



HAL
open science

Le mythe de la souveraineté en droit international : la souveraineté des Etats à l'épreuve des mutations de l'ordre juridique international.

Lider Bal

► **To cite this version:**

Lider Bal. Le mythe de la souveraineté en droit international : la souveraineté des Etats à l'épreuve des mutations de l'ordre juridique international.. Droit. Université de Strasbourg, 2012. Français. NNT : 2012STRAA001 . tel-00721073

HAL Id: tel-00721073

<https://theses.hal.science/tel-00721073v1>

Submitted on 26 Jul 2012

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

ÉCOLE DOCTORALE DROIT SCIENCE POLITIQUE HISTOIRE

Centre d'études internationales et européennes

THÈSE présentée par :

Lider BAL

soutenue le : **3 Février 2012**

pour obtenir le grade de : **Docteur de l'université de Strasbourg**

Discipline/ Spécialité : **Droit international**

Le Mythe de la Souveraineté en Droit International

La souveraineté des États à l'épreuve des mutations de l'ordre juridique international

THÈSE dirigée par :

M. PETIT Yves

Professeur, université de Lorraine

RAPPORTEURS :

M. MOUTON Jean-Denis

M. GHERARI Habib

Professeur, université de Lorraine

Professeur, université Paul Cézanne – Aix-Marseilles-III

AUTRES MEMBRES DU JURY :

M. MESTRE Christian

Professeur, université de Strasbourg

À ma mère Meryem

Remerciements

Je tiens à remercier mon directeur de thèse, Monsieur le Professeur Yves Petit, pour sa très grande disponibilité et ses précieux conseils.

Que soient également remerciés mes amis qui ont contribué à l'achèvement de cette thèse. À ce titre, je tiens à remercier tout particulièrement Nihal, François et Guillaume.

Je remercie enfin ma famille pour sa patience et son soutien inconditionnel.

Table des Sigles

AFDI	Annuaire français de droit international
AFRI	Annuaire français des relations internationales
AG	Assemblée générale
AIDI	Annuaire de l'Institut de droit international
AIFM	Autorité internationale des fonds marins
AJDA	Actualité juridique Droit administratif
AJIL	American Journal of International Law
AJLH	Australian journal of legal history
ALENA	Accord de libre-échange nord-américain
ANASE	Association des nations de l'Asie du Sud-Est
APD	Archives de philosophie du droit
APEC	Coopération économique Asie-Pacifique
ASPD	Annuaire suisse de politique de développement
AYBIL	Australian Yearbook of International Law
BERD	Banque européenne pour la reconstruction et le développement
BIT	Bureau international du travail
BYBIL	British Yearbook of International Law
CariCom	Communauté caribéenne
CCG	Conseil de coopération du Golfe
CDE	Cahiers de droit européen
CDI	Commission du droit international
CE	Communauté(s) européenne(s)
CEDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés
CEI	Commission électrotechnique internationale
CES	Comité économique et social de l'ONU
CIJ	Cour internationale de Justice

CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJTL	Columbia Journal of Transnational Law
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CNUCED	Conférence des Nations Unies pour le Commerce et le Développement
CNUDCI	Commission des Nations Unies pour le droit commercial international
CourEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CPI	Cour pénale internationale
CPJI	Cour Permanente de Justice Internationale
CS	Conseil de Sécurité
ECOSOC	Conseil économique et social des Nations Unies
EJIL	European Journal of International Law
ELJ	European Law Journal
FAO	Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture (<i>OAA</i>)
FMI	Fonds monétaire international
GECT	Groupement européen de coopération territoriale
IASB	International Accounting Standards Board
ICANN	l'Internet Corporation for Assigned Names and Numbers
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly
IDI	Institut de droit international
IO	International Organisation
IPSR	International Political Science Review
ISO	Organisation internationale de normalisation
JDI	Journal du droit international (Clunet)
JIEL	Journal of International Economic Law
JWT	Journal of World Trade
LGDJ	Librairie Générale de droit et de Jurisprudence
MCCA	Marché commun centre-américain
MERCOSUR	Marché commun du Sud
MJIL	Michigan Journal of International Law
MNP	Martinus Nijhoff Publishers

NYIL	Netherlands Yearbook of International Law
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
OCI	Organisation de la coopération islamique
OECE	Organisation européenne de coopération économique
OIC	Organisation internationale du commerce
OIT	Organisation internationale du travail
OMC	Organisation mondiale du commerce
OMM	Organisation météorologique mondiale
OMS	Organisation mondiale de la santé
OMT	Organisation mondiale du tourisme
ONG	Organisation non gouvernementale
ONU	Organisation des Nations Unies (Nations Unies)
ORD	Organe de règlement des différends (de l'OMC)
OTAN	Organisation du Traité de l'Atlantique du Nord
PESC	Politique étrangère et de sécurité commune [de l'UE]
RBDI	Revue belge de droit international
RCADI	Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye
RDAI	Revue de droit des affaires internationales
RDI	Revue de droit international
RDP	Revue du droit public et de la science politique
RDUE	Revue du droit de l'Union européenne
REA	Revue des affaires européennes
REDE	Revue européenne de droit de l'environnement
REI	Revue d'économie industrielle
RFAP	Revue française d'administration publique
RFDA	Revue française de droit administratif
RFDC	Revue française de droit constitutionnel
RFSP	Revue française de science politique
RGDIP	Revue générale de droit international public

RIDC	Revue internationale de droit comparé
RJE	Revue juridique de l'environnement
RLCT	Revue Lamy des Collectivités Territoriales
RMC	Revue du marché commun
RTDC	Revue trimestrielle de droit commercial
RTDE	Revue trimestrielle de droit européen
RTDH	Revue trimestrielle des droits de l'homme
RRJ	Revue de la recherche juridique, Droit prospectif
SDN	Société des Nations
SFDI	Société française pour le droit international
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TUE	Traité sur l'Union européenne
TPIY	Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie
UE	Union européenne
UICN	Union mondiale pour la nature
UNASUR	Union des nations sud-américaines
UNCIO	United Nations conference on international organization
UNESCO	Organisations des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture
UPU	Union postale universelle
UIT	Union internationale des télécommunications
YBUNL	Yearbook of United Nations Law
ZLEA	Zone de libre-échange des Amériques

Sommaire

PREMIÈRE PARTIE : LA SOUVERAINETÉ DES ÉTATS COMME LOGIQUE STRUCTURANTE DE L'ORDRE JURIDIQUE INTERNATIONAL

TITRE I : LA LOGIQUE INTERÉTATIQUE ET LA STRUCTURE NORMATIVE DU DROIT INTERNATIONAL

Chapitre I : L'intersubjectivité de la norme internationale

Chapitre II : L'objectivité de l'ordre juridique international

TITRE II : LA LOGIQUE INTERÉTATIQUE ET LA STRUCTURE DU SYSTÈME INSTITUTIONNEL INTERNATIONAL

Chapitre I : Une institutionnalisation fondée sur la logique interétatique

Chapitre II : La logique interétatique et la juridiction internationale

SECONDE PARTIE : UNE POSSIBLE REMISE EN CAUSE DE LA SOUVERAINETÉ DES ÉTATS DANS UN SYSTÈME JURIDIQUE EN MUTATION

TITRE I : LA REMISE EN CAUSE DU MONOPOLE DU POUVOIR REPRÉSENTATIF DES ÉTATS

Chapitre I. Un glissement du pouvoir vers le haut

Chapitre II. Un glissement du pouvoir vers le bas

TITRE II : LA REMISE EN CAUSE DU MONOPOLE DU POUVOIR NORMATIF DES ÉTATS

Chapitre I : La désétatisation du droit international en amont de la production normative

Chapitre II. La désétatisation du droit international en aval : l'émergence des sources normatives non étatiques

*« Il y aura toujours un héros pour descendre au fond d'un gouffre où l'on sait que vit un dragon, mais quel homme aura assez d'audace pour se glisser dans un puits dont le fond recèle un mystère ? » Sabahattin ALI, *La Madone au manteau de fourrure*, trad. J. Descat, Serpent à Plumes, 2007, p. 8.*

*« Quand on a l'impression de comprendre, on doit toujours s'inquiéter » Raymond ARON, *Le marxisme de Marx*, Éditions de Fallois, 2002, p. 134.*

Introduction

La notion de souveraineté est constamment au cœur des débats relatifs au développement du droit international. Conçu traditionnellement dans le paradigme d'un droit exclusivement interétatique, destiné à réguler et à pacifier les rapports entre États et à assurer ainsi leur coexistence, le droit international se voit assigner des objectifs de plus en plus différents. Suivant l'évolution des priorités et des préoccupations de la communauté internationale, le paradigme du droit international évolue également¹.

Si la notion de paradigme comprend les concepts, les théories, les représentations et les valeurs qui permettent de comprendre et d'interpréter les réalités sociales et leur évolution², la notion de souveraineté constitue sans doute l'instrument conceptuel le plus utilisé de l'ordre juridique international non seulement pour expliquer ces réalités sociales mais aussi pour les façonner. Cette fonction de la souveraineté explique également l'intérêt qu'on lui porte en doctrine, d'où sa consécration persistante dans de nombreux travaux en droit international public. En effet, pour toute recherche sur ce « droit différent »³, marqué par la structure décentralisée de la société internationale qu'il est appelé à régir⁴, la souveraineté s'impose comme la représentation la plus parfaite des rapports et des dynamiques qui existent au sein de cet ordre juridique bien particulier. La souveraineté est un sujet constamment d'actualité pour les internationalistes.

Cette attractivité de la notion de souveraineté est patente tant pour des réflexions en faveur de la souveraineté que pour celles qui sont en sa défaveur. En effet, la souveraineté est la notion la plus maudite et la plus révéree du droit international⁵. C'est une notion maudite pour ceux qui voient en elle une idée désormais périmée, incompatible avec les réalités de la société

¹ Voir MAHIOU (A.), « Le droit international ou la dialectique de la rigueur et de la flexibilité. Cours général de droit international public », *RCADI*, 2009, p. 36 et s.

² Voir OST (F.), KERCHOVE (van de) (M.), *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, p. 21.

³ M. Virally écrit effectivement que le droit international est « un droit différent beaucoup plus que d'un droit primitif ». Voir VIRALLY (M.), « Sur la prétendue 'primitivité' du droit international », in *Le droit international en devenir*, PUF, 1990, p. 92. Dans le même sens, voir COMBACAU (J.), « Le droit international : bric-à-brac ou système ? », in *Le système juridique*, APD, t. 31, 1986, p. 105.

⁴ Voir CARILLO-SALCEDO (J.-A.), « Droit international et souveraineté des États. Cours général de droit international public », *RCADI*, vol. 257, 1996, p. 47.

⁵ Voir VIRALLY (M.), « Une pierre d'angle qui résiste au temps : avatars et pérennité de l'idée de souveraineté » in *Les relations internationales dans un monde en mutation*, R. Blackhurst (sous dir.), IUHEI, Sijthoff, 1977, p. 179.

internationale et la cause de toutes les faiblesses du droit international⁶. C'est pourquoi, elle doit disparaître une fois pour toute. Elle est aussi la notion la plus révéérée du droit international par ceux qui la considèrent indispensable pour l'indépendance des peuples et comme la pierre angulaire de tout l'édifice de l'ordre juridique international, d'où sa persistance⁷. Selon C. Chaumont, « c'est désir et non pas réalité, que de faire de la souveraineté soit un concept sacré, soit un concept disparu »⁸.

La souveraineté est la notion la plus controversée de l'histoire, de la doctrine et de la pratique du droit international public⁹. Depuis l'émergence des premiers « groupes humains indépendants, dotés d'une autorité suprême qui pouvait être individuelle ou collective »¹⁰, le terme « souveraineté » a connu « une histoire longue et mouvementée durant laquelle il a pris des acceptions, des connotations et des tonalités différentes en fonction du contexte et des objectifs de ceux qui l'employaient »¹¹.

Cette ampleur du sujet abordé impose de privilégier une conception abstraite de la notion de souveraineté et d'exclure ainsi un certain nombre de significations concrètes qu'elle revêt dans la science juridique (I), afin de montrer qu'en droit international la souveraineté désigne spécifiquement la place exclusive des États dans cet ordre juridique fondamentalement état-centrique (II) et horizontal (III).

⁶ Pour G. Scelle par exemple, la notion de souveraineté, comme certains concepts abstraits du droit contre lesquels il a combattu, ne servait qu'à masquer la réalité des choses. Voir SCELLE (G.), « Règles générales du droit de la paix », *RCADI*, vol. 46, 1933, pp. 327-704, plus particulièrement p. 371. Voir également GIRAUD (E.), « Le rejet de l'idée de souveraineté, l'aspect juridique et l'aspect politique de la question », *La technique et les principes du droit public : études en l'honneur de G. Scelle*, LGDJ, 1950, pp. 253-266

⁷ F. Demichel écrit par exemple que « la notion de souveraineté continue [...] et vraisemblablement pour longtemps, de jouer un rôle déterminant dans le droit international contemporain ». DEMICHEL (F.), « Le rôle de la souveraineté dans les relations internationales contemporaines », in *Le pouvoir, Mélanges offerts à G. Burdeau*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1977, p. 1053.

⁸ CHAUMONT (C.), « Recherches du contenu irréductible du concept de souveraineté internationale de l'État », in *Hommage d'une génération de juristes au Président Basdevant*, Pedone, 1960, p. 116. Dans le même sens, J.-A. Carrillo-Salcedo écrit que ces deux réactions extrêmes à l'encontre de la souveraineté sont tous les deux excessives et provoquées par une même conception hyperbolique de la souveraineté, qui paraît mythique et presque mystique, et doit être révisée ». Voir CARILLO-SALCEDO (J.-A.), « Droit international et souveraineté des États... », op. cit., p. 58.

⁹ STEINBERGER (H.), « Sovereignty », in *Encyclopedia of Public International Law*, R. Bernhardt (sous dir.), Elsevier, vol. 4, 2000, p. 500.

¹⁰ TRUYOL y SERRA (A.), « Souveraineté », in *Vocabulaire juridique fondamental du droit*, APD, t. 35, 1990, p. 313. Il s'agit pour l'auteur de premiers exemples de sociétés humaines établies sous une autorité suprême comme, par exemple, les États égyptien, grec ou romain.

¹¹ REISMAN (W. M.), « Souveraineté et droits de l'homme dans le droit international contemporain », article traduit par A. Bordg, in *L'école de New Haven de droit international*, W. M. Reisman, Pedone, 2010, p. 243.

I. La souveraineté, une notion abstraite

Le thème de la souveraineté est inépuisable car le concept est aussi flou que largement utilisé. Comme toutes les notions fondamentales de la vie sociale, celle de souveraineté est aussi un symbole vague, imprécis et indéterminé¹². Selon les termes de K. Benyekhlef, c'est une notion « plurielle », « fluide », « insaisissable », « dynamique », « évolutive »¹³. De ce fait, elle suscite d'innombrables et incessantes controverses théoriques et doctrinales. C'est une notion polémique, car elle est à la fois mythique (A), polysémique (B) et relativisée (C).

A. Une notion mythique

Avant d'aborder le rapport entre le mythe et le droit, et plus particulièrement la souveraineté, il convient de préciser le sens et la fonction du mythe dans le discours juridique.

Comme tout droit, le droit international est avant tout « un fait de langage »¹⁴, un ensemble de signes et de symboles, composé de concepts précis¹⁵. Selon G. Cahin, c'est par ce « processus de symbolisation », inhérent au discours juridique, que le mythe s'introduit dans le droit¹⁶.

Le langage est inséparable de la pensée¹⁷. Le mythe n'est pas un discours historique qui nous enseignera du passé, mais un processus de symbolisation linguistique, destiné à la formation et à l'expression de la pensée¹⁸. En effet, selon J. Ellul, « le mythe n'est ni une légende ni une fioriture imaginative, mais bien un moyen intellectuel rigoureux pour exprimer de façon discursive une réalité que l'on ne saisit pas directement »¹⁹. L'auteur insiste sur ce lien du mythe avec la réalité. Selon lui, « le mythe est une tentative de saisie et de maîtrise d'un réel »

¹² ROUSSEAU (Ch.), « L'indépendance de l'État dans l'ordre international. Cours de droit international public », *RCADI*, vol. 73, 1948, p. 173. L'auteur se réfère à Paul Valéry.

Selon M. Delmas-Marty, « l'indéterminé et l'incertain [sont] des moyens de s'adapter aux courbures de l'espace et du temps » dont la notion de souveraineté se sert largement. Voir DELMAS-MARTY (M.), « La grande complexité juridique du monde », in *Études en l'honneur de G. Timsit*, Bruylant, 2004, p. 93.

¹³ Voir BENYEKHFLEF (K.), *Une possible histoire de la norme : les normativités émergentes de la mondialisation*, Éd. Thémis, 2008, p. 59 et s.

¹⁴ CAHIN (G.), « Apport du concept de mythification aux méthodes d'analyse du droit international », in *Mélanges offerts à C. Chaumont*, Pedone, 1984, p. 89.

¹⁵ DUPUY (P.-M.), « L'unité de l'ordre juridique international. Cours général de droit international public », *RCADI*, vol. 297, 2002, p. 200.

¹⁶ CAHIN (G.), « Apport du concept de mythification... », op. cit., p. 92.

¹⁷ Voir CHOMSKY (N.), *Le langage et la pensée*, Payot, traduit de l'anglais par J.-J. Calvet et C. Bourgeois, 2009, 325 p.

¹⁸ ELLUL (J.), « Recherche sur la conception de la souveraineté dans la Rome primitive », in *Le pouvoir, Mélanges offerts à G. Burdeau*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1977, p. 266

¹⁹ *Idem.*, p. 265. Il écrit effectivement que « c'est au moyen de mythes que l'on interprète la compréhension que l'on peut avoir du pouvoir politique ».

et il « se réfère le plus souvent à une réalité vécue »²⁰. Dans le même sens, G. Cahin expose le mythe comme ayant le sens « d'une réalité vivante et incontestable, d'un objet de croyance irréfutable pour ceux qui le créent et y adhèrent »²¹.

Toutefois, ce lien est relativisé car le mythe n'est qu'une interprétation de cette réalité et il tend bien souvent à figer cette réalité construite dans un modèle qui n'a plus le souci du réel. En effet, les mythes ont des effets profonds sur notre perception de la réalité. La mythification contribue à la construction d'un discours exposé par la suite comme une réalité infalsifiable et défendu comme un fétichisme.

Il en va de même pour la notion de souveraineté qui est une notion délibérément mystique²² et équivoque²³. Elle sert à interpréter, former et déformer la réalité sociale en vue d'en faire une image et de la figer dans le temps, une image qui n'est pas forcément celle du réel²⁴. Dans la mesure où elle reflète une image formée, et parfois déformée, de la réalité²⁵ et façonne ainsi, par les projections qu'elle mobilise, la croyance et les pratiques des sujets²⁶, la souveraineté est une notion mythique.

