

PARTIE PRÉLIMINAIRE

LES PROBLÈMES
FONDAMENTAUX DU DROIT
INTERNATIONAL PUBLIC

L'analyse scientifique du droit international public, comme des autres disciplines des sciences sociales ou des sciences de la société, implique que la définition *stricto sensu* de la discipline soit complétée par un examen des problèmes fondamentaux soulevés par les rapports entre elle et les phénomènes ou faits sociaux que cette discipline juridique a vocation à régir.

Trois problèmes doivent être envisagés :

- les relations entre le droit international public et les relations internationales ou la dimension politique du droit international public (Section I),
- la nature juridique du droit international public (Section II),
- la mise en œuvre du droit international public (Section III).

SECTION I : LA DIMENSION POLITIQUE DU DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

En tant que branche des sciences juridiques, le droit international public relève de la même nature que celle du droit en général. Il s'agit d'une technique de réglementation des relations politiques, économiques et sociales, caractérisée par la prohibition de l'usage de la force comme mode de règlement des différends et le dépassement de la vengeance privée grâce au recours à des instances impartiales. Mais l'analyse sociologique a complété cette vision théorique et idéale du droit en y introduisant une dimension concrète lorsqu'on prend en considération les rapports de puissance à l'intérieur d'une société. Le droit, élément de la superstructure de l'ordre social, est vécu comme l'expression de la volonté des groupes dominants sanctionnée par la puissance publique.

La transposition en droit international public de ces analyses générales et globales doit tenir compte de deux facteurs : d'une part le problème de la société internationale (1.) et, d'autre part, du phénomène de relation de puissance au sein de la société internationale (2.).

1. La société internationale

Alors que le droit interne régit la société interne, le droit international public est censé régir la société internationale ; encore faut-il que cette société existe réellement. La création d'un État mondial, d'un gouvernement mondial, qui met en échec les souverainetés des États essentiellement nationalistes, a de tout temps représenté le rêve et l'aspiration des auteurs de droit international. L'avènement d'une organisation mondiale apparaissait comme le couronnement ultime du processus du développement de la société. Mais cette approche généreuse des rapports internationaux n'est pas corroborée par les faits. L'aspiration à la reconnaissance de l'identité au sein de la communauté internationale représente un trait commun à

l'ensemble des groupes sociaux. C'est ainsi que, lors de l'éclatement des grands ensembles politiques, qu'il s'agisse de la décolonisation ou de la dislocation de l'Union des Républiques socialistes soviétiques, les entités composantes ont d'abord tenu à réaffirmer leur droit à la souveraineté et à l'existence dans la vie internationale. En revanche, les constructions politiques parfaitement intégrées sur le plan institutionnel comme la Communauté économique européenne représentent une exception limitée dans un espace géopolitique particulier. En effet, cette construction européenne présuppose l'existence d'une véritable communauté juridique fondée sur l'aspiration et la volonté de vivre politiquement dans un ensemble supranational.

Entre ces deux situations extrêmes se développent des formes multiples d'organisation de la solidarité internationale. L'examen des rapports au sein de la société internationale laisse apparaître tantôt des convergences d'intérêts qui expriment la solidarité internationale, tantôt des divergences d'intérêts elles-mêmes sources de différends et de conflits dans les rapports internationaux. Il est difficile dès lors de parler de société internationale monolithique dans les mêmes termes que la société de droit interne et la notion d'ordre public interne ne saurait être transposée purement et simplement en droit international bien que ce droit ait consacré depuis 1969 la notion de *jus cogens*. Les normes de *jus cogens* existent non pas pour satisfaire les besoins de tel ou tel État, mais dans l'intérêt supérieur de la communauté internationale. Ce constat ne résout pas pour autant la définition positive de l'acceptation de cette notion importante.

