

L'obligation en droit international

Pierre-Marie DUPUY

Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

RÉSUMÉ. — Aujourd'hui comme hier, l'obligation en droit international demeure consentie, parce que fondée sur l'accord conclu entre ses sujets primaires, formellement égaux, les États. Pourtant, depuis l'affirmation universelle, après 1945, des droits internationaux de la personne humaine, est apparu un autre type d'obligations internationales. Elles doivent être assumées par les États au titre de l'affirmation – même partiellement fictive – de valeurs réputées communes à tous. Ceci ne signifie pas pour autant que tout élément consensuel ait disparu de ce nouveau type d'obligations. Leur effectivité demeure en effet conditionnée par leur acceptation, même non formalisée. Toujours est-il qu'une démarche authentiquement positiviste ne consiste pas à nier l'existence des tensions contradictoires entre obligations consenties et obligations assumées ; le positivisme exige au contraire qu'on prenne acte d'un tel phénomène, parce qu'il constitue une large part de la dynamique propre au droit international d'aujourd'hui et, probablement aussi, de demain.

« Le fondement du droit des peuples en tant que droit universel [...] est que les traités doivent être respectés car c'est sur eux que reposent les obligations des États les uns par rapport aux autres. Mais comme leur relation a pour principe leur souveraineté, il en résulte qu'ils sont par rapport aux autres dans un état de nature, et qu'ils n'ont pas leurs droits dans une volonté universelle constituée en pouvoir au-dessus d'eux... »

Cette citation tirée du paragraphe 333 des *Principes de la philosophie du droit* de Hegel, parue en 1821, résume encore aujourd'hui certains des traits classiques du droit international, tel qu'il est toujours perçu par beaucoup : sa définition comme un droit des seuls rapports entre États, la référence fondamentale à la souveraineté de chacun, et le primat consécuteur du traité comme source d'obligation. On trouve aussi dans le texte hégélien la négation d'une volonté universelle et le renvoi inexorable des relations entre souverainetés, rivales parce que formellement égales, à la rudesse de l'état de nature, tel que décrit par Hobbes.

Or, les événements qui se sont produits récemment au Kosovo confirment et démentent à la fois le propos impitoyable de celui qu'Alain appelait l'Aristote des temps modernes.

Ils rappellent qu'aujourd'hui comme hier, la guerre et la paix semblent décidément constituer l'horizon indépassable du droit international, illustrant ainsi l'archaïsme et [p. 217-231]

P.-M. DUPUY

Arch. phil. droit 44 (2000)

l'actualité de la relation première établie entre le droit et la force, où le manquement allégué à l'obligation justifie le recours à la coercition comme sanction de cette violation¹. L'actualité de ce siècle terrible qui naquit et mourut dans les Balkans semblerait pourtant manifester aussi le retour à une conception de l'obligation juridique privilégiant le fond sur la forme ou, si l'on préfère, le primat des *valeurs* incorporées dans la norme sur les *conditions techniques* présidant à sa validité comme à la conformité des conduites aux prescriptions qu'elle pose. C'est au nom de certaines d'entre ces valeurs – affirmant notamment la volonté de faire respecter en toutes circonstances les règles fondamentales du droit humanitaire – que les alliés de l'OTAN ont sciemment écarté le respect de la légalité onusienne en recourant à la force hors des conditions établies au chapitre VII de la Charte. Cette attitude, très politique, sera vouée peut-être demain à l'inconstance des souverainetés ou aux caprices de la superpuissance. Elle paraît en tout cas défier les pré-supposés du positivisme juridique, pourtant devenu dominant depuis plus de cent ans au détriment du droit naturel, accusé de confondre le droit et l'éthique. Comment lire, dès lors, de tels événements ? Parenthèse, avancée, balbutiement, ou – de façon certainement beaucoup plus hypothétique – étape décisive vers la fin de l'histoire d'une humanité censée affirmer sa propre existence comme référence universelle de la communauté internationale ?

Toujours est-il qu'à la césure de deux siècles, le statut de l'obligation en droit international est plus que jamais à saisir dans ce porte-à-faux entre souveraineté et communauté, formalisme et substantialisme, primat de la volonté individuelle de chaque État et affirmation plus ou moins cohérente de ce qu'on devrait appeler les *droits de l'homme en l'Humanité*, fut-elle, paradoxalement, proclamée au nom de l'universel par une fraction (voire une faction) armée de la communauté des peuples.

Le fondement même du droit international comme son objet sont ainsi le lieu d'un affrontement.

D'un côté, un droit positif de l'obligation *consentie*. Marqué par le subjectivisme des rapports entre égales souverainetés, il obéit encore aujourd'hui à la logique persistante d'obligations résultant essentiellement de la volonté formalisée des États.

De l'autre, l'affirmation, par étapes successives et démentis périodiques, d'un droit d'inspiration objectiviste, prétendant au contraire borner la liberté laissée aux souverainetés dans la définition des obligations auxquelles elles sont subordonnées. L'obligation y est alors destinée à être *assumée* par les sujets de droit, invités à en reconnaître le caractère obligatoire, sinon même en certains cas impératif, sans avoir pour autant nécessairement participé ou même expressément consenti à sa consécration.

I. — L'OBLIGATION CONSENTIE

La conception positiviste volontariste atteint sa maturité au début du XX^e siècle. Historiquement, l'une de ses contradictions est qu'au nom même de l'éviction, voulue

¹ On trouvera un développement de ce constat dans notre étude parue aux *Mélanges offerts à Hubert Thierry*, Paris, Pedone, 1998, sous le titre « L'enfer et le paradigme : libres propos sur les relations du droit international avec la persistance des guerres et l'objectif idéal du maintien de la paix », p. 187-200.

définitive, du jusnaturalisme et du recours à toutes *valeurs* fondatrices du droit, elle pérennise celles là mêmes que la Révolution française avait déclarées fondées sur des « *droits naturels, inaliénables et sacrés* », proclamés dès 1789. Idéologie paradoxale de la neutralité du droit, le positivisme a sans doute permis, au XIX^e siècle, l'essor de l'économie libérale mais aussi, à travers le mouvement constitutionnaliste, la subordination de l'État au droit (*Rechtsstaat*)². En droit international, particulièrement bien énoncée dans les écrits de Triepel et Jellinek, plus tard, de Jules Basdevant, il trouve peut-être son expression la plus pure dans l'œuvre scientifique et judiciaire de Dionisio Anzilotti, professeur à l'Université de Rome au début de ce siècle puis président de la Cour permanente de justice internationale, créée à la suite du premier conflit mondial comme avatar du mythe mobilisateur de la paix par le droit.