Comme tant d'autres concepts appartenant aussi au discours juridique, le terme « souveraineté » est grevé, en droit international, « d'un sens technique, fonctionnel, donc particulier »²⁷. Cette notion est essentiellement destinée non pas à expliquer ce qui est mais à

²⁰ *Ibid.* (p. 265).

²¹ Voir CAHIN (G.), « Apport du concept de mythification... », *op. cit.*, p. 92. L'auteur précise cependant que « cette réalité psychosociale du mythe n'est jamais donnée d'avance ni une fois pour toutes : 'elle est elle-même le résultat d'un processus d'objectivation, propre à chaque mythe particulier en liaison avec une norme ou un ensemble de normes, et se réalisant dans les contions de l'élaboration et de l'application de celles-ci ».

²² J. Basdevant écrit effectivement que, affirmée fréquemment par les États, la souveraineté est une « 'pure mystique' : quoi qu'il en soit, ils sont guidés par cette mystique qui devient par là une réalité de la vie internationale ». Voir BASDEVANT (J.), « Règles générales du droit de la paix », *RCADI*, vol. 58, 1936, p. 580.

²³ Voir *supra*.

²⁴ Selon S. Beaulac, si l'origine des mythes peut se trouver dans un moment historique réellement vécu, leur objectif est essentiellement de créer un système de croyance qui n'est plus soucieux d'être relié à cette réalité. Voir BEAULAC (S.), « The Westphalian Model in Defining International Law : Challenging the Myth », *AJLH*, 2004, p. 183.

²⁵ En effet, M. Virally écrit que le concept de la souveraineté est « une interprétation [de la réalité sociale] plus qu'un reflet et, par là même, il peut déformer le réel, ne pas en traduire tous les aspects et, encore moins, en suivre toutes les transformations dans le temps. Mais il est aussi destiné à servir une action sur la réalité sociale, pour la conserver ou la modifier ». VIRALLY (M.), « Une pierre d'angle qui résiste au temps : avatars et pérennité de l'idée de souveraineté » in *Les relations internationales dans un monde en mutation*, R. Blackhurst (sous dir.), IUHEI, Sijthoff, 1977, p. 179.

²⁶ Voir BRAUD (P.), *Penser l'État*, Seuil, 2004, p. 38.

²⁷ DUPUY (P.-M.), « L'unité de l'ordre juridique... », *op. cit.*, p. 200.

façonner ce qui doit être. Elle contribue par là à établir un ordre souhaité par sa fonction de source fondamentale de justification et de légitimation²⁸.

Selon S. Sur, dans ce rôle de la souveraineté, il n'y a rien d'anormal car « le droit est science des masques. La tâche du juriste ne consiste pas à lever les masques, même s'il peut les identifier et les qualifier comme tels. Elle consiste à voir ce qu'ils représentent, et comment ils représentent »²⁹. Cependant, ces instruments conceptuels comme la souveraineté, qui doivent servir a priori à observer les réalités, deviennent par la suite la réalité elle-même³⁰, supposée d'une manière fétichiste comme absolue et infalsifiable. La souveraineté est aussi une notion fétiche, devenue, selon les termes de N. Politis, « un écran qui voile la réalité. Il faut donc s'en débarrasser si l'on veut voir clair »³¹.

B. Une notion polysémique

La souveraineté est une des notions les plus controversées et équivoques du vocabulaire juridique international en raison de différentes conceptions de la notion dans diverses époques historiques et dans diverses branches scientifiques³², à savoir les relations internationales, l'économie et surtout la science juridique. Dans le domaine politique par exemple, elle devient « un slogan ou un mot magique »³³ dans les bouches des politiciens,

²⁸ J. A. Camilleri et J. Falk écrivent en effet : « sovereignty... is part of the more general discourse of power whose function is not only to describe political and economics arrangements but to explain and justify them as if they belonged to the natural order of things. Sovereignty in both theory and practise is aimed at establishing order ». Voir CAMILLERI (J. A.), FALK (J.), *The End of Sovereignty? The Politics of a Shrinking and Fragmenting World*, E. Elgar, 1992, p. 11.

²⁹ SUR (S.), « Quelques observations sur les normes juridiques internationales », *RGDIP*, 1985, p. 925.

³⁰ Voir OST (F.), KERCHOVE (van de) (M.), *De la pyramide au réseau ?...*, op. cit., p. 21. Selon eux, « il faut toujours, dans l'analyse des données sociales, se garder de confondre les réalités observées avec l'instrument conceptuel qui sert à les observer. Cette confusion est fréquente, dans la mesure où, précisément, nous ne percevons les réalités qu'à travers le filtre des concepts, des représentations, des théories, des valeurs (en un mot : le paradigme) que nous utilisons ».

³¹ POLITIS (N.), « Le problème des limitations de la souveraineté et la théorie de l'abus des droits dans les rapports internationaux », *RCADI*, vol. 6, 1925, p. 10. G. Sperduti écrit également que la souveraineté est un mythe auquel il faut absolument renoncer, « car la science doit s'interdire tout mythe ». Voir SPERDUTI (G.), « Le principe de souveraineté et le problème des rapports entre le droit international et le droit interne », *RCADI*, 1976, vol. 153, p. 371.

³² Pour souligner le caractère équivoque de la notion, L. Henkin écrit que « sovereignty is a bad word, not only because it has served terrible national mythologies; in international relations, and even in international law, it is often a catchword, a substitute for thinking and precision. It means many things, some essential, some insignificant; some agreed, some controversial; some that are not warranted and should not be accepted ». Voir HENKIN (L.), « International Law : Politics, Values and Functions : General Course on Public International Law », *RCADI*, vol. 216, 1989, p. 24-25. Dans le même sens voir également CAMILLERI (J. A.), FALK (J.), *The End of Sovereignty?...*, op. cit., p. 11.

³³ KRANZ (J.), « Notion de souveraineté et le droit international », », *Archiv des Völkerrechts*, n°30, 1992, p. 441. E. Giraud attire l'attention sur cet usage politique de la souveraineté qui risque de relativiser le sens et la

alors que dans le domaine économique, elle apparaît sans cesse comme une référence incontournable pour les États qui essaient, souvent en vain³⁴, d'affirmer leur indépendance face à l'économie mondiale³⁵.

La souveraineté est une notion polysémique. Rien que dans le domaine juridique, la souveraineté revêt une dizaine de significations différentes³⁶, ce qui fait qu'il y a autant de théories de souveraineté que de disciplines, et cela sans compter la diversité théorique qui existe à ce sujet dans chaque branche de droit. Il est tout à fait normal que chaque discipline définisse ses propres concepts et établisse lui-même ses propres définitions et interprétations. Toutefois, le fait qu'une conception développée dans un domaine précis, par exemple dans le domaine économique, soit utilisée dans un autre contexte comme, par exemple, en droit international public, constitue une source de confusions. Cette indifférence dans l'usage de différentes significations de la souveraineté provoque des confusions qui risquent d'entraver une compréhension correcte de la notion de souveraineté en droit international.

À la lumière de ces multiples usages de la notion de souveraineté, M. Virally se pose la question suivante : s'agit-il toujours de la même souveraineté ? Déguisée en question, l'idée sous-entendue est de dire que l'identité du mot ne garantit pas l'identité de l'idée ; au contraire, elle entraîne un glissement de la pensée qui perturbe toute compréhension de la notion de souveraineté³⁷.

Pour éviter ce genre d'équivoques et délimiter l'objet de cette étude qui a pour objectif d'analyser la notion de souveraineté en droit international, il convient d'écarter d'emblée quelques usages fréquents de cette notion.

portée de la notion du point de vue du droit international : « si l'on considère le comportement des gouvernants qui invoquent la souveraineté de l'État pour refuser d'accepter une limitation de la liberté de leur État, on s'aperçoit que l'argument qu'ils invoquent est plus souvent un prétexte qu'une raison. [...] Quand ils l'estiment conforme à leurs intérêts, les mêmes gouvernements n'hésitent pas à souscrire des engagements qui limitent pour l'avenir leur liberté d'action et leur imposent parfois des obligations très lourdes de faire ou de ne pas faire ». Voir GIRAUD (E.), « Le rejet de l'idée de souveraineté... », op. cit., p. 258.

³⁴ Les crises économiques récentes montrent effectivement que les économies nationales font aujourd'hui toutes partie d'une économie mondialisée et que les États peuvent difficilement échapper aux conséquences d'une crise économique apparue dans un autre pays.

³⁵ Selon S. Krasner, dans cette hypothèse la notion de souveraineté revêt une signification qu'il formule comme « interdependence sovereignty » qui se réfère à la capacité et au pouvoir de l'État de contrôler les activités économiques dans son territoire. Voir KRASNER (S.), *Sovereignty, Organized Hypocrisy*, Princeton University Press, 1999, pp. 12-14.

³⁶ W. P. Nagan et C. Hammer proposent à cet égard une longue liste sur les différentes significations de la souveraineté. Voir NAGAN (W. P.), HAMMER (C.), « The Changing Character of Sovereignty in International Law and International Relations », *CJTL*, 2004, vol. 43, p. 143 et s.

³⁷ VIRALLY (M.), « Une pierre d'angle qui résiste au temps... », op. cit., p. 180.

La première conception, qui apparaît d'ailleurs assez régulièrement en droit international, est la souveraineté nationale ou populaire. Du point de vue du droit international, il n'y a pas de nuances juridiques opposant souveraineté nationale et souveraineté populaire³⁸. En tout état de cause, le droit international ne s'intéresse pas véritablement à cette distinction. Si la première justifie et démocratise en quelque sorte le fondement du pouvoir étatique, la deuxième implique la participation démocratique du peuple à l'exercice de ce pouvoir, sujet qui relève par excellence de l'ordre interne et non plus de l'ordre international³⁹.

Puisque le droit international ne s'intéresse pas véritablement, dans la recherche sur la souveraineté de l'État en droit international, à la question de savoir qui est titulaire réel de cette souveraineté, la possession ou la non-possession de la souveraineté par le peuple ne pose pas problème. Mais l'expression de la « souveraineté du peuple » mérite une clarification conceptuelle pour comprendre le fondement de quelques principes qui sont régulièrement évoqués en droit international⁴⁰.

Pour un certain nombre d'auteurs, le respect de la souveraineté étatique se justifie par la souveraineté du peuple⁴¹. Selon C. Chaumont, « la souveraineté apparaît comme l'expression internationale de la nation, dont l'État est la superstructure interne »⁴². Ainsi, il réduit la

³⁸ Voir CHALTIEL (F.), *La souveraineté de l'État et l'Union Européenne, l'exemple français. Recherches sur la souveraineté de l'État membre*, LGDJ, 2000, p. 60 et s. Du point de vue du droit international, ces deux concepts de souveraineté se rejoignent notamment au sujet de la souveraineté permanente sur les ressources naturelles qui relève à la fois la souveraineté nationale et les droits des peuples à disposer d'eux-mêmes. Voir ELIAN (G.), « Le principe de la souveraineté sur les ressources nationales et ses incidences juridiques sur le commerce international », *RCADI*, vol. 149, 1976, p. 11 et 12 ; ABI-SAAB (G.), « La souveraineté permanente sur les ressources naturelles », in *Droit international, Bilan et perspectives*, M. Bedjaoui (rédacteur général), t. II, Pedone, 1991, pp. 639-661.

³⁹ En ce sens, J. Kranz écrit que « [l]es notions de souveraineté de l'État et de souveraineté populaire étant distinctes, elles restent néanmoins dans un certain rapport. L'expression de la volonté populaire se trouve normalement à l'origine de la naissance de l'État ; en d'autres mots, la souveraineté de l'État et la souveraineté populaire apparaissent parallèlement. Il arrive cependant que l'État se transforme en une dictature ou se trouve sous une domination (dépendance) politique ou économique extérieure qui suppriment ou limitent sensiblement la souveraineté du peuple. Cependant, selon le droit international, la suppression de la souveraineté populaire n'aboutit pas automatiquement à la disparition de la souveraineté de l'État ». Voir KRANZ (J.), « Réflexions sur la souveraineté », in *Theory of international law at the threshold of the 21st century. Essays in honour of K. Skubiszewski*, Kluwer Law International, 1996, p. 205-206.

⁴⁰ Il s'agit notamment du principe de la souveraineté sur les ressources nationales et du principe du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes.

⁴¹ Selon W. M. Reisman par exemple, si « [l]e droit international continue de protéger la souveraineté », c'est parce qu'il s'agit de la souveraineté populaire et non plus de la souveraineté du souverain. Voir REISMAN (W. M.), « Souveraineté et droits de l'homme dans le droit international contemporain », op. cit., p. 247. F. Demichel écrit également que, sur le plan international, la souveraineté de l'État signifie la souveraineté des peuples. Voir DEMICHEL (F.), « Le rôle de la souveraineté dans les relations internationales contemporaines », op. cit., p. 1071. Dans le même sens voir également Voir BRAUD (P.), *Penser l'État*, op. cit., p. 38.

⁴² Il écrit que « [l]a nation sans État, c'est la situation d'un peuple qui est ou reste intégré à l'intérieur d'un autre État ; l'État sans souveraineté, c'est la situation d'un État dont les compétences internationales sont exercées par

fonction de l'État au seul objectif de servir à l'existence de la nation⁴³. Selon lui, si la souveraineté est protégée comme un droit qui implique « la conservation, l'autonomie, l'indépendance, l'égalité, le respect et le commerce international », il s'agit d'un droit qui appartient en réalité à la nation : la souveraineté « exprime bien une fonction conservatrice, mais il s'agit de conserver non l'État, mais la nation »⁴⁴.

De ce fait, la seule raison qui peut justifier la valeur que le droit international peut attribuer à cette expression, est qu'elle évoque l'existence concrète de l'État en tant qu'entité représentant d'une communauté des gens, d'un peuple. Sinon, « la souveraineté du peuple », signifiant l'accès des citoyens au pouvoir en tant que son détenteur d'origine ou leur participation aux mécanismes étatiques, n'intéresse pas réellement le droit international.

Dans la doctrine, l'argumentation en faveur de la souveraineté du peuple a une double fonction très contradictoire. Chez certains, elle sert de fondement au pouvoir politique et rend légitime sa possession par l'État qui représente le peuple⁴⁵. Pour d'autres, elle permet de montrer que la puissance étatique n'est pas inconditionnelle et sans limite vis-à-vis de ses citoyens qui sont les vrais titulaires de la souveraineté⁴⁶. Quelque soit l'approche retenue, il convient de préciser que le changement du titulaire de la souveraineté ou la façon par laquelle le fondement du pouvoir étatique est expliqué n'ont pas d'effet sur le sens de la notion de souveraineté en droit international⁴⁷. Le droit international ne s'intéresse pas au détenteur de la souveraineté (souveraineté royale, nationale ou populaire) et il reste indifférent à l'égard de la forme politique ou constitutionnelle du gouvernement, ainsi que de l'organisation politique, juridique ou institutionnelle dans l'État⁴⁸. L'État a une liberté inconditionnée concernant le

un autre État ». Voir CHAUMONT (C.), « Recherches du contenu irréductible du concept de souveraineté internationale de l'État », op. cit., p. 133.

⁴³ Alors qu'il reconnaît lui-même que cette fonction d'affirmation et de conservation de la nation est en réalité « assurée par des autorités étatiques dont l'objectif essentiel n'est pas l'intérêt collectif ». CHAUMONT (C.), « Recherches du contenu irréductible... », p. 132.

⁴⁴ CHAUMONT (C.), « Recherches du contenu irréductible... », op. cit., p. 144.

⁴⁵ Voir *supra*.

⁴⁶ Voir KRABBE (H.), « L'idée moderne d'État », *RCADI*, vol. 13, 1926, p. 545 et 546.

⁴⁷ En effet, selon A. Pellet, du point de vue du droit international, le titulaire de la souveraineté est unique : « qu'il s'agisse du Prince, de la nation, du peuple ou de l'État, au plan international, [la souveraineté] n'appartient qu'à l'État, mais également à tous les États ». Voir PELLET (A.), « Lotus que de sottises on profère en ton nom, remarques sur le concept de souveraineté dans la jurisprudence de la Cour mondiale », in *L'État souverain dans le monde d'aujourd'hui, Mélanges en l'honneur de J. P. Puissechet*, Pedone, 2008, p. 221.

Dans le même sens, M. P. De Brichambaut, J.-F. Dobelle et M.-R. D'Haussy évoquent l'exemple de la Révolution française qui, mettant en avant le concept de droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, a contribué au changement du titulaire de la souveraineté qui a conservé néanmoins le même sens du point de vue du droit international. Voir BRICHAMBAUT (de) (M. P.), DOBELLE (J.-F.), COULÉE (F.), *Leçons de droit international public*, Presses de Science Po et Dalloz, 2^e éd., 2011, p. 22.

⁴⁸ Voir DUPUY (P.-M.), « L'unité de l'ordre juridique international... », op. cit., p. 97.

partage du pouvoir et son exercice à l'intérieur de son organisation institutionnelle⁴⁹. Du point de vue du droit international, la souveraineté appartient à l'État et caractérise sa personnalité internationale et la nature de son pouvoir⁵⁰.

La deuxième conception de la souveraineté qu'il faut écarter de l'étude de la souveraineté en droit international est la souveraineté dite « interne » par opposition à celle qui est qualifiée d'« externe » ou d'« internationale ». Selon F. Chaltiel, cette distinction entre les sphères juridiques interne et externe dévoile deux conceptions différentes de la souveraineté en droit qui sont la souveraineté dans l'État (droit interne) et la souveraineté de l'État (droit international)⁵¹. Pour certains, malgré la différence entre les prérogatives juridiques qu'elles traduisent dans chaque ordre juridique concerné⁵², la souveraineté interne et la souveraineté externe sont deux faces d'un même concept désignant en somme le caractère suprême du pouvoir étatique qui « n'en admet aucun autre ni au-dessus de lui [aspect externe], ni en concurrence avec lui [aspect interne] »⁵³.

Cependant, si sur le plan interne la souveraineté de l'État fut considérée pendant longtemps comme absolue⁵⁴, sur le plan international une telle hypothèse est exclue. En effet, la

⁴⁹ Il s'agit ici du principe de l'unité de l'État que l'on va évoquer ultérieurement. Voir *supra*.

⁵⁰ P.-M. Dupuy et Y. Kerbrat écrivent effectivement que « la souveraineté constitue l'apanage de l'État [...] l'État possède la personnalité juridique internationale [...] pas d'État souverain sans personnalité juridique internationale ». DUPUY (P.-M.), KERBRAT (Y.), *Droit international public*, Dalloz, 10^e éd., 2010, p. 84.

⁵¹ CHALTIEL (F.), *La souveraineté de l'État et l'Union Européenne...*, op. cit., p. 2. Voir également KRASNER (S.), *Sovereignty, Organized Hypocrisy*, op. cit., p. 11 et s. Ce dernier opère cette même distinction d'une autre manière. Parmi les quatre significations de la souveraineté qu'il propose, à savoir « domestic sovereignty », « interdependence sovereignty », « international legal sovereignty » et « westphalian sovereignty », les deux premières se réfèrent à l'aspect interne de la souveraineté, alors que les deux dernières relèvent directement de son aspect international.