Dans ces conditions, la société internationale se caractérise par sa dimension bifaciale : solidarité et contradiction. Le droit international public en régissant la société internationale est alors amené à maîtriser la contradiction découlant de ces deux aspects de la bifacialité de la société internationale en faisant prévaloir à la fois les exigences de solidarité et celles de l'identité particulière ou nationale.

2. Droit et relation de puissance au sein de la société internationale

Par-delà l'analyse sociologique des rapports entre le droit et la politique, le droit apparaît comme expression des rapports de puissance et en même temps comme enjeu de la compétition politique visant à assurer la maîtrise de la direction de la société ; et en plus le droit international public est le domaine scientifique par excellence où on peut le mieux apprécier la place des relations de puissance dans le processus de la formation de la règle de droit. En effet, par nature ambigu, le droit international public est lui-même sujet à controverse quant à sa fonction politique.

A. Le droit expression des rapports de puissance

En définissant un ordre social dans les rapports internationaux, le droit international public a consolidé et renforcé la position des groupes politiques dominants dans le cas des rapports internationaux. Rappeler cette observation relève du truisme et on

pourrait citer comme exemple le principe de l'effectivité de l'occupation comme titre de souveraineté territoriale dans les espaces ne relevant pas de la compétence territoriale des États européens. Le principe de l'effectivité a servi de justification à la fois à l'expansion coloniale et à l'exclusion de l'ordre juridique international des peuples indigènes, c'est-à-dire des nations non civilisées. Dans le domaine des relations techniques internationales, la formulation de la règle, apparemment d'ordre strictement technique, cache mal les grandes batailles sans merci qui ont opposé les principaux groupes d'intérêts internationaux et ce le plus souvent au détriment des Puissances et des États les plus faibles sur le plan technologique.

La situation foncièrement inégalitaire qui résulte d'un tel jeu ou d'un tel rapport de puissances ne manque pas de justification dans l'ordre international. En effet, faute de structures organisées, c'est-à-dire d'un pouvoir supra-étatique, il conviendrait que les États ou les groupes qui sont les plus avancés sur le plan de la puissance et de la compétence technique et technologique se voient confier la mission d'assurer l'ordre dans les rapports internationaux. Aussi cynique que la conclusion puisse paraître, la situation d'inégalité, consacrée par le droit international, accomplit une fonction régulatrice et stabilisatrice dans les rapports internationaux.

B. Le droit médiation des rapports de puissance

La formalisation de la règle en norme juridique atténue cependant les rapports de pure force. La norme fixe le cadre-limite à l'intérieur duquel le puissant peut exercer son autorité. La médiation de l'exercice de la puissance par les formes juridiques constitue un commencement de conduite raisonnable dans les relations internationales. Bien que limitant son rôle à l'accomplissement d'une fonction de justification, la technique juridique se veut être l'amorce d'une approche raisonnée, à défaut de pouvoir être toujours raisonnable, des rapports internationaux. Mais la situation d'inégalité résultant de l'expression des relations de puissance dans les relations internationales ne peut pour autant être considérée comme définitive et irréversible. L'évolution progressive des rapports politiques internationaux, des connaissances scientifiques et des techniques juridiques, révèle avec le temps le caractère insupportable ou, plus exactement, les limites politiques du caractère acceptable de certaines normes consacrées en droit positif.

L'adaptation permanente des règles en droit international public est une condition fondamentale à l'effectivité de la règle de droit. C'est dans le cadre de cette remise en cause des institutions et principes obsolètes du droit international que cette discipline contribue à la transformation des rapports de puissance dans les relations internationales.

La codification progressive du droit international, œuvre principale de la Commission du droit international (CDI), a ainsi contribué non seulement à la transformation du droit international mais également à l'atténuation de l'exclusion, des centres d'intérêts du droit, des États et des nations les moins avancés sur le plan technologique et économique.