Au-delà des divergences qui opposent souvent entre eux ses différents rameaux, la conception positiviste se caractérise par une certaine vision de la *norme énonçant l'obligation* et, par voie de conséquence, de la *sanction provoquée par sa violation*.

A. — Comme Kelsen, son contemporain, Anzilotti affirme que

« tout ordre juridique consiste dans un complexe de normes qui tirent leur valeur obligatoire d'une norme fondamentale, à laquelle elles se ramènent toutes, directement ou indirectement. La norme fondamentale détermine, par suite, quelles sont les normes qui, par subordination à la première d'entre elles, composent un ordre juridique donné. Ce qui distingue l'ordre juridique international, c'est que, dans cet ordre international, le principe *pacta sunt servanda* ne repose pas, comme en droit interne, sur une norme supérieure ; c'est lui-même qui est la norme supérieure »³.

Curieusement, Anzilotti affirme à la suite que la conception du droit international qui vient d'être esquissée affirme la nécessité de fonder le droit positif sur un principe « *métaphysique* », voulant sans doute souligner par là que l'on ne peut pas davantage démontrer juridiquement le caractère obligatoire du droit que prouver rationnellement l'existence de Dieu.

En réalité, comme c'est également le cas chez la plupart des positivistes classiques, sa conception des sujets de l'ordre juridique international fonde celle qu'il se fait du système normatif et de la source de l'obligation en droit international. Cette vision est aussi aujourd'hui celle des services juridiques de tout État souverain, lesquels défendent et pratiquent – on pourrait difficilement le leur reprocher – une conception volontariste de l'obligation, même s'ils avouent parfois, en privé tout au moins, certaines des contraintes, issues notamment des pressions exprimées par l'opinion, dont sont issus leurs consentements.

Selon une telle vision, on l'a dit, tout découle en définitive des *sujets* ; et les sujets privilégiés, restés longtemps les seuls, sont aussi les auteurs des normes établissant

² Voir notamment M. Virally, *La pensée juridique*, L.G.D.J., Paris, Éditions Panthéon-Assas « Introuvables », 1998, p. XXI.

³ *Cours de droit international*, 1929, trad. Gidel, L.G.D.J., Éditions Panthéon-Assas « Introuvables », Paris, 1999, p. 44.

toute obligation juridique à laquelle ils sont soumis ; ce sont les États. L'obligation ne naît entre partenaires qu'à la condition que les uns et les autres se reconnaissent réciproquement la qualité de sujets actifs du droit international, bref, pour l'essentiel, qu'ils admettent la qualité d'État de celui avec lequel ils traitent. C'est dans cette mesure, mais dans cette mesure seulement, que l'on peut dire de la reconnaissance d'État qu'elle a valeur constitutive, vérifiant par là l'exactitude de la pensée de Hegel – encore lui – lorsqu'il déclarait :

« Exister comme tel pour un autre État, c'est-à-dire reconnu par lui, est sa légitimation première et absolue. [...] Pas plus que l'individu n'est une personne réelle sans relation à d'autres personnes, l'État n'est un individu réel sans relation à d'autres États. » ⁴

Il en résulte une théorie des sources du droit international réduite fondamentalement à l'unité. La seule source est l'accord, qu'il soit explicite, par voie de traité, ou non écrit, sous l'espèce coutumière. Comme le dira la Cour permanente de justice internationale présidée par le même Anzilotti, dans son arrêt du *Lotus*, en 1927 :

« Le droit international régit les rapports entre des États indépendants. Les règles de droit liant les États procèdent donc de la volonté de ceux-ci, volonté manifestée dans des conventions ou dans des usages acceptés généralement comme consacrant des principes de droit et établis en vue de régler la coexistence de ces communautés indépendantes ou en vue de la poursuite de buts communs. » ⁵

On conçoit dès lors aisément que, dans un univers juridique tout entier dominé par le consensualisme et la décentralisation des pouvoirs normateurs, il n'y ait en principe pas de place pour une hiérarchisation des sources entre elles, par exemple de la coutume au traité, ou inversement, puisque toutes ressortissent à la seule catégorie de l'accord de volontés. *Pacta sunt servanda* apparaît elle-même plutôt comme la résultante de ce primat de l'accord que comme la condition de son obligatorité.

La C.P.J.I. aura d'ailleurs l'occasion de l'affirmer dès son premier arrêt, rendu en 1923 dans l'affaire du *Vapeur Wimbledon*. Elle

« se refuse à voir dans la conclusion d'un traité quelconque, par lequel un État s'engage à faire ou à ne pas faire quelque chose, un abandon de sa

⁴ Hegel, *Principes de la philosophie du droit*, op. cit. § 331. Hegel note bien par ailleurs la dimension déclarative de la reconnaissance, qui rend cette dernière indépendante de l'existence réelle d'un État « existant en soi et pour soi », laquelle dépend « de son contenu, de sa constitution, de sa situation » (*Ibid.*). Sur les théories relatives à la portée de la reconnaissance en droit international, voir P.-M. Dupuy, *Droit international public*, Précis Dalloz, 4e édition, § 92-100.

⁵ *Rec. C.P.J.I.* Série A, n° 10, p. 18.

souveraineté. Sans doute, toute convention engendrant une obligation de ce genre apporte une restriction à l'exercice des droits souverains de l'État, en ce sens qu'elle imprime à cet exercice une direction déterminée. Mais la faculté de contracter des engagements internationaux est précisément un attribut de la souveraineté de l'État. » ⁶

B. — Toujours est-il que c'est encore la qualité des sujets de droit qui détermine aussi les *sanctions* consécutives à la méconnaissance de leurs obligations respectives. C'est en réalité parce que tous les États souverains sont égaux en droit que la contrainte de réciprocité assure entre eux la réalisation effective du respect d'obligations qui, toutes, sont ici perçues comme contractuelles ⁷.