⁵² En effet, selon O. Beaud, « la souveraineté interne et la souveraineté externe s'expriment par des prérogatives juridiques différentes. La souveraineté interne se manifeste par des actes unilatéraux qui traduisent un rapport de subordination entre l'auteur et l'adressataire de la norme, alors que la souveraineté internationale recourt à des actes juridiques bilatéraux ou plurilatéraux (traités, coutumes) qui requièrent le consentement du destinataire de la norme ». Voir BEAUD (O.), « La notion d'État », in *Vocabulaire juridique fondamental du droit*, APD, 1990, t. 35, p. 131.

⁵³ Voir CARRÉ de MALBERG (R.), *Contribution à la théorie générale de l'État*, Dalloz, 2004, t. 1, p. 70 et 71. Voir également CHAUMONT (C.), « Recherches du contenu irréductible... », op. cit. Selon ce dernier, « la politique internationale d'un État est l'expression et le reflet de sa politique intérieure, et donc [...] sa souveraineté internationale traduit sa souveraineté interne » (p. 151).

⁵⁴ Considéré comme « le prophète de l'État souverain », c'est souvent à Bodin qu'a été attribué la conceptualisation de la souveraineté comme la « puissance absolue » de l'État. Voir ENGSTER (D.), *Divine Sovereignty : the Origins of Modern State Power*, DeKalb, 2001, p. 47. Selon ce point de vue, la souveraineté est désignée dans l'œuvre de Bodin, comme un pouvoir unifié, indivisible suprême.

A. Truyol y Serra constate cependant l'existence de deux définitions nuancées de la souveraineté qui se trouvent dans la version originale française des « Six livres de la République » (1576) de Bodin et dans sa traduction latine, faite par lui-même. Selon A. Truyol y Serra, dans la première version, la souveraineté se définit comme « la puissance absolue et perpétuelle d'une république », alors que dans la deuxième, elle apparaît comme « *summa in cives ac subditos legibusque soluta potestas* » (1,8), c'est-à-dire, pouvoir suprême sur les citoyens sujets. Vu sous cet angle, le souverain ne devient « libre » que dans le cadre des lois positives que lui-même

souveraineté devient « relative dans sa sphère externe, où elle rencontre son alter ego, la souveraineté de l'autre État »⁵⁵.

Toutefois, le risque de transposition de certaines acceptions de la souveraineté interne sur le plan international existe et cela constitue une source de confusion. Selon R. Carré de Malberg, la souveraineté a trois significations principales, bien distinctes, qui relèvent toutes de son aspect interne. La souveraineté désigne d'abord le caractère suprême du pouvoir⁵⁶ « de gouverner, de commander et de décider »⁵⁷ qui appartient essentiellement à l'État. Elle signifie ensuite « l'ensemble des pouvoirs compris dans la puissance d'État »⁵⁸. Elle sert enfin « à caractériser la position qu'occupe dans l'État le titulaire suprême de la puissance étatique »⁵⁹.

Ces trois significations de la souveraineté continuent encore à être employées dans la doctrine contemporaine d'une manière « enchevêtrée l'une dans l'autre », ce qui conduit bien souvent à « embrouiller et obscurcir la théorie de la souveraineté »⁶⁰. Cette confusion est d'autant plus visible dans l'ordre juridique international dans lequel « la souveraineté internationale de l'État ne s'analyse pas en termes positifs, comme un ensemble de pouvoirs qu'il détiendrait »⁶¹, mais en termes négatifs, comme l'indépendance. Considérée comme synonyme de la souveraineté tant par la doctrine⁶² que par la jurisprudence⁶³, l'indépendance

édictees et qu'il peut donc abroger. Sinon pour Bodin, comme d'ailleurs pour les auteurs de cette époque, « la 'souveraineté', la *summa potestas*, n'était pas un pouvoir illimité », dans la mesure où elle était soumise au droit divin qui limitait le rôle du souverain. Voir TRUYOL y SERRA (A.), « Souveraineté », op. cit., p. 316. On va voir effectivement que la véritable conception de la souveraineté absolue sera développée plus tard par la divinisation de l'État et sa sacralisation comme unique représentant de la nation et de l'intérêt général. Voir *supra*.

⁵⁵ BEAUD (O.), « Souveraineté », op. cit., p. 628.

⁵⁶ CARRÉ de MALBERG (R.), *Contribution à la théorie générale de l'État*, Dalloz, 2004, t. 1, p. 70.

⁵⁷ SALMON (J.) (sous dir.), *Dictionnaire de droit international public*, op. cit., p. 1045.

⁵⁸ CARRÉ De MALBERG (R.), *Contribution à la théorie générale de l'État*, op. cit., p. 79.

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ *Ibid.* Pour une analyse du regard de Carré de Malberg sur le concept de souveraineté, voir BEAUD (O.), « La souveraineté dans la 'Contribution à la théorie générale de l'État' de Carré de Malberg », *RDP*, 1994, pp. 1251-1301.

⁶¹ COMBACAU (J.), SUR (S.), *Droit international public*, Montchrestien, 9^e éd., 2010, p. 23.

⁶² Déjà pour Vattel, la non dépendance signifiait la souveraineté (*Le droit des gens*, I. I, chap. 1, num. 4C). Calvo écrivait aussi à la fin du XIX^e siècle que la souveraineté et l'indépendance étaient deux choses synonymes (*Le droit international théorique et pratique*, Guillaumin, 1881, 3^e éd., t.1, p. 263). Plus récemment encore, voir BASDEVANT (J.), « Règles générales du droit de la paix », op. cit., p. 582 ; CARRÉ de MALBERG (R.), *Contribution à la théorie générale de l'État*, op. cit., p. 71 ; HINSLEY (F. H.), *Sovereignty*, op. cit., p. 158 ; SALMON (J.) (sous dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, 2001, p. 1046 ; KRANZ (J.), « Notion de souveraineté et le droit international », op. cit., p. 411-412.

⁶³ Voir notamment la jurisprudence de la Cour permanente de Justice internationale dans la célèbre affaire *Lotus*. En affirmant que « les limitations de l'indépendance des États ne se présument pas », elle emploie indifféremment les termes indépendance et souveraineté. *Publications de la CPJI*, Série A, n°10, arrêt du 7 septembre 1927, p. 18. En ce sens, voir également la sentence arbitrale de Max Huber dans l'affaire de *l'île de*

exprime effectivement un principe négatif excluant tout pouvoir de s'exercer sur l'État⁶⁴. La conceptualisation de l'indépendance comme une notion juridique (*de jure*) s'inscrit dans une perspective de rendre moins agressive la notion de souveraineté et de la placer dans un rôle purement défensif sur le plan international⁶⁵.

C. Une notion relativisée

Pour certains, la souveraineté est une notion mouvante, évolutive⁶⁶ qui s'adapte et doit être adaptée aux mutations sociales⁶⁷. Il s'agit ici d'une analyse de la notion dans son aspect matériel, concret et comme un concept à contenu variable⁶⁸. Cette conception de la souveraineté provoque également des confusions dans sa compréhension.

Palmas du 4 avril 1928, Recueil des sentences arbitrales, vol. 2, p. 28 et l'opinion individuelle du Juge Anzilotti, jointe à l'avis consultatif de la CPIJ du 5 septembre 1931 sur le régime douanier entre l'Allemagne et l'Autriche, Publication de la CPIJ série A/B, n°41, p. 57.

⁶⁴ SALMON (J.) (sous dir.), *Dictionnaire de droit international public*, op. cit., p. 1045.

⁶⁵ Voir POLITIS (N.), « Le problème des limitations de la souveraineté ... », op. cit., p. 13.

Cependant, pour Ch. Rousseau, la notion de souveraineté, qui appartient à une période historique déterminée, ne peut pas fonder et expliquer juridiquement l'État. C'est pourquoi, il faut la remplacer par la notion d'indépendance. Mais, il ne s'agit pas de la notion courante de l'indépendance (indépendance *de facto*) qui n'implique que son aspect négatif, à savoir l'absence de dépendance et de subordination. Pour lui, le terme indépendance dans son aspect négatif et fort politique, auquel la pratique diplomatique et conventionnelle ainsi que la jurisprudence internationale font souvent référence, ne pourrait constituer en soi un critère juridique de l'État. Selon lui, il faut construire une théorie d'indépendance en incluant son aspect positif qui caractérise le pouvoir étatique. C'est sur la notion de compétence qu'il construit cette théorie. Selon lui, l'État se distingue d'autres collectivités humaines par l'exclusivité, l'autonomie et la plénitude de sa compétence. Voir ROUSSEAU (Ch.), « L'indépendance de l'État dans l'ordre international... », op. cit., pp. 167-253.

⁶⁶ Selon M. Virally, la souveraineté « ne se définit pas par déduction à partir d'un principe axiomatique ». Elle a un « contenu variable » qui « dépend de l'état de développement du droit international à un moment donné ». Par conséquent, précise-t-il, « la souveraineté à la fin du XX^e siècle [...] n'est pas nécessairement identique à celle du XIX^e siècle ni même celle qui était admise il y a cinquante ans ». Voir VIRALLY (M.), « Panorama du droit international contemporain. Cours général de droit international public », *RCADI*, 1983, vol. 183, p. 79. Pour illustrer ce propos, l'auteur évoque deux évolutions qui ont fait subir à la souveraineté des réductions capitales par rapport au sens qu'elle avait initialement. Il s'agit des réductions découlant « de la perte du droit de recourir discrétionnairement à la force (et à la guerre), ce qui constituait autrefois son attribut le plus essentiel » et « de la promotion des droits de l'homme et des droits des peuples au rang des droits garantis par l'ordre juridique international » (*ibid.*).

Dans le même sens, voir DUPUY (P.-M.), « L'unité de l'ordre juridique international... », p. 102. Selon lui, « la souveraineté étatique est relative ; elle dépend du développement corrélatif de l'ordre juridique déterminant les conditions d'exercice de cette même souveraineté ».

⁶⁷ A. J. Camilleri et J. Falk écrivent effectivement que « [s]overeignty [...] cannot be understood without reference to its specificity in time and space ». Selon eux, « sovereignty in both theory and practice was closely related to the prevailing social and economic environment of sixteenth- and seventeenth- century Europe. This is not to suggest [...] that sovereignty is an inevitable and virtually irreversible stage in the evolution of political institutions, or a necessary culmination of the integration of state and community, [but] the sovereign state represents not an absolute but an historical logic ». Voir CAMILLERI (J. A.), FALK (J.), *The End of Sovereignty? The Politics of a Shrinking and Fragmenting World*, E. Elgar, 1992, p. 15.

⁶⁸ Voir PERELMAN (C.) et VANDER ELST (R) (sous dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, 1984, 377 p., et plus particulièrement l'article de SALMON (J.), « Les notions à contenu variable en droit international public », *ibid.*, pp. 251-268.

La notion juridique de la souveraineté se définit souvent à travers l'étendue, la nature et les modalités d'exercice des compétences étatiques⁶⁹. La plupart des auteurs utilisent indifféremment ces deux concepts et considèrent que la limitation de l'exercice des compétences souveraines des États constitue une limitation de leur souveraineté⁷⁰. Une telle approche conduit cependant à une relativisation de la souveraineté. En effet, si la notion de souveraineté s'analyse dans son aspect matériel à partir d'un certain nombre de compétences que possède l'État au niveau international, l'étendue et la signification de cette notion risque de varier selon l'État et en fonction de ses engagements au niveau international. Ainsi, on serait amené à considérer la souveraineté comme une chose que l'on peut perdre, partager, diviser ou diminuer et à accepter l'existence de différents degrés de souveraineté comme souverain, mi-souverain, quasi-souverain, etc.

Il convient à cet égard d'évoquer l'expression « État mi-souverain », employée notamment au début du XX^e siècle pour des États sous protectorat « pour marquer que le cadre de [leur] souveraineté est moins ample que celui des États dits pleinement souverains »⁷¹. Cette formulation, qui est issue d'une conception de la souveraineté développée à partir de son aspect matériel et qui ne distingue pas l'exercice des compétences étatiques du statut international de l'État, risque cependant de relativiser la notion de souveraineté du point de vue du droit international.

Dans la littérature de droit public, il existe en effet une confusion entre la limitation de la souveraineté et la limitation de l'exercice de la souveraineté ou, plus précisément, la limitation de l'exercice des compétences souveraines. Le statut juridique de l'État membre de l'Union européenne est à cet égard particulièrement démonstratif des « faiblesses de la

⁶⁹ L'interprétation du concept de souveraineté à travers la notion de compétence est liée à la définition de la souveraineté comme « compétence de la compétence ». Cette notion, considérée comme « l'apanage de l'État » qui « le distingue sans équivoque de l'organisation internationale » (CAHIN (G.), « Rapport », SFDI, Pedone, 2006, p. 35), doit être comprise plutôt comme un « pouvoir de détermination des compétences » qu'une simple compétence de l'État (VAHLAS (A.), « Souveraineté et droit de retrait au sein de l'Union européenne », *RDP*, 2005, p. 1577). Ce pouvoir de l'État est dérivé logique de l'ordre interétatique qui est, pour Jellinek, un système juridique d'auto-obligation. Dans l'ordre juridique international, comme interne, les États sont à la fois autorités créatrices et sujets de ce droit. Ils n'ont obligation d'obéir qu'à un droit créé par eux-mêmes (JELLINEK (G.), *L'État moderne et son droit. Première partie : Théorie générale de l'État*, Éd. Panthéon Assas, 2005, réimpr. de l'édition de 1911, p. 560).

⁷⁰ Voir par exemple POLITIS (N.), « Le problème des limitations de la souveraineté... », op. cit., p. 1 et s. ; TRUYOL y SERRA (A.), « Théorie du droit international public. Cours général », op. cit., p. 154 ; CASSESE (A.), *International Law*, Oxford University Press, 2^e éd., 2005, p. 98 ; WEIL (P.), « Le droit international en quête de son identité... », op. cit., p. 67 ; CARILLO-SALCEDO (J.-A.), « Droit international et souveraineté des États... », op. cit., p. 215-216 ; BRAUD (P.), *Penser l'État*, op. cit., p. 39-40 ; MAHIOU (A.), « Le droit international ou la dialectique de la rigueur et de la flexibilité... », op. cit., p. 130 et s.

⁷¹ BASDEVANT (J.), « Règles générales du droit de la paix », op. cit., p. 581.

définition de la souveraineté à travers le contenu de la compétence étatique »⁷². F. Chaltiel écrit par exemple que « la protection des compétences étatiques par le droit international s'analyse comme une protection de la souveraineté ». Tout au long de son étude portant spécifiquement sur le sujet du statut de l'État membre de l'Union européenne, elle défend clairement l'idée selon laquelle un transfert définitif de certaines compétences étatiques signifie une limitation de la souveraineté de l'État⁷³.

Les limitations à l'exercice des compétences de l'État n'ont pas d'effet direct sur son statut juridique, donc sur sa souveraineté en droit international⁷⁴. S'opposant également à cette conception de la souveraineté définie par rapport aux compétences étatiques, A. Pellet affirme qu'une entité politique est souveraine ou elle ne l'est pas. Mais en tout état de cause, elle ne peut pas l'être « un peu », « beaucoup » ou « en partie »⁷⁵. Ces adverbes, qui s'ajoutent à la souveraineté de l'État, peuvent être utilisés certes dans la science politique, mais ils n'ont pas de place en droit international. En droit international, la souveraineté est à la fois l'élément essentiel et le critère distinctif de l'État⁷⁶ et ces deux notions vont de paire ; si c'est un État dans le sens du droit international, il est souverain, s'il est souverain, c'est un État⁷⁷.

⁷² KRANZ (J.), « Réflexions sur la souveraineté », op. cit., p. 193. À propos de l'Union européenne, on parle souvent de l'exercice commun de la souveraineté. Il importe toutefois de préciser qu'il s'agit de l'exercice commun de certaines compétences étatiques ou souveraines.

⁷³ Voir CHALTIEL (F.), *La souveraineté de l'État et l'Union Européenne...*, op. cit., p. 96. Dans son article sur le même sujet l'auteur écrit qu'un État qui est devenu État membre d'une organisation internationale comme l'Union européenne et qui lui cède irréversiblement l'exercice de certaines compétences souveraines, ne peut être plus considéré comme un État souverain traditionnel. Voir CHALTIEL (F.), « Contribution à la théorie juridique du statut de l'État membre de l'Union européenne : l'exemple français », in *Démarche communautaire et construction européenne*, F. Hervouët (sous dir.), Vol. 1 : dynamique des objectifs, La documentation française, 2000, pp. 163-178.

⁷⁴ Voir la jurisprudence de la CPII dans l'affaire *Vapeur Wimbledon*. Dans cette affaire, la Cour « se refuse à voir dans la conclusion d'un traité quelconque, par lequel un État s'engage à faire ou à ne pas faire quelque chose, un abandon de sa souveraineté ». Elle affirme que, « sans doute, toute convention engendrant une obligation de ce genre apporte une restriction à l'exercice des droits souverains de l'État, en ce sens qu'elle imprime à cet exercice une direction déterminée. Mais la faculté de contracter des engagements internationaux est précisément un attribut de la souveraineté de l'État ». Arrêt du 17 août 1923, CPII série A n°1, p. 25. En ce sens voir également RIALS (S.), « La puissance étatique et le droit dans l'ordre international. Éléments d'une critique de la notion usuelle de 'souveraineté externe' », in *Le droit international*, APD, t. 32, 1987, p. 209.

⁷⁵ Voir PELLET (A.), « Cours général : le droit international entre... », op. cit., p. 38. Dans le même sens, J. Kranz écrit que « [p]arler, à propos d'un État, de l'abandon partiel de la souveraineté, du transfert de la souveraineté, de la souveraineté limitée ou de la nécessité de recouvrer la pleine souveraineté témoigne d'une fausse conception de la notion de souveraineté ». Voir KRANZ (J.), « Notion de souveraineté et le droit international », op. cit., p. 440.

⁷⁶ Pour une réflexion sur ce lien intime entre l'État et la souveraineté, voir l'analyse de R. Carré de Malberg du point de vue d'autres groupements étatiques comme la fédération et la confédération (p. 88 et s.) et sur la souveraineté en tant que critère distinctif de l'État (p. 147 et s.). CARRÉ de MALBERG (R.), *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. 1, op. cit.

⁷⁷ Voir DUPUY (R.-J.), *La communauté internationale entre le mythe et l'histoire*, Economica, 1986, p. 62.

