



L'ECHELLE DE NORMATIVITE DU DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

A. KPODAR
Faculté de Droit
Université de Lomé (Togo)

INTRODUCTION

Dans sa conception utilitariste¹, toute règle de droit par définition, présente une certaine fonction sociale. Mais, celle-ci est hiérarchisable, au regard de son intérêt pour la communauté qu'elle est destinée à régir. Cette idée de théorie juridique, bien réelle dans l'ordre interne des Etats, est transposable dans l'ordre international moderne, qui repose désormais sur une hiérarchie des « rapports entre normes cardinales et les autres »², renvoyant ainsi à l'image d'une échelle de normativité du droit international.

Apparue sous la plume de Prosper Weil dans un article à fort retentissement³,

l'échelle de normativité⁴ traduit l'idée de l'école du normativisme kelsénien⁵. Le terme norme⁶ est utilisé pour désigner « un concept plus général que celui de « règle »⁷ ou de « loi », couvrant toutes les variétés d'obligations de permissions d'édicions, quel que soit le domaine (droit, morale, etc) et quel que soit le degré de généralité ou de particularité, d'abstraction ou de

internationales ; en elles-mêmes elles ne constituent pas cependant la source formelle de normes nouvelles... ; mais de là à les intégrer dans le système normatif sous couvert d'une échelle de normativité, il y a un pas que l'on ne saurait franchir sans nier la spécificité du phénomène juridique ».

⁴ Cette échelle de normativité a été démontrée non seulement dans le cadre du droit international général, mais aussi en ce qui concerne le droit de la mer, par le même auteur : *Perspectives du droit de la délimitation maritime*, Paris Pedone, 1988.

⁵ Au sens large, le normativisme désigne toute théorie du droit, d'origine positiviste, qui considère le droit comme un ensemble de norme. Au sens strict, il concerne l'un des principaux courants du positivisme juridique incarné par Hans Kelsen.

⁶ V. Beaud (O.), *Théorie générale des normes*, Paris, PUF, 1996.

⁷ La règle de droit est définie comme « toute norme juridiquement obligatoire (normalement assortie de la contrainte étatique), quels que soient sa source (règle légale, coutumière), son degré de généralité (règle générale, spéciale), sa portée (règle absolue, rigide, souple, etc. », Cornu (G.), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2004, pp. 774-775. Lire aussi avec intérêt, de Bechillon (D.), *Qu'est-ce qu'une règle de droit*, Paris, Odile Jacob, 1997.

¹ L'utilitarisme comme doctrine révèle le penchant naturel de l'homme à rechercher dans la règle de droit une finalité particulière qui puisse participer à son bien-être et à son bonheur. V. Bentham (J.), *Principes de la morale et de la législation*, 1789 ; Audard (C.)/Thierry (P.), dir., *L'utilitarisme ; Essai sur Bentham*, Paris, PUF, 1998 ; Canto-Sperber (M.), *La philosophie morale britannique*, Paris, PUF, 1994.

² Dupuy (P.-M.)/Kerbrat (Y.), *Droit international public*, Paris, Dalloz, 2010, p. 20.

³ « Vers une normativité relative du droit international ? », *RGDIP* 1982, p. 12. A propos des résolutions des organisations internationales : « Expression sociologique et politique de tendances, d'intentions, de souhaits, les résolutions peuvent constituer une étape importante dans le processus d'élaboration des normes

concrétisation»⁸. La norme en droit international pourrait être définie de deux manières : de par sa nature, elle correspond à tout acte juridique qui dicte à ses destinataires ou à ses sujets ce qu'ils doivent faire (normes prescriptives), ce qu'ils ne doivent pas faire (normes prohibitives), ce qu'ils peuvent faire (normes permissives) et qui constituent des sources de droits et d'obligations juridiques ; de par ses fonctions⁹, en ce que la norme internationale a pour finalité de régler les relations internationales¹⁰. La normativité c'est simplement la juridicité de la norme¹¹. C'est à l'aune de ce caractère que la doctrine a discuté d'une part du caractère primitif¹² et imparfait du droit international et d'autre part, du contenu de la norme internationale. De même, on s'accordera que la distinction hard law/ soft law¹³ n'éluide en rien le caractère normatif des règles du droit international. De ce point de vue, la normativité est une question de degré et non de nature, ce qui naturellement débouche sur une échelle de normativité, ou de niveau de normativité, c'est-à-dire une normativité par degré ou gradué, construite sous forme de pyramide. L'échelle de normativité suppose

donc l'existence dans l'ordre juridique¹⁴ considéré, de certaines normes qui ont une charge ou une intensité de juridicité plus lourde que d'autres, de sorte que la gradation ne s'effectue plus entre les normes et les non normes, mais au sein des normes qui se situeraient au fondement, à l'instar de la Grundnorm de Hans Kelsen¹⁵, et qui seraient supérieures aux autres. La typologie sub-normative et super-normative est ici alléchante et caractérise l'échelle de normativité qui s'articule bien dans le domaine normatif lui-même. Par ailleurs, cette gradation des normes débouche sur l'existence d'un ordre juridique¹⁶, car pour Kelsen, l'ordre juridique¹⁷

⁸ Pfersmann (O.)/Alland (D.)/Rials (S.), Dictionnaire de la culture juridique, Paris PUF, 2003 p. 1079

⁹ Carbonnier (J.), *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, LGDJ, 1995.

¹⁰ Guggenheim (P.), *Traité de droit international public*, Genève, Geog, T. I, 1967, p. 1.

¹¹ Pour certains, il s'agit d'un « néologisme juridique, désignant le caractère de ce qui peut répondre à la définition d'une norme (caractère normatif) », Salmon (J.), dir., Dictionnaire de droit international public, Bruxelles, Bruylant/AUF, 2001, p. 751.

¹² Virally (M.), « Sur la prétendue « primitivité » du droit international », Recueil de Travaux, Assemblée de la Société suisse de juristes à Genève du 3 au 5 octobre 1969, Mémoires publiés par la Faculté de droit de Genève, n° 27, Genève, Librairie de l'Université Geog & Cie, 1969, pp. 201-213 ; ou, in *Le droit international en devenir, Essais écrits au fil des ans*, Genève, IUHEI, Paris, PUF, 1990, pp. 91-101.

¹³ Dupuy (R.-J.), « Droit déclaratoire et droit programmatoire : de la coutume sauvage à la soft law », *L'élaboration du droit international public*, Paris, Pedone, 1975, pp. 132 et ss. Il semble qu'il vaut mieux réserver l'appellation de soft law aux règles peu contraignantes, car les obligations pré-juridiques ne sont ni de la soft law ni du hard law. Elles ne possèdent pas tout simplement cette nature.

¹⁴ Par ordre juridique on entend « l'ensemble structuré en système, de tous les éléments entrant dans la constitution d'un droit régissant l'existence et le fonctionnement d'une communauté humaine ». On distingue dans la théorie deux courants, en ce qui concerne sa nature : les théories normativistes de l'ordre juridique et les théories non exclusivement normativistes de l'ordre juridique. L'ordre juridique présente également trois caractères : l'efficacité, l'unité et la complétude. Cf. note 18. Voir aussi, Leben (Ch.), « Ordre juridique », in Alland (D.)/Rials (S.), dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, pp. 113-118.

¹⁵ L'auteur préfère dire au fond que cette norme est hypothétique ou qu'elle se résorbe dans la règle *pacta sunt servanda*. Mais, dans ses écrits ultérieurs, Kelsen a démis cette règle de sa fonction de norme fondamentale, pour la réduire au statut d'une des principales règles de droit international coutumier. Sur la pyramide hiérarchique en droit international, il y a trois degrés ou niveaux : le troisième niveau contient les normes créées par les tribunaux internationaux ou par des organisations internationales institués par la voie de traités (droit conventionnel dérivé) ; le second niveau étant occupé par les traités internationaux, lesquels reposent sur le socle du premier niveau du droit international général, de nature coutumière et dont l'une des normes les plus importantes est la règle Pacta. Apparemment située à la couche relativement la plus élevée du droit positif, cette règle ne saurait remplir la fonction hypothétique de norme fondamentale : « la norme fondamentale supposée en droit international est une norme qui fait de la coutume fondée par la conduite mutuelle des Etats un mode de création de droit », voir Rigaux (F.), « Kelsen et le droit international », *RGDIP* 1996/2, pp. 384 et ss..

¹⁶ Ce dernier peut ou non s'inscrire dans le cadre d'un système juridique. V., Bulygin (E.), « Système juridique et ordre juridique », in *L'architecture du*

ne se résume pas seulement à l'assemblage des normes juridiques en vigueur dans une société donnée, mais correspond à une certaine manière dont les normes sont agencées entre elles¹⁸ et la caractéristique fondamentale de cet ordre est d'être hiérarchisé¹⁹. C'est fort de ces considérations préliminaires, que la théorie normativiste kelsénienne explique le fondement de la juridicité du droit international par la loi dite « loi de normativité », car sous la forme d'un système, les normes juridiques y sont ordonnées et hiérarchisées. Cette hiérarchie postule que chaque norme tire sa force obligatoire d'une autre qui lui est supérieure²⁰.

Mais, pour mieux comprendre ce phénomène d'échelle de normativité, il importe d'une part, de se référer à sa description dans l'ordre interne, et d'autre part, à son appréhension dans l'ordre international, à

droit, Mélanges en l'honneur de Michel Troper, préc., pp. 223-247.

¹⁷ Romano (S.), *L'ordre juridique*, Paris Dalloz, réed., 2002.

¹⁸ Michel Virally définit l'ordre juridique comme « un ensemble cohérent ou système de normes juridiques régissant une société donnée », « Notes sur la validité du droit et son fondement », *Mélanges Eisenmann*, Paris, Cujas, 1975, p. 459. Paul Reuter pense que « tout ordre juridique se caractérise par des normes générales et individuelles qui le constituent et par le caractère ordonné de cet ensemble et par une plénitude plus ou moins marquée », *Droit international public*, Paris, Thémis, 1976, p. 35. Cette exigence de cohérence interne n'apparaît pas dans la définition que propose Charles Rousseau, pour qui l'ordre juridique est « l'ensemble des règles de conduite obligatoires qui régissent les rapports sociaux dans un milieu déterminé et qui sont habituellement sanctionnées en vue d'ordonner et de maintenir dans ce milieu l'indispensable cohésion », *Droit international public*, I, Paris Sirey, 1970, p. 24.

¹⁹ « L'ordre juridique-écrit Hans Kelsen-, n'est pas un système de normes juridiques placées toutes au même rang, mais un édifice à plusieurs étages superposés, une pyramide ou hiérarchie formée d'un certain nombre d'étages ou couches de normes », *Théorie pure du droit*, Trad. Charles Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962, p. 299.

²⁰ Le Maître a été cependant critiqué par son disciple. V., leben (Ch.), « Compagnolo et kelsen ou les mésaventures d'un maître avec son disciple », *L'architecture du droit, Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris, Economica, 2006, pp. 602-623.

travers son évolution. En premier lieu, dans l'ordre interne, l'échelle de la normativité est bien établie²¹ même si en la matière, il n'y a pas unanimité dans la doctrine comme en témoignent d'ailleurs, les grandes controverses dont elle est sujette²².

En deuxième lieu, le droit international classique repose sur le principe des « équivalences normatives »²³, en vertu duquel il n'existe pas de hiérarchie entre les normes. Mais ce principe ne va pas résister à la nouvelle dynamique en œuvre au sein de l'ordre juridique international. Sous l'effet conjugué de différents facteurs -politiques, économiques, idéologiques...-, a jailli une conscience d'interdépendance, à travers l'émergence d'une communauté internationale chargée de construire et de défendre les intérêts communs de ses membres. Cette mutation va fendre l'armure de l'unité du système normatif traditionnel, par l'affirmation depuis un peu plus de cinquante ans des règles ayant un caractère d'ordre public, notamment avec l'adoption de la Convention de Vienne sur le droit des traités le 23 mai 1969. Les notions de règles impératives, de *jus cogens*, d'obligations font leur apparition aussi bien dans le droit international général, que spécial comme le droit international des droits de l'homme, le droit international pénal et le droit international humanitaire. Commun à tous les Etats membres de cette communauté, cet ordre sera constitué de règles auxquelles nul ne saurait déroger sans mettre en péril la viabilité sinon la survie de l'ensemble juridique concerné ; chacun a alors le droit de réclamer le respect de telles normes.

L'institutionnalisation de la société internationale, avec l'apparition des organisations internationales semble avoir renforcé cette idée d'une hiérarchie des normes en droit international. L'exemple le plus fréquemment évoqué dans la doctrine est

²¹ En droit interne, la norme fondamentale de cette échelle de normativité est la Constitution.

²² La plus virulente a opposé les Professeurs Paul Amselek et Michel Troper. Voir Amselek (P.), « Réflexions critiques autour de la conception kelsénienne de l'ordre juridique », *RDP*, 1978, n° 1, pp. 5-19 et Troper (M.), « La pyramide est toujours debout ! Réponse à Paul Amselek », *RDP* 1978, n° 6, pp. 1523-1536.

²³ Dupuy (P.-M.)/Kerbrat (Y.), *Droit international public*, préc. p. 18

l'article 103 de la Charte des Nations Unies²⁴ qui créerait une sorte de hiérarchie entre les obligations des Etats membres au titre de ladite Charte et les autres obligations des Etats au regard d'autres instruments, en cas de conflits. Les conséquences de cette disposition lues avec les objectifs de l'organisation elle-même amènent logiquement à s'interroger sur la nature constitutionnelle de la Charte²⁵. A côté de cette hiérarchie matérielle ou substantielle on peut, avec l'essor du régionalisme, évoquer une autre, organique²⁶, qui se profile en filigrane dans l'article 24 al. 1 de la Charte²⁷ et dans le Chapitre VIII de la Charte des Nations Unies, notamment en matière de maintien de la paix et de la sécurité internationales. Cette typologie répond d'ailleurs bien à l'idée que l'on peut se faire de l'ordre juridique puis de la constitution qui se définissent aussi bien organiquement que matériellement²⁸.

L'évolution du droit international permet, par ailleurs, de constater une autre forme de normativité, qui, elle, s'appréciera non pas dans l'ordre juridique international lui-même mais par rapport à l'ordre juridique interne. Aujourd'hui, quelles que soient les controverses théoriques²⁹, il est admis que le

droit international est applicable dans l'ordre interne et occupe une place dans la pyramide des normes ; l'inverse est tout autant vraie³⁰. La même analyse peut être suggérée en ce qui concerne l'ordre communautaire, même si on sait qu'il y a une différence entre ce dernier et l'ordre international. Pierre-Marie Dupuy et Yann Kerbrat observaient nettement à ce titre que « la particularité de cette relation, envisagée par rapport à celle existante entre droit international et droits nationaux a été si souvent soulignée que les analogies avec l'ordre international en matière d'application des normes ont été négligées »³¹.

Mais, pour réelle quelle soit, cette double évolution ne peut être analysée dans le cadre de cette réflexion³². Il en est de même du Chapitre VIII de la Charte qui certes, révèle que la hiérarchie n'est pas inconnue en droit international, mais dont la méconnaissance débouche sur la simple illégalité de l'acte³³. Ce

²⁴ « En cas de conflit entre les obligations des membres des Nations Unies en vertu de la présente Charte et leurs obligations en vertu de tout autre accord, les premières prévaudront ».

²⁵ Dupuy (P.-M.), « L'unité de l'ordre juridique international », *RCADI*, 2002, Tome 297, pp. 215 et ss..

²⁶ de Béchillon (D.), *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'Etat*, Paris Economica, 1996.

²⁷ « Afin d'assurer l'action rapide et efficace de l'Organisation, ses Membres confèrent au Conseil de sécurité la responsabilité principale du maintien de la paix et de la sécurité internationales et reconnaissent qu'en s'acquittant des devoirs que lui impose cette responsabilité le Conseil de sécurité agit en leur nom ».

²⁸ *Idem*.

²⁹ Des rapports qu'entretiennent les deux ordres juridiques, on a pu dire qu'ils constituent un « pont aux ânes », dont l'analyse et l'exégèse ont irréductiblement opposé la doctrine en deux camps : le dualisme et le monisme. Selon la première école, il y a dualisme absolu entre les deux ordres juridiques, chacun étant autonome et sans lien possible avec l'autre. La seconde abolit au contraire les frontières entre les deux ordres juridiques et tient dans l'affirmation de l'unité de l'ordre

juridique international et interne. Voir entre autres Triepel (C.-H.), « Les rapports entre le droit international et le droit interne », *RCADI*, 1923, vol. 1, pp. 73-121 ;

Sperduti (G.), « Le principe de souveraineté et le problème des rapports entre le droit international et le droit interne », *RCADI*, 1976/V, vol. 153, pp. 319-410 ; Decencièrre-Ferrandière (A.), « Considérations sur le droit international dans ses rapports avec le droit de l'Etat », *RGDIP*, 1933, pp. 45-70.

³⁰ Santulli (C.), *Le statut international de l'ordre juridique étatique. Etude de traitement du droit interne par le droit international*, Paris, Pedone, 2001.

³¹ *Droit international public*, préc. p. 486.

³² L'échelle de normativité a été toujours abordée par la doctrine sur le fondement du postulat qu'à chaque ordre juridique, correspond son échelle de normativité. Ce cloisonnement se justifie notamment par rapport à la différence de nature qui existe entre la société interne et la société internationale, voire aussi communautaire, et répond à un besoin de clarté de la solidité de cette échelle de normativité, puisque les normes doivent être logiquement agencées dans la pyramide kelsenienne. On ne peut donc pas transporter l'échelle de normativité internationale pour l'implanter dans celle de l'ordre interne. Seules certaines normes de l'échelle seront applicables et auront une place dans l'échelle de normativité de l'ordre juridique interne.

³³ Villani (U.), « Les rapports entre l'ONU et les organisations régionales dans le maintien de la paix », *RCADI*, n° 290, 2001, pp. 225-436 ;

dont il s'agit ce sont les règles essentielles de la communauté internationale, c'est-à-dire la norme impérative ou les obligations résultant d'une norme impérative. Cette hiérarchie substantielle des normes, quant à elle, ne conduit pas seulement à des conséquences dans l'ordre des traités comme le suggère l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, c'est-à-dire la non dérogeabilité³⁴. Le *jus cogens* introduit une logique d'ordre public dans l'ordre juridique international et ne se réduit pas à une technique juridique formelle de validité ou non des traités. Il en résulte des conséquences sur le plan de la responsabilité, lorsque l'obligation violée présente une nature impérative³⁵.