On peut, dans ces conditions, aller jusqu'à se demander si l'on a encore vraiment besoin de la référence « métaphysique » à la norme *Pacta sunt...* C'est, en effet, la *structure même* du rapport synallagmatique entre les droits et les obligations établis entre partenaires du commerce juridique qui provoque l'intérêt de chacun au respect de ses engagements à l'égard des autres.

On remarquera ici que, dans un monde dominé par la réciprocité des droits et des obligations, au sein duquel chacun apprécie librement la légalité de sa conduite et celle de ses partenaires, la première sanction est logiquement l'*exception d'inexécution*, d'ailleurs aujourd'hui codifiée à l'article 60 de la convention de Vienne sur le droit des traités ⁸. Or, on doit constater qu'il s'agit là, par excellence, d'une sanction de caractère intrinsèquement *juridique*. Son contenu, symétrique de l'illicite auquel elle répond, satisfait l'exigence matérielle de proportionnalité de la réaction à l'offense ; quant à son exécution, elle n'exige nul recours à la coercition. Il n'est donc pas nécessaire, contrairement à ce que soutinrent Austin puis Kelsen ⁹, que la sanction présente un caractère *coercitif* ¹⁰.

Une autre question, trop souvent mêlée à la précédente, est celle de savoir, comme le prétend Kelsen, si l'efficacité de la norme – elle-même distincte mais liée à sa validité – comme la fondation du caractère obligatoire de la prescription que cette norme établit dépendent de l'organisation concomitante d'une sanction ¹¹.

⁶ *Rec. C.P.J.I.* Série A, n° 1, p. 25.

⁷ Ceci posé, toujours chez Anzilotti, c'est néanmoins la norme *Pacta sunt* qui fournit le critère formel permettant de distinguer les normes juridiques de celles qui ne le sont pas.

⁸ « Une violation substantielle d'un traité bilatéral par l'une des Parties autorise l'autre Partie à invoquer la violation comme motif pour mettre fin au traité ou suspendre son application en totalité ou en partie ».

⁹ Voir par exemple, de Kelsen, « Théorie générale du droit international public, problèmes choisis », *R.C.A.D.I.* 1932, IV, p. 124 et s. ; *contra*, M. Virally, *La pensée juridique*, *op. cit.* p. 67-71. Pour une discussion générale du problème des sanctions en droit international, voir notamment Ch. Leben, *Les sanctions privatives de droits ou de qualité dans les organisations internationales spécialisées*, Bruxelles, Bruylant, 1979, spécial. p. 36-72.

¹⁰ Même si les événements intervenus récemment au Kosovo rappellent que la réaction de dernier recours à l'illicite allégué reste l'utilisation de la force, et même de la force hors du système pourtant universel de la sécurité collective établi dans la Charte des Nations Unies.

¹¹ Voir Kelsen, « Théorie générale du droit international », *R.C.A.D.I.* 1932, IV, p. 138 : « Dire que la norme vaut, c'est dire que son contenu est posé ou supposé obligatoire. Nous avons déjà expliqué en quoi consiste cette force obligatoire : une action est obligatoire dans la mesure où il existe une norme qui fait d'un acte de contrainte la sanction de [p. 217-231]

Ayant déjà vu que cette sanction peut ne présenter qu'un caractère purement normatif, on doit admettre que la prévision par le droit d'une réaction à l'ignorance, par un sujet déterminé, de la règle primaire ¹² énonçant à son égard une prescription suffit à constituer le caractère obligatoire de cette dernière. Mais la sanction découle, comme on l'a vu, de la réciprocité des droits et des obligations ; elle consiste alors essentiellement dans la création d'une nouvelle norme posant une obligation secondaire, soit qu'il s'agisse de l'exception d'inexécution déjà mentionnée, soit qu'elle résulte de l'engagement de la responsabilité internationale de l'État auteur de la violation ¹³.

Dans le prolongement direct du système de sanction, dont elles constituent à vrai dire l'une des modalités d'exécution, on retrouve l'incidence directe de la réciprocité des droits et des obligations dans la persistance du recours aux *représailles*. Décidées par chaque État sur la base d'une auto-appréciation de la légalité du comportement des tiers, elles sont souvent, aujourd'hui, désignées sous le terme apparemment neutre de « contre-mesures » ¹⁴. En elles-mêmes attentatoires à son intégration, elles sont cependant admises par l'ordre juridique international ; ceci, au prix de leur soumission à certaines règles, à la fois procédurales et substantielles ¹⁵.

L'essor contemporain des organisations internationales a certes eu pour effet de renforcer dans une certaine mesure le conditionnement du recours aux contre-mesures, tout en laissant espérer leur relative centralisation. Tel est en particulier le cas dans le cadre des relations commerciales internationales, à la suite de l'évolution empirique du système du GATT de 1947 ou, plus encore, de l'élaboration du nouveau système de règlement des différends au sein de l'Organisation mondiale du commerce (O.M.C.), seulement entrée en fonction en 1995 ¹⁶. Plus largement, l'essor du phénomène

l'action contraire ». Voir aussi sa *Théorie pure du droit*, titre premier, Droit et valeur, p. 15 : « l'efficacité est une condition de la validité des normes juridiques [...] lorsqu'une norme attache à la condition d'une certaine conduite la conséquence d'une sanction, faisant ainsi de la conduite en question un délit, on devra dire que cette norme est efficace ». Pour une appréciation de l'incidence de l'œuvre de Kelsen en droit international, voir en particulier Charles Leben, « Hans Kelsen and the Advancement of International Law », *European Journal of International Law*, vol. 9, 1998, n° 2, p. 287-305, et d'une façon générale, dans le même numéro, la série des articles parus sous le titre « The European Tradition in International Law: Hans Kelsen ».