Pour souligner la nécessité d'une dissociation entre la notion de souveraineté et l'exercice des compétences, d'autres hypothèses, encore plus extrêmes qu'un simple transfert volontaire de compétences de la part des États,

Il est vrai qu'une matérialisation de la notion de souveraineté à partir des compétences étatiques n'est pas concevable du point de vue du droit international. Chaque fois qu'on assiste à un recul dans les compétences de l'État, on essaye en vain d'y adapter la notion de souveraineté. La seule solution pour sortir de l'impasse polémique sur la notion de souveraineté et sa limitation est de mettre cette notion à sa place et de rompre son lien avec la notion de compétence⁷⁸. Une telle approche nous permettra également d'écarter le débat inutile sur la divisibilité ou la « transférabilité » de la souveraineté. Du point de vue du droit international, le principe de la souveraineté et les pouvoirs étatiques sont deux questions, certes liées, mais non identiques.

En effet, la souveraineté ne désigne pas une somme de pouvoirs que l'État détient d'une manière légale sur le plan international⁷⁹. Selon Hinsley la souveraineté n'est pas un fait, mais correspond à une « fiction philosophique », à un « mythe », qui n'existe que sur le plan idéal⁸⁰. C. Chaumont écrit que la seule manière par laquelle on peut concilier le concept de la souveraineté avec les réalités, est d'en privilégier un concept abstrait et de faire « une distinction constante entre la 'possession' des compétences et l' 'exercice' de celles-ci »⁸¹.

Jellinek constate justement que « [t]outes les tentatives faites pour déterminer le sens précis de la notion de souveraineté reposent sur la confusion de la puissance étatique avec la

peut être illustratives. Dans cette perspective, on peut évoquer notamment les traités de protectorat entre États qui apportent tous d'importantes restrictions à l'exercice de certaines compétences des États mais qui n'ont eu aucun effet sur le statut souverain de ces États du point de vue du droit international. Sur ce sujet, voir par exemple la jurisprudence de la CIJ dans l'affaire relative aux *droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc*. Dans son arrêt du 27 août 1952, la Cour a constaté que, quoiqu'en vertu du traité de protectorat de Fez, conclu en 1912 entre la France et le Maroc, la France s'était engagée « à exercer certains pouvoirs souverains au nom et pour le compte du Maroc, et à se charger, en principe, de toutes les relations internationales du Maroc », ce dernier « demeurerait un État souverain ». CIJ Rec., 1952, p. 188.

Les traités imposés aux États vaincus après deux guerres mondiales constituent un autre exemple. Dans son opinion individuelle, jointe à l'avis consultatif du 5 septembre 1931 de la CPJI, relatif au *Régime douanier entre l'Allemagne et l'Autriche*, le Juge Anzilotti a affirmé que le traité de paix conclut en 1919 à Saint-Germain avec l'Autriche, qui contenait l'interdiction de l'unification, ne portait pas atteinte à la souveraineté de l'Autriche. *Publications de la CPJI*, série AB, 1931 p. 58.

Enfin, une dernière hypothèse est l'occupation d'un État par un autre, qui ne conduit pas automatiquement à la perte de la souveraineté de l'État occupé. En ce sens, voir KRANZ (J.), « Notion de souveraineté et le droit international », op. cit., p. 419.

⁷⁸ J. Kranz écrit effectivement que « la souveraineté n'équivaut pas à un catalogue de compétences. La souveraineté en droit international signifie que la compétence de l'État est exclusive, pleine et autonome ». Voir KRANZ (J.), « Réflexions sur la souveraineté », op. cit., p. 186. Dans le même sens Ch. Rousseau affirme que la notion de souveraineté ne détermine pas l'étendue de compétences exclusives de l'État mais leur mode d'exercice. Selon lui, il y a quatre principes directeurs qui déterminent le mode d'exercice des compétences étatiques : le principe d'indépendance, le principe d'exclusivité, le principe d'égalité et le principe d'abstention. Voir ROUSSEAU (Ch.), « L'aménagement des compétences en droit international », *RGDIP*, 1930, p. 423 et 439. Voir également CAHIN (G.), « Rapport », op. cit., p. 37

⁷⁹ Voir CARRÉ de MALBERG (R.), *Contribution à la théorie générale de l'État*, op. cit., p. 81.

⁸⁰ HINSLEY (F. H.), *Sovereignty*, op. cit., p. 1 et s.

⁸¹ Voir CHAUMONT (C.), « Recherches du contenu irréductible... », op. cit., p. 131

souveraineté ». Selon lui, la puissance étatique, signifiant la compétence de l'État, a un contenu évolutif, variable. Mais la souveraineté est une notion « de nature purement formelle », qui « exprime la négation de toute subordination de l'État à l'égard d'un autre pouvoir, la négation de toute limitation de l'État par un autre pouvoir »⁸². En d'autres termes, la souveraineté est la qualité de la puissance et non pas la puissance elle-même⁸³. La notion de souveraineté caractérise donc le Pouvoir étatique et, comme G. Burdeau le constate à très juste titre, « le Pouvoir change de forme, non de rôle »⁸⁴. Il convient maintenant d'analyser ce rôle du pouvoir étatique et la contribution de la notion de souveraineté.

II. La souveraineté explique la configuration état-centrique de l'ordre juridique international

La compréhension de la souveraineté est donc étroitement liée à la construction de l'État moderne⁸⁵. La notion de souveraineté n'est pas un élément *sine quo non* et pour l'existence de l'État et pour l'existence du droit des gens⁸⁶. Dans son sens actuel, elle est une invention du temps moderne, liée directement à l'apparition de l'État moderne⁸⁷.

⁸² JELLINEK (G.), *L'État moderne et son droit. Deuxième partie : Théorie juridique de l'État*, Éd. Panthéon Assas, 2005, réimpression de l'édition de 1913, p. 126 et p. 140-141.

J.-D. Mouton attire également l'attention sur cette double signification de la notion de souveraineté. Dans son aspect matériel, elle désigne le « caractère de l'État » et elle est « liée dans son contenu à l'évolution de l'ordre juridique international ». Tandis que, comme notion abstraite, elle correspond à la « qualité propre à un État » et devient « de ce point de vue un invariant ». Voir MOUTON (J.-D.), « La notion d'État et le droit international public », *Droits*, 1992, p. 57. D'autres auteurs soulignent également l'existence de deux différentes acceptations de la notion de souveraineté en droit international. Voir par exemple KRANZ (J.), « Notion de souveraineté et le droit international », op. cit., p. 413.

⁸³ CARRÉ de MALBERG (R.), *Contribution à la théorie générale de l'État*, op. cit., p. 70.

⁸⁴ L'auteur ajoute : « À l'origine de l'État il y a une cause, une idée née du génie de l'homme, et c'est par elle seule que l'État peut être expliqué. Certes, la structure de l'État se transforme pour s'adapter aux conditions sociales, mais sa raison d'être et, par conséquent, son essence profonde, ne sont pas affectées par ces transformations. Telles qu'elles sont apparues au moment de la genèse de l'institution étatique, telles on peut les reconnaître à travers la forme moderne de l'État ». Voir BURDEAU (G.), *Traité de science politique*, t. 2, l'État, 1980, 3^e éd., p. 223 et 225.

⁸⁵ RIGAUDIÈRE (A.), « L'invention de la souveraineté », op. cit., p. 5.

⁸⁶ Il est vrai que pour la plupart des civilisations anciennes, la souveraineté, dans le sens que l'on utilise encore aujourd'hui, ne constituait pas une caractéristique du pouvoir politique. Cette notion est apparue au cours des XV^e et XVI^e siècles en Europe et sa conceptualisation a continué jusqu'au début du XX^e siècle. Voir LAGHMANI (S.), *Histoire du droit des gens, du jus gentium impérial au jus publicum europaeum*, Pedone, 2003, p. 82 et s.

⁸⁷ F. Fardella affirme effectivement que « le concept de souveraineté est un concept moderne, tout à fait étranger à la pensée politique et juridique ancienne. Il est apparu à l'époque médiévale, avec la revendication de la *plenitudo potestatis* par les républiques citadines ; puis il s'est affirmé avec les constructions théoriques élaborées à l'occasion du problème de l'indépendance du Royaume de France, face à l'Empire, à l'Église, aux pouvoirs féodaux ». Voir FARDELLA (F.), « Le dogme de la souveraineté de l'État. Un bilan », in *Le privé et le public*, APD, t. 41, 1997, p. 116. Sur ce point, voir également HINSLEY (F. H.), *Sovereignty*, op. cit., pp. 27 et s. ; RIGAUDIÈRE (A.), « L'invention de la souveraineté », *Pouvoirs*, n°67, 1993, pp. 5-20 ;

Considérée comme une notion « à la fois fondatrice, créatrice et justificatrice du pouvoir »⁸⁸, la notion de souveraineté a permis à l'État de conceptualiser son pouvoir politique dans ses nouvelles dimensions⁸⁹. L'État moderne se différencie d'autres modèles d'organisation politique qu'a connus l'histoire de la science politique par son unité politique d'action et de décision⁹⁰, qui lui permet d'assurer la maîtrise totale de l'espace national. Dans ce processus d'affirmation de l'État comme seul maître et représentant de l'espace politico-juridique national, trois étapes peuvent être distinguées : centralisation du pouvoir politique (A) ; consolidation du pouvoir étatique (B) ; et, enfin, maîtrise de l'espace juridique (C).

A. La centralisation du pouvoir politique dans l'État

Dans la doctrine internationale, on a généralement tendance à considérer les traités de Westphalie⁹¹ comme le point de départ de l'émergence du système international dans sa configuration actuelle⁹². En effet, considérée comme la première grande Charte européenne, voire mondiale⁹³, la Paix de Westphalie constitue un premier pas vers la « cristallisation »⁹⁴ et la « concrétisation »⁹⁵ d'une nouvelle situation émergente⁹⁶. Constituant un moment de

HAGGENMACHER (P.), « L'État souverain comme sujet du droit international, de Vitoria à Vattel », *Droits*, 1992, n°16, pp. 11-20 ; GAUDEMET (J.), « *Dominium – Imperium. Les deux pouvoirs dans la Rome ancienne* », *Droits*, 1995, n°22, pp. 3-17.

⁸⁸ RIGAUDIÈRE (A.), « L'invention de la souveraineté », *op. cit.*, p. 5.

⁸⁹ FRANCA-FILHO (M.-T.), « Westphalia: a Paradigm? A Dialogue Between Law, Art, and Philosophy of Science », *The German Law Journal*, 2007, p. 967.

⁹⁰ Voir HAGGENMACHER (P.), « L'État souverain comme sujet du droit international... », *op. cit.*, p. 11.

⁹¹ Il s'agit de deux traités – le traité de Münster et celui de Osnabrück – qui ont conclu la guerre de Trente Ans le 24 Octobre 1648.

⁹² Voir CASSESE (A.), *International law*, *op. cit.*, p. 22 ; ANZILOTTI (D.), *Cours de droit international*, LGDJ, 1999 (réimpression de l'éd. de 1929), p. 5 ; CARREAU (D.), *Droit international*, Pedone, 10^e éd., 2010, p. 36.

Certes, « le contexte de la Paix de Westphalie n'a rien à voir avec celui de l'ordre international contemporain » (ARNAUD (A.-J.), *Entre modernité et mondialisation : leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'État*, LGDJ, 2^e éd., 2004, p. 220). Mais les principes établis à l'époque, sur lesquels s'est construit le droit international contemporain, persistent encore. Ces principes ont évidemment changé d'aspect, mais leur nature fondamentale et leur noyau dur résistent encore⁹². En ce sens, voir *Restatement of the Law, The Foreign Relations Law of the United States*, American Institute, Saint Paul, 1987, vol. I : « Modern international law is commonly dated from the Peace of Westphalia... There have been major changes in that law, but its basic concept and general outlines have remained essentially intact » (p. 19).

⁹³ Voir GROSS (L.), « The Peace of Westphalia, 1648-1948 », *AJIL*, Vol. 42, 1948, p. 20.

⁹⁴ CASSESE (A.), *Droit international dans un monde divisé*, Berger-Levrault, 1986, p. 36.

⁹⁵ OST (F.), KERCHOVE (van de) (M.), *De la pyramide au réseau ?...*, *op. cit.*, p. 162.

⁹⁶ Avant l'apparition de l'ordre westphalien, il existait évidemment un ensemble normatif qui gérait les relations entre les individus et des entités de nature différente au niveau mondial. Mais, dans le sens moderne du terme, la naissance d'un droit international qui régit les relations entre les États égaux et souverains coïncide logiquement avec l'apparition de l'État moderne. Voir CASSESE (A.), *Droit international dans un monde divisé*, *op. cit.*, p. 38).

En effet, si la souveraineté de l'État signifie « qu'au-dessus de l'État il n'y a aucune autorité humaine établie », on ne peut véritablement parler de la souveraineté pour les États dans leurs relations qu'à partir des Traités de

rupture avec le passé⁹⁷, ces traités rompent l'équilibre politique qui existait auparavant entre entités et autorités de nature différente, pour en trouver un autre entre États souverains⁹⁸ qui s'affirment désormais comme unique titulaire du pouvoir politique dans l'espace national. La Paix de Westphalie constitue donc la légalisation formelle de la naissance de l'État moderne⁹⁹.

Conceptualisée concomitamment à l'émergence de l'État moderne, « la théorie de la souveraineté implique l'idée d'une concentration du pouvoir au sein d'une même autorité »¹⁰⁰. Cette centralisation du pouvoir politique en sein de l'État s'est effectuée sur deux fronts. L'État a d'abord consolidé son pouvoir à l'intérieur de ses frontières, face aux seigneurs féodaux, fermant ainsi la période médiévale, établie sur un système politique et juridique fragmentaire¹⁰¹. Il s'est ensuite affirmé comme l'unique titulaire du pouvoir politique sur le plan extérieur, en s'opposant aux « prétentions universalistes de la Papauté et de l'Empire »¹⁰². Ces deux aspects du processus de la centralisation du pouvoir politique dans

Westphalie qui ont affirmé l'indépendance de l'État face à l'autorité de l'Empereur, même, à certains égards, [à celle] du Pape ». Voir BASDEVANT (J.), « Règles générales du droit de la paix », op. cit., p. 578 et 579.

⁹⁷ En réalité, la Paix de Westphalie ne constitue par elle-même ni une date bouleversante de l'histoire ni une rupture brutale avec le passé. Comme M.-T. Franca Filho l'écrit, « [t]he Westphalia Peace Treaties did not constitute an obvious, radical, or instant revolution in the juridical-political model of State similar to the great modern political revolutions. It was not a 'political big bang'. [...] In fact, those pacts of 1648 dramatically changed the way of seeing and understanding the State ». Voir FRANCA-FILHO (M.-T.), « Westphalia: a Paradigm?... », op. cit., p. 970. Dans le même sens, voir également ABI-SAAB (G.), « Cours général de droit international public », *RCADI*, vol. 207, 1987, p. 60 et s.

En effet, les Traités de Westphalie ne constituent qu'une étape importante d'un long processus principalement socio-économique, qui va engendrer un nouveau système politique. Mais les mots et les expressions ont parfois une existence, dans la conscience humaine, bien différente que leurs significations d'origine. Surtout dans la science humaine, les mots ne correspondent pas toujours à une réalité concrète, mais ils expriment souvent des concepts ou des mythes qui n'existent que dans la conscience des gens. Ils ont une puissance considérable en raison de leur signification communément partagée. Ainsi, il faut considérer le terme « Westphalie » parmi ces mots puissants et comme un paradigme influent pour les sciences sociales. Voir BEAULAC (S.), « The Westphalian Model in Defining International Law : Challenging the Myth », *AJLH*, 2004, p. 181 et s.

⁹⁸ Voir FRANCA-FILHO (M.-T.), « Westphalia: a Paradigm?... », op. cit., p. 968; BURDEAU (G.), *Traité de science politique*, t. 2, l'État, op. cit., p. 217.

⁹⁹ Cependant, il convient de préciser que ce changement ne se fait pas du jour au lendemain. Comme P. Hagggenmacher l'écrit, « le statut de l'État en tant que sujet spécifique de cet ordre [droit public] de normes supérieures ne s'affirme qu'avec hésitation ; sa personnalité internationale, traduite par le triple idée d'indépendance (ou de souveraineté extérieure), d'égalité souveraine (corollaire de la souveraineté intérieure) et soumission immédiate au droit international, ne se cristallise que tardivement, pour n'être pleinement consacrée qu'au XVIII^e siècle, précisément par Wolff et Vattel ». Voir HAGGENMACHER (P.), « L'État souverain comme sujet du droit international... », op. cit., p. 13.

¹⁰⁰ CHALTIEL (F.), *La souveraineté de l'État et l'Union Européenne...*, op. cit. p. 8.

¹⁰¹ Voir BERLIA (G.), « Remarques sur la paix de Westphalie », in *Hommage d'une génération de juristes au Président Basdevant*, Pedone, 1960, pp. 35-42.

¹⁰² TRUYOL y SERRA (A.), « Souveraineté », in *Vocabulaire juridique fondamental du droit*, APD, t. 35, 1990, p. 316-317. Il est vrai que le concept de l'État moderne a émergé en Europe comme une réaction contre les revendications de l'hégémonie impériale (voir HINSLEY (F. H.), *Sovereignty*, op. cit., p. 69 et s.). Bien qu'ils puissent être qualifiés comme « libres », les États européens de l'époque ne se trouvaient pas sur un pied d'égalité avec l'Empire, considéré comme leur protecteur. Ce protectorat concernait uniquement les États soumis

l'État sont des phénomènes à la fois distincts et concomitants dans la mesure où tous les deux ont contribué à l'émergence de l'État sur le plan international comme le seul maître et l'unique représentant de l'espace national¹⁰³.

B. La consolidation du pouvoir étatique

Le processus de centralisation du pouvoir politique en sein de l'État était un long processus d'abord politique mais aussi socio-économique et juridique. L'État moderne ne constitue pas une rupture absolue dans l'histoire de l'évolution du pouvoir politique. Il fait partie de cette évolution continue¹⁰⁴. La conceptualisation de la notion de souveraineté montre parfaitement cette continuité dans l'évolution du pouvoir politique. Pour affirmer sa maîtrise dans le domaine qui lui est réservé, l'État, désormais unique titulaire du pouvoir politique, n'a pas hésité à se servir de certains concepts de légitimation¹⁰⁵. Il s'agit notamment des concepts théologiques qui ont, en quelque sorte, divinisé l'État (1) et des concepts totalisants comme la volonté générale (2).

1. La divinisation de l'État

Selon la célèbre phrase de C. Schmitt « tous les concepts prégnants de la théorie moderne de l'État sont des concepts théologiques sécularisés »¹⁰⁶. Parmi ces concepts, se trouve

à l'Église. Donc, la soumission des États européens était présente de deux côtés et la révolte contre l'un constituait également une révolte contre l'autre.