Les mutations de la société internationale semblent avoir changé la logique du système international³⁶. En effet, face à la certitude de l'existence d'un système international traditionnel fondé sur le principe de l'équivalence normative, se dresse aujourd'hui, une autre, celle de l'émergence d'un nouveau système basé sur une échelle de normativité. Dès lors, la question fondamentale de la nature du système normatif de la société internationale contemporaine se pose. Les évolutions constatées en la matière sont-elles un voile pudique jeté sur une nudité qui est demeurée telle, ou bien la réalité montre-t-elle une normativité internationale graduée ? Comment se manifeste cette normativité ? Si cette problématique de l'existence ou non de l'échelle de normativité se pose, c'est parce que les appréhensions exprimées ramènent bien évidemment à une contrariété entre deux

grandes logiques dont il serait naïf de croire que la nouvelle l'emporterait sur l'ancienne.

C'est de cet affrontement indécis que résulte l'intérêt de l'étude du droit international contemporain³⁷. En effet, tiraillé dans une logique contradictoire entre d'un côté la « société du Lotus »³⁸, crispée sur le maintien des droits fondamentaux de l'Etat et de l'autre, l'appel à l'universalisme des valeurs communautaires propres à tous les membres de l'humanité, stigmatisée par l'Affaire du plateau continental de la mer du Nord³⁹, le droit international et l'ordre qui le régit voient le maintien de leur unité de structure discutée. Le phénomène nécessite donc un examen d'ensemble. A cet intérêt général, s'ajoutent d'autres plus spécifiques. Le premier est doctrinal. On sait bien que la manière d'appréhender l'essence même du droit

³⁷ En témoignent ces questions cruciales que posait Pierre-Marie Dupuy dans la conclusion à son cours sur L'unité de l'ordre juridique international : « Comment réconcilier un droit international classiquement formel, penchant toujours vers l'équivalence normative et l'indifférence idéologique, et un droit substantiel énonçant, à l'impératif, les devoirs des souverainetés ? Comment, au sein même du registre de l'unité formelle, réconcilier des engagements partiellement contradictoires résultant de systèmes de droits spéciaux toujours plus perfectionnés ? Comment, dans l'ordre de l'unité matérielle, parvenir à rendre homogène les soubassements d'un corps de droits indérogeables dont un petit nombre renvoie aux droits fondamentaux des Etats...alors que d'autres s'appuient sur les droits non fondamentaux de la personne humaine pour faire plier les principes les plus fermement acquis au respect de la sainteté des souverainetés », préc. p. 479.

³⁸ La société internationale est fondée sur la juxtaposition de souverainetés toutes égales sur le plan formel, telle qu'elle est décrite dans le célèbre arrêt de la CPJI dans l'affaire du navire le Lotus entre la France et la Turquie (CPJI Série A, n° 10, arrêt n° 9, pp. 18 et ss.).

³⁹ La référence à une valeur comme l'équité, souvent utilisée pour déterminer les conditions d'utilisation des ressources partagées, apparaissait ainsi comme une valeur morale dans la jurisprudence : « il ne s'agit pas d'appliquer l'équité simplement comme une représentation de la justice abstraite, mais d'appliquer une règle prescrivant le recours à des principes équitables...L'équité, n'implique pas nécessairement l'égalité », CIJ, Rec. 1969, p. 47, § 85 et pp. pp. 49-50, par. 91.

Balmond (L.), « La contribution des organisations régionales à la sécurité collective : entre Chapitre VIII et néorégionalisme », *La sécurité internationale entre rupture et continuité, Mélanges en l'honneur du Professeur Jean-François Guilhaudis*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 1-18.

³⁴ Kolb (R.), *Théorie du jus cogens international*, Paris, PUF, 2001, pp. 171-181 ; Rivier (R.), *Droit impératif et juridiction internationale*, Thèse, Paris II, 1975, multigraphiée, pp. 506-507.

³⁵ Voir Dupuy (P.-M.), « L'unité de l'ordre juridique international », préc., pp. 354 et ss..

³⁶ Meledje (D.F.), « Ma vision du droit international à l'aube du XXIème siècle », in Jouannet (E)/Ruiz Fabri (H.)/Sorel (J.-M.), dir., *Regards d'une génération sur le droit international*, Paris, Pedone, 2008, pp. 247-268.

international, à travers le problème de sa validité, les techniques de son développement ont toujours fait l'objet de débats. Cette étude contribue à démontrer qu'il devient, de par l'évolution, un droit de plus en plus hiérarchisé. La dynamique des ordres juridiques est ainsi une réalité. Le second va rendre compte qu'aussi vrai que la violation des droits de l'homme et du droit international humanitaire constitue des menaces à la paix et à la sécurité internationales, il y a une relation entre l'échelle de normativité et le système de sécurité collective de l'Organisation des Nations Unies. A cet effet il faut d'ailleurs rappeler que la doctrine reconnaît au profit du Conseil de sécurité un pouvoir normatif qui lui permettrait de légiférer⁴⁰. Le troisième permet de réactualiser le droit de la responsabilité internationale de l'Etat codifié en 2001, au regard de la pratique. Le quatrième réside dans l'approche pratique et jurisprudentielle de cette évolution normative du droit international par degré, ce qui confirmera que nos analyses ne ressortent pas uniquement de la théorie ou de l'abstraction. Au total, cette étude permettra de vérifier si le rendez-vous entre la convention de Vienne sur le droit des traités, le système de sécurité collective de l'ONU, et la responsabilité internationale de l'Etat est productif.

Quel que soit l'aspect pris en compte (doctrinal, jurisprudentiel ou pratique), on constate que les règles du droit international général tendent à être élaborées au sein d'une communauté des Etats dans son ensemble ; c'est celle-ci aussi qui hausse certaines règles au rang de règles « impératives » ou « essentielles » et qui devient ainsi l'aiguilleuse clef tant de la formation des règles que de leur situation sur l'échelle de normativité. Mais, ce déplacement de l'axe du droit international des Etats vers la communauté internationale constituerait un progrès décisif s'il s'ensuit une transformation véritable et effective de la vie internationale. Or, la vie internationale contemporaine, face aux politiques internationales, demeure faite de la juxtaposition d'Etats également souverains

⁴⁰ Denis (C.), *Le pouvoir normatif du Conseil de sécurité*, Bruxelles, Bruylant, 2004 ; Christakis (Th.)/Tercinet (J.), « Le pouvoir normatif du Conseil de sécurité : le Conseil de sécurité peut-il légiférer ? » *RBDI*, 2004, vol. 37, pp. 528-551.

qui cherchent à assurer entre eux, par delà leurs différences, la coopération. Le système normatif est ainsi tiraillé entre deux pôles apparemment antithétiques : la construction d'une échelle de normativité destinée à assurer la suprématie normative des valeurs de la communauté et l'équivalence normative qui sauvegarde la souveraineté des Etats. Si la seconde tendance persiste c'est bien parce que la première qui est célébrée reste toujours déstabilisée face aux réalités de la vie internationale. Ainsi, l'échelle de la normativité est effective (I), mais, son efficacité est contrariée à l'épreuve des réalités politiques (II).

I. - UNE EFFECTIVITE AVEREE

C'est une certitude que, depuis le 16^{ème} siècle, du fait de la structure primitive de la société qu'il doit régir, le droit international a été malade de ses normes, au point où on a douté de sa normativité. L'argument fondamental de cette pathologie résidait dans l'absence de la juridicité de celles-ci, notamment l'inexistence ou l'insuffisance de ses mécanismes de sanctions⁴¹. En réalité, cette critique cache une autre, celle de l'absence de normes de références supérieures, à l'aune desquelles un organe peut prononcer une sanction. Aujourd'hui, un effort substantiel est fait sur le plan du droit international, conduisant à ne plus douter de sa normativité par degrés avec des règles supérieures (A) dont le respect est garanti (B).

A) Une pyramide normative visible

Depuis près de deux décennies, l'ordre juridique international renferme des normes dites impératives se situant au sommet, ou de normes d'élite, auréolées d'une normativité renforcée : il s'agit de normes du plus haut

⁴¹ Truyol Y Serra (A.), - « John Austin et la philosophie du droit », *APD*, 1970, pp. 151-163 ; - « Théorie du droit international public », *RCADI*, 1981-IV, Vol. 173, pp. 9 et ss. ; - *Doctrines sur le fondement du droit des gens*, éd. revue et augmentée par Robert Kolb, Pedone, 2007 ; Aron (R.), *Paix et guerre entre les nations*, Paris, Calmann-Levy, 1984 ; Jouannet (E.), « Regards sur un siècle de doctrine française du droit international », *AFDI*, 2000, pp. 1-57.

rang⁴², méritant un label de qualité⁴³, puis au-dessous d'elles, la masse des normes simplement obligatoires, que la Commission du Droit International qualifie de « normes coutumières ou conventionnelles quelconques »⁴⁴. C'est la preuve que la normativité internationale est hiérarchisée et comporte ainsi des normes de base (1), révélant en fait l'existence d'un ordre public international (2).

1. La présence des normes de base

La hiérarchisation du droit international public sera ici appréciée au point de vue substantiel. De ce point de vue, le droit impératif a bel et bien fait son incursion en droit international général. Analysé comme une simple théorie⁴⁵, il a reçu droit de cité dans le droit international positif⁴⁶. Il convient d'apprécier, à l'aune du contexte général et de la pratique du droit international l'existence en droit positif de la norme impérative. Elle trouve son siège juridique dans l'article 53 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969⁴⁷.

Le premier critère du droit impératif, comme l'a indiqué la CIJ, l'année même de

l'adoption de la Convention de Vienne, dans l'affaire du Plateau continental de la mer du Nord, c'est qu'il concerne un registre normatif dont les composantes ne sauraient voir leur autorité juridique limitée ou écartée entre deux ou plusieurs Etats par voie d'accord⁴⁸. Le droit impératif est advenu dans un contexte, se retrouve dans des textes et est identifié dans la jurisprudence⁴⁹. On se souvient que la réflexion doctrinale sur le *jus cogens* se développa au sein de la Commission de droit international dès le début des années cinquante, après la naissance des Nations Unies, l'adoption de la Déclaration universelle des droits de l'homme et de la Convention sur le génocide. Il s'agissait donc dans un contexte international de l'exigence de protection des droits de l'homme et de la construction de la paix. Les mêmes préoccupations se ressentent dans les dispositions de la Charte des Nations Unies, notamment les buts assignés à l'organisation. L'analyse de la jurisprudence⁵⁰ montrera à satiété, que le *jus cogens* n'est pas une vue de l'esprit, un précepte doctrinal mais bien un ensemble de règles contenues dans le droit positif.

D'abord, la jurisprudence de la CIJ, déjà en 1949, dans son arrêt sur le Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie), faisait référence à des « considérations élémentaires d'humanité »⁵¹ dont elle souligne le caractère

⁴² De Visscher (Ch.), « Positivisme et jus cogens », *RGDIP*, 1971, p. 9.

⁴³ De Visscher (P.), « Cours général de droit international public », *RCADI*, 1972-II, T. 136, p. 107

⁴⁴ *Annuaire CDI*, 1976, Vol II, p. 85.

⁴⁵ Prosper Weil, lui-même positiviste volontariste déclarait que, « sans nul doute, la théorie du jus cogens fait aujourd'hui partie du droit positif », « Le droit international en quête d'identité. Cours général de droit international public », *RCADI*, Tome 237 (1992), p. 273.

⁴⁶ Voir Laghmani (S.), « Le jus cogens et la cohérence de l'ordre juridique international », *Les droits de l'homme, Une nouvelle cohérence pour le droit international ?*, Colloque des 17, 18 et 19 avril 2008, Paris, Pedone, 2008, pp. 63-96.

⁴⁷ « 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 des Etats dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère ».

⁴⁸ CIJ, Recueil, 1969, par. 72. C'est à propos du recours à la méthode de l'équidistance dont on devrait admettre, qu'il ne fait pas partie des normes de droit impératif, même s'il serait passé dans le droit coutumier, puisqu'il serait toujours susceptible de dérogation par voie d'accord entre partie. Marek (K.), « Le problème des sources du droit international dans l'arrêt sur le plateau continental de la mer du Nord », *RBDI*, 1972, p. 52.

⁴⁹ Ce qui montre que le droit impératif n'est pas survenu comme un coup de tonnerre dans un ciel serein, même si certains sont encore comme frappés de stupeur à sa contemplation.

⁵⁰ Tavernier (P.), « Sécurité internationale, droit international humanitaire et droit de l'homme. Quelques réflexions sur le rôle des juridictions internationales », *La sécurité internationale entre rupture et continuité...* précit. pp. 541-558.

⁵¹ « Certains principes généraux et bien reconnus, tels que des considérations élémentaires d'humanité, plus absolues encore en temps de paix qu'en temps de guerre, le principe de la liberté des communications maritimes et l'obligation, pour tout Etat, de ne pas laisser utiliser son territoire aux fins

« absolu » d'authentiques règles de droit⁵² et pas seulement des principes d'humanisme ou de morale internationale. Deux ans après, elle rend un avis consultatif sur les réserves à la convention sur le génocide en constatant que « les principes qui sont à la base de la convention sont des principes reconnus par les nations civilisées comme obligeant les Etats même en dehors de tout lien conventionnel »⁵³. En 1970, la même juridiction fait référence aux obligations *erga omnes*⁵⁴ dans l'affaire de la Barcelona Traction, à propos du principe de l'interdiction du recours à la force. Elle renverra à la notion d'« obligations impératives » dans l'ordonnance du 15 janvier 1979 lors de l'Affaire du Personnel diplomatique et consulaire des Etats Unis à Téhéran, avant de statuer quant au fond⁵⁵. La formule qui ressort de son avis consultatif sur la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires est plus pertinente : la Cour affirme à propos d'« un grand nombre de règles du droit humanitaire applicable dans les conflits armés » que leur caractère est « si fondamental » qu'elles « s'imposent... à tous

d'actes contraires aux droits d'autres Etats », Recueil, 1949, p. 22.

⁵² Il en sera de même en 1986, dans l'Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, CIJ, Recueil 1986, p. 112, Par. 215.

⁵³ CIJ, Recueil 1951, p. 23. La même formule sera reprise dans l'affaire relative à l'application de la Convention sur le génocide, entre la Bosnie et la Yougoslavie ; voir l'opinion individuelle du juge E. Lauterpacht (juge ad hoc), sous l'ordonnance du 13 septembre 1993, CIJ, Recueil 1993, pp. 439-441.

⁵⁴ CIJ Recueil 1970, p. 32, Par. 33. La même notion sera employée dans l'arrêt sur le Timor oriental (Portugal C. Australie), à propos du droit du peuple de Timor Oriental à disposer de lui-même., CIJ, Recueil, 1995, p. 102, par. 29. Elle sera par ailleurs réitérée dans l'avis consultatif du 9 juillet 2004 rendu dans l'affaire du mur d'Israël en territoire palestinien occupé. Voir Labrecque (G.), *La force et le droit, Jurisprudence de la Cour internationale de justice*, Yvon Blais, Bruxelles Bruylant, 2008, pp. 325 et ss..

⁵⁵ La méconnaissance de certains principes ne pouvait « que saper à la base un édifice juridique patiemment construit par l'humanité au cours des siècles et dont la sauvegarde est essentielle pour la sécurité et le bien-être d'une communauté internationale aussi complexe que celle d'aujourd'hui, qui a plus que jamais besoin du respect constant et scrupuleux des règles présidant au développement ordonné des relations entre ses membres », CIJ, Recueil, 1980, p. 43, par. 92.

les Etats qu'ils aient ou non ratifié les instruments conventionnels qui les expriment, parce qu'elles constituent des principes intransgressibles du droit international coutumier »⁵⁶. Retenant l'idée sans le mot, c'est en 2006 que la CIJ a explicitement fait référence à la notion de *jus cogens* à propos de l'interdiction du génocide⁵⁷, confirmé dans l'affaire du génocide en 2007⁵⁸.

La consécration du droit impératif a été, ensuite, l'œuvre des tribunaux pénaux ad hoc. Le tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie est plus déterminé dans la positivité du *jus cogens*, notamment à propos de l'interdiction contre la torture. L'arrêt Furundzija du 10 décembre 1998 qui, depuis lors fait école⁵⁹, affirme qu'« en raison de l'importance des valeurs qu'il protège, ce principe est devenu une norme impérative ou *jus cogens*, c'est-à-dire une norme qui se situe dans la hiérarchisation internationale à un rang plus élevé que le droit conventionnel de même que les règles du droit coutumier ordinaire »⁶⁰.

Enfin, à l'échelle régionale, notamment en matière de protection internationale des droits de l'homme dans le cadre européen il existe un célèbre arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme rendu en 2001 dans l'affaire Al-Adsani c. Royaume-Uni sur la reconnaissance du *jus cogens*. La juridiction communautaire européenne « admet sur la base de...précédents jurisprudentiels, que l'interdiction de la torture est devenue une règle impérative du droit international »⁶¹.

En deuxième lieu, l'évolution des faits générateurs de la responsabilité internationale des Etats rend aussi bien compte de la présence des règles supérieures dans l'ordre juridique international. En effet, en la matière, la première classification (1976) des faits

⁵⁶ CIJ, Recueil 1996, p. 257, par. 79.

⁵⁷ Activités armées sur le territoire du Congo, Congo c. Rwanda, 3 février 2006, Rec. Par. 64

⁵⁸ 26 février 2007, rec ; Par. 161.

⁵⁹ Affaire Procureur c. Delacic et autres (Arrêt du 16 novembre 1998, affaire TI-96-21-T, par. 454); Affaire Procureur c. Kunarac (Arrêt du 22 février 2001, Affaire TI 96-23-T et TI-96-23/I, par. 466).

⁶⁰ Le procureur c. Anto Furundzija, IT-95-17/IT, par. 153.

⁶¹ Arrêt du 21 novembre 2001, par. 61.

illicites, à raison de leur nature et de la portée des obligations violées, opposait les délits aux crimes ; cette dernière catégorie sera remplacée en 2001 par les « violations graves d'obligations découlant de normes impératives du droit international général ». On notera justement l'esquisse de ces obligations dans l'arrêt de la Cour Internationale de Justice dans l'affaire de la Barcelona Traction : celles qui « découlent par exemple, dans le droit international contemporain, de 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 »⁶². On s'aperçoit de la réalité du bloc de normativité⁶³ supérieur au droit conventionnel. Cette liste n'est pas exhaustive. En face de cette échelle de normativité de l'ordre juridique international général, se dresse une autre liée à l'institutionnalisation de la société internationale.