¹² Sur la distinction des règles primaires et des normes secondaires, voir H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Law Series, 1984, p. 89-96.

¹³ Voir, sur ce point, les développements de M. Virally dans *La pensée juridique*, *op. cit. supra*, p. 67-71 ; sur le rôle de la responsabilité dans le contentieux de la légalité internationale, voir notamment P.-M. Dupuy, « Responsabilité et légalité », in *La responsabilité dans le système international, colloque du Mans de la Société française pour le droit international*, 1990, Paris, Pedone, 1991, p. 263-298 ; sur les rapports entre droit des traités, ici évoqué à propos de l'exception d'inexécution, et droit de la responsabilité, voir, du même auteur, « Droit des traités, codification et responsabilité internationale », *Annuaire français de droit international*, 1997, p. 7-30.

¹⁴ Voir Charles Leben, « Contre-mesures, Répertoire de droit international », *Encyclopédie juridique Dalloz*, 1998.

¹⁵ Voir D. Alland, *Justice privée et ordre juridique international, étude théorique des contre-mesures en droit international public*, Paris, Pedone, 1994.

¹⁶ Sur la relation entre représailles, sanction et organisations internationales, voir Ch. Leben, *op. cit. supra* ; sur l'évolution du GATT 47 voir E. Canal-Forgues, *L'Institution de la* [p. 217-231]

institutionnel a eu pour effet de multiplier les ordres juridiques partiels au sein desquels le régime des sanctions, généralement établi dans l'acte constitutif de l'organisation, est à la fois préétabli et transféré des États membres à l'un des organes de l'organisation.

Cependant, contrairement aux espoirs de Wolfgang Friedmann¹⁷, le développement de l'institutionnel n'apporte pas encore de véritable exception au primat de la souveraineté, même si chaque organisation, désormais dotée de la personnalité juridique internationale, vient aujourd'hui concurrencer les États, désormais dépourvus du monopole de la qualité de sujets et confrontés à l'affirmation progressive de l'identité des institutions qu'ils ont eux-mêmes créées¹⁸.

En réalité, la première faille dans ce dispositif consensualiste, tout entier dominé, on l'a vu, non par l'identité sinon même l'existence de la norme fondamentale mais par les caractéristiques des sujets étatiques primaires et la réciprocité de leurs droits et obligations, intervient historiquement à une époque encore très proche de nous : à la suite immédiate du second conflit mondial, avec l'affirmation, en 1945, dans la Charte des Nations Unies, puis avec la Déclaration de 1948, de l'universalité des droits de la personne humaine.

Affirmation aux conséquences multiples dont les États devront, en principe, progressivement assumer toutes les implications logiques.

II. — L'OBLIGATION ASSUMÉE

L'obligation assumée se distingue de la précédente par le fait que le contrat y cède la place à la reconnaissance par le sujet de droit du caractère *unilatéralement* obligatoire de l'obligation. L'obligation y vaut d'abord par elle-même, du fait de l'autorité attachée à la règle substantielle qu'elle énonce, et non parce que le sujet qui lui est soumis y aurait

conciliation dans le cadre du GATT Bruxelles, Bruylant, 1993, 687 p. ; sur le système de règlement des différends de l'O.M.C., voir notamment Th. Flory, *L'Organisation mondiale du commerce*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 21-32.

¹⁷ W. Friedman, *The Changing Structure of International Law*, New York, Columbia University Press, 1964, spécial. p. 81-95. Pour une appréciation des évolutions intervenues depuis la parution de l'ouvrage précité de Friedmann, voir P.-M. Dupuy, « International Law : torn between Coexistence, Cooperation and Globalization », *European Journal of International Law*, Vol. 9, n° 2, 1998, p. 278-286.

¹⁸ C'est que l'organisation internationale n'est pas seulement un nouveau sujet de droit, opposant objectivement aux États qui la composent sa structure verticale. Instrument de la coopération, c'est aussi le lieu d'un affrontement entre souverainetés rivales, luttant entre elles pour s'assurer le contrôle de l'institution, perçue comme enjeu de pouvoir. (Voir P.-M. Dupuy, *Droit international public*, Précis Dalloz, 4e édition, 1998, p. 136-188). La décision de déclencher la sanction, du moins lorsqu'elle est prise par un organe politique, résulte ainsi d'une décision autant fondée en opportunité qu'en légalité. Le cas est plus complexe et, en principe, différent, lorsque, comme dans la nouvelle Organisation mondiale du commerce (O.M.C.) l'habilitation donnée aux États membres de recourir à des sanctions commerciales est donnée par un organe de nature juridictionnelle. Encore faut-il que les États membres, et, d'abord, le plus puissant d'entre eux, consentent à respecter les règles de l'O.M.C. en attendant l'autorisation de l'organe de règlement des différends pour prendre des sanctions, ce qui n'a pas encore été le cas, on s'en souviendra, dans l'affaire dite « des bananes », au début de 1999, dans le conflit commercial à épisodes opposant les États-Unis à l'Union européenne.

[p. 217-231]

P.-M. DUPUY

Arch. phil. droit 44 (2000)

conventionnellement consenti. On reviendra, cependant, sur le fait que tout élément consensualiste n'a pas pour autant disparu. Assumée, elle n'est pas subie. Pour être concrètement obéie, il reste en effet nécessaire que les sujets qu'elle oblige se reconnaissent liés par elle. Si le consentement n'y est plus le fondement de l'obligation, il y demeure ainsi dans la plupart des cas une condition de son efficacité.

On trouve ici une situation beaucoup plus proche de celles prévalant dans les droits internes, caractérisés par la subordination des sujets de droit au respect d'un certain nombre de dispositions, légales ou prétorienne, qu'aucun d'entre eux ne saurait enfreindre dans les rapports de droit qu'il établit avec ses pairs.

Pourtant, dans l'ordre interne, un tel système s'accompagne très généralement d'une centralisation du pouvoir sous l'autorité de l'État. Au contraire, l'obligation assumée apparaît en droit international alors même qu'y persiste la dispersion des centres de décision entre autant de souverainetés rivales. On voit ainsi apparaître une contradiction dynamique entre la structure de l'ordre juridique international et l'innovation affectant son système normatif.