Le rôle des États du tiers monde dans la codification du nouveau droit est sans commune mesure avec leur puissance. Il en résulte que les grandes Puissances

traditionnelles adoptent une position de réserve, sinon d'hostilité, vis-à-vis des efforts de normativisation lancés par les États du tiers monde. Mais la constatation de ces limites n'enlève pas pour autant tout intérêt politique au droit en soi et au droit international public en particulier. En effet, il n'est pas établi qu'une société sans droit est préférable à une société mal organisée sur le plan juridique ; on observe couramment que l'absence de règles de droit laisse libre cours au règne de la tyrannie et au développement de la force comme mode de régulation des rapports sociaux, donc aussi des rapports internationaux.

SECTION II : LA NATURE JURIDIQUE DU DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

À la différence du droit interne, qualifié de droit de la certitude, le droit international public a été souvent présenté comme un droit du transitoire et de l'aléatoire, sinon de l'anticipation, à un point tel que sa qualification de droit a pu parfois être contestée. En l'absence de juridiction obligatoire pour le règlement des différends, mais surtout de sanctions organisées pour le redressement des manquements à la règle de droit, la nature juridique du droit international public a été discutée. On examinera successivement le problème des sanctions en droit international public (1.), et le fondement du caractère obligatoire du droit international public (2.).

1. Sanctions et droit international public

D'une manière générale, le droit a été défini comme un ensemble de règles dont l'inobservation entraîne l'application de sanctions organisées par la loi. Faute de sanction aménagée des règles en droit international public, ces règles ne sont pas de nature juridique. Cette observation élémentaire soulève le problème en général des rapports entre la sanction et le droit. Il s'agit d'un cercle vicieux, par excellence, dans la mesure où il est impossible d'établir la priorité entre le droit et la sanction. C'est en vertu du droit que peuvent être aménagées des sanctions, mais faute de sanctions il n'y a point de règle de droit.

Mais on s'aperçoit, à l'analyse, que le véritable problème est lié à l'ambiguïté de l'acception du concept de sanction. L'expression courante confond en effet sanction et voie d'exécution, or il s'agit de deux actes distincts mais en relation de conséquence. En philosophie, le sens premier de sanction est « garantie, en particulier garantie d'efficacité pour une règle que l'on peut considérer comme une possibilité de réalisation seulement » (LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, PUF, p. 944). Il n'y a pas de sanctions pour les lois de la nature mais seulement pour les lois humaines qui s'adressent à des êtres raisonnables, capables de modifier cette nature. Ainsi, la sanction recouvre à la fois une idée de conformité et une idée d'acte. Dans ces conditions, la sanction est une

conséquence provoquée par une certaine manière d'agir et impliquant un ordre en vue de faire respecter les prescriptions de la norme.

La transcription en langage juridique de ces observations signifie que la sanction en droit c'est le constat de conformité ou de non-conformité à la norme des actes ou faits qui donnent lieu à interprétation. Dans ce sens, la qualification juridique existe en droit international public et de même en est-il de la sanction. Un acte ou un fait peut être qualifié de licite ou d'illicite selon sa conformité avec les normes juridiques internationales. Cette qualification relève de la compétence de l'État, des organes nommément désignés d'une organisation internationale – le Conseil de sécurité – et exceptionnellement des juridictions internationales.

En revanche, l'exécution, qui est la seconde acception impliquée communément derrière l'idée de sanction, représente l'acte par lequel on rétablit matériellement la conformité à l'ordre normatif édicté par la loi. Dans l'ordre international, l'aménagement des voies d'exécution répond à des considérations spécifiques faute d'un exécutif analogue à un gouvernement ou à une force publique interne. En vertu des dispositions du chapitre VII de la Charte, le Conseil de sécurité peut, après avoir qualifié une situation, prendre des décisions qui ont un caractère exécutoire. Ainsi, le droit international public comporte-t-il des sanctions et des mesures spécifiques d'exécution.