¹⁰³ F. Ost, M. van de Kerchove affirment effectivement que « [l]e développement de l'État dans l'ordre interne, sur les ruines du régime féodal, et son affirmation sur ce qui deviendrait la scène internationale sont deux phénomènes concomitants et interdépendants. C'est dire que le dogme de la souveraineté territoriale, le monopole de la puissance dans les limites de frontières fixes, qui avait assuré la suprématie interne de l'État, constituerait également la pierre d'angle de l'ordre juridique international en formation, à partir de XVe siècle, sous la forme cette fois d'une égale autorité d'entités ne se reconnaissant d'autres maîtres que d'eux-mêmes ». Voir OST (F.), KERCHOVE (van de) (M.), *De la pyramide au réseau ?...*, op. cit., p. 162.

¹⁰⁴ D'ailleurs, comme S. Laghmani l'a écrit, « les grandes ruptures historiques sont toujours, en même temps, le lieu de continuités ». Voir LAGHMANI (S.), *Histoire du droit des gens...*, op. cit., p. 61.

¹⁰⁵ Pour O. Beaud, la souveraineté elle-même est un concept de légitimité. L'incorporation de l'idée de souveraineté à l'État transforme le pouvoir politique en un pouvoir légitime. Voir BEAUD (O.), *La puissance de l'État*, PUF, 1994, p. 20.

¹⁰⁶ L'auteur ajoute que « c'est vrai non seulement de leur développement historique, parce qu'ils ont été transférés de la théologie à la théorie de l'État – du fait, par exemple, que le Dieu tout-puissant est devenu le législateur omnipotent –, mais aussi de leur structure systématique ». Voir SCHMITT (C.), *Théologie politique*, 1984 (réédition et 1988 pour la traduction française), Gallimard, p. 46. Voir également FRANCA-FILHO (M.-T.), « Westphalia: a Paradigm?... », op. cit., p. 968.

certainement la souveraineté qui est, telle qu'elle est conceptualisée chez les défenseurs du pouvoir absolu de l'État, issue « d'une laïcisation du pouvoir divin »¹⁰⁷.

Par cette conception de la souveraineté, une analogie est établie entre Dieu et l'État¹⁰⁸ en vue de renforcer ce dernier non seulement dans le domaine matériel par son organisation politique omniprésente, mais en même temps dans le domaine spirituel par sa forte présence dans la conscience de ses citoyens. Ainsi, si le concept de souveraineté a permis une sécularisation du pouvoir politique représenté désormais en la personne d'État, il a contribué en même temps à la divinisation de ce dernier. L'État n'a pas tué Dieu. Au contraire, il l'a fait descendre sur terre pour bénéficier de sa force spirituelle.

C. Schmitt reproche à cet égard J.-J. Rousseau d'avoir « appliqu[é] au souverain l'idée que les philosophes se font de Dieu : il peut tout ce qu'il veut ; mais il ne peut vouloir le mal »¹⁰⁹. Dans la même perspective, Duguit écrit que la plupart des théoriciens, « sous le couvert de théories juridiques », n'ont fait que l'« apologie de la force » et de l'absolutisme étatique. Dans son article intitulé « Jean-Jacques Rousseau, Kant et Hegel », il démontre en effet le point commun entre ces trois théoriciens, qui consiste à diviniser l'État et son pouvoir absolu et à contribuer à l'émergence d'une société et d'une pensée juridique centrées sur l'État¹¹⁰. Selon Duguit, tout comme Rousseau, Kant est aussi responsable de la naissance du monstre

¹⁰⁷ BEAUD (O.), « Souveraineté », op. cit., p. 627.

¹⁰⁸ Voir SCHMITT (C.), *Théologie politique*, op. cit., p. 46. C. Galli explique cette analogie de la manière suivante : « L'État n'est pas le produit d'une raison humaine qui coupe les ponts avec le passé et la tradition ; il est la transposition politique de l'idée traditionnelle de Dieu comme fondement de l'ordre. Donc, il y a une analogie entre tradition et modernité parce qu'il y a une permanence de l'essor ordonnateur, qui est une constante de la civilisation occidentale et dont l'État est l'interprète politique moderne. Mais il y a aussi une césure brutale entre modernité (État) et tradition (auctoritas), parce que, si la tradition présente Dieu comme substance et fondement de la politique, la modernité n'est capable de penser la politique ni comme substance, ni comme fondement (si ce n'est seulement en des formes individualistes vouées à l'échec). L'État est analogue à Dieu, mais seulement du point de vue formel, c'est-à-dire du point de vue où il faut qu'il y ait de l'ordre, qu'il y ait contrainte ». Voir GALLI (C.), « Carl Schmitt et l'État », in *L'État au XX^e siècle : regards sur la pensée juridique et politique du monde occidental, Études réunies par S. Goyard-Fabre, J. Vrin*, 2004, p. 39.

¹⁰⁹ L'auteur se réfère à Boutmy. Voir SCHMITT (C.), *Théologie politique*, op. cit., p. 56. Dans le même sens H. Krabbe écrit que « Rousseau ne veut pas faire des recherches historiques sur les origines de l'État ; pour lui, la seule chose importante est d'indiquer la *légitimité* du pouvoir ». KRABBE (H.), « L'idée moderne d'État », op. cit., p. 560.

¹¹⁰ DUGUIT (L.), « Jean-Jacques Rousseau, Kant et Hegel », *RDP*, 1918, t. 35, pp. 173-211 et pp. 325-377 (publié en deux parties). Voir également TRAVERS (E.), « Volonté et puissance étatiques : Duguit critique de Rousseau, Kant et Hegel », *RRJ*, 2004, p. 1714 et s. Dans le même sens, A. Truyol y Serra se réfère à Antonio de Luna qui voit dans la philosophie hégélienne du droit international une « légitimation du droit du plus fort, recouverte d'une feuille de vigne de construction scientifique » Voir TRUYOL y SERRA (A.), *Doctrines sur le fondement du droit des gens*, édition revue, augmentée et mise à jour par R. Kolb, 2007, Pedone, p. 61.

étatique. En supposant que l'État a, comme Dieu, des droits sans devoirs correspondants, Kant a divinisé l'État d'une manière analogue à Dieu¹¹¹.

Mais le sommet de la divinisation de l'État aurait été atteint par Hegel¹¹². En effet, dans la philosophie hégélienne, l'idée de Dieu est maintenue en vue de l'incarner dans l'État¹¹³ et, ainsi, d'attribuer à celui-ci une légitimité divine aux yeux de ses sujets¹¹⁴. Ce prolongement de la théologie dans la modernité de Hegel¹¹⁵ donne à l'État un fondement divin. Selon Hegel, cette divinité « appartient à tout État. On peut trouver un État bon ou mauvais, mal organisé ou bien organisé ; peu importe ; s'il y a un État, il y a toujours du divin en lui »¹¹⁶. On voit très clairement chez Hegel l'alignement entre la volonté divine et la volonté étatique¹¹⁷, qui se manifestent toutes les deux dans la volonté universelle dont l'État n'est que le reflet dans sa forme politique¹¹⁸.

Vu sous cet angle, le rôle de l'idée de Dieu dans la légitimation de l'action étatique est indéniable. Mais pourquoi cette divinisation de l'État est-elle importante dans la philosophie hégélienne ? Il s'agit tout simplement d'une volonté de mystification de l'État et de son pouvoir, car logiquement l'obéissance serait indiscutable et mieux assurée « à un souverain

¹¹¹ Selon Kant, explique Duguit, « la puissance de l'État est divine en son essence » et cette puissance établie a « à son origine un fait de violence, la force qui fonde le droit public.[...] Ce n'est pas parce que le pouvoir est légitime qu'obéissance lui est due ; on doit lui obéir parce qu'il réalise une idée sainte et divine ». Voir DUGUIT (L.), « Jean-Jacques Rousseau, Kant et Hegel », op. cit., p. 202 et s. et p. 211.

¹¹² SPERDUTI (G.), « Le principe de souveraineté et le problème des rapports... », op. cit., p. 333.

¹¹³ Selon C. Schmitt, Hegel « inclut Dieu dans le monde et fait surgir le droit et l'État de l'immanence de l'objectivité ». Voir SCHMITT (C.), *Théologie politique*, op. cit., p. 59. En effet, Hegel écrit que l'État est « la marche de Dieu dans le monde », il est « Dieu réel ». Voir HEGEL (G. W. F.), *Principes de la philosophie du droit*, Flammarion, 1999, p. 320.

¹¹⁴ Selon C. Schmitt, Hegel théorise en effet « un nouveau concept de légitimité ». Voir SCHMITT (C.), *Théologie politique*, op. cit., p. 60. Dans le même sens, voir également DUGUIT (L.), « Jean-Jacques Rousseau, Kant et Hegel », op. cit., p. 354.

¹¹⁵ GALLI (C.), « Carl Schmitt et l'État », op. cit., p. 51 ; DUBOUCHET (P.), *Pour une sémiotique du droit international...*, op. cit., p. 71 et s.

¹¹⁶ HEGEL (G. W. F.), *Principes de la philosophie du droit*, op. cit., p. 320. Pour Hegel, « l'État est la réalité de l'idée éthique, l'esprit éthique en tant que volonté manifeste, évidente à elle-même, substantielle, qui pense et sait, et qui accomplit ce qu'elle sait parce qu'elle le sait ». *Idem.*, p. 195.

Cette manière de voir l'État coïncide avec le regard classique du droit international sur le lien entre l'État et la souveraineté : s'il y a l'État, il est souverain par nature et s'il est souverain, il ne peut avoir tort. On est exactement au cœur de la philosophie de « The king can not do wrong », appliquée à l'État personnifié.

¹¹⁷ J. Lèbre écrit que « Hegel fait de la volonté souveraine une substance qui apparaît dans la nature, mais ne se manifeste comme sujet que dans l'État : la souveraineté retrouve sa vieille route théologique. Dieu est 'l'acte de manifester', dit Hegel ; dans la religion révélée, 'c'est l'esprit absolu qui se manifeste' ; par suite, 'la substantialité de la vie éthique elle-même et de l'État est la religion ». Voir LÈBRE (J.), « Présence de l'État ou présence du peuple ? Volonté et théorie de la souveraineté dans les Principes de la philosophie du droit », in *Hegel penseur du droit*, J. F. Kervégan et G. Marmasse (sous dir.), CNRS, 2004, p. 235.

¹¹⁸ Cette position de Hegel, qui s'oppose au jusnaturalisme de son époque écartant le droit divin, constitue un quasi-retour en arrière pour assurer le passage entre l'État théocratique et l'État moderne.

mystérieux qui nous dépasse et auquel on prête donc tous les pouvoirs »¹¹⁹. C'est en ce sens que la conception hégélienne de l'État a été considérée comme faisant l'« apologie de l'État divin tout-puissant »¹²⁰.

L'influence de la conception hégélienne de l'État et de sa souveraineté a été considérable dans la doctrine et la politique internationales, notamment à partir de la deuxième moitié du XIX^e siècle. Marquée par ce passage de « Dieu tout-puissant » à l'« État tout-puissant »¹²¹, une théorie politique et juridique de l'État absolu a été développée surtout par l'école allemande¹²². Considérant le droit positif comme le seul droit applicable et l'État comme l'unique source de ce droit, les disciples de la théorie hégélienne ont placé l'État au-dessus du droit, au-dessus de tout¹²³.

2. L'affermissement du pouvoir étatique par la théorie de la volonté générale

Selon F. Demichel, la notion de souveraineté est une notion « abstraite et idéaliste, fondée sur l'identification mythique de l'État et de la nation »¹²⁴. Si la recherche du fondement de la souveraineté de l'État dans la nation est quelque chose de discutable¹²⁵, l'apport de l'idée de l'« État-nation » à la légitimation du pouvoir étatique et à son interprétation excessive est une

¹¹⁹ CUBERTAFOND (B.), « Souveraineté en crise ? », *RDP*, 1989, p. 1282.

¹²⁰ DUBOUCHET (P.), *Pour une sémiotique du droit international...*, op. cit., p. 89.

¹²¹ SCHMITT (C.), *Théologie politique*, op. cit.

¹²² À propos de l'influence de Hegel, F. H. Hinsley écrit en effet que « his conception of state as the realization of the moral idea and as an absolute end; of his insistence that, since there is no other law for the state but the purpose of its own self, the relation between states must be a relation of 'independencies' which may stipulate among themselves but which remain above all stipulations; of his thesis that, as sovereignty is the true essence of the state, it is especially in the right to make war that this sovereignty manifests itself – had marked increased. Nor was it only in Germany, where they were propagate with especial ruthlessness by writers like Treitschke, Lasson, Kaufmann and Jellinek, that these ideas gained ground. It all states it now became an established if not an unquestioned doctrine that, since moral relations presuppose an organized life and since such a life exists only under the state ». Voir HINSLEY (F. H.), *Sovereignty*, op. cit., p. 208-209.

Cette influence de la théorie hégélienne est particulièrement visible sur l'école allemande. Sur ce sujet, voir DUGUIT (L.) « La doctrine allemande de l'auto-limitation de l'État », *RDP*, 1919 pp. 161-190 ; DUBOUCHET (P.), *Pour une sémiotique du droit international...*, op. cit., p. 77 et s.

¹²³ De leur point de vue, l'État ne peut pas violer le droit parce que justement c'est lui-même qui fait du droit. Voir HINSLEY (F. H.), *Sovereignty*, op. cit., p. 209. Pour certains, la philosophie hégélienne du droit, qui est la véritable source de l'absolutisme étatique, est le responsable des effets désastreux du XX^e siècle. On peut certes défendre que les idées de Hegel sont peut-être interprétées d'une manière erronée ou déformée pour les instrumentaliser à des fins politiques et idéologiques. Cependant, comme J.-L. Brierly l'a écrit très justement, « ce qui importe pour nous n'est pas ce que voulait dire Hegel, mais ce qu'on a compris qu'il enseignait ». Voir BRIERLY (J. L.), « Le fondement du caractère obligatoire du droit international », *RCADI*, t. 25, 1928, p. 502.

¹²⁴ DEMICHEL (F.), « Le rôle de la souveraineté ... », op. cit., p. 1054.

¹²⁵ Comme on l'a déjà constaté, le pouvoir politique existait toujours. Les titulaires de ce pouvoir essayaient simplement de le fonder sur un ensemble d'idées légitimatrices de leurs autorités. Si ce fondement se trouvait avant dans l'idée de Dieu, la nation l'a juste remplacée. Sans nier la force fondatrice des peuples, il faut savoir qu'une idée de souveraineté de l'État existait bien avant l'invention de la « nation ».

vérité indéniable. L'idée de l'État-nation, en tant qu'« expression d'une volonté de représentation totalisante et simplificatrice de la population devenue citoyenne »¹²⁶, a été renforcée par une théorie de l'État représentant de la volonté générale.

Parmi les théories qui visent à expliquer l'origine de l'État et son lien avec le peuple, la théorie du « Contrat social » de Jean-Jacques Rousseau a une place importante en raison de l'influence qu'elle a encore sur le concept du pouvoir politique¹²⁷. Cette théorie essaie non seulement d'expliquer l'origine des sociétés humaines et le passage de l'état de nature à l'organisation sociale, mais également de fonder la souveraineté de l'État sur la volonté générale du peuple¹²⁸.

Cette théorie de la « volonté générale » a été critiquée pour être un outil servant à la légitimation de la souveraineté absolue de l'État¹²⁹. En effet, Duguit soutient que, cette théorie justifie la soumission des individus à la volonté de l'État, supposée être la « volonté générale formée de leurs propres volontés »¹³⁰. L'individu doit obéir à la volonté de l'État, car c'est sa volonté¹³¹. Si le respect de la volonté de l'individu correspond à sa liberté, il ne sera vraiment libre dans cette conception que s'il obéit passivement à l'État ; « s'il s'y refuse, il refuse d'être libre »¹³².

¹²⁶ CRÉPEAU (F.), « Mondialisation, pluralisme et souveraineté ; l'Etat démocratique redéployé ou l'exigence de légitimation de l'action collective », in *Le partenariat de l'Union Européenne avec les pays tiers, conflits et convergences*, M.-F. Labouz (sous dir.), Bruylant, 2000, p. 26.

¹²⁷ À propos de l'influence de la théorie du contrat social sur le concept du pouvoir politique. voir également KRABBE (H.), « L'idée moderne d'État », op. cit., p. 546 et s.

¹²⁸ Selon Rousseau, puisque la souveraineté de l'autorité découle de la volonté générale et ne représente que l'exercice de cette dernière, elle est naturellement inaliénable et indivisible. Sur le concept de souveraineté dans la théorie du contrat social de Rousseau, voir EBERHARDT (A.), « La souveraineté chez Kant et Rousseau », *Revue de la recherche juridique – droit prospectif*, 2003, p. 583-584.

¹²⁹ Voir DUGUIT (L.), « Jean-Jacques Rousseau, Kant et Hegel », op. cit., p. 180 ; BURDEAU (G.), *Traité de science politique*, t. 2, l'État, op. cit., p. 67. Selon ce dernier, l'objet principal de la Théorie rousseauiste du Contrat social « n'est pas seulement de fonder la société et l'État, mais surtout de créer, dans la collectivité, une autorité supérieure aux individus. L'hypothèse du contrat social a donc au premier chef la valeur d'un essai d'explication de la souveraineté » de l'État.

¹³⁰ Ainsi, ajoute-t-il, « ils ne sont point soumis à une volonté supérieure à eux-mêmes ». S'il existe des restrictions à leur propre volonté, ce sont eux qui les apportent. En vertu de cette théorie, le « pouvoir souverain qui s'exerce sur les individus est un pouvoir que les individus exercent sur eux-mêmes ». De ce fait, « ils restent donc pleinement libres ». Voir DUGUIT (L.), « Jean-Jacques Rousseau, Kant et Hegel », op. cit., p. 180 et 181.

¹³¹ A. Eberhardt écrit effectivement que selon la théorie du contrat social, « chaque volonté individuelle est absorbée dans la volonté collective par un acte d'aliénation » (EBERHARDT (A.), « La souveraineté chez Kant et Rousseau », op. cit., p. 580). Cette volonté collective s'identifie par la volonté de l'État. Alors qu'en réalité, ce n'est pas la volonté générale qui devient la volonté de l'État, mais l'inverse.

¹³² DUGUIT (L.), « Jean-Jacques Rousseau, Kant et Hegel », op. cit., p. 186. De la même manière, G. Burdeau affirme que cette théorie essaie ainsi de « concilier l'autorité la plus absolue avec la liberté ». Voir BURDEAU (G.), *Traité de science politique*, t. 2, l'État, op. cit., p. 71.

Selon Duguit, la théorie du contrat social fait semblant de libérer l'individu, alors qu'elle ne fait qu'accentuer la légitimation de la soumission totale de l'individu au pouvoir étatique et l'apologie de la représentation totalisante de l'État¹³³. Cette légitimation de la souveraineté de l'État par la volonté générale conduit à « la prééminence de la totalité sur l'élément »¹³⁴ et, par conséquent, à l'exclusion de l'individu en tant que tel dans l'espace international.