Comme tempérament à la décentralisation radicale du pouvoir international, on retrouve sans doute ici l'incidence des organisations internationales universelles. De fait, plusieurs d'entre elles, dont, en premier lieu, l'Organisation des Nations Unies ont, particulièrement durant les années de la « coexistence pacifique » (années soixante et soixante-dix) contribué à cette évolution objectiviste. On a cependant eu tendance à en surestimer souvent la portée¹⁹. En réalité, les institutions internationales ont surtout contribué à permettre, dans des contextes politiques bien déterminés, à la création de majorités s'identifiant à la « communauté internationale ». Ces majorités posaient alors l'existence de certaines règles jugées par elles fondamentales, et déclarées, de ce fait, dotées d'une autorité juridique particulière²⁰.

Dans un tel contexte, répétons-le, la norme cesse alors d'être seulement perçue en fonction de ses caractéristiques techniques. Elle est d'abord appréciée par référence à son contenu matériel. C'est notamment ce qui a fait que les pays en développement ont voulu – non sans succès pendant un temps – utiliser la voie d'instruments juridiques pourtant formellement non juridiquement liants, tels des résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies, pour affirmer l'autorité intrinsèque de certains principes politiques à fondement ouvertement éthique²¹. La légalité formelle se double alors d'une légitimité normative, et la cloison, réputée étanche, que près d'un siècle de positivisme juridique s'était évertué à dresser, entre le droit et l'éthique, s'en trouve dès lors

¹⁹ Sauf à insister, comme le faisait René-Jean Dupuy, sur le fait que « l'institutionnel » demeure travaillé par des poussées corrélatives du « relationnel » ; voir notamment R.-J. Dupuy, « Communauté internationale et disparités de développement, cours général de droit international public », *R.C.A.D.I.* 1979, tome 165, 231 p. et le recueil d'articles réunis sous le titre *Dialectiques du droit international*, Paris, Pedone, 1999.

²⁰ Voir P.-M. Dupuy, *Droit international public*, Précis Dalloz, *op. cit.* § 364-400, par-tic. § 396-400.

²¹ Voir notamment, outre le cours général de René-Jean Dupuy à l'Académie de La Haye (1979), notamment dans sa seconde partie, intitulée dialectique de la puissance et de la justice, celui de Michel Virally, « Panorama du droit international contemporain », *R.C.A.D.I.* 1985, tome 183, V, p. 317-333. Comparer en particulier avec celui de Georges Abi-Saab, 1987, tome 207, en particulier p. 452-459.

sérieusement ébranlée. De ce phénomène contemporain on relèvera certaines des manifestations normatives avant d'apprécier leur portée.

A. — L'une des premières manifestations du phénomène précité apparaît, précisément, à la fin de l'été 1969, avec l'adoption, à la conférence de Vienne, tenue sous l'égide des Nations Unies, de la convention de codification du droit des traités entre États. Cette convention, entrée en vigueur en 1980 mais toujours pas ratifiée par la France, doit précisément cette objection française persistante à la disposition posée à son article 53. Il se lit comme suit :

« Est nul tout traité qui, au moment de sa conclusion, est en conflit avec une norme impérative du droit international général. Aux fins de la présente convention, une norme impérative du droit international général est une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale dans son ensemble. »

Il s'agit évidemment d'une innovation fondamentale dans le système juridique international. Elle introduit en effet une limitation à la liberté contractuelle des États souverains, jusque-là à peu près absolue. La difficulté majeure introduite par l'affirmation de l'existence d'un *jus cogens* international vient cependant essentiellement de l'indétermination relative des normes ainsi dotées d'impérativité, même si la pratique internationale comme l'adoption de textes normatifs ultérieurs ont considérablement réduit l'imprécision du contenu de la notion ²².

Toujours est-il que, dans une telle configuration, l'obligation juridique à laquelle sont soumis les États oppose à leur liberté contractuelle les bornes fixées par une sorte d'ordre public international. La spécificité première d'une norme de *jus cogens* tient en effet à son caractère indérogeable. L'inspiration objectiviste est alors indéniable ²³.

Une seconde manifestation de la même tendance normative est pratiquement contemporaine de l'adoption, en 1969, du texte de la convention de Vienne précitée. Elle sera constituée, un an plus tard, par l'*obiter dictum* énoncé par la Cour internationale de justice dans son célèbre arrêt relatif à la *Barcelona Traction*. Elle a trait à l'affirmation de l'existence d'obligations *erga omnes* en droit international :

« Une distinction essentielle doit en particulier être établie entre les obligations des États envers la communauté internationale dans son ensemble et celles qui naissent vis-à-vis d'un autre État dans le cadre de la protection diplomatique. Par leur nature, les premières concernent tous les

²² Pour une analyse détaillée de la notion et l'indication des principales références bibliographiques, voir P.-M. Dupuy, *Droit international public*, Précis Dalloz, 4e édition, 1998, notamment § 25, 97, 106, 266-268, 332, 355.

²³ Certains y ont vu, non forcément sans raison, utilisé par ses promoteurs à des fins stratégiques, le retour offensif d'une version modernisée du droit naturel dont il n'est sans doute pas faux de dire que le contenu et l'interprétation se prêtent à bien des manipulations politiques.

États. Vu l'importance des droits en cause, tous les États peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à ce que ces droits soient protégés ; les obligations dont il s'agit sont des obligations *erga omnes* » ²⁴.

Cette catégorisation des obligations à raison de leur portée apparut à l'époque comme très neuve et en relation directe avec l'avancée annoncée par l'article 53 de la convention de Vienne à propos du *jus cogens*. Comme lui, elle affirme l'existence d'obligations existant à l'égard de tous à raison de l'importance sociale de leur contenu, lequel est déclaré d'importance essentielle pour la communauté internationale dans son ensemble.

Le même arrêt cite, à titre d'illustration,

« la mise hors la loi des actes d'agression et du génocide mais aussi des principes et des règles concernant les droits fondamentaux de la personne humaine, y compris la protection contre la pratique de l'esclavage et la discrimination raciale. » ²⁵.