2. Fondement du caractère obligatoire du droit international public

Comme dans toutes les disciplines juridiques et les autres branches du droit, le caractère obligatoire de la règle de droit international public se pose dans les mêmes termes que ceux du caractère obligatoire du droit en général. Seulement, en droit international, en l'absence d'un système de voie d'exécution forcée susceptible d'être mise en œuvre par les pouvoirs publics comme en droit interne, la tentation a été forte de dénier la nature juridique de cette branche du droit et son caractère obligatoire.

La règle de droit n'a ni le caractère d'un absolu, ni celui d'un impératif catégorique. Sur le plan de la logique, les rapports entre les propositions juridiques, dont l'expression parfaite est constituée par le syllogisme judiciaire, ne sont pas des relations de causalité, c'est-à-dire des relations naturelles de cause à effet, comme dans le domaine des sciences exactes. L'interprétation des règles juridiques, vise à rechercher une cohérence entre les différentes propositions, majeures et mineures en veillant à ce qu'il n'y ait ni contradiction ni sous-entendu extérieur entre les différentes parties du raisonnement juridique. L'argumentation juridique ainsi engage le destinataire de l'interprétation à accepter certains choix formulés dans la conclusion plutôt que d'autres de manière à les rendre acceptables. Mais la logique du syllogisme formel ne peut être efficace et effective que rompue par l'intervention des considérations de fait, telles que l'expérience quotidienne, le sens de l'incertain, du provisoire et du vraisemblable. Cette exigence méthodologique explique l'importance de l'analyse des données de fait appelées à être régies par la norme dans

l'interprétation de la règle de droit. L'objectif est en effet double : veiller à ce que les faits soient maîtrisés par le droit et rechercher à ce que la règle soit concrétisée dans les faits.

Cette explication du raisonnement juridique implique un préalable : l'adhésion à une valeur fondamentale qui est le principe du caractère obligatoire de la norme de droit. Indépendamment de sa valeur morale ou de l'exactitude mathématique des propositions, la norme est acceptée comme créatrice de situation et de devoir de conduite. Ainsi le caractère obligatoire de la règle de droit se fonde sur une représentation, c'est-à-dire une hypothèse, envisagée sans égard à la question de savoir si elle est vraie ou fautive mais seulement à titre de principe, telle que pourrait s'en déduire un ensemble donné de propositions.

Le caractère obligatoire de la règle de droit, dont celle de droit international public, ne trouve de justification et d'explication que dans l'évolution des idées philosophiques et politiques relatives à l'État de droit, c'est-à-dire la soumission de la puissance souveraine et de la société à la règle de droit positif. Cette conclusion relativise la portée absolue du caractère obligatoire de la règle de droit ; elle limite en elle-même l'utilisation de la logique formelle comme technique exclusive du raisonnement juridique à des fins de justification. En revanche, cette dimension de relativité inhérente à la nature hypothétique du fondement du caractère obligatoire de la règle de droit confère à cette discipline une fonction catalytique. En effet les constructions juridiques et les créations intellectuelles qui ont pris corps autour de notions de droit international public, développées et exposées notamment dans les tribunes des organisations internationales, illustrent cette observation.

SECTION III : LA MISE EN ŒUVRE DU DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

La mise en œuvre du droit international public soulève deux types de problèmes bien spécifiques : d'une part, les techniques particulières de mise en œuvre des règles de droit international public (1.) et d'autre part les relations entre droit international et droit interne (2.).

1. Les techniques de mise en œuvre des règles de droit international public

Ces techniques de mise en œuvre sont de deux sortes : les techniques de réaction face à l'illicite (A), et le contrôle de l'exécution des règles de droit international dans l'ordre international (B).

A. Les techniques de réaction face à l'illicite

Les techniques de réaction face à l'illicite, c'est-à-dire destinées à faire cesser l'illicite, sont caractérisées par les deux traits suivants : d'une part, le fait que,

l'État soit à la fois auteur et sujet de la règle de droit en l'absence d'un gouvernement international et, d'autre part, le caractère discrétionnaire de la compétence d'un État pour qualifier un acte ou un comportement de licite ou d'illicite.