Selon Duguit, Hegel fait également recours à la théorie de la volonté générale en vue de la légitimation du pouvoir étatique. Dans la philosophie hégélienne, l'État, en tant que « réalisation supérieure de l'idée morale », représente « l'identification des volontés particulières avec la volonté générale »¹³⁵. Partant, comme la théorie rousseauiste, celle de Hegel écarte aussi l'individu. L'individu n'existe que dans l'État et il « acquiert sa liberté substantielle par le sentiment qu'il a de l'État »¹³⁶. Le but ultime des individus est leur bien particulier dont la réalisation passe par le bien général. Selon Hegel, « l'État est la condition unique (indispensable) de l'atteinte du but particulier et du bien »¹³⁷. L'État moderne, pour Hegel, est la synthèse la plus complètement réalisée du particulier et du général¹³⁸, dont la « tâche essentielle est de rendre possible la 'survie de la totalité' »¹³⁹. Tous ces développements conduisent vers la maîtrise totale de l'espace juridique par l'État et vers la disparition de l'individu dont « le devoir suprême, écrit Hegel, est d'être membres de l'État »¹⁴⁰.

Bien qu'il y ait des divergences majeures entre les doctrines rousseauiste et hégélienne, leur « idée fondamentale est exactement la même : l'homme n'est libre que par l'État et dans l'État »¹⁴¹. Duguit considère que toutes ces doctrines contribuent à l'établissement d'une idée

¹³³ DUGUIT (L.), « Jean-Jacques Rousseau, Kant et Hegel », op. cit., p. 351.

¹³⁴ EBERHARDT (A.), « La souveraineté chez Kant et Rousseau », op. cit., p. 587.

¹³⁵ Voir DUGUIT (L.), « Jean-Jacques Rousseau, Kant et Hegel », op. cit., p. 335 et s. Ainsi, Hegel justifie la souveraineté de l'État par cette idée de volonté générale qui sera évidemment légitime et qui légitimera toute action de l'État. C'est pourquoi il refuse catégoriquement que la souveraineté soit vue comme despotique et arbitraire. Chez Hegel, La distinction entre le despotisme et la souveraineté consiste en la distinction entre la volonté particulière, par exemple d'un despote et la volonté générale représentée par l'État. Voir HEGEL (G. W. F.), *Principes de la philosophie du droit*, op. cit., p. 364.

¹³⁶ HEGEL (G. W. F.), *Principes de la philosophie du droit*, op. cit., p. 312. C'est une sorte de « liberté dans l'État » dont l'individu jouit. Sur ce point, voir BOBBIO (N.), *L'État et la démocratie internationale : de l'histoire des idées à la science politique*, Éd. Complexe, 1998, p. 33.

¹³⁷ HEGEL (G. W. F.), *Principes de la philosophie du droit*, op. cit., p. 326-327.

¹³⁸ DUGUIT (L.), « Jean-Jacques Rousseau, Kant et Hegel », op. cit., p. 357.

¹³⁹ BOBBIO (N.), *L'État et la démocratie internationale...*, op. cit. p. 34.

¹⁴⁰ HEGEL (G. W. F.), *Principes de la philosophie du droit*, op. cit., p. 313.

¹⁴¹ DUGUIT (L.), « Jean-Jacques Rousseau, Kant et Hegel », op. cit., p. 192. Selon P. Roubier, « [l']idée de mettre l'État ou la nation au-dessus de tout (*über alles*) est une des idées les plus funestes qui aient été mises en avant, et elle ne peut aboutir qu'à la ruine de la civilisation ». Voir ROUBIER (P.), « De la légitimité des

métaphysique qui exclut les individus et les soumet à une volonté générale fictive, identifiée dans l'État, qui légitime son pouvoir absolu, sa souveraineté¹⁴². Cette conception, qui affirme ainsi la souveraineté de l'État par le jeu de la volonté générale et qui enferme les individus dans la sphère interne, a eu des effets directs dans l'ordre international¹⁴³. L'État souverain était désormais le seul sujet pris en compte par le droit international.

C. La maîtrise de l'espace juridique par l'État

Si l'État a su s'imposer dans le domaine politique en tant qu'« unité d'action et de décision », l'impact de ce phénomène étatique sera aussi considérable sur la vie juridique. Il est vrai que le concept moderne d'État n'est pas réductible à la simple indépendance et à l'unité de l'autorité politique par rapport aux autres entités. L'État vise en même temps à renforcer et à affermir son autorité par la possession et la monopolisation légale de la contrainte dans les domaines qui le concernent. Le meilleur moyen de réaliser cet objectif passe sans doute par le droit.

Cette unité que l'État a établie sur le plan politique s'est également affirmée sur le plan juridique à travers la théorie monocentrisme du droit¹⁴⁴. Entendu comme la centralisation du pouvoir d'édiction du droit, le monocentrisme est un phénomène moderne. Selon ce paradigme juridique, « le droit constitue un système unique essentiellement étatique, dans lequel l'État est à la fois l'unique source du droit et le seul espace normatif. Même lorsque

situations juridiques », *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, vol. 1, *Théorie générale du droit*, Bruylant, 1963, p. 269.

¹⁴² Duguit écrit qu'il « qualifie de métaphysiques toutes les doctrines que voient dans l'État un être doué d'une personnalité distincte de celle des individus qui forment le groupement social support de cet État, et un être personnel possédant une volonté qui est par nature supérieure aux volontés individuelles et n'a au-dessus d'elle aucune autre volonté. Cette volonté reçoit habituellement le nom de souveraineté ». Voir DUGUIT (L.), « Jean-Jacques Rousseau, Kant et Hegel », op. cit., p., p. 175.

¹⁴³ En effet, la nationalisation du pouvoir politique constitue un des traits importants du concept de l'État moderne : l'invention de la nation, représentée sur le plan international par l'État, signifie l'exclusion de l'individu de la sphère internationale.

¹⁴⁴ En effet, la naissance de l'État moderne a mis fin non seulement au désordre politique du système féodal, mais aussi au désordre de l'époque qui existait sur le plan juridique. Au Moyen Âge, une sorte de pluralité juridique désordonnée régnait sur le continent européen : « les coutumes générales ou locales, le droit romain, le droit canonique, les chartes municipales, les statuts des corporations constituaient autant de systèmes concurrents ». Comme J.-L. Bergel précise, « ce n'est que par la suite, du XVIème au XVIIIème siècle, avec la création des grands États nationaux, que le dogme moniste des États unitaires est apparu ». Voir BERGEL (J.-L.), « Le plurijuridisme, rapport introductif », in *Le Plurijuridisme*, J.-L. Bergel (sous dir.), Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2005, p. 13.

Cette maîtrise du droit était particulièrement essentielle pour l'État car, comme L. Boy l'affirme, « [d]ans la plupart des États occidentaux, le droit a servi à encadrer et légitimer la naissance du pouvoir d'État ». Voir BOY (L.), « Normes », *RIDE*, 1998, p. 119.

d'autres phénomènes juridiques surgissent, ils sont purement et simplement intégrés dans le système juridique global, dont l'unité est ainsi préservée, ou ignorée par lui »¹⁴⁵.

Cette pensée état-centrique du droit se trouve à l'origine de la théorie volontariste du positivisme juridique qui marque très profondément la conception de la souveraineté et celle de l'État¹⁴⁶. Le lien particulier qui existe entre le droit et l'État est expliqué par cette théorie, qui a longtemps dominé et domine encore la doctrine et la vie internationale, dans un rapport soit de monopolisation soit d'identification¹⁴⁷.

Cette théorie s'appuie, comme l'explique P.-M. Dupuy, sur l'idée selon laquelle « le phénomène juridique est lié à la formation d'un pouvoir central souverain et capable d'exercer la contrainte : l'État. Il n'y a, dans cette conception, d'ordre juridique qu'engendré par lui »¹⁴⁸. Grâce à sa souveraineté, « l'État [...] détient le monopole du droit positif à l'intérieur de son territoire » comme à l'extérieur en participant, avec les autres États, à l'édiction du droit international¹⁴⁹. Le positivisme volontariste signifie ainsi « la centralisation de la capacité normative dans le pouvoir législatif de l'État »¹⁵⁰ et conduit à l'étatisation du droit¹⁵¹. En effet, selon les défenseurs de cette conception, qui soutiennent que tout le droit est dans la loi ; et toute la loi est du droit, il ne peut y avoir de droit sans l'État¹⁵².

¹⁴⁵ BERGEL (J.-L.), « Le plurijuridisme, rapport introductif », op. cit., p. 14. Dans le même sens, O. Beaud écrit que le monisme juridique « signifie non pas que l'État est le seul créateur du droit par des lois et règlements, mais que, grâce à la souveraineté, il contrôle également sa création par d'autres acteurs juridiques ». Voir BEAUD (O.), *La puissance de l'État*, op. cit., p. 197.

¹⁴⁶ Sur ce courant de pensée, on peut se référer notamment à D. Anzilotti qui est un des représentants les plus influents de la doctrine du positivisme volontariste. Voir particulièrement son *Cours de droit international*, op. cit.

¹⁴⁷ Voir VERHOEVEN (J.), « L'État et l'ordre juridique international », *RGDIP*, 1978, p. 771 ; BURDEAU (G.), *Traité de science politique*, t. 2, l'État, op. cit., p. 30 et s.

¹⁴⁸ DUPUY (P.-M.), « L'unité de l'ordre juridique international... », op. cit., p. 27-28.

¹⁴⁹ BEAUD (O.), « La notion d'État », op. cit., p. 132. C'est ainsi que la naissance de l'État moderne coïncide, selon lui, avec celle de l'État-législateur et la souveraineté devient son critère distinctif (*idem*, p. 130).

¹⁵⁰ DUPUY (P.-M.), « L'unité de l'ordre juridique international... », op. cit., p. 120.

¹⁵¹ L. Duguit affirme que, dans cette conception, l'État et le droit sont deux notions « conditionnées l'une par l'autre : le pouvoir de l'État a besoin du droit ; le droit a besoin du pouvoir de l'État ». Voir DUGUIT (L.), « La doctrine allemande de l'auto-limitation de l'État », op. cit., p. 170.

¹⁵² Voir par exemple JELLINEK (G.), *L'État moderne et son droit. Première partie : Théorie générale de l'État*, op. cit., pp. 509-558. Pour une critique de cette doctrine, voir DUGUIT (L.), « La doctrine allemande de l'auto-limitation de l'État », op. cit., p. 161 et s. Cette conception du droit aboutit à la philosophie de dire que « tout ce qui n'est pas interdit reste permis ». Étant le corps matériellement incomplet, le droit n'est que la volonté exprimée de la Puissance ou du Puissant. Cette méthode d'analyse du droit a indéniablement une part de responsabilité sur les expériences des totalitarismes du XX^e siècle. En effet, selon P.-M. Dupuy, cette conception à la fois jacobine et hégélienne du droit impose l'idée de dire que « ce qui est établi par l'État étant légal est également légitime en soi ; l'on n'a donc pas à se soucier de la conformité d'une telle norme à l'éthique sociale, puisque celle-ci est réalisée par l'État ». Ainsi, on essaie d'attribuer une légitimité objective au droit établi par l'État. Voir DUPUY (P.-M.), « L'unité de l'ordre juridique international... », op. cit., p. 28.

Les réactions contre cette approche volontariste du droit se sont multipliées surtout à partir du début de XX^e siècle. Les théoriciens, les enseignants ont commencé à dénoncer le caractère inadapté du volontarisme juridique aux réalités sociales et à la vie internationale¹⁵³. L'opposition la plus sérieuse est développée par l'école sociologique dont L. Duguit est un des représentants les plus éclatants avec G. Scelle, qui a su conceptualiser cette théorie sociologique du droit et l'appliquer au droit des gens. En effet, selon ce dernier, qui considère la fonction législative comme la « formulation du droit positif », l'État ne saurait créer le droit. Il n'a qu'à formuler, exprimer le Droit objectif qui existe déjà en tant que produit social : « le droit positif est... une traduction des lois biologiques qui gouvernent la vie et le développement de la société », et « le législateur qui peut être unique, comme un monarque, ou plural comme une assemblée, ne crée pas le Droit, il l'exprime »¹⁵⁴. Le caractère social du droit est confirmé par « la résistance du milieu », par laquelle les lois inadaptées ou contraires à la vie sociale ne pourront être appliquées ou rester en vigueur. Cette conception du droit nie donc la souveraineté de l'État qui ne peut ni créer ni monopoliser le droit. Seul l'individu peut et doit être au cœur du droit. Il est le seul souverain¹⁵⁵.

Tout en adhérant à cette perspective sociologique du droit, on ne saurait cependant nier, considérant la configuration politico-juridique actuelle de l'ordre international, la capacité et la possibilité de l'État à façonner la vie sociale et la société elle-même, non seulement par la contrainte dont il détient d'une manière légitimée le monopole, mais aussi par ses instruments

¹⁵³ Considérant l'influence de la théorie du positivisme volontariste dans la doctrine internationale contemporaine, les dénonciations de son caractère inadapté et artificielle n'ont pas cessé d'être reformulées par des auteurs. Par exemple voir CARILLO-SALCEDO (J.-A.), « Droit international et souveraineté des États... », op. cit., p. 211 ; BENYEKHLEF (K.), *Une possible histoire de la norme...*, op. cit., p. 26.

¹⁵⁴ SCELLE (G.), *Précis du droit des gens*, t.1, op. cit., p. 5-6.

¹⁵⁵ *Ibid.* Pour une interprétation de ce point de vue, voir MELKEVIK (B.), *Tolérance et modernité juridique*, Les Presses de l'Université Laval, 2006, p. 89 : « si nous voulons comprendre notre modernité juridique à la lumière d'une conception des sujets de droit [...] [cette] conception de modernité fait référence à la souveraineté de l'individu (et de l'intersubjectivité) dans un tel sens, cette souveraineté annihile toute référence à une forme préétablie ou présupposée d'autorité et de pouvoir. [...] Le droit politique de l'État ne peut donc être qu'un résultat et nullement une présupposition ».

Une idée semblable est défendue par N. Politis qui refuse la souveraineté étatique. Selon lui, « [l]a souveraineté doit être réservée au droit et, pour plus tard, à la communauté internationale. Elle ne peut plus appartenir à l'État ». POLITIS (N.), « Le problème des limitations de la souveraineté... », op. cit., p. 18-19.

Il paraît d'ailleurs que la divergence entre les défenseurs de la théorie subjectiviste et ceux de la théorie objectiviste se concentre sur la détermination des « sujets de droit » dont « le rôle conscient » est non négligeable dans la formation du droit (voir SUR (S.), « Quelques observations sur les normes juridiques internationales », op. cit., p. 921). En effet, si pour les premiers, la notion de sujets de droit ne comprend dans l'ordre juridique international que les États, pour les deuxièmes, seul l'individu peut posséder ce titre.

idéologiques destinés à créer une opinion, une pensée, bref, une culture conforme à ses désirs. La présence étatique est indéniablement forte au sein de la société qu'il régit¹⁵⁶.

Une autre réaction au positivisme volontariste est celle de H. Kelsen. L'approche normativiste de H. Kelsen repose sur l'identification du droit et de l'État¹⁵⁷. Selon lui, contrairement à l'idée classique selon laquelle l'État est créateur du droit, « l'État est lui-même le droit »¹⁵⁸, il est « le point de référence ultime... un ordre qui n'est plus déductible d'autre chose »¹⁵⁹. Privilégiant une telle conception du droit, Kelsen entend ainsi résoudre le problème de la soumission de l'État au droit¹⁶⁰.

Bien qu'elle soit attirante sur le plan théorique, la doctrine kelsenienne manque de réalisme et reste relative. Elle manque de réalisme car, revendiquant la neutralité méthodologique, elle écarte une partie de la réalité qui consiste à examiner le droit comme un produit social et par rapport à la politique. Elle ferme les yeux sur les dynamiques extérieures qui jouent un rôle non négligeable dans la formation et la détermination du droit¹⁶¹. Elle reste en même temps relative parce qu'en essayant d'expliquer le phénomène étatique par le droit, cette théorie renferme le droit dans l'État. Partant de « l'idée qu'il ne saurait y avoir d'ordre juridique véritable que sur le modèle étatique »¹⁶², cette théorie a contribué à la consolidation du pouvoir étatique. Sa théorie a contribué plus à la légitimation d'une nouvelle manière du pouvoir étatique qu'à sa limitation par le droit. Bien que cette perspective kelsenienne, qui identifie le droit et l'État, soit différente de celle des positivistes classiques qui voient l'État comme « un sujet de volonté et d'action existant indépendamment du droit, même avant le

¹⁵⁶ Comme P.-M. Dupuy l'écrit, cette conclusion « résulte non des a priori du dogme positiviste volontariste mais de l'observation de la phénoménologie du droit international ». Voir DUPUY (P.-M.), « L'unité de l'ordre juridique international... », op. cit., p. 119.

¹⁵⁷ Voir notamment KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, LGDJ, Bruylant, 1999 (réimpr.), 367 p. ; « Théorie du droit international public », *RCADI*, vol. 84, 1953, pp. 1-203.

¹⁵⁸ GOYARD-FABRE (S.), *Les principes philosophiques du droit politique moderne*, PUF, 1997, p. 214.

¹⁵⁹ SCHMITT (C.), *Théologie politique*, op. cit. p. 30.

¹⁶⁰ Selon l'idée classique, l'État ne peut pas être à la fois créateur du droit et soumis au droit. Or, pour H. Kelsen, puisque « seul, le droit est le créateur du droit », seul le droit peut être souverain. Voir GOYARD-FABRE (S.), *Les principes philosophiques...*, op. cit., p. 208. Cette idée qu'on retrouve chez H. Kelsen a été également développée par H. Krabbe qui s'oppose à la conception bodinienne de l'État et du droit selon laquelle « le droit est monopolisé dans la loi, dans la volonté du souverain ». Voir KRABBE (H.), « L'idée moderne d'État », op. cit., p. 544.

¹⁶¹ Pour une critique du formalisme juridique voir *Supra*.

¹⁶² C'est ainsi que résume P.-M. Dupuy cette assimilation du droit et de l'État dans la théorie kelsenienne. Voir DUPUY (P.-M.), « L'unité de l'ordre juridique international... », op. cit., p. 120-121.

droit » et comme l'entité monopolisant le droit, le résultat final est le même dans les deux conceptions¹⁶³ : la maîtrise totale de l'espace juridique par l'État.

De ce qui précède, il s'ensuit que, par sa maîtrise du phénomène juridique, l'État s'est réservé un rôle fondamental dans les sociétés contemporaines¹⁶⁴. Un lien particulier s'est ainsi établi entre l'État et le droit¹⁶⁵. Justifié par la notion de souveraineté¹⁶⁶, ce lien repose sur trois piliers fondamentaux : le monopole étatique de la production du droit ; la loi considérée comme expression de la volonté générale et, enfin, l'État administratif incarnant l'intérêt général¹⁶⁷. Cette concentration du pouvoir politique, représentatif et législatif dans l'État a eu des impacts sur la configuration de l'ordre international.