On doit cependant préciser que, si toutes les obligations impératives sont, par définition, dotées d'une portée *erga omnes*, la réciproque n'est pas forcément vraie. Il existe en effet des normes de droit international dont l'importance justifie qu'elles s'appliquent à tous mais pas nécessairement qu'elles soient insusceptibles de dérogation, unilatérale ou conventionnelle. Il en va par exemple ainsi de la règle garantissant la liberté du passage inoffensif dans les eaux territoriales d'un État côtier. Des exceptions conditionnelles sont susceptibles de lui être apportées, selon des modalités fixées par le droit. Il est par ailleurs certain qu'il existait des obligations dotées d'une portée *erga omnes* avant l'affirmation de l'existence en son sein de règles de *jus cogens*. Ainsi en va-t-il de l'exemple précité, ou du principe de liberté de la haute mer ou bien encore de celui de l'égalité souveraine des États comme des règles qui en découlent.

L'affirmation posée par la Cour dans l'affaire de la *Barcelona* confirme quoi qu'il en soit la percée et l'extension du champ matériel d'extension de ce type d'obligations universelles ²⁶.

La troisième manifestation de la poussée objectiviste qui vient à l'encontre des fondements consensuels de l'obligation internationale classique est constituée par l'affirmation d'un dédoublement des catégories de l'illicite, en droit international de la responsabilité internationale des États. Elle se situe elle aussi dans la suite logique de l'affirmation d'un droit de la communauté internationale, puisqu'elle prévoit l'établissement d'un régime spécifique – non encore clairement déterminé en droit positif – à raison de la « violation d'une obligation essentielle pour la sauvegarde d'intérêts fondamentaux de la

²⁴ Arrêt du 4 février 1970, *Recueil C.I.J.*, 1970, p. 32, § 33.

²⁵ *Ibid.* § 34.

²⁶ Pour des explications complémentaires, voir P.-M. Dupuy, *Droit international public*, *op. cit.* § 376, 403, 457, 553, 554.

communauté internationale » qualifiée de « crime d'État »²⁷. Or, on retrouve dans la liste exemplative fournie par l'article 19 du projet de codification du droit de la responsabilité proposant cette norme dès 1976 les mêmes règles que celles énoncées quelques années plus tôt par la Cour internationale de justice à propos des obligations *erga omnes* (interdictions de la violation d'une obligation relative au maintien de la paix ou des règles interdisant l'esclavage, le génocide, l'apartheid ou la méconnaissance des droits des peuples)²⁸.

Quel que soit l'avenir réservé à cette notion encore très discutée par bien des États, il est d'ores et déjà à peu près certain que la Commission du droit international, organe de préparation des projets de codification du droit international au sein des Nations Unies, retiendra l'idée selon laquelle il existe des faits illicites qui ne sont pas seulement justiciables d'une obligation réparatoire mise à la charge de leur auteur. Dans le cas d'un crime international, l'État responsable se voit également désigné comme le destinataire d'un type spécifique de sanctions, pouvant elles-mêmes prendre le caractère de « contre-mesures ». Prises en défense de la légalité jugée supérieure par cette communauté parce qu'elle l'estime être nécessaire au maintien de sa propre cohésion, sinon de son hypothétique intégrité, ces sanctions collectives ou individuelles manifestent la suppression du dommage individualisé comme condition de mise en œuvre de la responsabilité.

On sort ainsi du rapport intersubjectif jusque-là établi, en conformité avec les prémisses du droit international classique, entre l'auteur du fait illicite et l'État spécifiquement lésé par cette violation de son droit propre. Ici, l'intérêt à l'action en responsabilité se généralise et, devenu objectif, doit logiquement être soit exercé par un organe centralisant la défense des intérêts de la communauté internationale soit pouvoir être mis en œuvre par chacun de ses membres, au titre d'une véritable *actio popularis* internationale. On assiste alors à une novation du motif mais aussi des mobiles de ces actions réactives. Leur forme revêt, certes, celle des représailles du droit international classique, par ailleurs toujours d'actualité ; mais leur usage sort bien souvent du cadre étroit des relations bilatérales fondées sur une étroite relation de réciprocité. L'atteinte aux normes d'ordre public international constituant un préjudice ressenti par tous, chacun se sent vocation, dans un tel contexte, du moins lorsque l'opportunité politique lui paraît le justifier, à prendre des contre-mesures à l'encontre de l'État fauteur de troubles.

Cette pratique est paradoxale dans la mesure où elle entend ainsi mettre au service de normes indérogeables un instrument juridique pourtant forgé dans le cadre bien spécifique de la réciprocité des droits et des obligations.

La quatrième manifestation de la même tendance normative est illustrée par ce qu'on peut aujourd'hui appeler la montée en puissance de la justice pénale internationale. Elle est constituée par la création, en 1993 et 1994, des deux tribunaux pénaux « *ad hoc* » respectivement chargés de juger les auteurs des « violations graves du droit humanitaire international commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie » (assassinat, extermination, réduction en esclavage, expulsion, emprisonnement, torture, viol...), et ceux du

²⁷ Voir analyse de la notion et références bibliographiques in P.-M. Dupuy, *op. cit.* § 457-458.

²⁸ Sur la responsabilité pour crimes internationaux de l'État, voir les développements et la bibliographie indiqués dans P.-M. Dupuy, *Précis de droit international, op. cit.* § 457-458. [p. 217-231] P.-M. DUPUY Arch. phil. droit 44 (2000)

génocide commis au Rwanda, à l'initiative du Conseil de sécurité des Nations Unies ²⁹. La première de ces deux institutions a progressivement pris un ascendant indéniable. Sa première chambre a en particulier affirmé avec beaucoup de fermeté, en décembre 1998, la qualification de norme de droit impératif appliquée à l'interdiction de la torture ³⁰. L'inculpation de Slobodan Miloscevic par son procureur a par ailleurs marqué l'importance croissante de la responsabilité internationale individuelle pour crimes contre l'humanité. Enfin, l'adoption du Statut de la future Cour pénale internationale à Rome, en juillet 1998, même si son entrée en vigueur future pose encore beaucoup de problèmes politiques et techniques, confirme que ce type de responsabilité sera sans doute pérennisé dans l'ordre juridique international. Son article 5 investit la Cour de la compétence de juger, lorsque les tribunaux des États parties ne le font pas, les « crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale », au titre desquels le génocide, les crimes contre l'humanité, les crimes de guerre et le crime d'agression.