En effet et en dernier lieu, s'agissant de l'Organisation des Nations Unies, l'article 103 de la Charte est souvent évoqué. Il dispose : « En cas de conflit entre les obligations en vertu de tout accord, les premières prévaudront ». Cette règle spéciale applicable dans le cas de conflits des normes dans le temps cache en réalité le principe de la primauté de la Charte dans toutes les hypothèses possibles d'incompatibilité avec un accord international. Cette disposition est interprétée dans son sens large, puisque sont concernées aussi bien les obligations au titre des dispositions de la Charte que celles dérivées de la Charte⁶⁴, comme en témoigne

⁶² CIJ, Recueil 1970, p. 32

⁶³ Nous utilisons cette expression par référence à la notion de bloc de constitutionnalité dans l'ordre juridique interne français.

⁶⁴ Ainsi, pour Jean Combacau, la Charte est « hors du conflit » dans cette hypothèse et n'y intervient qu'en tant qu'elle « donne force juridique obligatoire à l'acte dérivé », *Le pouvoir de sanction de l'ONU, étude théorique de la coercition non militaire*, Paris, Pedone, 1974, p. 283. Telle est également la position du juge Ammoun dans son opinion individuelle dans l'avis consultatif de la CIJ relatif à la Namibie du 21 juin 1971 : « les obligations des membres des Nations Unies en vertu de la Charte...englobent manifestement les obligations qui découlent des dispositions de la

d'ailleurs la pratique de l'Organisation⁶⁵. En fait, l'article 103 inhibe l'application du droit commun de règlement des conflits entre normes, ce qui le rapproche d'une règle hiérarchique, puisque ce sont les obligations de la Charte qui l'emporteront dans toutes les hypothèses d'incompatibilité. C'est dans ce sens que va la CIJ dans l'Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua⁶⁶. Une partie de la doctrine⁶⁷ a ainsi démontré que la Charte des Nations Unies pouvait être considérée comme la Constitution de l'ordre juridique international⁶⁸ à l'instar de la Constitution en droit interne⁶⁹.

Charte et de ses buts ainsi que celles énoncées par les décisions obligatoires des organes des Nations Unies ».

⁶⁵ Toublanc (A.), « L'article 103 de la Charte des Nations Unies », *RGDIP*, 2004-2, p. 442.

⁶⁶ « Il importe de ne pas perdre de vue que tous les accords régionaux, bilatéraux et même multilatéraux que les parties à la présente affaire peuvent avoir conclus... sont toujours subordonnés aux dispositions de l'article 103 », Compétence et recevabilité de la requête, 26 novembre 1984, Rec. p. 52

⁶⁷ Alfred Verdross affirmait déjà en 1976 dans son manuel publié avec Bruno Simma qu'en dépit du maintien de certains Etats hors de l'Organisation mondiale, la Charte des Nations Unies « avait gagné le rang de la constitution de la communauté universelle des Etats », *Universelles Völkerrecht : Theorie und Praxis*, Beck, 1976. On peut aussi lire Christian Tomuschat, qui affirmait à l'occasion du cinquantième des Nations Unies que : « It has become obvious in recent years that the Charter is nothing else than the constitution of the international community... », « The United Nations at Age fifty, A Legal Perspective », *KLI*, 1995, p. ix.

⁶⁸ Cette idée de constitution évoque un ordonnancement juridique établi à partir d'une structure normative hiérarchisée, doublée d'une armature organique intégrée. Du point de vue substantiel et matériel la primauté normative accordée aux obligations en vertu de la Charte dessine un système normatif structuré verticalement et emporte la portée de la logique constitutionnaliste de l'article 103. L'armature institutionnelle de la Charte satisfait également à sa définition comme une constitution organique, avec le Conseil de sécurité, l'Assemblée générale et la Cour internationale de justice..

⁶⁹ Fassbender (B.), « The United Nation Charter as Constitution of the international Community », *CJTL*, vol. 36, 1998, n° 3, pp. 531-619; Dupuy (P.-M.), « La Charte de Nations Unies, une

Cet ordre hiérarchisé n'est pas statique mais dynamique, en ce qu'il doit s'enrichir et s'adapter à l'évolution, comme le pensait Hans Kelsen. On ne peut plus aujourd'hui douter de l'existence d'une échelle de normativité du droit international, destinée à la sauvegarde d'un ordre public.

2. L'émergence d'un ordre public international

Alors que la notion d'ordre juridique désigne un ensemble coordonné de normes, dotées de force obligatoire à l'égard de sujets déterminés, et dont la méconnaissance entraîne certaines conséquences définies, l'ordre public, qui est un élément de cet ordre juridique, repose sur trois postulats : l'existence de règles considérées comme d'intérêt essentiel, qui touchent aux principes même de l'organisation sociale et de sa stabilité, ce qui renforce leur force obligatoire et leur sanction en cas d'inobservation⁷⁰. Ces règles ne sont pas simplement obligatoires, mais impératives, c'est-à-dire des règles auxquelles on ne peut déroger, au risque de remettre en cause la survie même de l'ordre juridique. Elles limitent la volonté des Etats, en ce que leur observation conditionne la validité des actes⁷¹ ; elles sont créées et portées par des institutions.

Il y a longtemps, et par analogie avec les règles de droit interne relatives à la validité des conventions, la question s'est posée aux théoriciens de savoir si le droit des gens pose certaines limites à la liberté des Etats. Dans sa

majorité, la doctrine a répondu par la positive. Pour Vattel par exemple : « Tous les traités, toutes les coutumes qui vont contre ce que ce droit des gens nécessaire prescrit ou défend sont illégitimes....Une nation n'est point en droit de trafiquer de l'état de ses membres et de leur liberté, pour quelques avantages qu'elle se promettrait d'une pareille négociation...Un traité fait pour cause injuste ou déshonnête est absolument nul, personne ne pouvant s'engager à faire des choses contraires à la loi naturelle »⁷². Le positivisme objectiviste, penche vers la même position⁷³. D'autres auteurs, même en étant mitigés, affirment comme Brielyly, que: « Le droit n'impose guère de restriction au sujet des conditions que les Etats peuvent introduire dans leurs traités ; nous avons vu qu'il ne refuse même pas encore de reconnaître un traité imposé par la violence. Tant que les Etats s'attacheront à cette liberté presque illimitée, tant qu'ils refuseront de coopérer à la formation d'un principe d'ordre public international, leurs traités continueront à mener à des situations dont le maintien pourra mettre en péril la paix du monde »⁷⁴. C'est pour dire que l'idée d'un ordre public est largement partagée dans la doctrine ainsi que le montrent une série d'éléments importants qui ont jalonné l'évolution de l'ordre juridique international lui-même⁷⁵.

Dans une vision de systématisation doctrinale il est remarqué que les fonctions du droit international ne sont plus parfaitement dans les mêmes proportions qu'à l'époque de la célèbre et proverbiale affaire du Lotus, une sorte de navire amiral du positivisme

Constitution?, L'unité de l'ordre juridique international », préc., pp. 215 et ss..

⁷⁰ Rolin (H.), « Vers un ordre public réellement international... », préc. p. 441.

⁷¹ Le délégué de la République Fédérale d'Allemagne, à la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969, M. Groepper observait que : « L'apparition de la notion de jus cogens en droit international est la conséquence directe de l'évolution sociale et historique qui a exercé une profonde influence sur le développement du droit international. Le rapprochement technique et la multiplication des liens entre les Etats ont créé une situation où la coexistence ordonnée devient impossible non seulement sans un ordre public international, mais aussi sans certaines normes concrètes auxquelles il ne soit pas permis de déroger », Compte rendu de la séance du 14 mai 1969.

⁷² Vattel (E.), *Le droit des gens, Préliminaires*, par. 9, Livre I, par. 263, cité par Séferiades, « L'échange des populations », *RCADI*, 1928, vol. 13, pp. 3 et ss ; Jouannet (E.), *Emmer de Vattel et l'émergence doctrinale du droit international classique*, Paris Pedone, 1998.

⁷³ Il en est ainsi par exemple de M. Basdevant, qui, même hésitant, cite avec approbation l'opinion de Ripert suivant laquelle « la difficulté d'appréciation du principe ne doit pas faire oublier qu'il est dans le principe de l'ordre public une règle supérieure reconnue par le droit dont un jour le droit international pourra tirer de nombreuses applications », « Règles générales du droit de la paix », *RCADI* 1936, vol. 58, p. 57.

⁷⁴ « Les règles du droit et de la paix », *RCADI*, 1936, IV vol. 58, p. 218.

⁷⁵ Supra, Introduction.

volontariste, fondé sur la souveraineté des Etats. Avec ces mutations, la nécessité de la coopération s'est imposée dans nombre de domaines, dans lesquels l'interdépendance des Etats est un phénomène tout aussi marqué que leur souveraineté, de sorte que cette dernière se voit supplanter par le respect de règles supérieures.

En somme, le droit international devient l'expression d'une idéologie de la communauté, qui transcende en partie la volonté *uti singuli* de l'Etat. Le droit de cette communauté, qui lui est propre n'est plus un *jus gentium* mais bien un *jus cogens*, ce qui ouvre ainsi la brèche à un ordre public international. C'est la face visible des incidences normatives de la proclamation d'une communauté internationale qui les porte institutionnellement.

Sur le deuxième point, qui lui est organique, deux institutions sont porteuses de ce triomphe de l'ordre public international. L'une paraît insaisissable, adulée, ou critiquée au gré des événements et selon l'humeur de l'auteur. Tout semble avoir été dit sur la communauté internationale⁷⁶, que l'on appréhende, à la différence de la société internationale⁷⁷ comme l'ensemble de sujets du droit international, unis par certaines valeurs et intérêts communs, comme le faisait remarquer Prosper Weil⁷⁸. Malgré les critiques qui lui ont

été adressées, la gestation de la communauté internationale se situe dans les années soixante, surtout avec l'adoption de l'article 53 de la convention de Vienne du 23 mai 1969. Réapparue dans la jurisprudence de la Cour internationale de justice⁷⁹ ainsi que dans certaines résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies⁸⁰, elle assure sa maturation et son épanouissement à partir de la chute du mur de Berlin en 1989 avec les nombreuses références à elle faites, dans les actes opératoires du Conseil de sécurité⁸¹. La communauté internationale existe au point où certains auteurs la considèrent comme un impératif catégorique⁸², c'est-à-dire une sorte de nécessité nécessaire. Que la communauté internationale soit instrumentalisée c'est un autre problème ; mais son existence ne doit souffrir d'aucune ambiguïté, car s'il y a des normes impératives, elles ne peuvent qu'émaner d'une institution, comme il ne peut y avoir d'horloge sans horloger. Certes, elle n'agit pas elle-même, mais d'autres institutions agissent en son nom. L'idée de l'ordre public étant une notion objective par excellence, sa sauvegarde doit être assurée par un organe centralisateur, doté de compétences nécessaires. Ainsi, l'avancée normative constituée par le triomphe de l'ordre public de la communauté internationale doit-elle se doubler d'une centralisation institutionnelle. L'autre, se retrouve dans la figure du juge international, ou dans celle du Conseil de sécurité des Nations Unies dans la responsabilité qui lui incombe en matière du maintien de la paix⁸³.

Nous voyons bien qu'il existe des normes supérieures en droit international, qui, par ailleurs, prévoit des institutions destinées en cas de violation pour les sanctionner dans

⁷⁶ Entre autres, Virally (M.), « Panorama du droit international contemporain », *RCADI*, tome 183, 1985 ; Dupuy (R.-J.), *La communauté internationale entre le mythe et l'histoire*, Paris, UNESCO, Economica, 1986.

⁷⁷ *Infra* II-B.

⁷⁸ « En poussant au premier plan le concept de communauté internationale, ces théories reflètent également la prise de conscience d'une solidarité accrue et l'aspiration à une plus grande unité par-delà les différences idéologiques et économiques. La multiplication du nombre des Etats et leur diversité croissante ne rendent que plus précieuse cette volonté de transcender la traditionnelle société internationale faite de juxtaposition d'égoïsmes sacrés en une communauté internationale animée par la recherche du bien commun et de valeurs communes. On pourra même voir là un retour inattendu du droit international à ses sources historiques : à l'irréductible droit naturel, sans nul doute ; mais aussi à cette unité fondamentale du genre humain qu'exprimait dès le XV^e siècle Vitoria dans son célèbre « *Totus orbis, qui aliquo*

est un ares publica » et dont la communauté internationale des Etats dans son ensemble n'est, qu'après tout, qu'une version modernisée », « Vers une normativité... », préc. p. 19.

⁷⁹ L'affaire de la Barcelona traction, CIJ, Recueil, 1970, par. 33. Egalement l'affaire de la Namibie, CIJ, Recueil, 1971, par. 127.

⁸⁰ Résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée générale, 1970, portant Déclaration sur les relations amicales entre les Etats.

⁸¹ *Infra*.

⁸² Dupuy (P.-M.), « L'unité de l'ordre juridique... », préc. p. 266.

⁸³ *Infra*.

l'objectif d'une protection de l'ordre public international.

B) Une pyramide normative protégée

La simple existence d'une normativité substantielle et organique ne permet pas de conclure à la réalité d'un système de droit par degrés. Encore faut-il protéger la sécurité juridique de la pyramide normative, dans l'objectif de préserver sa cohérence et sa pérennité. Cette protection se manifeste par la mise en œuvre de systèmes de sanctions tant judiciaires (2) que non judiciaires (1).

1. Les sanctions non judiciaires

L'idée est la suivante : comment répondre à la violation d'une norme impérative dans une société décentralisée, fondée sur l'égalité souveraine des Etats ? La réponse est ancienne et vient de Grotius : « Les rois...ont le droit de punir non seulement les injures faites à eux ou à leurs sujets mais encore celles qui ne les regardent point en particulier, lorsqu'elles renferment une violation du droit de la Nature ou de celui des Gens envers qui que ce soit »⁸⁴. C'est ainsi que l'exercice par un Etat de mesures, aux statuts divers, destinées à lui permettre de rentrer dans ses droits a été appréhendé par le droit international. Ces réactions⁸⁵ constituent des contre-mesures⁸⁶ ou des représailles⁸⁷. Dans la

⁸⁴ *De jure belli ac pacis* (1625), livre II, Chap. XX, XL, traduction de Barbeyrac.

⁸⁵ Il convient d'écarter de ce champ, puisque nous sommes en matière de violation de normes impératives, les actes de rétorsion par lesquels un Etat à l'égard duquel un autre Etat a pris une mesure qui, tout en étant légale et licite, est discourtoise, rigoureuse, dommageable, prend à son tour, à l'égard de celui-ci, des mesures ayant le même caractère, afin de l'emmenner à composition. ... », Rivier, *Principe du droit des gens*, Rousseau, 1899, t. II, p. 189.

⁸⁶ Ce sont des « mesures prises par un Etat en vue de faire respecter et de protéger ses intérêts au cas où ceux-ci seraient lésés par un autre Etat », (J.), dir, *Dictionnaire de droit international public*, préc., p. 259. Pour Linos Alexandre Sicilianos, la contre-mesure est elle-même dérogatoire au droit et « constitue une réaction décentralisée à un fait internationalement illicite et donc une conséquence de celui-ci et qui revêt des finalités coercitives-obtention d'une réparation, dissuasion, cessation de

mesure où les objectifs et le régime des contre-mesures s'inscrivent dans le droit international de la responsabilité et du rétablissement de la légalité internationale, ils ne peuvent pas répondre à la logique spécifique de la philosophie de la Charte qui met un accent particulier sur le règlement pacifique des différends et la sécurité collective. Mais ils peuvent et ne doivent pas non plus la contredire ou lui faire obstacle⁸⁸. Les représailles n'interviennent que dans le droit des conflits armés et visent les politiques de contrainte comportant un recours à la force, de sorte que les représailles non armées sont considérées comme des contre-mesures⁸⁹.

l'illicite, soumission du différend à un tiers impartial-ou correctives-rééquilibrage des positions des parties, substitution à l'Etat défaillant-selon la nature intrinsèque du fait du fait illicite auquel elle répond », *Les réactions décentralisées à l'illicite : des contre-mesures à la légitime défense*, Paris, LGDJ, 1990, pp. 27 et pp. 57 et ss. et passim. Cette définition reprend en l'approfondissant celle proposée par Michel Virally, pour qui les contre-mesures sont les « ...réactions d'un Etat devant un comportement d'un autre Etat portant atteinte à ses intérêts, réactions dont l'objet est soit de rétablir l'état de choses antérieur (en convainquant l'autre Etat de mettre fin à son comportement dommageable), soit de rétablir l'équilibre détruit (en s'assurant un avantage contrebalançant au moins partiellement le dommage comparable à l'autre Etat) », « Panorama du droit international contemporain », *RCADI*, 1983-V, t. 183, p. 217.

⁸⁷ Ce sont des « mesures en elles-mêmes dérogatoires aux règles ordinaires du droit international, qui constituent une réaction du ou des Etat (s) lésé (s) par un fait internationalement illicite commis par un autre Etat, et dont les finalités –cessation de l'illicite, soumission du différend à un tiers impartial, réparation-dépendent des circonstances propres au cas d'espèce », Salmon (J.), *Dictionnaire du droit international*, préc. p. 978.

⁸⁸ L'article 59 du projet de codification du droit de la responsabilité internationale de l'Etat dispose en ce sens : « les conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite, sont sans préjudice de la Charte des Nations Unies ».

