme fondamentale hypothétique.*

Conséquent avec sa théorie, Kelsen considère que le droit international est « primitif » car « il présente une certaine analogie avec le droit des sociétés primitives par le fait que, tout au moins en tant que droit général obligeant tous les Etats, il n'institue pas d'organe spécialisé pour la création et l'application de ses normes ». Kelsen observe que le droit international « se trouve dans un état de décentralisation extrêmement poussée » et constate que les Etats, auteurs des normes générales du droit international, en sont également les destinataires. Aucun « organe de législation particulier » n'en est l'auteur. Le phénomène se constate également quant à l'application des normes générales aux cas concrets. Kelsen remarque que « c'est l'Etat qui se croit lésé dans son droit qui a lui-même à décider si on est en présence d'un délit²⁰ pour lequel un autre Etat est responsable » et « il n'existe pas d'instance objective qui aurait à décider le litige suivant une procédure juridiquement réglée »²¹, pointant l'absence de juridiction internationale dont la compétence à l'égard des différends interétatiques serait obligatoire.

L'une des plus remarquables réfutations de l'analyse du droit international faite par Kelsen, qui a également été un juriste internationaliste dans sa *Théorie pure du droit*, est l'œuvre de Michel Virally, qui était un éminent professeur de droit international en même temps qu'un théoricien du droit averti.

¹⁹ KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, traduction française de la 2^{ème} éd. de la *Reine Rechtslehre* par Charles Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962, p. 287.

²⁰ Chez Kelsen, le délit est la désobéissance aux normes et tout délit appelle une sanction.

²¹ KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, pp. 423-424

3. La réfutation de la prétendue primitivité du droit international et la proposition d'une définition de l'ordre juridique applicable au droit interne et au droit international

Michel Virally a réfuté l'analyse de Kelsen, dans un article resté célèbre « Sur la prétendue primitivité du droit international »²².

Tout d'abord, Michel Virally tire les conséquences de l'analyse kelsénienne. En tant que droit primitif, le droit international serait démuné de presque toute emprise sur les faits en raison de ces carences. La primitivité du droit international signifie aussi que la scène internationale serait caractérisée par une impunité des Etats lorsqu'ils violent le droit international. Par conséquent, les gouvernements attacheraient peu d'importance au respect du droit international et le violeraient à chaque fois que leur intérêt le leur commanderait. Or, nous avons vu que les Etats développent une politique juridique extérieure et qu'ils veillent à apparaître toujours comme étant respectueux du droit international. La primitivité signifie, sur le plan scientifique, que le droit international serait en retard sur les branches du droit interne et, sur le plan pédagogique, qu'il serait inefficace. Virally remarque également que l'affirmation de la primitivité du droit international est en réalité une mise en doute de sa juridicité, essentiellement due à l'assimilation de l'ordre juridique et de l'Etat. Pour Virally, Kelsen a élaboré sa définition de l'ordre juridique à partir du droit étatique, il n'est donc pas étonnant que cette définition ne s'applique pas au droit international. Le problème ne vient pas du droit international, mais de la définition kelsénienne de l'ordre juridique. C'est donc cette dernière qui doit être modulée en conséquence.

Partant de ce constat, Virally oppose une autre vision de l'ordre juridique à celle développée par Kelsen. Cette autre approche théorique permet de prendre en considération aussi bien le droit interne que le droit international. En d'autres termes, elle permet de définir aussi bien le droit interne que le droit international qui n'est plus alors un droit primitif mais un droit *différent* du droit interne étatique. Pour cela, Virally se concentre sur la contrainte, qui est un élément important de la définition kelsénienne.

Pour Michel Virally, l'idée d'une sanction socialement organisée, c'est-à-dire l'idée d'attacher des conséquences à la violation d'une norme juridique, doit être dissociée de l'idée de l'exécution forcée. Autrement dit, lorsque l'on dit que le droit est un ordre de contrainte, c'est-à-dire où les normes juridiques peuvent être exécutées de force, on se réfère au droit étatique et encore : l'exécution forcée des obligations juridiques n'existe pas dans tous les domaines du droit. Elle caractérise effectivement le droit pénal mais elle ne permet pas de caractériser le droit administratif par exemple. On conçoit mal une exécution forcée contre les organes de l'Etat ou portant sur des biens publics.

Pour Virally, la sanction socialement organisée qui ne peut se réduire à la contrainte, c'est-à-dire à l'exécution forcée, peut revêtir diverses formes. Il insiste sur deux sanctions socialement organisées – il préfère l'expression juridiquement organisées, c'est-à-dire organisées par le droit : il s'agit de la nullité et de la responsabilité. La première, la nullité, d'un acte par exemple, ne nécessite aucun recours à la force. La deuxième est la responsabilité, ou l'obligation de remplacement, en particulier l'obligation de réparer les conséquences dommageables d'un fait illicite. Cette dernière obligation précise Virally peut sans doute donner lieu à une exécution forcée, mais son existence en tant que sanction ne dépend pas de cette possibilité. C'est ce que montre le droit international.

Par ailleurs, Virally considère qu'on ne peut pas définir le droit à partir d'un seul élément comme le fait Kelsen, à partir de la norme juridique²³ ou de la seule obligation

²² in Michel Virally, *Le droit international en devenir. Essais écrits au fil des ans*, Paris/Genève, PUF/Publications de l'IUHEI, 1990, pp. 91-101.

²³ D'où le nom de positivisme normativisme donné au courant théorique kelsénien.

juridique ; il ne faut pas prendre les éléments de l'ordre juridique séparément et isolément mais ensemble. A partir de là, Virally définit l'ordre juridique comme **un système cohérent de normes, constitutifs de pouvoirs et de devoirs pour ceux auxquels il s'adresse et apparu dans le cadre d'une société déterminée**. On peut également le définir comme un ensemble coordonné de *normes*, dotées de force obligatoire à l'égard de *sujets* déterminés et *dont la méconnaissance entraîne certaines conséquences définies*²⁴.

Cette dernière définition nous permet de mettre en évidence ce qui constitue le cœur de ce cours, la première partie sur les modes de formation des normes internationales et la deuxième sur les sujets, la dernière partie de la définition mettant en évidence la question de la responsabilité à laquelle une autre partie est consacrée.

²⁴ Pierre-Marie Dupuy, *Droit international public*, Dalloz, Précis, 2008, n° 15, p. 12.