Ce dernier constitue à la fois un crime individuel et un « crime d'État » au sens, déjà relevé, où l'entend le projet de la C.D.I. sur la responsabilité internationale des États.

Du point de vue du statut de l'obligation en droit international, l'affirmation d'un droit pénal international manifeste que certaines d'entre elles s'appliquent désormais aux individus et non plus seulement aux États ou aux organisations internationales intergouvernementales. Le statut de l'individu en tant que sujet du droit international s'en trouve ainsi complété et consolidé. Il n'est plus seulement titulaire de droits dont certaines procédures lui donnent la possibilité conditionnelle de demander directement le respect par les États. Il devient aussi susceptible d'être déclaré directement et personnellement responsable pour atteinte à des obligations pesant désormais à la fois sur les États (au titre du droit international humanitaire et des droits de l'homme) et sur les individus (à celui du droit international pénal).

On relèvera, enfin, au sein d'une jurisprudence dans l'ensemble très classique, que la Cour internationale de justice, dans son avis consultatif de 1996 sur la légalité de la menace ou l'emploi des armes nucléaires, a souligné, quoiqu'à une faible majorité, l'autorité « intransgressible » des « principes cardinaux contenus dans les textes formant le tissu du droit humanitaire » ³¹. Malgré la prudence de l'avis, qui refuse de se prononcer sur la question de savoir si « intransgressibilité » et « impérativité » sont absolument synonymes, cette affirmation contribue à souligner l'existence, en droit international positif, de normes en tout cas indérogeables par voie conventionnelle.

B. — La portée de la tendance de plus en plus affirmée en faveur de l'existence de normes s'imposant aux États en dehors même de leur assentiment formel n'est pas forcément facile à déterminer. La pratique internationale est en effet encore trop souvent inconstante pour que l'on soit assuré de l'importance exacte d'un mouvement allant en large mesure à l'encontre du consensualisme dominant le droit international classique.

²⁹ Voir le texte des résolutions 808 et 827 du Conseil de sécurité, in *Grands textes de droit international public*, Paris, Dalloz, 1996, p. 288 et 290.

³⁰ Arrêt du 10 décembre 1998, affaire n° IT-95-17/1-T, *Procureur c. Furnudzija*, § 153.

³¹ *Recueil des arrêts et avis de la C.I.J.* 1996, avis du 6 juillet 1996, § 78 et 79.

Comme on l'a déjà dit plus haut, on aurait cependant tort d'opposer de façon radicale consensualisme et impérativité de l'obligation, comme le font pourtant trop classiquement de nombreux auteurs³². C'est, en effet, nous semble-t-il, négliger le fait que le droit impératif est lui-même *supposé consenti comme tel par les États*. La part de fiction qu'il y a dans cette présomption est évidente. Mais la fiction est un instrument ordinaire à la fois de la technique et de la politique juridiques. En l'occurrence, elle ne semble pas plus grande que la part qu'elle prend dans le fondement de l'autorité de beaucoup d'autres règles ou institutions jusque-là connues par le droit international classique. Le caractère indémontrable d'une telle présomption n'est, par exemple, pas davantage marqué que celui qui fonde l'autorité reconnue à la règle *Pacta sunt...* elle-même.

Dans une telle perspective, la théorie de l'objection persistante comme son application par la France à la notion même de droit impératif semblent constituer en réalité des rappels par les États qui s'en prévalent de la part consensuelle qui subsiste dans la reconnaissance de l'autorité particulière accordée à certaines normes³³.

En réalité, même établis par la coutume, donc, en droit international général, ces principes ne sont difficilement identifiables qu'autant qu'on veut rejeter en bloc la notion même de droit impératif. Or, il serait aisément démontrable qu'ils présentent pratiquement tous, directement ou indirectement, un lien avec un traité, la Charte des Nations Unies, laquelle prend, dès lors une sorte de valeur quasi constitutionnelle³⁴.

Ainsi, pour devoir être ensuite assumée, assortie des contraintes qu'elle entraîne, l'obligation impérative n'en est-elle pas moins consentie. Comme on le reverra plus tard, trop d'auteurs se réclamant, notamment en France, du positivisme, ont tendance à le nier, confondant ainsi la non-dérogeabilité de la norme impérative avec ce qu'ils prennent pour ce qu'on serait tenté d'appeler sa « non-consensualité »³⁵. De plus, le fait

³² Voir en particulier la brillante démonstration de J. Combacau, « Le droit international : bric-à-brac ou système ? » in *Le système juridique, Archives de philosophie du droit*, tome 31, Paris, Sirey, 1986, partic. p. 102-103.

³³ On notera d'ailleurs, dans le cas de la France, la profonde contradiction qui s'est peu à peu accentuée, entre 1969 et son engagement au Kosovo, entre la persistance de son refus du droit impératif et les initiatives qu'elle n'a pas hésité à prendre pour marquer la priorité absolue qu'elle accordait au respect des droits de la personne humaine. Comme composantes de la « communauté internationale dans son ensemble » (art. 53 de la convention de Vienne précitée) les États sont présumés reconnaître le caractère fondamental, par exemple, de l'interdiction du recours à la force, du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, du respect des libertés fondamentales de la personne humaine, comme de l'égalité souveraine des États.

³⁴ Sur la discussion de la portée « constitutionnelle » de la Charte des Nations Unies à l'échelle de la communauté internationale, défendue notamment par certains auteurs allemands contemporains, voir notre analyse critique : P.-M. Dupuy, « The Constitutional Dimension of the Charter of the United Nations Revisited », in *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 1, 1997, Kluwer Law International, p. 1-33.