III. La souveraineté fonde la structure horizontale de la société internationale

Considérée comme la « marque indélébile de la société internationale »¹⁶⁸, la notion de souveraineté explique sa structure fondamentalement horizontale. Cependant, l'horizontalité n'est pas intrinsèque à la notion d'ordre international, comprise dans le sens général du concept¹⁶⁹. L'existence des États indépendants et souverains ne représente qu'un stade dans l'évolution de l'organisation du pouvoir politique¹⁷⁰ et elle n'est nullement consubstantielle avec le système international¹⁷¹. Il est vrai que dans l'Europe de la période pré-westphalienne, la structure de l'organisation du pouvoir politique n'était pas horizontale, mais hiérarchisée et

¹⁶³ TERRÉ (D.), « Le pluralisme et le droit », in *Le Pluralisme*, APD, t. 49, 2006, p. 75.

¹⁶⁴ Selon J. Verhoeven, ce rôle « répond moins à des réalités qu'à des exigences logiques ; l'État a en effet offert au droit des gens le sujet dont il importait de discipliner les relations, en dehors desquelles le droit est vide de sens ». Voir VERHOEVEN (J.), « L'État et l'ordre juridique international », op. cit., p. 752.

¹⁶⁵ *Idem.*, p. 769.

¹⁶⁶ BEAUD (O.), « Souveraineté », op. cit., p. 627.

¹⁶⁷ Voir COHEN-TANUGI (L.), « Le droit sans les États ? », in *Mondialisation*, APD, t. 47, 2003, p. 285 et s.

¹⁶⁸ COLIN (J.-P.), « Variations sur la souveraineté », *AFRI*, vol. X, 2009, accessible en ligne : http://www.afri-ct.org/IMG/pdf/Article_Colin.pdf, p. 3.

¹⁶⁹ S. Romano emploie les expressions « ordre juridique international » et « droit international » dans leur sens large et général, comprenant également l'époque pré-moderne. Voir ROMANO (S.), *L'ordre juridique*, Dalloz, 2002, 2^e éd. de la traduction française, 174 p.

¹⁷⁰ R. H. Jackson écrit effectivement que « sovereign statehood... is only one of several kinds of international status which have existed historically. Today it is virtually the only kind. This was not the case in the past, however ». Voir JACKSON (R. H.), *Quasi-states: Sovereignty, International Relations and the Third World*, Cambridge, 1990, p. 33.

¹⁷¹ En effet, selon S. Romano, « [s]i les États sont indépendants les uns des autres, cette condition, du point de vue juridique, ne préexiste pas au droit international mais c'est ce dernier qui la pose [...] L'histoire montre d'ailleurs que le droit international d'autrefois se fondait tout à l'opposé sur le principe de la subordination des États au pouvoir temporel de l'Empire et au pouvoir spirituel de l'Église, pour ne rien dire d'autres subordinations propres à certains d'entre eux. L'indépendance actuelle des États n'est donc point leur condition naturelle, originaire, indépendante du droit international, mais elle est tout à fait contingente ; elle dérive des caractères particuliers que celui-ci a récemment revêtus », Voir ROMANO (S.), *L'ordre juridique*, op. cit., p. 43.

verticale. Le pouvoir politique était partagé entre différents sujets et titres de noblesse, représentants du pouvoir religieux ou terrestre¹⁷². C'est après la Paix de Westphalie¹⁷³ que le système international a commencé à s'organiser d'une manière horizontale¹⁷⁴.

La conséquence la plus importante de cette horizontalité de la configuration politique de l'ordre international est la territorialité du pouvoir. En effet, la naissance du droit international moderne, ainsi que celle de l'État moderne, sont marquées par un processus de territorialisation¹⁷⁵. L'organisation politique et juridique des sociétés s'effectue désormais en fonction de territoires bien déterminés sur lesquels le maintien de l'ordre social est devenu la fonction principale de chaque système politique¹⁷⁶. Le territoire et son contrôle occupent désormais le centre des préoccupations principales pour les États¹⁷⁷. Le territoire constitue ainsi le critère du pouvoir politique étatique et le fondement de sa domination sur les personnes se trouvant sur son territoire¹⁷⁸. Ce lien particulier de l'État avec son territoire lui a conféré une place exclusive dans l'organisation politique et juridique des sociétés. Rattachée à un territoire déterminé, la souveraineté étatique « constitue la ligne de partage entre l'infra-étatique et l'interétatique »¹⁷⁹.

Cette fonction de l'État implique une présomption de l'unité politique sur le même territoire et concernant la même population. Cette unité de la personne étatique est dégagée et maintenue dans l'intérêt, d'une part, de la stabilisation des rapports internationaux, et d'autre

¹⁷² Voir AXTMANN (R.), « The State of the State : The Model of the Modern State and its Contemporary Transformation », *IPSR*, 2004, p. 260.

¹⁷³ La revendication souverainiste des États, par l'abandon de toute idée de hiérarchie, d'abord sur le plan spirituel à l'égard de la Papauté et ensuite sur le plan temporel à l'égard du Saint Empire germanique, « manifeste une substitution de la 'légitimité horizontale' [...] à la 'légitimité verticale' ». Voir KRULIC (J.), « La revendication de la souveraineté », *Pouvoirs*, n°67, 1993, p. 21.

¹⁷⁴ Lié à l'apparition de l'État moderne, ce système est apparu d'abord en Europe et, suivant la généralisation de ce modèle d'État, il s'est ensuite étendu au reste du monde.

¹⁷⁵ Voir DISTEFANO (G.), *L'ordre international entre légalité et effectivité. Le titre juridique dans le contentieux territorial*, Pedone, 2002, p. 8. Sur le rôle constructeur et organisateur de la frontière, voir POLLMANN (C.), « La frontière : horizon indépassable de l'humanité ou pouvoir objectif », *RDP*, 1999, pp. 481-499 ; et sur l'attractivité de la notion de territoire pour le pouvoir politique, voir également LAGRANGE (E.), « Les titres de compétence », in *Les compétences de l'État en droit international*, SFDI, Pedone, 2006, p. 114.

¹⁷⁶ Voir HINSLEY (F. H.), *Sovereignty*, op. cit., p. 5; AXTMANN (R.), « The State of the State... », op. cit., p. 261. Voir CAMILLERI (J. A.), FALK (J.), *The End of Sovereignty?...* », op. cit., p. 24.

¹⁷⁷ Voir ALLAND (D.), « Les représentations de l'espace en droit international public », in *Le droit international*, APD, t. 32, 1987, pp. 163-178.

¹⁷⁸ « Supreme authority within a territory » : c'est la définition généralement donnée à la souveraineté. Et la reconnaissance d'un titulaire unique de cette puissance suprême dans un territoire déterminé remonte à l'époque westphalienne. Voir CAMILLERI (J. A.), FALK (J.), *The End of Sovereignty?...* », op. cit., p. 14.

¹⁷⁹ COLIN (J.-P.), « Variations sur la souveraineté », op. cit., p. 2.

part, de l'efficacité et de la bonne application du droit international¹⁸⁰. L'État, s'attribuant une personnalité distincte, se présente comme le seul titulaire de droits et devoirs et comme l'unique autorité prise en considération sur son territoire auprès du droit international. Selon cette conception, le caractère central ou décentralisé du pouvoir politique de l'État ou son organisation institutionnelle à l'intérieur de ses frontières n'a pas d'effet, du point de vue du droit international, sur cette qualité unitaire de l'État.

Pour donner un exemple, le fédéralisme ou une décentralisation approfondie, qui s'opposent en principe à l'idée du pouvoir central, n'aboutissent pas à une reconnaissance par l'ordre juridique international d'une pluralité des entités distinctes, à l'intérieur de l'État, capables d'agir indépendamment de celui-ci sur le plan international. J.-D. Mouton affirme effectivement que cette unité de la personne-État est même maintenue dans le cadre de l'Union européenne qui est sans doute l'exemple le plus avancé d'organisations d'intégration. Il écrit que

« malgré les démembrements particulièrement poussés de certains États membres de la Communauté et, surtout, malgré le fait que ces démembrements soient parfois les destinataires des actes de droit communautaire et les organes d'application de ce droit, la Cour de justice des Communautés européennes considère l'État membre des Communautés comme continuant à former un tout »¹⁸¹.

De la même manière, l'organisation interne de l'État et la question de répartition des pouvoirs entre ses différentes instances ne représentent pas un problème pour les internationalistes qui considèrent que tous les États, même fédéraux, « se présent[ent] comme un bloc vis-à-vis de l'extérieur »¹⁸². Du point de vue du droit international, suivant l'idée selon laquelle « le Pouvoir dans l'État est un et indivisible »¹⁸³, les actions extérieures des différentes composantes de l'État lui sont toujours attribuées¹⁸⁴.

¹⁸⁰ MOUTON (J.-D.), « La notion d'État et le droit international public », op. cit., p. 54. Cet argument, qui explique la fonction du concept de l'unité de la personne État en droit international, sert toujours de justificatif dans le cadre de l'Union européenne pour le maintien de cette unité (voir *idem.* p. 58.)

¹⁸¹ *Ibid.*

¹⁸² BEAUD (O.), *Théorie de la fédération*, PUF, 2^e éd., 2009, p. 39 et s.

¹⁸³ BURDEAU (G.), *Traité de science politique : l'État*, t. 2, op. cit., p. 312.

¹⁸⁴ J.-D. Mouton affirme effectivement que, du point de vue du droit international, « l'État apparaît toujours comme une sorte 'de personne unique capable d'agir par le biais d'innombrables bras obéissant tous à un seul centre de décision' ». Voir MOUTON (J.-D.), « La notion d'État et le droit international public », op. cit., p. 57. L'auteur se réfère au cours de L. Condorelli à l'Académie de La Haye, « L'imputation à l'état d'un fait internationalement illicite : solutions classiques et nouvelles tendances », *RCADI*, vol. 189, p. 59.

L'État s'érige ainsi, dans cet ordre juridique inter-étatique qui lui réserve un espace discrétionnaire, comme unique autorité souveraine et comme un ordre juridique distinct. En se créant une sphère interne privée où serait garantie sa liberté, l'État s'interpose entre la sphère internationale et la sphère interne. L'existence objective d'un ordre juridique étatique distinct devient dépendante de la qualité étatique de l'entité politique qui englobe cet ordre : le modèle étatique s'idéalise et s'impose à partir de cette particularité et qualité juridique acquise et en tant qu'unique forme d'organisation politique reconnue sur le plan international.

C. Chaumont affirme que, ainsi conçue, la souveraineté apparaît comme « un concept d'unification, de simplification qui a pour but d'assujettir à une même catégorie des États qui sont par eux-mêmes divers »¹⁸⁵. En effet, la configuration westphalienne de la société internationale dans sa structure horizontale est importante et novatrice pour le rôle simplificateur qu'elle porte lorsqu'elle considère tous les États sans exception comme acteurs exclusifs de la scène internationale et les placent sur le pied d'égalité¹⁸⁶ : « chacun possède désormais l'exclusivité et la généralité des compétences à l'intérieur de son propre territoire, dans les mêmes conditions que tous les autres États »¹⁸⁷.

Problématique

En droit international, la notion de souveraineté est souvent analysée sous l'angle de l'État dans ses rapports avec le monde qui lui est extérieur, avec les autres États, les organisations internationales, le droit international lui-même. Dans cette conception dite « westphalienne », la souveraineté, qui implique un certain nombre de principes négatifs affirmant tous d'une manière ou d'une autre l'indépendance de l'État¹⁸⁸, constitue un écran de protection pour l'État contre le reste du monde.

Une telle manière d'analyser la souveraineté, qui s'appuie exclusivement sur une « confrontation des souverainetés », ne permet pas d'appréhender toutes les caractéristiques de cette notion sur le plan international. La notion de souveraineté est propre au phénomène

¹⁸⁵ CHAUMONT (C.), « Recherches du contenu irréductible... », op. cit., p. 131.

¹⁸⁶ OST (F.), KERCHOVE (van de) (M.), *De la pyramide au réseau ?...*, op. cit., p. 163.

¹⁸⁷ DUPUY (P.-M.), « L'unité de l'ordre juridique international... », op. cit., p. 47-48.

¹⁸⁸ Qualifiée par S. Krasner comme le modèle westphalien, une conception de la souveraineté a été développée pour affirmer l'indépendance de l'État sur la scène internationale et écarter toute ingérence dans l'ordre interne. KRASNER (S.), *Sovereignty, Organized Hypocrisy*, op. cit., p. 20 et du même auteur « Abiding Sovereignty », *IPSR*, 2002, p. 232. Voir également RIGAUDIÈRE (A.), « L'invention de la souveraineté », op. cit., p. 8.

étatique qu'il convient d'analyser dans sa globalité. Les impacts du phénomène étatique sur la configuration du système international ne se résument pas à la rencontre des souverainetés. Cette notion explique avant tout et surtout le rapport de ces sujets exclusifs de l'ordre juridique international que sont les États avec les autres sujets, acteurs et entités de la scène internationale et avec le droit international lui-même.

Fondé sur la notion de souveraineté, l'ordre juridique international exclut tous ceux qui ne font pas partie du « cercle privilégié »¹⁸⁹ que forment les États. S'affirmant comme les sujets exclusifs de l'ordre juridique international, les États y excluent tous les autres sujets de droit ou y conditionnent leur présence par leur approbation. Ainsi, il est nécessaire de privilégier une vision de la souveraineté qui permette de comprendre cette place privilégiée des États et leur rôle dans l'ordre juridique international ayant une configuration essentiellement état-centrique.

En droit international, la souveraineté est un concept nécessairement pluraliste, car il y existe une pluralité d'États. En raison de cette même pluralité, l'État pris individuellement n'y est jamais souverain, si ce n'est par une souveraineté relativisée, mythique, irréaliste et équivoque¹⁹⁰. Vu sous cet angle, puisque la souveraineté de l'État n'existe pas dans la sphère internationale, il ne peut y avoir non plus des souverainetés des États comme certains préfèrent le formuler pour souligner l'existence d'une pluralité d'États, car ce qui est pluriel ce sont les États et non pas leur souveraineté. Par conséquent, en droit international, les États ne constituent pas un ensemble de souverains mais un ensemble souverain. Ce constat explique le choix de l'expression de « souveraineté des États » dans cette étude.

Dans l'ordre juridique international, il existe une logique qui détermine toute sa structure normative et institutionnelle¹⁹¹. L'objectif de cette étude sera d'étudier cette logique de l'ordre juridique international à travers une conception de la souveraineté nécessairement pluraliste. Cette analyse permettra notamment d'appréhender les dynamiques structurantes du système international et de faire le point sur la validité d'une telle logique à l'ère de la mondialisation.

¹⁸⁹ SANDOZ (Y.), « Rapport introductif », in *Quel droit international pour le 21^{ème} siècle ?*, Y. Sandoz (sous dir.), Bruylant, 2007, p. 15.

¹⁹⁰ Ce constat s'affirme surtout sur le plan international où la notion de souveraineté est expliquée à travers des principes comme l'égalité, l'indépendance qui n'ont aucune réalité sur le plan pratique et qui sont, du point de vue juridique, aussi mythiques et fictives qu'elle.

¹⁹¹ Voir COMBACAU (J.), « Le droit international : bric-à-brac ou système ? », op. cit., p. 105 ; ATTAR (F.), *Le droit international entre ordre et chaos*, Hachette, 1994, p. 14.

Dans cette perspective, il convient d'analyser les répercussions de la souveraineté des États sur la structure normative et institutionnelle de l'ordre juridique international. En raison de cette conception pluraliste de la souveraineté qui appartient à l'ensemble des États, cette notion se traduit dans l'ordre juridique international comme la logique interétatique (**Première Partie : La souveraineté des États comme logique structurante de l'ordre juridique international**).

Depuis les premières revendications sur l'existence de la souveraineté, les prétentions sur son inexistence¹⁹² ou sur le dépassement de la logique interétatique apparaissent sans cesse¹⁹³. Pour ne parler que des phénomènes récents qui auraient remis en cause la souveraineté, on peut se référer à M. P. de Brichambaut, J.-F. Dobelle et F. Coulée qui affirment que la souveraineté est remise en question à plusieurs égards : la perte du contrôle de l'État sur son territoire (souveraineté disloquée) ; la mondialisation des échanges (souveraineté ignorée) ; le transfert des compétences régaliennes de l'État aux organisations d'intégration (souveraineté transférée) ; la promotion des droits de l'homme et du droit humanitaire (souveraineté encadrée)¹⁹⁴.

Cependant, cette approche privilégie clairement une conception de la souveraineté, fondée sur la théorie des compétences et des pouvoirs des États, qu'on a exclue de cette étude. Une remise en cause de la souveraineté, en tant que notion abstraite désignant la place privilégiée qu'occupent les États dans l'ordre juridique international, n'est possible qu'à partir d'une analyse de ces phénomènes de la mondialisation à la fois du point de vue de l'émergence d'autres acteurs représentatifs sur la scène internationale et du point de vue de la normativité internationale. Il convient de préciser d'emblée que ces phénomènes remettent en cause la notion même d'ordre juridique international, d'où le choix en faveur d'une expression plus large et neutre comme « système juridique » qui peut effectivement les embrasser dans leur globalité (**Seconde Partie : Une possible remise en cause de la souveraineté des États dans un système juridique en mutation**).

¹⁹² G. Scelle constitue à cet égard la référence incontournable. Voir notamment SCELLE (G.), *Précis du droit des gens*, t. 1, op. cit. et « Règles générales du droit de la paix », op. cit.

¹⁹³ Déjà au début de la XX^e siècle, Louis Le Fur écrivait que « la théorie de l'État, et celle de la souveraineté qui en est la base depuis tant de siècles, sont actuellement bouleversées ». Voir LE FUR (L.), *L'État, la souveraineté et le droit*, Trebnitz, s.d., p. 1.

¹⁹⁴ Voir BRICHAMBAUT (de) (M. P.), DOBELLE (J.-F.), COULÉE (F.), *Leçons de droit international public*, op. cit., pp. 40-44.

Première Partie : La souveraineté des États comme logique structurante de l'ordre juridique international

Il existe un lien très intime entre l'ordre juridique international et la notion de souveraineté. La conception du droit international dépend de la conception de la notion de souveraineté qu'on privilégie, et vice versa. Ce rapport est demeuré pendant longtemps un sujet de controverse et s'analysait souvent dans une perspective d'opposition.

L'incompatibilité de la notion de souveraineté avec le droit international a été invoquée soit par les négateurs du droit international soit par les négateurs de la souveraineté. Les premiers privilégiaient une conception absolue de la souveraineté qui « conduit soit à nier la nature juridique du droit international, soit à priver celui-ci d'un caractère réellement obligatoire »¹⁹⁵. Selon eux, reconnaître l'existence d'un ordre juridique auquel les États seront soumis est contraire à leur souveraineté. Cependant, cela ne signifie pas qu'ils nient l'existence d'un certain nombre de règles destinées à régir les relations entre États. En revanche, ils les voient comme de simples devoirs d'ordre moral et non point comme des règles juridiques s'imposant en soi¹⁹⁶.