⁸⁹ Naguère, le droit international traditionnel distinguait représailles armées, qui sont des actes de contrainte militaire, et des représailles non armées ou pacifiques. Aujourd'hui, les représailles armées en temps de paix sont illicites en droit international. Dans sa résolution S/Res. 18 (1964) du 9 avril 1964 le Conseil de sécurité « condamne les représailles

Mais, la réaction à l'illicite peut aussi être centralisée avec l'institutionnalisation de la société internationale : la réaction collective à la violation des valeurs communes doit cesser d'être individuelle pour être transférée à une organisation collective, rationnelle et centralisée, exigée par la défense de l'ordre public international. La dimension multilatérale des intérêts devrait donc logiquement se doubler d'une institutionnalisation des moyens d'en prendre la défense. Roberto Ago, va privilégier cette seconde approche en mettant en évidence les dangers de la réaction individuelle, ou unilatérale, comme les représailles essentiellement. Il assimile ainsi les contre-mesures aux sanctions prévues dans le cadre du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies. Pour Spinedi, « Au sujet des contre-mesures pouvant être adoptées par des Etats non directement affectés par l'illicite, et pour ce qui est du droit international en vigueur, Ago se réfère principalement aux mesures prévues au Chapitre VII de la Charte. Cette vue est partagée par la plupart des membres de la CDI »⁹⁰. Il y aurait donc une relation entre le droit de la sécurité collective et la responsabilité internationale de l'Etat⁹¹.

La pratique des Etats donnera naissance à trois possibilités. En premier lieu, alors même qu'ils n'avaient pas subi personnellement aucun dommage direct du fait d'actes illicites, les Etats ont été amenés à prendre des mesures dont l'objectif est de répondre à la violation d'obligations

armées comme étant incompatibles avec les buts et principes des Nations Unies ». De même la résolution 2625 (XXV) du 24 octobre 1970, de l'Assemblée générale des Nations Unies, portant Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats, on peut lire : « Les Etats ont le devoir de s'abstenir d'actes de représailles impliquant l'emploi de la force ».

⁹⁰ Spinedi (M.), « D'une codification à l'autre : bilatéralisme et multilatéralisme dans la genèse de la codification du droit des traités et du droit de la responsabilité des Etats », Dupuy (P.M.), dir., *Obligations multilatérales, droit impératif et responsabilité internationale des Etats.....* préc. p. 25.

⁹¹ Lire avec intérêt Forteau (M.), *Droit de la sécurité collective et droit de la responsabilité internationale de l'Etat*, Paris, Pedone, 2006.

internationales d'importance fondamentale. Ce fut le cas lors de la guerre froide et de la coexistence pacifique, notamment dans les années 1980. Cette période avait en effet été marquée par une série d'initiatives émanant d'Etats s'estimant affectés par la violation de règles désignées par eux comme essentielles au bon ordre des relations internationales⁹². C'est le cas entre autres, des actions des pays membres de la Communauté européenne, du Canada, plus rarement, des Etats-Unis, à l'encontre des Soviétiques après leur intervention en Afghanistan ; contre l'Argentine après son invasion des Malouines (îles Falkland) en 1982 ; à l'égard d'Israël consécutivement à son opération dite « Paix en Galilée » ; à l'encontre de la Pologne à la suite de la déclaration d'un état d'urgence entraînant la suspension des libertés syndicales par le général Jaruzelski⁹³. Cette possibilité ne fait pas partie de l'histoire, puisque, de nos jours, les Etats, individuellement ou collectivement, prennent des mesures individuelles ou collectives pour sanctionner la violation de normes impératives, comme c'est le cas dans la crise de la Syrie⁹⁴.

En deuxième lieu, il est bien connu qu'avec la chute du mur de Berlin, le Conseil de sécurité sur une dizaine d'années, a agi au gré d'une conception très élargie du maintien de la paix⁹⁵, en défense des intérêts et, plus encore, des valeurs dont est censée se réclamer la communauté internationale⁹⁶. Le Conseil va

⁹² Cela même, alors qu'aucun d'entre eux n'avait subi de préjudice direct et personnel du fait de ces violations.

⁹³ Voir Dupuy (P.-M.), « Observations sur la pratique récente des sanctions de l'illicite », *RGDIP*, 1983, n° 3, pp. 505 et ss. ; Leben (Ch.), « Les contre-mesures interétatiques et les réactions à l'illicite dans la société internationale », *AFDI*, 1982, pp. 9 et ss. ; Dominic (Ch.), « Observations sur les droits de l'Etat victime d'un fait internationalement illicite », *Droit international*, 2, IHEI, Paris II, Pedone, 1982 ; Zoller (E.), *Peacetime Unilateral Remedies. An Analysis of Countermeasures*, Transnational Publishers, 1984.

⁹⁴ *Infra* II-B-1.

⁹⁵ *Aspect du système des Nations Unies dans le cadre de l'idée d'un nouvel ordre mondial* (1991), et *Actualité des conflits internationaux* (1992), deux colloques IEP Aix-En-Provence, Paris, Pedone, 1991 et 1992.

⁹⁶ Gaja (G.), « Réflexions sur le rôle du Conseil de sécurité dans le nouvel ordre mondial », *RGDIP*,

créer un lien avec cette communauté internationale, établissant ainsi la jonction entre Vienne et San Francisco⁹⁷. Trois cas de figure peuvent être détectés.

Le premier consiste pour cet organe à agir comme mandataire direct de la communauté internationale. Il en est ainsi par exemple de la résolution 688, adoptée en 1991, où, à la fin de la guerre du Golfe, le Conseil condamne au nom de la communauté internationale l'action de l'Irak contre les populations Kurdes en exigeant que ce pays laisse libre accès aux victimes. Dans la résolution 794 adoptée en 1992, en vertu du chapitre VII, il va intervenir en Somalie, en considérant qu'il répond aux appels urgents que la « communauté internationale reçoit des populations affamées, afin qu'elle prenne des mesures pour assurer l'acheminement de l'aide humanitaire en Somalie ».

Dans le deuxième cas de figure, le Conseil de sécurité va s'identifier à la communauté internationale. En se disant « conscient de ce que la situation actuelle au Rwanda constitue un cas unique qui exige une réaction urgente de la communauté internationale » dans sa résolution 929 de 1994, les cinq membres permanents viennent de créer un lien fusionnel avec cette communauté. En effet, la compétence de prendre toutes les mesures nécessaires pour le maintien de la paix, appartient au regard de l'article 39 de la Charte au Conseil et non à la communauté internationale. On n'oubliera pas d'ajouter en passant les appels diplomatiques des Etats, ou des populations, qui sollicitent l'intervention de la communauté internationale (au fait, en pensant au Conseil de sécurité) en cas d'attentisme du Conseil devant une situation de menace à la paix et à la sécurité internationales. Ces deux premières tendances nous amènent à affirmer qu'en dehors de la légalité de ses résolutions déclenchant les actions sur le terrain, le Conseil cherche une onction de légitimité dans la référence faite à la

communauté internationale, surtout lorsqu'il agit comme le policier ou le gendarme international, à l'image de l'Etat dans l'ordre interne dont on se souvient qu'*es qualites*, il dispose de l'usage de la violence légitime, selon la formule de Max Weber. La communauté internationale devient le levier du bras armé du Conseil à travers la sous-traitance des opérations de sécurité collective menées en réalité par un Etat ou une coalition d'Etats.

Dans le dernier cas de figure, c'est le Conseil qui va inviter la communauté internationale à prendre ses responsabilités. A la suite des événements du 11 septembre 2001, par exemple, cet organe adopta la résolution 1368 où il « condamne catégoriquement...les épouvantables attaques terroristes » et appelle « la communauté internationale à redoubler d'efforts pour prévenir et éliminer les actes terroristes, y compris par la coopération accrue et pleine application des conventions antiterroristes internationales ».

En troisième lieu, ressuscitées avec la guerre du Golfe en 1990⁹⁸, les sanctions non judiciaires de l'ONU pour violation du *jus cogens* sont toujours d'actualité, comme en témoigne la résolution des crises libyenne⁹⁹ et ivoirienne¹⁰⁰. Ces deux crises ont donné

1993, n° 2, pp. 297-320 ; Dupuy (P.-M), « Sécurité collective et organisation de la paix », *RGDIP* 1993, n° 3, pp. 617-627.

⁹⁷ La notion de communauté internationale dans l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités et le système de sécurité collective de la Charte des Nations Unies.

⁹⁸ Tout en étant prudent, on peut remarquer l'impressionnante discipline des Etats membres dans l'application des sanctions décidées par la résolution 661 du Conseil de sécurité à l'égard de l'Irak ; elle a aussi conduit aux résolutions 687 et 706 qui organisent pour la première fois une responsabilité techniquement mise en œuvre sous le contrôle direct de l'ONU. Voir Dupuy (P.-M), « Après la guerre du Golfe... », *RGDIP*, 1991, n° 3, pp. 621-638 ; Arangio-Ruiz (M.), 7^e rapport CDI, 1995, A/CN.4/469 et Add. 1.

⁹⁹ Le régime du Président Mouammar Kadhafi, au pouvoir depuis quarante et un ans a été atteint par le « Printemps arabe », un vent de démocratie qui souffle sur le monde arabe. Suite aux contestations dont il faisait l'objet de la part de ses populations, le régime libyen lança des dizaines de troupes terrestres et aériennes à leur assaut, surtout à Benghazi, le centre de la contestation, en promettant de « faire couler des rivières de sang aux portes de Benghazi ». En général voir Manhire (T.), « The Arab Spring : Rebellion, Revolution and a New Wolder Order », Guardian Book, 2012, pp. 20 et s.

¹⁰⁰ A la mort de Felix Houphouët-Boigny, premier Président de la République de Côte d'Ivoire, le 7

l'occasion au Conseil de sécurité de procéder à une véritable évolution dans l'élargissement des situations de menaces à la paix et à la sécurité internationales avec à la clef des sanctions militaires et non militaires. Les résolutions S/RES/1973 du 17 mars 2011 sur la Libye et S/RES/1975 du 30 mars 2011 sur la Côte d'Ivoire, sont jumelles aussi bien sur la forme que dans le fond. D'abord, c'est sur les atteintes aux droits de l'homme et les violations du droit humanitaire¹⁰¹, aujourd'hui partie intégrante du bloc de l'impérativité internationale, que se fonde le Conseil¹⁰² pour décider des sanctions. Ensuite, les sanctions et mesures prises par le Conseil visent la nécessité de protéger les populations, et cette protection peut s'analyser à un double point de vue. Il s'agit d'une responsabilité qui incombe aux Etats¹⁰³ (mais aussi aux parties à tout conflit armé¹⁰⁴) et au Conseil lui-même¹⁰⁵.

décembre 1993, le pays fut plongé dans une convulsion de crises politico-militaires dont le point culminant fut l'arrestation de Laurent Gbagbo par les forces de l'Ecomog et de l'ONU le 11 avril 2011, à la suite de l'élection présidentielle du 31 octobre 2010.

¹⁰¹ Bélanger (M.), « Considérations sur la « constitutionnalisation internationale » : l'apport du droit international humanitaire », *La constitution et les valeurs, Mélanges en l'honneur de Dmitri Georges Lavroff*, Paris, Dalloz, 2005, pp. 43-51.

¹⁰² Ainsi dans la Résolution S/RES/1973 on pouvait lire : « Condamnant la violation flagrante et systématique des droits de l'homme, y compris les détentions arbitraires, disparitions forcées, tortures et exécutions sommaires ». La même formule revient dans la résolution S/RES/1975 : « Condamnant les graves exactions et autres violations du droit international, notamment le droit international humanitaire, le droit international des droits de l'homme et le droit des réfugiés, perpétrées en Côte d'Ivoire, ».

¹⁰³ « Considérant la responsabilité de protéger qui incombe aux autorités libyennes de protéger la population libyenne... » ; « Réaffirmant qu'il est de la responsabilité de la Côte d'Ivoire de promouvoir et protéger tous les droits de l'homme et toutes les libertés fondamentales.... »... « Réaffirmant la responsabilité qui incombe au premier chef à chaque Etat de protéger les civils ».

¹⁰⁴ « ...réaffirmant qu'il incombe au premier chef aux parties à tout conflit armé de prendre toutes les mesures voulues pour assurer la protection des civils... » ; « Rétirant qu'il incombe avant tout aux parties à tout conflit armé de prendre toutes mesures possibles pour assurer la protection des civils et faciliter l'acheminement rapide et sans

Elles sont également destinées à prévenir des attaques à venir¹⁰⁶. L'analyse de ces différentes résolutions, conduit à la conclusion selon laquelle le non respect des éléments du bloc de l'impérativité internationale, a fait évoluer le droit de la sécurité collective des Nations Unies. On sait bien que naguère, les opérations de maintien de la paix à objectif humanitaire étaient limitées à la protection des populations déjà en situation de crise ou de catastrophe et que la création des zones de sécurité n'est pas une curiosité¹⁰⁷. Aujourd'hui, ces opérations et les sanctions de l'ONU sont également destinées à prévenir la violation ou les conséquences inhérentes à cette violation. La responsabilité de protéger¹⁰⁸ se trouve donc

entrave de l'aide humanitaire et la sûreté du personnel humanitaire ».

¹⁰⁵ « Se déclarant résolu à assurer la protection des civils et des secteurs où vivent des civils, et à assurer l'acheminement sans obstacle ni contretemps de l'aide humanitaire et la sécurité du personnel humanitaire » ; « rappelant, tout en soulignant qu'il l'a assuré de son plein appui à cet égard, qu'il a autorisé l'ONUCI, dans le cadre de l'exécution impartiale de son mandat, à utiliser tous les moyens nécessaires pour s'acquitter de la tâche qui lui incombe de protéger les civils menacés.... ».

¹⁰⁶ « Autorise les Etats Membres...., à prendre toutes les mesures nécessaires...pour protéger les populations et les zones civiles menacées d'attaques en Jamahiriya arabe libyenne.... ». Dans la même résolution le Conseil prend « note également de la décision du conseil de la Ligue des Etats arabes, en date du 12 mars 2011, de demander l'imposition d'une zone d'exclusion aérienne contre l'armée de l'air libyenne et de créer des zones protégées dans les secteurs exposés aux bombardements à titre de précaution pour assurer la protection du peuple libyen et des étrangers résidant en Jamahiriya arabe libyenne ». En Côte d'Ivoire, le Conseil rappelle qu'il a « ... autorisé l'ONUCI... à utiliser tous les moyens nécessaires pour s'acquitter de la tâche qui lui incombe de protéger les civils menacés d'actes de violence physique imminente, dans la limite de ses capacités et dans ses zones de déploiement, y compris pour empêcher l'utilisation d'armes lourdes contre la population civile.... ».

¹⁰⁷ Torrelli (M.), « Les zones de sécurité », *RGDIP*, 1995, n° 4, pp. 787-848 ; Sandoz (Y.), *L'établissement de zones de sécurité pour les personnes déplacées dans leur pays d'origine*, Doha, Qatar, mars 1994, CICR.

¹⁰⁸ Boisson de Chazourne (L.)/Condorelli (L.), « De la responsabilité de protéger », *RGDIP*, 2006, pp. 11 et ss., *La responsabilité de protéger*, Colloque SFDI, Paris, Pedone, 2008 ; Kherad (R.), « Du droit d'ingérence à la responsabilité de

juridiquement consacrée dans la perspective d'une prévention. Il nous semble que l'on est en présence d'une quatrième catégorie d'opération de maintien de la paix, de nature préventive, menée dans le cadre des Nations Unies. D'ailleurs, ces deux résolutions établissent un lien direct entre le système de San Francisco et celui de Rome¹⁰⁹, rendant ainsi bien compte de la possibilité de sanctions judiciaires.

2. Les sanctions judiciaires

La logique aurait été la consécration d'une responsabilité pénale de l'Etat, pour manquement aux règles impératives du droit international. Suggérée au début des travaux de la codification du droit de la responsabilité internationale des Etats, la notion même de « crime » imputable à l'Etat n'a pas été retenue¹¹⁰. Mais, il faut reconnaître qu'en la matière on peut constater un balbutiement de la mise en cause de la responsabilité pénale internationale de l'Etat par l'application du principe de l'attribution à l'Etat du comportement de ses organes. L'article 4 du texte de la codification du droit de la responsabilité internationale de l'Etat pose la règle générale selon laquelle le comportement de tout organe de l'Etat est considéré comme un fait de l'Etat « que cet organe exerce des fonctions législative, exécutive, judiciaire ou autres, quelle que soit la position qu'il occupe dans l'organisation de l'Etat, et quelle que soit

protéger », *Les droits de l'homme, Une nouvelle cohérence...*, préc. pp. 297-308 ; Alland (D.), « Observation sur le devoir international de protection de l'individu », *Mélanges en hommage au Doyen Gérard-Cohen-Jonathan, Liberté, justice, tolérance*, Bruylant, Bruxelles, 2007, pp. 13-30.

¹⁰⁹ « Rappelant sa décision de saisir le Procureur de la Cour pénale internationale de la situation en Jamarihiya arabe libyenne depuis le 15 février 2011 et soulignant que les auteurs d'attaques, y compris aériennes et navales, dirigées contre la population civile, ou leurs complices doivent répondre de leurs actes.. » ; « Considérant que les attaques qui se perpétrent actuellement en Côte d'Ivoire contre la population civile pourraient constituer des crimes contre l'humanité et que leurs auteurs doivent être tenus responsables au regard du droit international, et notant que la Cour pénale internationale peut, en se fondant sur le paragraphe 3 de l'article 12 du Statut de Rome, décider de sa compétence concernant la situation en Côte d'Ivoire,... ».

¹¹⁰ *Infra*.

sa nature en tant qu'organe du gouvernement central ou d'une collectivité territoriale de l'Etat ». C'est le principe du « lien de rattachement ». Il a été transposé en matière de droit international pénal dans deux décisions. La première est rendue par le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie dans le second jugement rendu par la Chambre d'appel dans l'Affaire Tadic, le 15 juillet 1999¹¹¹. Pour établir que le conflit en ex-Yougoslavie présentait un caractère international et situer les responsabilités en ce qui concerne la commission des crimes, le Tribunal a retenu dans cette affaire (tout comme dans l'affaire Blaskic) le critère du « contrôle global » afin d'établir le lien de rattachement¹¹². En vertu de ce critère, les agissements criminels respectifs des entités armées se réclamant des Républiques Serbe ou Croate de Bosnie-Herzégovine étaient en réalité imputables dans un cas à la Yougoslavie (Serbie-Monténégro) et, dans l'autre, à la Croatie. La seconde est rendue par la CIJ le 19 décembre 2005 dans l'affaire relative aux activités armées sur le territoire du Congo qui opposait, au fond, la République Démocratique du Congo à l'Ouganda. La Cour a considéré que les actions des Forces de défense du peuple ougandais (UPDF), étaient imputables à l'Ouganda en tant qu'actes d'organes de l'Etat et qu'ils devaient ainsi être considérés comme des faits de l'Etat. Dans tous les cas, l'interprétation de la formule « agit en fait sur instructions ou les directives ou sous le contrôle de cet Etat » (article 8) est laissée à l'appréciation souveraine des juges, à l'aune des preuves qui

¹¹¹ La décision rendue a été confirmée par la même chambre dans l'affaire Blaskic, le 03 mars 2001. Voir Kress (Cl.), « L'organe de facto en droit international public, réflexions sur l'imputation à l'Etat de l'acte d'un particulier à la lumière des développements récents », *RGDIP*, 2001/1, pp. 99 et ss. ; Weckel (Ph.), *RGDIP*, Chronique de jurisprudence internationale, 1999/4, p. 493 et 2000/2, p. 537 et ss..