³⁵ Une interprétation possible de l'affaire du Kosovo serait alors de conclure que le non-respect, par l'un des membres de la communauté, de l'une ou plusieurs des règles reconnues impératives par les autres entraîne pour lui le risque de s'exposer à la coercition armée comme sanction mais aussi comme mode violent d'exécution forcée desdites obligations. Il s'agirait cependant seulement là d'un risque, non d'une échéance inéluctable, puisque l'appréciation de l'opportunité du déclenchement de la sanction demeure subordonnée à une appréciation politique, qu'elle intervienne à l'intérieur ou hors du cadre défini par le système de la sécurité collective mis en place par le chapitre VII de la Charte des Nations Unies. C'est ce qui explique [p. 217-231]

que l'on trouve à l'origine historique de ces affirmations de droit une stratégie normative imputable à un groupe déterminé d'États – par exemple, dans un cas les pays en développement ou, dans un autre, les pays occidentaux – ne saurait avoir aucune incidence sur leur validité juridique, laquelle ne dépend que de la mesure de leur effectivité. On pourrait aisément démontrer qu'il en est toujours allé ainsi et que, par exemple, comme le reconnaissait Philip Jessup, l'institution classique du droit de la responsabilité doit beaucoup de ses traits à la « *big stick policy* » de la fin du XIX^e siècle.

Dire du droit impératif « que son concept même implique des conséquences que le système ne tolère pas actuellement et ne pourrait tolérer sans perdre l'un de ses éléments constitutifs »³⁶ paraît dès lors relever d'une vision idéale, posée *a priori*. Le droit international n'a pas à être conforme à la vision que veulent s'en faire ses analystes. Il est tel qu'il se fait, non tel qu'ils le souhaitent. Et il est, effectivement, contradictoire. Il tente, au gré des fluctuations de la conjoncture comme des manipulations de la politique, de concilier la logique latérale classique du consensualisme avec la verticalité des références à un ordre public de la communauté internationale, dont on reconnaîtra volontiers qu'elle présente elle-même un caractère partiellement mythique. Mais refuser cette contradiction inhérente du système juridique international contemporain parce qu'elle cadre mal avec l'image idéale que l'on veut s'en faire revient à occulter l'un des éléments moteurs de sa dynamique propre³⁷.

Le droit international actuel n'est pas un jardin à la française. C'est ainsi. Si l'on veut bien faire attention au poids du temps sur le droit, et des valeurs proclamées par les normes sur les évolutions substantielles de ces normes elles-mêmes, c'était déjà inscrit, dès 1945, dans les tensions inhérentes au texte de la Charte des Nations Unies. La démarche positiviste ne consiste pas à le déplorer, mais à en faire le constat et l'analyse sans *a priori*. On ne peut pas davantage parler du « génie propre du droit international » que dire que « la nature a horreur du vide », sans risquer du même coup de revenir à l'âge métaphysique selon Auguste Conte.

Cela ne doit pas pour autant nous interdire, pour conclure ces trop brèves remarques, d'élargir un peu le champ, comme y incite au demeurant une démarche inspirée par la philosophie du droit.

On observera, en particulier, dans le contexte qui vient d'être rappelé, l'un des traits majeurs de l'évolution récente. Alors que les années soixante-dix avaient déjà vu l'affirmation de l'humanité comme titulaire d'un « patrimoine commun » dont la sauvegarde incombe à toutes les composantes de la communauté internationale, les années quatre-vingt-dix, grâce à l'éphémère fonctionnement du système de la sécurité collective, ont donné lieu à la proclamation des droits de l'humanité mais cette fois à travers l'établissement de la sanction pénale des atteintes à ses dépositaires individualisés.

que que la violation des mêmes principes par d'autres pays n'entraîne pas en pratique les mêmes conséquences coercitives.

³⁶ J. Combacau, « Le droit international : bric-à-brac ou système ? », *op. cit.* p. 103.

³⁷ Voir, à cet égard, le cours général du professeur Proper Weil à l'Académie de droit international de La Haye, *Le droit international en quête de son identité*, 1992, VI, tome 237, notamment p. 306-312.

Alors même que subsiste l'essentiel du droit international classique, marqué par le primat de la volonté souveraine des États, on voit ainsi s'affirmer concurremment la vieille idée kantienne – ultérieurement reprise, à leur manière, par des internationalistes objectivistes comme Georges Scelle – selon laquelle l'homme est la fin dernière de la création et donc aussi du droit international.

Commentant la division des devoirs de droit selon Ulpian, Kant définissait « l'honnêteté juridique » comme procédant du droit de l'humanité en notre propre personne : elle exige de tout homme qu'il ne se considère jamais en lui-même ni dans ses rapports avec les autres comme un moyen mais comme une fin. Cette première exigence est complétée, nous disait-il, par la maxime du « *naeminem laedere* » qui, ordonnant de ne faire de tort à personne, participe de la même exigence du respect de l'humanité en tout homme ³⁸.

Ainsi, désormais, coexistent souvent de façon contradictoire deux fondements à l'obligation internationale. L'un demeure tourné vers l'affirmation des droits de l'État. L'autre proclame les droits de l'humanité dans chacun d'entre nous. La Souveraineté n'est pas forcément irréconciliable avec l'humanité, ni l'esprit des lumières déjà à l'origine du *Projet de paix perpétuelle* inspirateur des Nations Unies avec la persistance des identités nationales.

La recherche du renoncement à la force comme celle de triomphe des droits de l'humanité sont, à la fois, des règles de droit positif et des impératifs catégoriques de la vie internationale. Leur avènement ne sera jamais pleinement réalisé, dans une histoire toujours recommencée, et dont aucune finitude n'est décidément perceptible...

Institut des Hautes Études internationales
12 place du Panthéon
75231 Paris Cedex 05

³⁸ Voir Simone Goyard-Fabre, *La philosophie du droit de Kant*, Paris, Vrin, 1996, notamment p. 30-33 et 237- 266 ; du même auteur, voir aussi *La construction de la paix ou le travail de Sisyphe*, Paris, Vrin, 1994, notamment p. 225-263.

[p. 217-231]

P.-M. DUPUY

Arch. phil. droit 44 (2000)