I. C'est l'État victime de l'illicite qui dispose du pouvoir de prendre des mesures destinées à faire cesser l'illicite. Traditionnellement, c'est par la mise en œuvre des représailles et des mesures de rétorsion que l'État réagit à l'illicite. Les représailles sont des mesures qui, en soi, sont des actes contraires au droit international dans la mesure où il s'agit d'actes de contrainte qui sont mis en œuvre avec l'autorisation du droit international pour faire cesser un fait illicite. Manifestation du droit de l'État de se faire lui-même justice, les représailles, bien que de pratique fréquente dans les relations internationales, tendent de plus en plus à faire l'objet de limitations par le droit.

Les représailles armées sont actuellement interdites ; la mise hors la loi de la guerre prohibe tout recours à la force selon le principe énoncé à l'article 2, paragraphe 4, de la Charte des Nations Unies, sauf en cas de légitime défense. Le caractère général de la prohibition des représailles armées, exclut la possibilité du recours à ce type de contre-mesures notamment dans le domaine du droit humanitaire ou contre les mouvements de libération. Dorénavant, depuis la résolution 2625 de la XXV^e session de l'Assemblée générale des Nations Unies :

« Les États ont le devoir de s'abstenir d'actes de représailles impliquant l'emploi de la force. »

Un problème néanmoins se pose lorsque l'illicite résulte d'une violation ou de normes impératives de *jus cogens* dans le cadre de crime international au sens où l'entend la CDI. Dans cette hypothèse, ce n'est plus l'intérêt du seul État victime de l'illicite dont il est question, mais de l'intérêt de tous les États et de toute la communauté internationale à ce que le droit et la norme impérative soient respectés. La possibilité de mesures de réaction prises par des États tiers, non directement victimes de l'acte et du comportement illicites, amène à se demander si, dans des situations où des normes impératives sont en cause, le droit de réaction en vue de faire assurer le respect de la règle de droit existe. Ainsi en est-il des interdictions, des boycotts, effectifs ou symboliques. Mais la violation des normes de *jus cogens* n'autorise pas, pour autant, le recours aux représailles armées.

2. À côté des représailles armées dorénavant interdites existent des mesures de contrainte non armée. Les mesures de contrainte non armée sont constituées par des représailles non armées ou bien des mesures de rétorsion. La différence entre ces deux notions réside dans le caractère licite ou illicite des moyens mis en œuvre pour faire cesser l'illicéité. En cas de représailles, les mesures sont illicites et, en cas de mesures de rétorsion, les moyens mis en œuvre sont licites. Le critère de licéité fait actuellement l'objet de controverses doctrinales. Il est aisément admis que la proportionnalité doit être respectée en ce qui concerne les rapports entre les mesures de rétorsion et l'objectif poursuivi ; mais l'usage des mesures économiques et politiques ou de toute autre nature pour contraindre un autre État à subor-

donner l'exercice de ses droits souverains et pour obtenir de lui des avantages de quelque ordre que ce soit, a été condamné à plusieurs reprises par l'Assemblée générale des Nations Unies. Toujours est-il que les mesures de rétorsion peuvent prendre les formes les plus diverses, depuis les mesures vexatoires jusqu'à des mesures plus importantes impliquant des entraves aux relations économiques et commerciales normales.

Certaines modalités de représailles sont cependant licites. Ainsi en est-il de l'article 60 de la Convention de Vienne de 1969, qui autorise expressément la suspension totale ou partielle de l'application d'un traité multilatéral par les autres parties en cas de violation substantielle de ce traité par l'une des parties. La pratique des représailles reste toujours acceptée dans les relations internationales tant qu'un système de coercition conventionnelle ou juridictionnelle n'est pas institué de façon crédible.

B. Les techniques particulières de contrôle de l'exécution du droit international

Parallèlement au développement du champ d'application du droit international, se sont multipliées des techniques essentiellement incitatives de contrôle, destinées à favoriser l'effectivité de la règle de droit international. À cette fin, le problème consiste à évaluer le comportement des États et l'application par les différents États des règles de droit à l'aune des normes qui sont prescrites dans la règle.