¹¹² Il faut reconnaître que dans l'Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua C. Etats Unis), la CIJ, en 1986, a retenu une conception stricte du « contrôle » exercé par les Etats-Unis à l'égard des opposants du Nicaragua au régime sandiniste en place à Managua. Nonobstant l'abondance des preuves du soutien caractérisé des Etats-Unis au *Contras*, par leurs financements et assistance de la CIA sur le terrain, la Cour n'a pas établi le lien de rattachement. Rec. CIJ 1986, § 108-109 et 115.

leur seront fournies, de l'implication d'un Etat dans les agissements substantiellement illicites d'une entité armée.

En termes de conceptualisation, on peut bien comprendre que la rareté des décisions qui sanctionnent pénalement l'Etat ne préjuge en rien de l'ineffectivité de la normativité internationale. L'architecture normative et institutionnelle est bien arrimée, sauf que tout est affaire d'espèce et surtout d'appréciation de la part du juge.

Par ailleurs, la société internationale est restée aussi fidèle à cette affirmation connue du Tribunal militaire international de Nuremberg chargé de juger les grands criminels de guerre nazis après l'effondrement du IIIème Reich : « Les infractions en droit international sont commises par des hommes et non par des entités abstraites. Ce n'est qu'en punissant les auteurs de ces infractions que l'on peut donner effet aux dispositions du droit international »¹¹³.

Deux importantes conséquences doivent être tirées. En premier lieu, c'est l'évolution qu'a connue la question de l'immunité de juridiction et d'exécution dont bénéficient en particulier les chefs d'Etat et les membres de gouvernement ayant violé le droit impératif¹¹⁴. Depuis l'Affaire Pinochet jusqu'à l'Affaire Laurent Gbagbo (en cours), en passant par celles de Slobodan Milosevic et Charles Taylor, on voit bien que ce principe ne résiste plus devant la responsabilité pénale, même s'il est prématuré d'affirmer qu'en la matière, ces précédents traduisent l'existence

d'une règle coutumière¹¹⁵. En second lieu, on assiste depuis une dizaine d'années à un développement spectaculaire de la responsabilité pénale internationale des individus, à travers la création de tribunaux pénaux internationaux ad hoc et de la Cour pénale internationale. C'est la réaffirmation d'un principe déjà ancien du droit international classique : la possibilité de désigner certains individus comme personnellement responsables de la violation de normes posées par les Etats dans l'ordre international, surtout des infractions considérées comme portant atteinte à l'ordre public international¹¹⁶.

Nous pensons que de cette pratique, à la théorie de Georges Scelle sur la nature du droit international, il n'y a qu'un pas à franchir. En effet, se situant dans l'école de l'objectivisme sociologique et s'inspirant de la théorie de Léon Duguit, Georges Scelle étend la conception solidariste à la société internationale en considérant que la solidarité sociale dans l'ordre international est le fait d'individus comme dans l'ordre interne. Ainsi, il n'existe pas de différence de nature entre l'une et l'autre puisqu'ils sont tous deux sociétés d'individus. Il écrit : « La société internationale résulte non pas de la coexistence et de la juxtaposition des Etats, mais au contraire de l'interpénétration des peuples par le commerce international (au sens large) ». Il « serait bien curieux que le phénomène de sociabilité qui est à la base de la société étatique s'arrêtât aux frontières de l'Etat »¹¹⁷. Le droit de la responsabilité pénale internationale de l'individu démontre à merveille la survivance de la thèse « scellienne », puisqu'il s'applique directement aux individus, déjà membres de la société interne, en faisant avancer le droit pénal international lui-même. Ainsi, la responsabilité pénale internationale de l'Etat est effective au

¹¹³ TMI, vol. I, p. 223. Tant il est vrai que le fait que ces individus-organes soient déclarés personnellement responsables n'exonère pas l'Etat concerné de sa propre responsabilité en droit international. Ainsi la CIJ, dans l'affaire relative à l'application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, a estimé que cette Convention mettait à la charge de toutes les Parties une obligation « de prévenir et punir le crime de génocide » dont la méconnaissance par l'Etat partie entraînait pour lui une responsabilité internationale distincte de celle des individus ayant accompli ces mêmes actes ». Rec, CIJ, 1996, p. 22.

¹¹⁴ Dupuy (P.M.), « Crimes et immunités, ou dans quelle mesure la nature des premiers empêche l'exercice des secondes », *RGDIP* 1999/2, pp. 289-296.

¹¹⁵ *Infra* II-A-2.

¹¹⁶ Ascencio (H.)/Decaux (E.)/Pellet (A.), dir., *Droit international pénal*, Paris Pedone, 2000 ; Kolb (R.), *Droit international pénal*, Bâle, Bruxelles, Helbing, Lichtenhahn et Bruylant, 2008 ; Honrubia (V.A.), « La responsabilité internationale de l'individu », *RCADI*, 1999, vol. 280, pp. 135-428.

¹¹⁷ Il ajoute que le droit international doit s'intituler « droit des gens », le mot « gens » signifiant les individus, *Manuel de droit international public*, Paris, Montchrestien, Domat, 1948, pp. 18-19.

détour de l'analyse ci-dessus présentée, d'une trilogie : responsabilité directe de l'Etat lui-même, responsabilité des agents de l'Etat et responsabilité individuelle.

Si nous définissons l'échelle de la normativité comme un ensemble de normes hiérarchisées, dont la violation est sanctionnée, alors elle existe bel et bien en droit international. Mais, le caractère de tout ordre juridique reste la vitalité nécessaire à sa pérennité et sa capacité de maintenir la solidité, la cohésion de la société qu'il est destiné à régir. Nous sommes bien là dans le domaine des réalités et de la pratique. Sur ces différents éléments, nos analyses sur la normativité du droit international seront plus nuancées, car à la vérité, l'échelle paraît clivée.

II. - UNE EFFICACITE CONTRARIEE

Le droit international est un instrument de la politique internationale¹¹⁸, autant qu'un enjeu de cette politique¹¹⁹. Ici, le terme politique doit être entendu dans son sens le plus large, c'est-à-dire la position de la doctrine, de la jurisprudence et la pratique des sujets du droit international¹²⁰. On prendra à témoin les pensées de Michel Virally¹²¹. A cet égard, il existe un écart entre l'avancée normative que constitue l'affirmation d'un droit impératif, d'un ordre juridique international public et le maintien des

structures d'un système très jaloux de ses privilèges de souveraineté. Cette résistance déteint sur l'échelle de normativité même, aussi bien sur ces normes que sur sa mise en œuvre, c'est-à-dire en termes de responsabilité ou de sanctions lorsqu'elles sont violées. Ceci explique que la normativité incohérent (A) et que sa mise en œuvre soit écornée (B).

A) Un bloc normatif incohérent

La normativité internationale est malade de ses normes. En voulant refléter l'échelle de normativité, les normes du *jus cogens* n'ont pas réussi à masquer son imperfection. Celle-ci apparaît aussi bien dans la doctrine (1) que dans le régime de responsabilité pour « violation grave d'obligation découlant d'une norme impérative du droit international » (2).

1. Les offensives de la doctrine

L'échelle de la normativité est fragilisée par les critiques de la doctrine. Les plus sérieuses portent aussi bien sur son existence même, que sur l'indétermination de l'institution qui l'incarne.

En premier lieu, le coup fatal a été porté par la doctrine classique du positivisme traditionnel, qu'on peut classer en deux groupes. Parmi le premier groupe composé d'irréductibles, on mentionne Paul Guggenheim qui affirmait, en 1953, d'une manière péremptoire que : « les règles de droit international n'ont pas un caractère impératif. Le droit international admet en conséquence qu'un traité peut avoir n'importe quel contenu... il est donc erroné de prétendre qu'on peut apprécier la validité d'une convention d'après le critère de sa moralité. Cela reviendrait à admettre implicitement qu'il existe un ordre international limitant l'autonomie des sujets »¹²². Il ajoute qu'« il n'existe aucune norme qui interdise ou sanctionne la conclusion de conventions dont le contenu serait contraire aux bonnes mœurs... Il n'existe pas d'ordre public international limitant l'autonomie des sujets dans la création des règles de droit

¹¹⁸ Gonidec (P.-F.), « Dialectique du droit international et la politique internationale », *Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. Méthodes d'analyse du droit international*, Mélanges offerts à Charles Chaumont, Paris, Pedone, 1984, pp. 315-322.

¹¹⁹ Merle (M.), « Le droit international et l'opinion publique », *RCADI*, 1973. I, pp. 377-411.

¹²⁰ Lire Koskeniemi (M.), *La politique du droit international*, CERDIN, Paris, Pedone, 2007.

¹²¹ « L'ordre juridique international est une composante de l'ordre politique international » ; On ne comprend pas grand-chose à la société internationale contemporaine si on ne tient pas compte de la superposition, ou plutôt de l'imbrication de ces deux ordres, dont la coexistence n'est pas toujours facile, car ils répondent à des logiques différentes et sont modelés par des facteurs et des valeurs également dissemblables », in « Panorama du droit international. Cour général de droit international public », *RCADI*, 1983, V, T. 183, pp. 31 et ss.

¹²² *Droit international public*, T. 1, Genève, Geog, 1953, pp. 57-58.

international »¹²³. On aurait pu considérer que ces affirmations, malgré l'existence de l'ONU, ne sont que le reflet de l'état d'une société internationale encore portée par la jurisprudence Lotus du 7 novembre 1927 selon laquelle « les règles de droit liant les Etats procèdent de la volonté de ceux-ci »¹²⁴ et une société qui n'a pas encore connu la Convention de Vienne de 1969 et ses suites. En effet, il est symptomatique de relever que c'est avec cette Convention et surtout à partir des années 1990 que la référence à la communauté internationale est intervenue. La société internationale jusque là était régie par le principe de la coexistence pacifique. En fait, il n'en est rien, puisque cet axiome du positivisme perdure de nos jours malgré les changements spectaculaires intervenus dans la société internationale, à l'instar de la chute du mur de Berlin en 1989, le développement des droits de l'homme et l'apparition des institutions internationales universelles et régionales. Ainsi, pour Jean Combacau, par exemple, les mécanismes tendant à introduire « une objectivation du système juridique international » ne sauraient pénétrer ce dernier qu'« en intrus » ; et il souligne à propos 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 »¹²⁵. De même pour Serge Sur, l'idée même d'un droit impératif international ne fut jamais qu'une mode, par définition précaire et superficielle, aujourd'hui révolue¹²⁶. Si ces positions persistent c'est parce que l'idée que la liberté contractuelle soit limitée en droit international comme en droit interne leur paraît comme une sorte « d'incongruité technique, logique et sans doute idéologique »¹²⁷. C'est pour cette raison que

Jean Combacau, dans son analyse (*in concreto*) de l'ordre juridique international et de sa cohérence substantielle, écrit : « le droit international est celui d'une collectivité proprement « anarchique » dont les sujets sont tous également souverains, c'est-à-dire ne reconnaissent comme supérieure ni l'un d'entre eux ni un être d'une autre nature qu'eux-mêmes ; de là résulte un droit dont toutes les manifestations sont marquées par l'intersubjectivité, là où le droit interne, caractérisé par la dissociation de l'Etat et de ses sujets, laisse une place à leur objectivation »¹²⁸.

La deuxième catégorie des pourfendeurs de l'impérativité du droit international est plus mesurée. Ramenant la normativité du droit international à un retour du jusnaturalisme, à l'apparition de la morale et de l'éthique dans cet ordre juridique, ils constatent l'évènement mais expriment des inquiétudes. Parmi ce courant on peut noter les idées de Prosper Weil, qui affirme : « Que cette évolution constitue à bien des égards un facteur de progrès, nul ne songerait à le nier. En mettant l'accent sur la conscience juridique, elle tend à assurer la primauté de l'éthique sur la sécheresse du droit positif. Sans valeurs morales supérieures, le droit international n'est qu'une mécanique privée d'âme : voilà en quelque sorte, le message essentiel de ces théories nouvelles... C'est dire que les conséquences négatives que la relativisation de la normativité internationale risque d'entraîner doivent être regardées tout au plus comme des effets secondaires de changements eux-mêmes bénéfiques »¹²⁹. La vigilance s'impose donc de

appréhender ce droit international ; le positivisme comme idéologie repose sur une croyance manichéenne de la neutralité de la doctrine professée qui s'appuie sur certaines valeurs, dont la première est nécessairement la polarisation sur l'Etat. Il fournit un seul critère simple à la validité de la norme juridique : est positive toute règle de droit émanant de la volonté de l'Etat. Voir, Friedmann (W.), *Théorie générale du droit*, Paris, LGDJ, 1965, pp. 205 et ss.. Contra, voir Chemiller Gendreau (M.), « Le droit international entre volontarisme et contrainte », *Mélanges Henri Thierry*, Paris, Pedone, 1998.

¹²⁸ « Le droit international : bric-à-brac ou système ? » préc. p. 100.

¹²⁹ - « Vers une normativité... », préc. pp. 18-19 ; - « Le droit international en quête de son identité »,

¹²³ Ibidm. p. 7

¹²⁴ CPJI, arrêt n° 9, Série A, n° 10, p. 18.

¹²⁵ « Le droit international, bric-à-brac », *APD*, Sirey, 1986, pp. 102-103.

¹²⁶ « Le phénomène de mode en droit international », *Le droit international et le temps*, Colloque de Paris, 2000, SFDI, Paris, Pedone, 2001, pp. 53-54.

¹²⁷ Norberto Bobbio, lui-même positiviste n'écrivait-il pas que le positivisme est à la fois « un mode d'approche de l'étude du droit, une théorie et une idéologie » ? , *Essai de théorie du droit*, Paris, Bruylant, LGDJ, 1998, pp. 2 et ss.. Le mode d'approche est la méthode et le discours utilisé pour

manière à ce que le progrès du droit international vers davantage de morale et davantage de solidarité ne soit pas payé d'un prix trop lourd. Le recul du volontarisme au profit de la domination de certains, celui du positivisme au profit des valeurs mal définies risqueraient ainsi de déstabiliser l'ensemble du système normatif international et d'en faire un instrument qui ne serait plus capable de remplir ses fonctions. Il conclut qu' « à force de se laisser tenter par les délices et poisons de la sophistication et du laxisme intellectuel, le système normatif international risque de dériver irrémédiablement vers le relatif et l'aléatoire »¹³⁰. L'on voyait déjà en filigrane le risque de l'instrumentalisation ou de l'impérialisme qu'engendrerait la normativité tant du point de vue matériel qu'opérateur¹³¹. Cet inquiétant bilan de santé, a suscité un écho particulier en France¹³².

Nous pouvons nous positionner par rapport à ces deux tendances. Même si le phénomène social fait naître en son sein des contradictions, on ne peut que le constater et en prendre acte, et non le nier. Prétendre enfermer l'ordre juridique international dans les seuls éléments d'explication connus dès son apparition est contraire à la dynamique ou à l'évolution de principe commune à tout ordre juridique. En effet, la survenance de certains faits a conduit à l'évolution de l'ordre juridique international, comme l'affirmation de la volonté de promouvoir la paix par le droit, l'interaction entre deux modèles (la coexistence entre Etats et la coopération), la persistance de la nécessité de protéger les droits de l'homme, etc... Au fur et à mesure des différents stades de son développement, cet

RCADI, 1992, vol. 237, pp. 9-237 ; Voir aussi Baxter (R.R.), « International Law in Her Infinite Variety », *ICLQ* 1980, pp. 549 et ss..

¹³⁰ *Ibidm.* p. 44.

¹³¹ *Infra.*

¹³² Les actes de trois colloques : Flory (M.)/Mahiou (A.)/Henry (J.R.), *La formation des normes en droit international du développement*, CNRS/OPUA, 1984 ; Cassese (A.)/Weiler (J.), *Change and Stability in International Law-Making*, Berlin, New York, W. de Gruyter, 1988 ; également SFDI, *L'élaboration du droit international public*, Paris, Pedone, 1975 ; Abi-Saab (G.), « La coutume dans tous ses états, Le droit international à l'heure de sa codification ». *Etudes en l'honneur de Roberto Ago*, t. III. Milano, Giuffrè, 1987.

ordre juridique connaît un double phénomène : le normatif qui passe par l'objectivation progressive des intérêts juridiques qu'il doit servir et l'organique, révélé par le transfert à des organes communs des fonctions de contrôle de la légalité collective.

Dans la réalité des relations inter-étatiques, les grilles de lecture du positivisme volontariste sont sévères, et ne correspondent pas totalement, nous semble-t-il, à la pratique des Etats. C'est pour cette raison que nous préférons nous ranger du côté des modérés, qui reconnaissent l'évolution mais la critique, en manifestant des craintes à l'égard de cette échelle de normativité. Il ne peut en être autrement, car l'évolution de l'ordre international n'a pas été une révolution. En effet, l'émergence des normes impératives n'a pas laissé choir le principe de l'équivalence normative qui reste, elle aussi, un principe cardinal du droit international contemporain. Elle se décline en trois points : l'équivalence des sources du droit international selon laquelle on ne saurait établir une hiérarchie entre ces sources¹³³ ; l'équivalence des règles d'édiction des normes et ces normes elles-mêmes, en vertu de laquelle il n'y a pas de gradation entre les règles primaires et les règles secondaires¹³⁴ en recourant à la théorie du droit de H. Hart¹³⁵ ; l'équivalence des règles juridiques entre elles, que ni leur objet, ni leur étendue ne saurait hiérarchiser. Ainsi, quelle que soit leur origine formelle..., quel que soit

¹³³ La doctrine reconnaît justement que l'article 38 du statut de la CIJ qui a présenté la typologie des sources du droit international, ne les a pas hiérarchisées. Buzzini (G.), « La théorie des sources face au droit international général. Réflexions sur l'émergence du droit objectif dans l'ordre international », *RGDIP*, 2002/3, pp. 581 et ss..

¹³⁴ Les premières prescrivent des conduites aux Etats et les secondes sont des règles procédurales, qui définissent les modalités selon lesquelles les règles primaires peuvent être établies de façon certaine, introduites, abrogées, modifiées et leur violation officiellement reconnue. Ainsi, n'y a-t-il pas de différenciation entre la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités dite « traité des traités » et un autre traité par exemple du point de vue de la valeur normative.

¹³⁵ Hart (V.L.A.), « The concept of law », *CLS*, 1984, pp. 77 et ss.. ; à croiser avec Leben (Ch.), *Les sanctions privatives de droit ou de qualité dans les organisations internationales spécialisées*, Bruxelles, Bruylant, 1979, pp. 7- et ss.

leur objet ou leur importance, toutes les normes sont placées sur un même plan : aucune hiérarchie n'ordonne leurs rapports ; un seul et même régime gouverne la responsabilité qui en assure la sanction. On peut ajouter aussi la réalité des exclusivismes souverains où chaque Etat, souvent les plus puissants, tend à se préserver dans son être, opposant ainsi une résistance à l'emprise de l'ordre qu'il a contribué à constituer. Dans ces conditions, l'échelle de normativité ne peut qu'être critiquée, surtout que certains de ses éléments sont difficiles à identifier. Il en est ainsi de la notion de communauté internationale dans son ensemble.

En deuxième lieu, c'est l'élément institutionnel du *jus cogens* qui sera la cible de la doctrine. Et là apparaît la seconde conception de Prosper Weil qui, dix ans après l'avoir reconnue, affirme : « la communauté internationale as such n'existe pas, elle n'est pas autre chose qu'une fiction commode, derrière laquelle les Etats se plaisent à s'abriter pour échapper à leurs responsabilités »¹³⁶. Cette position reflète ses craintes précédemment soulevées, mais se situe intellectuellement plus dans une critique de l'instrumentalisation de cette communauté¹³⁷, qu'une véritable contestation. En effet, la notion de communauté internationale dans son ensemble, n'a d'égale que l'ambiguïté de son sens. D'abord la théorie réaliste a objecté sur l'existence d'une communauté internationale tant les Etats dans leurs relations internationales, réagissent essentiellement en fonction de leurs intérêts. Ensuite, on ne sait pas combien d'Etats doivent être d'accord pour que celle-ci s'impose à tous. Pour Prosper Weil, « l'appartenance d'un Etat à ce club des composantes essentielles de la communauté internationale ne se déterminant par aucun signe distinctif particulier, qu'il soit d'ordre géographique, idéologique, économique ou

¹³⁶ « Cours de droit international public », préc. p. 311. Peut-être a-t-il été déçu par l'usage que les Etats en font, car ne l'oublions pas, 1992 correspond bien au surchauffé du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies avec un élargissement spectaculaire des situations de menace à la paix et à la sécurité internationales et les interventions du Conseil de sécurité au nom de la communauté internationale.

¹³⁷ Nous y reviendrons dans nos développements ci-dessous, notamment B-1.

autre, ce sont enfin de compte certains Etats (pas forcément majoritaires) qui, s'arrogeant le monopole de cette participation en dénieront du même coup l'accès aux autres, lesquels se verront ainsi tout à la fois mis au ban de ce club et contraints de reconnaître la super-normativité des règles auxquelles ils ne sont peut-être pas prêts à reconnaître le caractère de normes même ordinaires »¹³⁸.

En troisième lieu, l'obstacle le plus sérieux à l'introduction du *jus cogens* dans le droit international positif réside dans son indétermination. La Commission de droit international qui avait accepté l'idée a reconnu cette faiblesse en disant « qu'on ne dispose d'aucun critère simple qui permette de reconnaître qu'une règle générale du droit international relève du *jus cogens* »¹³⁹. La nature évolutive de la norme de *jus cogens* conduit à admettre qu'il ne s'agirait que d'une « certaine unité de vues » selon la formule de Roberto Ago¹⁴⁰. Cette idée traduit en réalité l'intime conviction de son auteur qui a eu la charge de codifier le régime de la responsabilité des Etats. Les travaux de la Commission de Droit International révèlent à cet égard des incohérences pour violation des normes du *jus cogens*.

2. Les incohérences dans le régime de la responsabilité des Etats¹⁴¹

Il est unanimement reconnu que, dans tout ordre juridique, des conséquences légales sont attachées au manquement à la règle de droit. En effet, l'auteur de la violation d'une obligation juridique¹⁴² doit en répondre à

¹³⁸ « Vers une normativité relative en droit international ? », préc. pp. 24 et ss.

¹³⁹ Visscher (Ch.), « Positivisme et « jus cogens » », préc. p. 7.

¹⁴⁰ « Introduction au droit des traités à la lumière de la Convention de Vienne », *RCADI*, 1971-III, t. 134, p. 324.

¹⁴¹ SFDI, *La responsabilité dans le système international*, Colloque du Mans, Paris, Pedone, 1991 ; Pellet (A.), « Le nouveau projet de la CDI sur la responsabilité de l'Etat pour fait international illicite. Requiem pour le crime ? », in Vohrah (L.-C.) et al..., *Man's Inhumanity to Man. Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese*, The Hague, London, NYKLI, 2003, pp. 655-684.

¹⁴² On peut toutefois imaginer des cas de responsabilité dans lesquels l'obligation de réparer

l'égard du sujet auquel il a causé préjudice en portant atteinte à ses droits. Au-delà de ses différences avec la responsabilité en droit interne¹⁴³, la question ici est de savoir si le rendez-vous de la responsabilité internationale avec le *jus cogens* a été fertile ou a été manqué ? En d'autres termes, les résultats de la codification de la responsabilité de l'Etat pour « violation grave d'obligations découlant d'une norme impérative du droit international général »¹⁴⁴ sont-ils en adéquation avec l'affirmation d'un droit impératif par la Convention de Vienne ?

En 1969, on avait le sentiment d'avoir accompli un pas décisif, avec l'affirmation d'une communauté normative, alors que 2001 donne l'impression d'un ensemble de problématiques qui renvoient cette « communauté internationale dans son ensemble » à une image d'elle-même qu'elle

n'est pas nécessairement associée à la violation du droit. C'est l'hypothèse du droit romain des origines, qui n'était pas d'abord focalisé sur la faute ou encore le cas des systèmes de responsabilité objective ou « sans faute » en droit interne. Voir Villey (M.), « Esquisse historique sur le mot responsable », *APD*, T. 22, *La responsabilité*, Paris, Sirey, 1977, pp. 45 et ss.

¹⁴³ La responsabilité internationale est essentiellement conçue comme une institution interétatique, qui à la différence du droit interne échappe largement au juge international et intervient très souvent en pratique hors du cadre contentieux.

¹⁴⁴ En réalité, c'est depuis 1956 que la Commission du droit international a entrepris d'examiner en vue de sa codification le droit international de la responsabilité internationale des Etats. Cette Commission a vu se succéder des rapporteurs spéciaux de renom, puis a adopté en juillet 2001 le texte définitif de la codification. L'Assemblée générale de l'ONU l'a accueilli favorablement dans sa résolution du 12 décembre 2011. Voir Dupuy (P.M.), - « Quarante ans de codification du droit de la responsabilité internationale des Etats. Un bilan, » *RGDIP*, 2003/2, pp. 305 et ss. ; - dir, *Obligations multilatérales, droit impératif et responsabilité internationale des Etats*, Paris, Pedone, Colloque de Florence/IUE, 2002 ; Pellet (A.), « Les articles de la CDI sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite », *AFDI* 2002, p. 1-24 ; Stern (B.), « Et si on utilisait la notion de préjudice juridique ? Retours sur une notion délaissée à l'occasion de la fin des travaux de la CDI sur la responsabilité des Etats », *AFDI*, 2001, pp. 3-44.

est inapte à assumer. Roberto Ago¹⁴⁵, affirmait déjà en 1976 : « On conçoit mal que l'évolution de la conscience juridique des Etats en ce qui concerne l'idée de l'inadmissibilité d'une dérogation à certaines règles n'ait pas été accompagnée d'une évolution parallèle dans le domaine de la responsabilité des Etats »¹⁴⁶.

Et pourtant à partir de 1970, avec l'affaire de la Barcelona Traction, s'affirme une distinction entre les obligations de l'Etat responsable, et les droits des Etats affectés par cette violation des normes d'ordre public international¹⁴⁷. En mettant bout à bout la dualité substantielle des obligations internationales consacrée par la Convention de Vienne, comme par l'obiter dictum de la Cour dans l'affaire précitée, la Commission Ago devait alors en déterminer les conséquences dans la sphère de la responsabilité. A partir de ce moment deux idées forces vont dominer tout le travail de codification jusqu'en 2001 : celle d'une responsabilité gardienne de la légalité et celle d'un dédoublement de cette légalité.

C'est manifestement la difficulté de greffer sur le droit classique et bilatéral de la réparation, une sanction particulière des atteintes aux intérêts collectifs des membres de la communauté internationale. A cet égard, s'agissant de la responsabilité, dans quelle mesure les obligations à la charge de l'Etat responsable allaient-elles se différencier, suivant le type d'obligation violée ? Quels seraient les droits des Etats affectés et dans quelle proportion ? Le régime de responsabilité pour violation grave d'obligations découlant d'une norme impérative du droit international général, ne répond qu'imparfaitement à toutes ces questions pourtant essentielles.

¹⁴⁵ Initiateur de la première partie du projet, relative au fait générateur de la responsabilité.

¹⁴⁶ « Cinquième rapport », *Annuaire CDI*, 1976, II, pp. 33-34, par. 57.

¹⁴⁷ Dupuy (P.M.), « Le fait générateur de la responsabilité internationale », *RCADI*, Tome 188, 1984, p. 9. ; Pellet (A.), « Remarques sur une évolution inachevée-le projet d'articles de la Commission du droit international sur la responsabilité internationale des Etats », *AFDI*, 1996, pp. 7 et ss.

Le régime de la responsabilité pour violation d'une obligation essentielle n'est pas différent de celui pour violation d'une simple obligation. On assiste à l'échec d'une différenciation des obligations de l'Etat responsable en raison de la nature de l'obligation violée, comme nous le prouve l'évolution du parcours de la codification. Après avoir distingué les obligations primaires et secondaires dans le droit de la responsabilité, les travaux de la Commission permettent de procéder à une classification des faits illicites à raison de la nature et de la portée des obligations violées : on a distingué les délits des crimes, avant de préférer à cette notion celle de violation grave d'obligations découlant d'une norme impérative du droit international¹⁴⁸. Mais cette distinction n'est pas suivie d'effet en matière de responsabilité. En effet, envisagé du point de vue des obligations de l'Etat auteur d'une atteinte à l'ordre public

¹⁴⁸ Cependant, la responsabilité pénale de l'Etat n'est pas inconnue en droit international. Elle est d'abord prévue dans certaines conventions. En effet, certains faits illicites de l'Etat ont été qualifiés de crimes dans des traités. C'est l'exemple de la convention de 1948 sur le génocide où les Etats ont consenti pour qualifier de « crimes » le génocide, et le cas de la convention des Nations unies de 1973 en ce qui concerne l'apartheid. En dehors de ces deux hypothèses, c'est par un acte unilatéral que l'Assemblée générale des Nations Unies a qualifié un fait illicite étatique de crime, notamment la résolution 3314 à propos de la guerre d'agression. La jurisprudence aussi a prévu un crime d'Etat en ce qui concerne le génocide dans l'arrêt de la Cour internationale de Justice du 26 février 2007, relatif à l'Affaire l'application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, entre la Bosnie-Herzégovine et la Serbie et Monténégro. Ce qui est important ici à notre réflexion, c'est l'interprétation que la Cour a eue de l'article 1^{er} de la convention, qui énonce explicitement deux obligations de « faire » : celle de « prévenir » et de « punir » ce « crime de droit des gens ». En interprétant cet article la CIJ a déclaré que « l'article premier a pour effet d'interdire aux Etats parties de commettre eux-mêmes un génocide ». Or, des raisons liées au contexte de la négociation de cette convention pouvaient laisser penser que les Etats ont exclu cette possibilité. Toujours est-il qu'aujourd'hui il existe, à côté de la guerre d'agression, un autre « crime d'Etat », le génocide, désigné de façon prétorienne. Voir, Dupuy (P.M.), « Crime sans châtement ou mission accomplie ? » *RGDIP*, 2007/2, pp. 243 et ss.

international, le régime institué se solde par une absence de différenciation entre responsabilité de l'Etat pour violation des normes impératives et celle qu'il encourt en raison de la méconnaissance de ses obligations « ordinaires ».

L'idée de Roberto Ago qui souhaitait une responsabilité pénale pour la première catégorie était juste mais imprudente, car la société internationale ne s'y prêtait pas¹⁴⁹, surtout en ce qu'elle est dépourvue d'un ministère public. Par ailleurs, l'article 41 du texte de codification prévoit des conséquences discutables, en cas de violation grave d'obligations découlant d'une norme impérative du droit international, en ce qu'elles concernent seulement les obligations des Etats affectés par cette violation et non celles de l'Etat responsable. L'Etat serait donc responsable mais pas coupable. Les Etats affectés par la violation de la norme de *jus cogens*, sont par définition tous les Etats. Ils ont ainsi l'obligation de coopérer « pour mettre fin, par des moyens licites à toute violation grave au sens de l'article 40¹⁵⁰ ». Ils ne doivent pas également reconnaître la situation créée par une violation grave, les Etats ne devant prêter aide ou assistance au maintien de cette situation. Le texte ignore et laisse de côté les obligations spéciales de l'Etat coupable d'une atteinte à l'ordre international.

Pierre-Marie Dupuy et Yann Kerbrat faisant le point sur ce régime observaient qu'« il est évident que les résultats auxquels est finalement parvenue la CDI dans le texte de codification sont assez maigres ;[...] Les obligations de l'Etat responsable lui-même sont en effet le grand absent de ce texte ; un résultat paradoxal pourrait être que la codification consacre à la fois ouvertement l'incidence du droit impératif sur le plan de la responsabilité (et ceci renforce

¹⁴⁹ Même de nos jours, les articles 5 et 6 du Statut de Rome instituant la Cour pénale internationale adopté en 1998 établissent la définition des crimes relevant de la compétence de la Cour. Mais, s'agissant de la responsabilité pénale internationale, ce sont les crimes individuels qui sont visés, non pas les crimes commis par les Etats.

¹⁵⁰ « La violation d'une telle obligation est grave si elle dénote de la part de l'Etat responsable un manquement flagrant ou systématique à l'exécution de l'obligation ».

indubitablement l'institution juridique du *jus cogens* en droit international) mais qu'en même temps, il risque d'affaiblir la même institution juridique, en ne tirant aucune conclusion particulière quant à l'aggravation des obligations secondaires mises à la charge de l'Etat auteur de la violation d'une super-norme ! La victoire du *jus cogens* serait-elle alors une victoire à la Pyrrus ? »¹⁵¹

Cette incohérence aurait pu être corrigée par une proposition certes ambitieuse mais intellectuellement logique, faite par le Professeur Arangio Ruiz, dans la première partie des années 1990, au sujet de la responsabilité pour « crime ». Dans son 7^{ème} rapport il avait en effet suggéré un système qui prévoyait l'intervention du Conseil de sécurité, de l'Assemblée générale et de la Cour internationale de justice dans l'identification et l'incrimination de l'Etat visé. L'ONU, alors perçue comme l'organisation la plus représentative de la communauté internationale serait donc la préposée, à travers ses organes principaux, de détecter les manquements et de sanctionner la violation du droit impératif.

Il reste que la Commission n'est pas allée jusqu'au bout dans la détermination des Etats lésés (c'est-à-dire du titulaire du droit d'invoquer la responsabilité) par la violation du *jus cogens* et est demeurée dans le flou. Elle n'a pas, en effet, voulu distinguer clairement entre droit subjectif et droit objectif à l'action en responsabilité.

Dans le cas d'une violation grave par un Etat d'obligations découlant de normes impératives du droit international général, deux hypothèses sont à distinguer : la première, contenue dans l'article 42 du texte de codification distingue les « Etats lésés », catégorie qui comprend entre autres les Etats atteints par la violation. La seconde possibilité, est réglée à l'article 48 et traite de « l'invocabilité de la responsabilité par un Etat autre qu'un Etat lésé ». Donc tout Etat a en fait le droit d'invoquer la responsabilité d'un Etat qui aurait violé une obligation due à la communauté internationale dans son ensemble.

¹⁵¹ *Droit international public*, préc. p. 522.

Quel est alors l'intérêt de la distinction qu'établissent les articles 41 et 48, puisque dans la réalité tous les Etats sont atteints (donc lésés) mais sûrement à des degrés divers. Une chose est l'intérêt pour agir, une autre est son fondement et donc son caractère ; mais il n'y a pas de raison convaincante pour n'attribuer la qualité d'Etat lésé qu'aux seuls Etats atteints dans leur droit subjectif¹⁵².

D'un point de vue général, ce régime défectueux de la responsabilité pour manquement aux obligations impératives constitue un point sérieux de la fragilité de l'échelle de normativité au regard même des impasses du mécanisme de sécurité collective de la Charte des Nations unies enclin à des difficultés institutionnelles et opératoires.

Ces lacunes peuvent être exploitées par certains Etats, notamment le plus puissant d'entre eux, pour s'autoriser, en fonction de l'appréciation toute subjective qu'ils se font d'une situation particulière, à définir *in concreto* et au cas par cas un type de réaction adapté à la sanction de telle norme impérative de la part d'un autre Etat. C'est alors la sécurité juridique et l'impartialité, nécessaires au bon fonctionnement de tout ordre juridique qui se trouvent ainsi remises en cause à l'échelle internationale, comme l'atteste d'ailleurs la pratique.

B) Une mise en œuvre embarrassée

L'efficacité du droit dépend la plupart du temps moins du juriste que des acteurs dominants chargés de son exécution. Ce phénomène rejaillit négativement sur la sécurité juridique de l'ordre juridique international (1), dont l'appréciation relève de la subjectivité (2).

1. L'insécurité juridique de l'ordre public international

¹⁵² Perrin (G.), « La détermination de l'Etat lésé. Les régimes dissociables et indissociables », Makarczyk (J.), *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century. Essays in Honour of Krystof Skubiszewski*, La Haye, Luwer, 1996, pp. 243 et ss.; Stirn (B.), « Et si on utilisait le concept de préjudice juridique? » *AFDI*, 2001, pp. 3 et ss.