1. Les rapports périodiques

Les rapports périodiques, hérités directement de la pratique de l'Organisation internationale du Travail, obligent les États à rendre compte de leur législation et éventuellement de leur pratique relative à l'application des dispositions conventionnelles. L'examen des rapports donne lieu à des débats entre les membres des commissions et le représentant de l'État auteur de rapports ; l'État auteur du rapport d'exécution est invité à justifier sa position après constatation des infractions relevées par la commission.

2. Les enquêtes

Les enquêtes constituent de véritables techniques de contrôle de l'application du droit. En effet, elles impliquent le déplacement sur le territoire de l'État qui fait l'objet de l'enquête avec l'accord de ce dernier. En cas de refus d'accès du territoire à la commission d'enquête, celle-ci peut procéder à l'audition des témoins ainsi qu'à l'étude des différents documents. L'objet de l'enquête porte essentiellement sur l'examen du respect du droit par l'État affecté.

3. L'inspection

L'inspection, qui est une nouvelle forme de contrôle du respect des engagements internationaux, notamment en matière de désarmement ou de protection des droits de l'homme, se caractérise par la vérification sur place du respect des engagements.

Il s'agit d'une procédure particulièrement contraignante dont le résultat est le développement des rapports de confiance entre les parties concernées.

4. Les conférences

Les conférences d'examen apparaissent comme étant les techniques les moins contraignantes de vérification de l'application de la règle du droit dans la mesure où ce sont des conférences périodiques de bilan appelées à examiner le développement de l'application des règles internationales.

2. Droit international et droit interne

L'examen du rapport entre ces deux branches du droit représente le pont aux ânes des études juridiques. L'accent a été suffisamment mis sur les différences qui existent tant au point de vue formel qu'au point de vue matériel entre les deux branches du droit, mais l'unité de nature a ressurgi lorsqu'il a fallu étudier le fondement du caractère obligatoire du droit international public. En revanche, continue à faire problème la question du rapport et de la hiérarchisation entre ces deux droits.

Sur le plan doctrinal, les opinions sont partagées entre d'une part les tenants de la théorie moniste selon laquelle il ne saurait y avoir de différence de nature entre le droit interne et le droit international, et d'autre part les partisans du dualisme qui insistent sur les différences fondamentales entre ces deux branches du droit, rendant impossible la réduction de l'un à l'autre, le passage d'une discipline à l'autre nécessitant la médiation de procédures particulières d'incorporation. Bien qu'intéressant, le débat doctrinal est d'une portée toute relative sur le plan pratique. En effet, il y a un large accord entre les deux écoles sur l'étendue du domaine réservé de l'État, de même un consensus existe en ce qui concerne les limites à apporter à l'application directe en droit interne des règles de droit international. Ainsi peut-on estimer qu'il s'agit de domaines de droit différents et indépendants, mais s'influençant l'un l'autre.

L'obligation toutefois, qui pèse sur les États, consistant à harmoniser leur législation interne avec les obligations internationales qu'ils ont contractées, amène à la constatation selon laquelle la primauté du droit international est effectivement observée sans que l'on puisse pour autant parler de hiérarchie. Malgré toutes les violations observées et relevées, on ne saurait parler de droit international si sa primauté par rapport à l'ordre juridique interne n'est pas affirmée.

Il faut néanmoins se rappeler que la mise en œuvre de ce principe de la primauté du droit international sur le droit interne est contrariée par les difficultés pratiques et juridiques rencontrées pour sanctionner le non-respect des règles de droit international par la règle de droit interne. En effet, seule la mise en cause de la responsabilité de l'État auteur de la législation contestée peut sanctionner cette illicéité en l'absence d'une procédure d'annulation pour violation de la loi ou illégalité, sauf dans le cadre très spécifique du droit des communautés européennes.