La fonction essentielle d'un ordre juridique est de maintenir la sécurité juridique. Tel est également l'objectif d'une échelle de normativité en vertu de laquelle, aux transgressions des normes impératives doivent correspondre des réactions en vue de rétablir le *statu quo ante* du droit. Or, tel n'est pas le cas dans la société internationale aussi bien en ce qui concerne la mise en œuvre des actions par les Etats que par le juge.

Pour le premier cas, il convient de reprendre la typologie déjà évoquée qui distingue les actions du Conseil de sécurité de celles décentralisées des Etats pris individuellement ou collectivement. S'agissant du Conseil de sécurité, on sait bien que 1990 a été une année phare dans la relance du système de sécurité collective, avec la guerre du Golfe menée dans le cadre de l'ONU contre l'Irak, en réaction contre son occupation du Koweït¹⁵³. La décennie qui a suivi cette date est caractérisée par une action continue du Conseil de sécurité dans la résolution des crises qui se résume dans les tendances ci-après : l'accélération du rythme de création des opérations de maintien de la paix ; le recours aux sanctions décidées sur le fondement du Chapitre VII, pour entre autres, réprimer la violation des droits de l'homme ou du droit humanitaire ; l'association ou la subordination de certaines opérations à des actions d'assistance humanitaire et l'extension du cadre d'intervention du Chapitre VII à la création de tribunaux pénaux internationaux ad-hoc.

On aurait pu croire à la naissance d'une coutume, en vertu de laquelle, lorsque la légalité internationale est violée, plus particulièrement les droits de l'homme et le droit humanitaire (faisant désormais partie du bloc de l'impérativité internationale), le mécanisme de la sécurité collective sera mis en branle. Mais, tel n'est pas le cas, car cet organe

¹⁵³ Entre autres, Verhoven (J.), « Etats alliés ou Nations Unies ? L'ONU face au conflit entre l'Irak et le Koweït », *AFDI*, 1990, pp. 145 et ss. ; Dupuy (P. M.), « Après la guerre du golfe... », *RGDIP* 1991/3, pp. 621-638 ; Colloque du CEDIN, *Les aspects juridiques de la crise et de la guerre du Golfe, Aspects de droit international public et de droit international privé*, Cahiers du CEDIN, n° 6, Paris, Montchrestien, 1991.

n'arrive pas dans toutes les situations identiques, voire les plus graves¹⁵⁴, à assumer ce mandat de maintien, de rétablissement ou de reconstruction de l'ordre public international qui est le sien. En 1998, le gouvernement de Belgrade a commis des atrocités, des violations massives des droits de l'homme, des crimes contre l'humanité, bref a violé des principes présentant un caractère impératif au Kosovo. Le Conseil, tout en constatant sur le fondement du Chapitre VII que cette situation est une menace à la paix et à la sécurité internationales, n'a pas pris de mesures coercitives militaires à l'égard de la Yougoslavie pour faire cesser les violations, face à l'opposition de la Russie et de la Chine¹⁵⁵. Il en est de même des bombardements de la Tchétchénie, par les troupes russes, situation sur laquelle l'Organisation ne se penche pas. Les 12 et 28 septembre 2001, le Conseil de sécurité, prend successivement les résolutions 1368 et 1373, à la suite des actes de terrorisme (leur interdiction étant considérée comme une règle de *jus cogens*) perpétrés contre les Etats Unis par les membres d'une entité non étatique Al Qaida, le 11 septembre de la même année. La seconde résolution, prise en application du Chapitre VII de la Charte, constitue une véritable loi internationale contre le terrorisme, obligatoire pour tous les Etats membres, un acte unilatéral de l'organisation universelle atypique, car elle précise de façon détaillée le contenu de ces obligations de diligence qui pèsent sur tous les Etats pour lutter contre ce fléau planétaire. Curieusement, aucune de ces

¹⁵⁴ Le Conseil peut dans certaines circonstances agir mais avec un retard, qui n'est pas forcément dû à un blocage par le recours au droit de veto ou à la menace de son utilisation. Il en est ainsi du génocide rwandais qui débuta le 06 avril 1994 sous les yeux des Nations Unies qui étaient présentes dans le pays avec la Mission des Nations Unies Au Rwanda. Pire, elles vont retirer la majeure partie de la Minuar le 21 avril 1994 après que dix casques bleus belges aient perdu la vie. Ce n'est que le 22 juin 1994 que le Conseil autorisa l'opération Turquoise qui permit de mettre fin à ce génocide.

¹⁵⁵ Condorelli (L.)/Petrovic (D.), « L'ONU et la crise yougoslave », *AFDI* 1992, pp. 32-60 ; Christakis (Th.), *L'ONU, le Chapitre VII et la crise yougoslave*, Montchrestien-CEDIN Paris I, 1996 ; Daudet (Y.), « Les opérations de maintien de la paix sont-elles toujours viables ? Observations sur les conflits en ex-Yougoslavie », *Mélanges H. Thierry*, préc. pp. 48 et ss.

résolutions ne prévoit de recourir à la force dans le cadre de l'organisation. Elles reconnaissent seulement le « droit inhérent de légitime défense individuelle ou collective conformément à la Charte », qu'elle n'autorise pourtant pas¹⁵⁶.

Or, en l'absence d'une définition claire du terme terrorisme, les résolutions assimilent tout acte de terrorisme international à une menace à la paix et à la sécurité internationales. Logiquement face à un tel constat, le Conseil aurait dû prendre des mesures et entreprendre des actions, afin de sanctionner la violation grave du droit international. Il n'en a rien été¹⁵⁷. Plus spectaculaire est la crise en Syrie, faut-il le rappeler, d'une intensité plus grave que celle de la Côte d'Ivoire et de la Libye, qui pourtant, avaient connu une réaction foudroyante du Conseil¹⁵⁸. Les atrocités contre la population civile ont débuté au début du soulèvement contre le régime de Bachar Al-Assad en mars 2011. Le pouvoir en place a ordonné de tirer des balles réelles et de bombarder les localités en proie à la rébellion, soutenue depuis l'été 2011 par des groupes d'autodéfense unis sous le nom de l'Armée syrienne libre. Il s'agit de massacres systématiques faisant des milliers de morts. Mais le Conseil est incapable d'intervenir par une opération coercitive, malgré les sollicitations de certains de ses membres permanents. Il s'est contenté de l'option pacifique devant cette urgence, avec le Plan Annan du 30 juin 2011¹⁵⁹, qui prévoyait l'envoi d'observateurs et un cessez-le-feu. Face au blocage du Conseil de sécurité, l'Assemblée générale a dû adopter une

résolution AG/11266, le 09 août 2012¹⁶⁰, pour exhorter les parties au calme, ce qui rappelle la procédure Dean Acheson, lors de la crise de Corée en 1950.

Si le Conseil est bloqué au point de ne pouvoir prendre des sanctions c'est justement parce que dans la résolution de la crise en Libye, les forces françaises et britanniques au sein de l'OTAN ont instrumentalisé et dépassé le mandat à elles confié par le Conseil de Sécurité, de sorte que la Russie et la Chine craignent une réédition de ce « fâcheux » précédent. En effet, la résolution autorisait les Etats à prendre toutes les mesures nécessaires pour protéger les populations en danger en créant une zone d'exclusion aérienne et à mettre hors d'état de nuire les bombardiers du régime en place. Sur le terrain on a constaté une véritable extrapolation de cette mission, car l'opération « Protecteur Unifié » a permis aux forces de l'OTAN d'armer les rebelles et « d'assassiner » M. Mouamar Kadhafi. Pour autant, la Libye est toujours en crise, donnant l'occasion au mouvement terroriste Al Qaida au Maghreb Islamique de s'émanciper dans la région jusqu'à occuper en partie, un Etat comme le Mali. La Chine et la Russie ont protesté face à ces extrapolations et ne sont pas prêtes en tout cas à autoriser une autre action de coercition militaire en ce qui concerne la Syrie. On est retombé dans une sorte de « guerre froide » qui ne dit pas son nom.

S'il en va ainsi, c'est justement parce que le système de mise en œuvre des sanctions fonctionne sur le fondement des leviers politiques. On rappellera que le système de sécurité collective, pour des raisons historiques et politiques est fondé sur l'accord des cinq grandes puissances qui bénéficient du droit de veto au sein du Conseil de sécurité.

L'esquisse des tendances de l'évolution du système de sécurité collective permet de constater qu'elle est liée aux transformations de la politique internationale. En effet, avant 1990, date de sa surchauffe, le système était paralysé, car l'alliance qui existait entre les membres permanents est

¹⁵⁶ Condorelli (L.), « Les attentats du 11 septembre et leurs suites : où va le droit international ? », *RGDIP* 2004/4, pp. 829 et ss. ; Banelier (K.)/Chistakis (T.)/Corten (O.)/Delcourt (B.), *Le droit international face au terrorisme. Après le 11 septembre 2001*, Paris, Pedone, 2002.

¹⁵⁷ *Infra*.

¹⁵⁸ *Supra* I-B.

¹⁵⁹ Ce dernier, après cinq mois d'efforts infructueux a déposé sa démission face à cette mission impossible, arguant du manque évident d'unité au sein du Conseil de sécurité et de l'incapacité des quinze membres à s'unir pour faire pression sur les protagonistes du conflit. Il a été remplacé par Monsieur Lakhdar Brahimi, un diplomate algérien, qui se propose d'arrêter cette guerre civile.

¹⁶⁰ Elle condamne les violations des droits de l'homme commises par les autorités syriennes en leur enjoignant de cesser d'utiliser des armes lourdes.

devenue illusoire à la fin de la guerre de 1939 avec l'avènement de la guerre froide qui a connu un usage immodéré du droit de veto. En 1989, les données ont changé suite à un événement politique, la chute inattendue du mur de Berlin et l'effondrement du « rideau de fer ». Pratiquement oubliées, les dispositions de la Charte prenaient enfin une cure de jouvence. Les Etats Unis ont d'ailleurs parlé à cette époque de l'émergence d'un nouvel ordre international¹⁶¹. Et pourtant, cette nouvelle dynamique ne se traduit pas dans les faits par la constance des actions du Conseil au regard des intérêts divergents de ses membres permanents¹⁶². Il faut également ajouter la liberté d'action que l'article 39 réserve au Conseil en matière de qualification d'une situation comme menace à la paix et à la sécurité internationales. L'édifice normatif quant à lui n'a pas du tout changé, mais ce sont les événements politiques et historiques qui lui donnent du lustre ou le ternit. Cette situation révèle la responsabilité politique qui pèse sur les grandes puissances, qui font et défont l'ordre public international. Le doute sur l'efficacité de l'impérativité du droit international est alors permis¹⁶³. C'est en raison des risques de « grippage » du système que le texte de la codification du droit de la responsabilité a prévu la possibilité des contre-mesures au profit des défenseurs de l'ordre public international.

S'agissant des contre-mesures individuelles ou collectives, on peut appréhender, qu'en l'absence d'un contrôle international, elles ne résultent d'une interprétation subjective et donc forcément politique de la violation et qu'elles ne deviennent tout comme le système de sécurité collective un instrument aux mains des grandes puissances. C'est ce que soulignait Pierre Marie Dupuy en ces termes : « on peut craindre que cette jonction normative établie entre le régime embryonnaire de la responsabilité pour atteinte à l'ordre public et

contre-mesures, d'autant plus redoutable qu'elle est allusive soit utilisée dans l'avenir par des Etats parmi les plus puissants pour s'ériger en dispensateurs incontrôlés de représailles au nom de ce qu'ils considèrent, selon leur intérêt du moment ou leur culture politique particulière, comme la loi et l'ordre »¹⁶⁴. En effet, qu'est ce qui justifierait par exemple des contre-mesures contre une prise d'otage de diplomates américains et qui explique leur absence dans une crise comme celle de la Tchétchénie?

Dans le second cas, lorsque la juridiction internationale a eu l'occasion de reconnaître et de condamner de façon prétorienne la responsabilité internationale pénale de l'Etat, elle est restée très timide. C'est le cas dans l'arrêt de la Cour internationale de Justice du 26 février 2007¹⁶⁵, dans l'affaire relative à l'application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, opposant la Bosnie-Herzégovine à la Serbie et Monténégro. La Cour, s'est inspirée de l'intention de l'individu criminel, inhérent au droit pénal, qu'elle a transposé en droit international classique de la responsabilité, qui est lui fondé sur la seule technique du simple constat de l'illicite et non de la faute. En effet, s'interrogeant sur la question de savoir si la Serbie et Monténégro (RFY), avaient été complices des Serbes de Bosnie dans la réalisation du génocide de Srebrenica, la Cour déduit paradoxalement qu'il n'y a pas eu complicité de la RFY dans la commission du génocide¹⁶⁶. Pour la Cour, « la complicité suppose toujours...une action positive tendant à fournir aide ou assistance aux auteurs du crime ». Or, non seulement une assistance peut consister dans le fait de s'abstenir d'intervenir pour empêcher la commission du crime, mais l'analyse des faits versés au dossier de la Cour pouvait laisser penser que la RFY avait bien eu connaissance des intentions des Serbes de Bosnie à Srebrenica.

¹⁶¹ Gaja (G.), « Réflexions sur le rôle du Conseil de sécurité dans le nouvel ordre mondial », *RGDIP*, 1993, n° 2, pp. 297-320.

¹⁶² L'organisation demeurera toujours sur l'influence de ces Etats tant que les dispositions des articles 43 et 44 de la Charte ne seront pas mises en œuvre.

¹⁶³ *Supra* A-1.

¹⁶⁴ Dupuy (P.M)/Kerbrat (Y.), *Droit international public*, préc. pp. 556-557.

¹⁶⁵ Gaeta (P.), « Génocide d'Etat et responsabilité pénale individuelle », *RGDIP*, 2007/2, pp. 273-285.

¹⁶⁶ CIJ, Affaire relative à l'Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, arrêt du 26 février 2007, §. 438.

Même le juge international de l'ONU est resté très timoré dans l'application de la théorie de l'attribution à l'Etat du comportement de ses organes, comme dans l'affaire précitée des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats Unis)¹⁶⁷. Il a en effet estimé que les *Contras* demeurent responsables de leurs actes et que les Etats Unis n'ont pas à répondre de ceux-ci, mais de leur conduite à l'égard du Nicaragua, y compris celle qui est liée aux actes de soutien apporté aux *Contras*. La licéité ou l'illicéité de tels actes des Etats Unis est alors, pour la Cour, une question distincte de celle des violations du droit humanitaire dont les *Contras* sont présumés coupables. La Cour n'avait donc pas à établir si les Etats-Unis ont en fait commis les violations du droit humanitaire, par leur soutien aux *Contras*.

Dans la même veine, il convient de signaler que les progrès célébrés en matière d'effacement de l'immunité face à la responsabilité pénale des agents de l'Etat ne sont pas bien établis. Dans l'arrêt rendu le 14 février 2002 dans l'Affaire relative au Mandat d'arrêt du 11 avril 2000, le Congo demandait à la Cour de dire que la Belgique devait annuler un mandat d'arrêt international délivré par un juge d'instruction de Bruxelles à l'encontre du ministre des affaires étrangères congolais sous l'allégation de crimes constituant des « violations graves du droit humanitaire ». La CIJ accède à cette requête en déclarant n'« être pas parvenue à déduire de la pratique l'existence d'un droit international coutumier, d'une exception quelconque à la règle consacrant l'immunité de juridiction et l'inviolabilité des ministres des Affaires étrangères en exercice, lorsqu'ils sont soupçonnés d'avoir commis des crimes de guerre ou crimes contre l'humanité ».

La protection de l'échelle de normativité n'est pas assurée de manière constante et uniforme, mais par éclipse. On déduit une subjectivisation de l'ordre public

¹⁶⁷ CIJ Recueil, p. 65, §. 116 : « La Cour ne considère pas que l'assistance fournie par les Etats-Unis aux *Contras* l'autorise à conclure que ces force sont à tel point soumises aux Etats-Unis, que les actes qu'elles pourraient avoir commis seraient imputables à cet Etat ».

international, ce qui renforce, par là même, l'idée de l'arbitraire.

2. Une subjectivisation permanente de l'ordre public international

A défaut de pouvoir déterminer objectivement les violations des obligations découlant du *jus cogens* et de les sanctionner, les Etats agissent d'une manière unilatérale. Cette affirmation permettra de discuter de la question de la légalité et de la légitimité.

Au Kosovo par exemple, c'est l'Organisation du Traité de l'Atlantique Nord qui est intervenue en dehors de toute habilitation expresse du Conseil de sécurité¹⁶⁸, sur le motif que le régime de Slobodan Milosevic violait les droits de l'homme et les libertés fondamentales¹⁶⁹. Les Etats Unis quant à eux ont préféré placer l'opération « Justice immuable » dirigée contre les Talibans et le mouvement Al Qaida en Afghanistan sous le sceau de la légitime défense, à tout le moins injustifiable juridiquement¹⁷⁰. En effet, l'article 51 de la Charte dispose : « Aucune disposition de la présente Charte ne porte atteinte au droit naturel de légitime défense, individuelle ou collective, dans le cas où un Membre des Nations Unies est l'objet d'une agression¹⁷¹ armée, jusqu'à ce que le Conseil de sécurité ait pris les mesures nécessaires pour maintenir la paix et la sécurité internationales.... ». Les Etats Unis n'ont pas été en réalité victimes de

¹⁶⁸ Weckel (Ph.), « L'emploi de la force contre la Yougoslavie ou la Charte fissurée », *RGDIP* 2000, pp.19-36 ; Nouvel (Y.), « La position du Conseil de sécurité face à l'action militaire engagée par l'OTAN et ses Etats membres contre la République fédérale de Yougoslavie », *AFDI* 1999, pp. 292-307 ; Kohen (M.), « L'emploi de la force et la crise du Kosovo », *RBDI* 1999, pp. 128-148 ; Buzzi (A.), *L'intervention armée de l'OTAN en RFY*, Paris, Pedone 2001.

¹⁶⁹ Valticos (N.), « Les droits de l'homme, le droit international et l'intervention militaire en Yougoslavie », *RGDIP* 2000, pp. 5-15.

¹⁷⁰ Condorelli (L.), « Les attentas du 11 septembre et leurs suites : où va le droit international ? », *RGDIP* 2000/4, pp. 829 et ss. ; Corten (O)/Dubuisson (F.), « Opération liberté immuable : une extension abusive du concept de légitime défense », *RGDIP* 2002/1, pp. 51 et ss..

¹⁷¹ Kamto (M.), *L'agression en droit international*, Paris, Pedone, 2010.

faits que l'on pouvait juridiquement qualifier d'agression, qui ne peut intervenir qu'entre Etats Membres. On pourrait être tenté de faire le lien entre le régime des Talibans et le mouvement Al Qaida au regard du soutien des premiers au second. Cette assistance, l'octroi de bases arrière, pouvait être considérée comme une agression, selon une interprétation large de la résolution 3314 de l'Assemblée générale des Nations Unies.

L'Assemblée générale considère dans cette résolution l'agression comme « l'envoi par un Etat ou en son nom de bandes ou de groupes armés, de forces irrégulières ou de mercenaires qui se livrent à des actes de force armée contre un autre Etat d'une gravité telle qu'ils équivalent aux actes énumérés ci-dessus... ». Mais, dans l'affaire activités militaires et paramilitaires, dans laquelle les Etats Unis étaient alors accusés de leur soutien aux activités des terroristes *Contras*, la CIJ a refusé leurs arguments fondés sur la légitime défense en riposte à l'aide apportée par les autorités nicaraguayennes aux groupes irréguliers opérant à Salvador. Cette aide n'est pas une agression¹⁷², et la jurisprudence est restée fidèle à cette position¹⁷³. Ainsi, même si les attaques du 11 septembre 2001 sont des actes illicites¹⁷⁴, l'opération « Liberté

immuable » ne saurait être justifiée par la légitime défense. Il s'agit là encore d'une action unilatérale des Etats Unis, qui s'est amplifiée avec leur intervention (en fait en coalition avec les britanniques) en Irak en 2003¹⁷⁵. Après avoir vainement tenté de faire adopter une résolution par le Conseil, autorisant une intervention militaire en Irak, ils ont finalement décidé d'aller seuls sur le terrain sans aucun mandat de l'organisation, au motif que le gouvernement de Bagdad disposait des armes de destruction massive, qu'il a refusé de coopérer avec l'UNSCOM et qu'il soutiendrait les mouvements terroristes. En fait, la nature de menace à la paix et à la sécurité internationales de la situation était douteuse¹⁷⁶, ou supposée subvenir dans le futur. Cela conduit à évoquer une sorte de légitime défense préventive ou préemptive par les Etats face à des dangers jugés imminents et déterminants ; ce qui peut se comprendre au regard des menaces qui pèsent sur les Etats notamment le terrorisme. Mais cette logique est dangereuse comme l'affirmait Monsieur Kofi Annan en septembre 2003 : « Elle représente un changement fondamental par rapport aux principes sur lesquels la paix et la stabilité du monde reposent depuis cinquante-huit ans, même de manière imparfaite... Si elle était adoptée, elle pourrait créer des précédents qui multiplieraient un recours à la force unilatérale et sans fondement juridique, avec une justification crédible ou non »¹⁷⁷.

¹⁷² Activités militaires... préc., p. 118 et ss., § 227 et ss. On se souvient également que dans la même affaire la Cour a refusé de condamner les USA pour violation du droit humanitaire en interprétant d'une manière stricte le lien de rattachement entre les *contras* et les soutiens des Etats Unis via la CIA. *Supra*.

¹⁷³ CIJ, 19 décembre 2005, Affaire relative aux actions armées sur le territoire du Congo, RDC c. Ouganda, § 147 : la Cour relève quatre éléments : les modalités de la réaction de l'Etat s'estimant victime d'une agression armée, l'imputabilité à un autre Etat des actions de groupes armés apparemment autonomes, la qualification de l'action armée opérée par ces groupes sur le territoire d'un autre Etat, l'invocabilité de la légitime défense par l'Etat s'estimant agressé.

¹⁷⁴ Résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée générale, portant déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre Etats : « Chaque Etat a le devoir de s'abstenir d'organiser et d'encourager des actes de guerre civile ou des actes de terrorisme sur le territoire d'un autre Etat, d'y aider ou d'y participer, ou de tolérer sur son territoire des activités organisées en vue de

perpétrer de tels actes, lorsque les actes mentionnés dans le présent paragraphe impliquent une menace ou l'emploi de la force ».

¹⁷⁵ Même si en l'espèce il n'y a pas directement violation d'une obligation issue d'une norme de jus cogens, cette intervention rend bien compte du phénomène de l'unilatéralisme des Etats Unis, dans l'appréciation subjective d'une situation.

¹⁷⁶ Le Conseil était périodiquement informé par les inspecteurs de l'UNSCOM, de la coopération du gouvernement de Bagdad à sa mission d'inspection depuis septembre 2002.

¹⁷⁷ Discours prononcé devant l'Assemblée générale des N.U., voir Christakis (Th.), - « Existe-t-il un droit de légitime défense en cas de simple menace ? Une réponse au groupe des personnalités de haut niveau de l'ONU », SFDI, Journée franco-tunisienne, *Les métamorphoses de la sécurité collective*, Paris, Pedone, 2005, p. 197 ; - « Vers une reconnaissance de la notion de guerre préventive ? », Bannelier (K.)/Christakis (Th.)/Corten (O.)/Klein (P.), *L'intervention en Irak*

On sent déjà dans cet avertissement de l'ancien secrétaire général de l'ONU les contradictions entretenues entre légalité et légitimité des actions visant à sanctionner un manquement à une obligation résultant d'une norme de *jus cogens*.

Une théorisation pourra à ce titre être tentée, à l'aune des exemples ci-dessus évoqués. En théorie, le droit obéit toujours au « syndrome des jumeaux ». D'une part, l'unité formelle (le positivisme volontariste) ramène le droit positif à la légalité, parce qu'il émane de l'autorité qui a compétence à le produire, et il en tire sa validité¹⁷⁸. De l'autre, l'unité matérielle, qui postule que le droit dépasse la légalité et renvoie au jugement en légitimité¹⁷⁹. Le terme de légitimité évoquant selon Paul Bastid « le fondement du pouvoir et la justification de l'obéissance qui lui est due »¹⁸⁰

En fait, pour que l'impérativité du droit international soit effective, il faut que les avancées normatives substantielles soient accompagnées de celles des moyens organiques de son application et de sa sanction en cas de non respect. C'est ce que nous avons vu plus haut en remarquant que les paralysies institutionnelles sont provoquées par le manque de volonté politique des Etats pour doter l'ordre international des moyens d'assurer effectivement le respect des valeurs cardinales qu'eux-mêmes ont consacrées. Ces dysfonctionnements révèlent la tension qui existe entre la légitimité et la légalité.

L'intervention de l'OTAN à l'encontre de la Serbie, avec les événements du Kosovo en 1999 en est un exemple topique. Le Conseil de sécurité était bloqué par les problèmes

et le droit international, CEDIN, Cahiers internationaux, n° 19, Paris Pedone, 2004 ; Kolb (R.), *Le droit relatif au maintien de la paix internationale*, Cours et travaux IHEI Paris II, n° 4, Paris Pedone 2005.

¹⁷⁸ Aarnio (A.), « La validité comme acceptabilité rationnelle », *Le positivisme juridique*, Paris, LGDJ, 1993, pp. 327-239.

¹⁷⁹ Weber (M.), *Economie et société*, Tome 1, Paris, Plon, 1971 ; Cornu (G.), « Le visible et l'invisible », *Droits*, 1989, n° 10, pp. 27 et ss. ; Leben (Ch.), « Le droit, quelque chose qui n'est pas étranger à la justice », *Droits*, 1990, n° 11, pp. 35 et ss..

¹⁸⁰ *L'idée de légitimité*, Paris, PUF, 1967.

politiques, à la suite de l'échec en mars 1993 de la Conférence de Rambouillet : ce qui montre bien le rendez-vous manqué entre les valeurs proclamées par l'Organisation mondiale et les moyens organiques de leur protection. Or, la Serbie commettait au Kosovo de graves violations des droits de l'homme, contenus dans la Charte des nations Unies. Les pays occidentaux font face à un dilemme : intervenir sans autorisation du Conseil pour répondre à la légitimité, mais violer la Charte, ou rester passif pour se conformer à la légalité, mais tourner le dos à la légitimité. Le Conseil de l'Europe se réunit alors le 25 mars 1999 pour adopter une déclaration selon laquelle à la veille du XXIème siècle, l'Europe ne peut pas tolérer que se déroule en son sein une catastrophe humanitaire, et que ses Etats membres avaient l'obligation morale de veiller à ce que ne se répètent des actes de violences aveugles comme le massacre de Racak. En décidant d'intervenir, ils ont fait prévaloir la dimension substantielle de la Charte sur celle organique, par rapport à la conception subjective qu'ils ont en ce moment de l'ordre public international. Face au génocide rwandais, le Conseil a durant une période fait le choix contraire, avant de réussir à décider de l'intervention¹⁸¹. Le cas de la Syrie, est actuellement à mi chemin entre celui du Kosovo et du Rwanda. Le Conseil, en effet, mesure la légitimité d'une action, mais est paralysé et il n'y a pas d'intervention militaire hors du cadre de l'ONU.

Dans une communauté d'essence universelle, dans laquelle l'ordre juridique est hiérarchisé, cette manière versatile d'en appeler à la légitimité dans les relations internationales est suicidaire à sa stabilité. La légitimité d'une action doit aussi dépendre de la qualité des autorités compétentes qui la mettent en œuvre. Il n'y a alors de légitimité objective que celle « universelle ».

CONCLUSION

L'existence du droit international en tant qu'ordre juridique a été méconnue sur la base d'analyses théoriques fondées sur l'état de nature et la nature de l'Etat. Il s'est de plus en

¹⁸¹ Dans les deux cas la contradiction entre légitimité et légalité trouve son fondement dans la Charte elle-même.

plus affermi et affirmé comme véritable ordre juridique à travers une série d'éléments marquants comme la promotion de la paix par le droit, l'adoption de la Charte des Nations Unies et l'interdiction du recours à la force dans les relations internationales. Cette rénovation est caractérisée par un double phénomène : le normatif, par l'objectivation progressive des intérêts juridiques pour lesquels il est constitué ; l'organique, par le transfert progressif à des organes communs des fonctions de contrôle de la légalité collective. Les analyses sur l'échelle de normativité du droit international ont ainsi été menées sur la base de ces considérations, car si la normativité doit être appréhendée dans son aspect technique et doctrinal, son existence est avant tout le fruit d'une évolution de l'ordre juridique dans lequel elle se déploie¹⁸².

En tout cas, la question qui nous préoccupait était de savoir, au regard de l'actualité, si ce droit international a évolué au point où l'ordre international se dote d'une unification non pas seulement formelle, mais aussi substantielle, en raison du contenu de certaines normes placées dans une situation hiérarchiquement supérieure. Tirailé, entre la « société Lotus », attachée au maintien des droits fondamentaux de l'Etat, notamment la souveraineté et le volontarisme, et l'appel à l'universalisme des valeurs communautaires inhérentes à tous les membres de l'humanité, le droit international et l'ordre qu'il porte sont à la croisée du chemin. Le phénomène nécessitait donc un réexamen global. Nous avons ainsi vérifié qu'aussi bien les textes que la pratique distinguent un fait : la reconnaissance par « la communauté internationale dans son ensemble » d'une catégorie de normes jugées essentielles à sa propre cohérence et continuité, normes auxquelles aucune dérogation n'est permise.

Mais les choses ne sont pas si linéaires que cela paraît, car la pratique permet de constater la versatilité et l'incohérence dans les attitudes des Etats, du Conseil de sécurité et même du juge international, en cas de violation grave d'une obligation impérative du droit international. On a compris ici que les facteurs politiques sont décisifs. Ces variables déterminantes peuvent expliquer, en certains cas le zèle et la sévérité, en d'autres, l'attentisme voire l'absentéisme ou la cécité de la « communauté internationale dans son ensemble » qui paraît ne vouloir voir de violation à l'ordre public que lorsque cela sert leurs sympathies, leurs alliances ou leurs appétits.

Il existe ainsi, un grand écart entre l'avancée normative ambitieuse que constitue l'affirmation d'un ordre public international, et le maintien des structures d'un ordre juridique toujours très attaché aux privilèges de souveraineté dont dispose chaque Etat.

Il faut alors réconcilier un droit international classique resté toujours fidèle à l'équivalence normative, et un droit substantiel énonçant des normes impératives à l'égard d'Etats souverains, surtout du point de vue de leur sanction.

Certaines solutions sont envisageables. La première vise une réforme du Chapitre VIII de la Charte des Nations Unies dans l'objectif d'accorder une place plus décisive aux organisations régionales dans la prise des décisions de sanctions en cas de violations d'obligations impératives de nature sécuritaire par un Etat. On sait bien qu'aujourd'hui, en la matière il existe déjà une coopération entre elles et l'ONU¹⁸³. Le Chapitre VIII prévoit qu'une organisation régionale ne peut adopter des décisions coercitives que sur autorisation du Conseil de sécurité sous peine d'illégalité. Dans le même temps, les divergences politiques et économiques qui peuvent subvenir entre les cinq membres permanents le paralysent. Or, la pratique démontre que ce risque est tenu au sein des organisations régionales. En effet, directement confronté aux

¹⁸² Comme le disait Michel Virally à propos de la souveraineté de l'Etat: « En tant qu'institution définie par l'ordre juridique international, la souveraineté, quant à son contenu, dépend de l'état de développement de cet ordre juridique à un moment donné », « Panorama du droit international contemporain. Cour général de droit international public », *RCADI*, Tome 183, 1983, p. 79.

¹⁸³ Perrin de Brichambaut (M.), « Les relations entre les Nations Unies et les systèmes régionaux », *Le chapitre VII de la Charte des NU*, Colloque SFDI, Paris, Pedone, 1995, pp. 97-106.

crises locales et aux conséquences directes que les Etats peuvent subir à la suite d'une violation d'une norme de *jus cogens* de la part d'un autre Etat dans la région, les Etats membres de l'organisation régionale ont été toujours unanimes et alertes à prendre des sanctions, au prix même de les exécuter sans l'accord du Conseil, à l'exemple de l'OTAN au Kosovo ou de l'Ecomog au Libéria¹⁸⁴. On pourrait donc imaginer un autre régime du Chapitre VIII qui permettrait à cet organe de donner une autorisation, sur vote d'une majorité des 3/5ème de ses membres permanents à la demande d'une organisation régionale de prendre des sanctions coercitives à l'égard d'un Etat ayant violé une obligation impérative. Cette issue n'est pas antithétique au principe de la responsabilité principale du Conseil de sécurité en matière de maintien de la paix et de la sécurité internationales qui, à tout moment, peut décider de se saisir de l'affaire. Elle a d'ailleurs le mérite de l'efficacité, puisqu'elle permet de contourner le veto d'un Etat, alors minoritaire qui sacrifierait la décision sur l'autel de ses intérêts égoïstes. Elle réduirait de surcroît, le recours aux contre-mesures individuelles ou collectives et surtout donnerait une onction de légitimité et de légalité objectives à la sanction ainsi décidée. Cette proposition aurait été salutaire dans la résolution de la crise de la Syrie par exemple.

Mais, ce régime peut avoir comme effets pervers la division des membres permanents du Conseil et la consécration d'une autre forme de « guerre froide » par régions interposées. C'est pour cela que son usage doit se faire dans un esprit de coopération et de négociation.

La deuxième solution consiste à la revalorisation du rôle du juge international dans l'ordre international au regard de la complexité de l'impérativité, notamment par rapport à la détermination, à l'identification des normes impératives et des responsabilités

¹⁸⁴ Perrin de Brichambaut (M.), « Les relations entre les Nations Unies et les systèmes régionaux », *Le Chapitre VII de la Charte des NU*, Colloque SFDI, Paris, Pedone, 1995 ; Simmala (D.), *Le recours à la force par les organisations régionales depuis 1990. Les rapports avec l'ONU*, Mémoire DEA Droit Public, Poitiers, 2005.

au sein d'un système de normativité plus dense, en cas de manquement. Une cohérence de sa jurisprudence est nécessaire, car on se souvient de la divergence qui existe en cela entre la CIJ et les tribunaux pénaux internationaux ad hoc au sujet de l'interprétation du « lien de rattachement » ou des règles des immunités¹⁸⁵. En l'état actuel leurs décisions ne permettent pas d'affirmer l'existence d'une règle coutumière dans ces domaines. Certaines propositions avaient été faites dans la doctrine en vue d'ériger la CIJ en une sorte de « Cour suprême » de l'ordre juridique international¹⁸⁶, pour assurer cette cohérence au moins en ce qui concerne les principes de base du droit international. Sa fonction judiciaire est en effet double : l'une concerne le règlement des différends entre Etats déterminés, l'autre apparaît à travers le règlement judiciaire, par l'exercice de la *juris dictio*, la fonction de dire le droit, c'est-à-dire l'identification et l'interprétation de la règle applicable, dans une démarche au besoin dynamique¹⁸⁷.

Quel que soit le degré de pertinence ou de réalisation de ces propositions, il reste que l'effectivité et la sécurité d'un ordre juridique dont les normes sont organisées hiérarchiquement, dépendent de la figure emblématique de ses sujets et de ses organes. C'est vrai pour l'ordre juridique international, c'est vérifié dans l'ordre interne.

¹⁸⁵ Supra I-B-2.

¹⁸⁶ Cette proposition a été faite par MM. Orrego Vicuna et Christopher Pinto dans un rapport intitulé « The Peaceful Settlement of Dispute : Prospects for the Twenty-first Century », en application de la résolution 52/154 de l'Assemblée générale des Nations Unies, Document des Nations Unies distribué au CADHI du Conseil de l'Europe en septembre 1998 sous la cote CADHI (98), 15. On pouvait lire : « because international society is becoming more decentralized the need to identify the basic governing principles of international law becomes more evident since it is the element that insures its integration and coherence », Para. 103.

¹⁸⁷ Guillaume (G.), « Transformations du droit international jurisprudentiel de la Cour internationale de justice », *Les nouveaux aspects du droit international*, Colloque de Tunis, Paris, Pedone, 1994, pp. 175-192 ; Dupuy (P.M.), « Le juge et la règle générale », *RGDIP*, 1989, n° 3, pp. 569-598.