Quant aux négateurs de la souveraineté, partant toujours d'une conception absolue de celle-ci, ils considèrent que cette notion fictive n'est pas associable avec l'idée de droit car elle est incompatible « avec la solidarité internationale du monde moderne et les exigences des

¹⁹⁵ TRUYOL y SERRA Antonio, « Souveraineté », op. cit., p. 321.

¹⁹⁶ Une telle réflexion, qui réduit le droit international à un ensemble de devoirs moraux, est clairement observable chez Hegel qui écrit que « comme il n'existe aucun pouvoir qui puisse décider contre l'État ce qui est le droit en soi et qui assure la réalisation de cette décision, on doit dans ces rapports rester toujours dans le devoir moral ». Voir HEGEL (G. W. F.), *Principes de la philosophie du droit*, op. cit., p. 425.

En effet, A. Truyol y Serra affirme que, pour Hegel, à part des devoirs moraux, il ne peut y avoir que des obligations librement consenties par les États dans les traités qui seront d'ailleurs respectés tant qu'ils y ont intérêt. Tout ce qui compte c'est la volonté de l'État. Pour lui, l'État, en tant que « la plus haute incarnation de l'esprit objectif [et] pouvoir absolu sur la terre... ne peut se soumettre à un droit qui ne procède pas de lui-même ». S'il est lié par un droit, c'est parce qu'il l'a voulu ainsi et il restera lié par ce droit « tant qu'il continue à le vouloir ». De ce fait, du point de vue de Hegel, le droit international « n'est ni un droit de coordination, ni un droit de subordination. C'est le droit autonome, posé pour lui-même, par l'État, sur la base de son essence même ». C'est pourquoi, le droit international ne peut être autre chose que « le droit étatique externe ». Voir TRUYOL y SERRA (A.), *Doctrines sur le fondement du droit des gens*, op. cit., p. 25 et p. 60.

organisations internationales »¹⁹⁷. Puisque son existence elle-même constitue la négation du droit¹⁹⁸, il ne peut pas y avoir une souveraineté dans le droit international.

Malgré la divergence fondamentale entre différentes théories doctrinales qui défendent l'incompatibilité entre la souveraineté et le droit international, la mise en avant d'une conception absolue de la souveraineté constitue leur point commun. Les premiers se servent de cette notion pour fonder leur théorie de l'État tout-puissant et les deuxièmes l'utilisent pour critiquer cette théorie de l'État et affirmer la suprématie du droit. Toutefois, force est d'admettre que cette vision de la souveraineté, « élaborée à partir des analyses de la notion en droit interne et surtout d'un autre mythe, celui de la volonté illimitée de l'État », est incorrecte, dépassée¹⁹⁹.

En outre, le rapport entre la notion de souveraineté et le droit international ne peut pas s'expliquer en se référant uniquement soit à la théorie de l'État ou soit à celle du droit international. La souveraineté est une notion relationnelle qui nécessite une analyse éclectique. Ainsi, il s'avère nécessaire d'examiner la notion de souveraineté dans le droit international et non pas comme un phénomène extérieur à lui. Loin d'être un paradoxe, la coexistence du droit international et de la souveraineté explique l'essence de l'ordre juridique international dans sa configuration actuelle²⁰⁰. La notion de souveraineté constitue la logique même de l'ordre juridique international. Selon G. Abi-Saab, la souveraineté est « un principe structurel, en ce sens qu'il détermine la structure de l'actuel système juridique international »²⁰¹.

Cependant, il convient de souligner encore une fois qu'en raison de la pluralité d'États qui détiennent ensemble, sur le plan international, ce pouvoir que désigne la souveraineté, cette dernière s'interprète nécessairement dans une vision pluraliste. C'est pourquoi, cette logique qui détermine toute structure de l'ordre juridique international peut être qualifiée d'interétatique.

¹⁹⁷ CHAUMONT (C.), « Recherches du contenu irréductible du concept de souveraineté internationale de l'État », op. cit., p. 115

¹⁹⁸ G. Scelle écrit effectivement que « [t]out sujet de droit qui se prétend souverain s'insurge immédiatement contre le Droit et le nie ». SCELLE (G.), *Précis du droit des gens*, op. cit., t.1, p. 13.

¹⁹⁹ CARILLO-SALCEDO (J.-A.), « Droit international et souveraineté des États... », op. cit., p. 59. Dans le même sens voir également BASDEVANT (J.), « Règles générales du droit de la paix », op. cit., p. 578 ; DUPUY (P.-M.), « L'unité de l'ordre juridique international... », p. 96.

²⁰⁰ Voir DUPUY (P.-M.), « L'unité de l'ordre juridique international... », p. 96.

²⁰¹ ABI-SAAB (G.), « La souveraineté permanente sur les ressources naturelles », op. cit., p. 640.

Examiner les effets de la logique interétatique sur la structure de l'ordre juridique international impose deux grands axes d'analyse. Il s'agira d'abord de la structure normative de l'ordre juridique international dont l'analyse révélera à la fois son caractère pluraliste et sa nature exclusivement interétatique (Titre I). On va s'intéresser ensuite à la structure institutionnelle de l'ordre juridique international qui, fondée déjà sur une base normative interétatique, reflète parfaitement les conséquences structurelles et fonctionnelles de la logique interétatique (Titre II).

Titre I : La logique interétatique et la structure normative du droit international

La structure normative du droit international est la conséquence de la structure de la communauté internationale²⁰². La vision du droit d'une société est le reflet des rapports sociaux qui existent au sein de cette société elle-même. Si la société internationale est considérée comme une société composée d'États souverains et dépourvue d'une autorité législative supérieure, la nature des relations entre eux, qui tire sa particularité de la notion de souveraineté, détermine de la même manière la structure normative de l'ordre juridique de cette société internationale et la formation future de ses normes.

Constatant donc cette place privilégiée des États dans la société internationale contemporaine et l'existence d'une représentation étatique très forte dans la formation normative du droit international, il convient de souligner qu'une compréhension correcte de la notion de souveraineté s'avère d'autant plus importante qu'elle est déterminante pour notre conception du droit international.

Dans cette perspective, il faut en particulier attirer l'attention sur un certain nombre de phénomènes et de réalités de la société interétatique et du droit international qui vont permettre de comprendre ce rapport entre la notion de souveraineté et l'ordre juridique international.

Tout d'abord, pour commencer par le facteur étatique, il importe de souligner le fait que l'État n'a pas d'existence isolée et se trouve face à d'autres sujets souverains comme lui. Cette réalité de la société interétatique nous amène nécessairement à suivre une conception pluraliste de la notion de souveraineté. Ensuite, il existe une réalité normative, par conséquent objective, du droit international que l'on doit déduire du fait qu'il est un ensemble autonome de règles juridiques. Il y a lieu également de prêter attention aux évolutions, qu'a connues la société internationale surtout à partir de la deuxième moitié du XX^e siècle, qui risquent d'avoir des effets sur cet aspect jalousement défendu par les États.

Afin d'appréhender la relation entre ces différents aspects de la vie internationale et leurs effets sur la structure normative de l'ordre juridique international, il convient d'analyser, dans un premier temps, le rapport entre l'État et la norme internationale. Ce rapport, qui concerne

²⁰² TOMUSCHAT (C.), « Obligations Arising for States Without or Against Their Will », *RCADI*, vol. 241, 1993, p. 221.

spécifiquement la formation de la norme, son accès à la vie juridique et sa validité, s'explique à travers la logique intersubjective qui semble parfaitement adaptée à la conception pluraliste de la notion de souveraineté (Chapitre I).

En vue de dévoiler ce caractère nécessairement pluraliste de la notion de souveraineté, il convient également d'analyser le rapport existant entre l'État et l'ordre juridique international. Une fois constitué de l'ensemble des normes déterminées par cette logique intersubjective, l'ordre juridique international s'exteriorise, s'autonomise par rapport à ses créateurs et s'impose à eux comme un système de droits et d'obligations dans un certain degré objectivisé (Chapitre II).

Chapitre I : L'intersubjectivité de la norme internationale

Il peut exister deux points de vue différents du caractère intersubjectif du droit international. La notion d'intersubjectif fait référence d'abord à l'origine sociale du droit international, qui s'est construit sur l'idée de pluralité de sujets également souverains. Dans ce sens, elle semble en conflit avec la notion de droit objectif, alors que ces deux notions se montrent assez proches dans leurs définitions analytiques (Section I). Elle révèle ensuite le caractère anarchique de l'ordre juridique international, qui n'est rien d'autre que la conséquence du processus de production intersubjectif, incluant l'ensemble des sujets souverains (Section II).

Section I : L'intersubjectivité relevant de l'origine interétatique de la formation du droit international

La logique intersubjective qui s'impose dans le domaine de la formation du droit international est la traduction directe de la logique de la souveraineté des États. Cette dernière, étant issue d'une approche pluraliste du principe de la souveraineté, détermine toute normativité internationale. Toutefois, l'évolution de cette notion, qui part de la logique de la souveraineté de l'État vers celle de la souveraineté des États, a des incidences sur la façon dont on définit le rôle de l'État dans la formation du droit international. Avant de se pencher sur ce rôle de l'État ou, plus exactement, des États (Paragraphe II), il convient de clarifier le concept d'intersubjectif et ses traits caractéristiques, spécifiquement dans le domaine de la formation du droit international qui se présente avant tout comme un droit interétatique (Paragraphe I).

Paragraphe I. L'intersubjectivité dans un droit interétatique

La compréhension du rapport entre la logique intersubjective et la formation du droit international ne part pas du postulat selon lequel le droit international serait un droit interétatique mais elle y arrive. C'est en raison des particularités de ce droit que l'intersubjectivité se présente comme le principe déterminant de la formation sociale d'un droit interétatique (A). Cet exposé sur le rapport entre le droit international et le concept d'intersubjectif permettra ensuite de le situer par rapport aux théories sur la formation du droit international (B).

A. l'intersubjectivité exprimant l'origine sociale du droit international

Une compréhension correcte de cette logique intersubjective n'est possible que par une conceptualisation correcte du terme « intersubjectif ». Dans cette perspective, il convient de rechercher la signification générale de cette notion d'intersubjectif par rapport à certaines références qui contribuent à sa construction conceptuelle (1), pour arriver ensuite à une signification propre à l'ordre juridique international qui correspond à l'interétatisme (2).

1. L'intersubjectivité correspondant au point de rencontre des subjectivités

L'intersubjectivité est une notion peu employée dans le langage juridique. Pour la comprendre, il va falloir défaire l'expression d'« intersubjectif » qui se forme du terme « subjectif » et du préfixe « inter- ». Ce dernier donne au terme « subjectif » un sens qui lui permet de se détacher de la notion pure de subjectif pour se rapprocher, d'une certaine manière, de celle d'objectif (a). Ce rapport particulier avec les notions de subjectif et d'objectif va montrer que l'intersubjectivité est un processus de formation complexe, déterminé par des facteurs à la fois internes et externes (b).

a. Une notion entre l'objectif et le subjectif

Selon G. Abi-Saab, l'intersubjectif se situe entre l'objectif et le subjectif²⁰³. Cette affirmation nous ouvre une perspective comparative afin d'appréhender cette notion à travers des notions proches et concurrentes qui sont les notions de droit objectif et de droit subjectif. Une telle comparaison est utile pour en déduire d'abord une définition négative de l'expression du droit intersubjectif afin d'arriver ensuite à une définition positive qui dévoilera ses propres traits. Dans cette démarche comparative entre ces trois notions, on restera strictement dans le domaine de la création originaire du droit, en expliquant chaque fois leurs nuances par rapport à l'existence postérieure du droit à sa formation, comprenant sa possession et son exercice subjectivisés par un sujet titulaire.

Il convient de commencer cette analyse comparative par la notion de droit subjectif qui semble poser moins de problème dans la formation normative du droit international. Le droit

²⁰³ Voir l'intervention de G. Abi-Saab au « Débat », in *La preuve devant les juridictions internationales*, H. Ruiz-Fabri et J.-M. Sorel (sous dir.), Pedone, 2007, p. 59.

subjectif est défini comme « droit appartenant à un sujet de droit international »²⁰⁴ qui a le « pouvoir de maîtrise »²⁰⁵ sur son exercice. Il désigne le « lien d'appartenance, consacré ou créé par le droit objectif » entre le sujet titulaire de droit et son intérêt dans l'exercice de ses droits²⁰⁶. Vu sous cet angle, le droit subjectif n'est pas l'antithèse du droit objectif mais il existe à l'intérieur de lui. Ainsi définie, une notion de droit subjectif existe bel et bien dans l'ordre juridique international, permettant à chaque État de faire valoir le droit qui est le sien auprès d'autres sujets de cet ordre juridique.

Toutefois, du point de vue de la création du droit international, la possibilité d'un droit subjectif, découlant d'une production individuelle, y est strictement exclue. En effet, malgré le débat sur le pouvoir normateur des actes unilatéraux des États qu'il faut absolument nuancer, du point de vue de leurs effets juridiques, par rapport à la création d'une règle de droit opposable²⁰⁷, la formation unilatérale du droit, qui signifierait l'imposition de la volonté individuelle de l'État sur les autres sujets du droit international, n'est pas concevable. Même dans une approche purement volontariste du droit international, la volonté subjective d'un seul État ne saurait créer du droit en sa faveur et vis-à-vis d'autres États tant qu'elle n'est pas suivie par ces derniers. Les subjectivités ont, effectivement, d'une certaine valeur si elles sont alliées et partagées. Mais, dans cette hypothèse, en raison de cette pluralité de subjectivités et de l'exigence de leur concordance, on sort, ainsi, du domaine du subjectif pour entrer ainsi dans le domaine de l'intersubjectif.

Quant à la notion de droit objectif, il existe une grande équivoque liée à ses diverses utilisations. Dans le Dictionnaire de J. Salmon, la première définition donnée à l'expression de droit objectif est la suivante : l'« ensemble des énoncés qui s'imposent à chaque sujet régi par un ordre juridique indépendamment de son attitude individuelle »²⁰⁸. Dans le même sens, J. Combacau et S. Sur écrivent que « [l]e droit objectif est celui qui s'oppose[...], dès qu'il est valablement édicté et sans que les sujets qui en subissent les effets contribuent à leur réalisation, par exemple par une acceptation »²⁰⁹.

Il semble que cette conception de la notion, qui concerne la validité formelle des règles constituant un ordre juridique distinct, correspond à un modèle de formation normative que

²⁰⁴ SALMON (J.) (sous dir.), *Dictionnaire de droit international public*, op. cit., p. 394.

²⁰⁵ DABIN (J.), *Le droit subjectif*, Dalloz, 2008 (reproduction de l'édition 1952), p. 103.

²⁰⁶ *ibid.*

²⁰⁷ Voir *supra*.

²⁰⁸ SALMON (J.) (sous dir.), *Dictionnaire de droit international public*, op. cit., p. 390.

²⁰⁹ COMBACAU (J.), SUR (S.), *Droit international public*, op. cit., p. 20.

l'on peut qualifier d'« autoritaire ». Dans ce modèle autoritaire, au sein duquel la production du droit est assurée par une autorité supérieure et légitime, la contribution des destinataires du droit à ce processus de formation est incertaine. En effet, en droit interne, les règles juridiques prennent vie, du point de vue strictement formel, par cette voie. Même si leurs origines matérielles sont diverses et se trouvent dans la vie sociale, les règles juridiques sont formées et posées dans leurs différentes formes par une autorité publique. Par conséquent, tant que la validité des règles juridiques dépend de l'acceptation d'une autorité compétente, la nature sociale de la formation risque d'être facilement dénaturée par l'intervention de cette autorité. Mais, en droit international, ce type de fabrication dite « objective » du droit est inexistant en raison de l'absence d'une autorité législative supérieure à tous les sujets de cet ordre juridique.

La deuxième définition du droit objectif correspond à celle qui est souvent employée par les juristes objectivistes²¹⁰. Selon cette approche, le droit objectif est l'« [e]nsemble d'énoncés distincts de ceux qui sont issus des mécanismes de production du droit positif, qu'ils résultent de la raison (ou de la nature), de la nécessité sociale ou de 'l'esprit du peuple', et qu'ils soient tenus pour supérieurs, inférieurs ou étrangers à ceux qui composent le droit positif »²¹¹.

Cette conception de la notion d'objectif crée des confusions malgré la compréhension de ses défenseurs. Selon G. Scelle, « le droit objectif n'est pas un idéal, c'est un ensemble de lois causales »²¹². Ainsi, il ne s'agit pas d'un droit transcendant mais d'un droit issu de la vie sociale, comprenant la participation de tous les sujets du droit. Puisque le droit est social, il est porteur d'idées et, par conséquent il est idéologique. Il est donc impossible de négliger la part des sujets et leur subjectivité dans cette formation. Il semble toutefois que la notion de sujets du droit chez G. Scelle soit limitée aux individus. Pourtant, restant dans le domaine de ce qui est, et non plus de ce qui doit être, ce sont inversement les États qui s'affirment dans l'ordre juridique international comme les seuls sujets en matière de la formation du droit. Si l'exclusion des individus de l'espace juridique, plus particulièrement et intensément de l'ordre juridique international, est quelque chose de critiquable, la négation d'autres sujets comme l'État ou autre collectivité politique serait aussi tomber dans la même erreur.

²¹⁰ En ce sens voir par exemple SCELLE (G.), *Précis du droit des gens*, t.1, op. cit., p. 5.

²¹¹ SALMON (J.) (sous dir.), *Dictionnaire de droit international public*, op. cit., p. 390.

²¹² SCELLE (G.), « Essai sur les sources formelles du droit international », *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de F. Gèny*, t. 3, Sirey, 1934, p. 424.

Chez G. Scelle, si la détermination du droit objectif s'effectue loin de véritables sujets de l'ordre juridique international – les États –, sa conception du droit positif semble cependant ouverte à leur intervention. Selon lui, « le droit positif est l'ensemble des normes considérées à un moment donné, dans une société donnée, par l'opinion commune, comme indispensable à l'existence et au progrès de cette société »²¹³. Il serait ainsi une version déformée du droit objectif par l'intervention subjective des États²¹⁴.

Vu sous cet angle, ce concept du droit positif semble proche de la définition du droit intersubjectif donnée par G. Abi-Saab. En effet, ce dernier explique le droit intersubjectif comme étant issu des subjectivités des sujets. Selon lui,

« ... entre l'objectif et le subjectif, il y a l'intersubjectif. [...] Il est vrai que, selon la théorie de la connaissance en philosophie, il n'est possible d'appréhender la réalité objective que par des représentations qui ne sont que nos approximations subjectives de cette réalité. Mais ce qui est important au plan social, qui recouvre également l'univers juridique, c'est qu'à un moment donné, la généralité des membres de la société, ou des sujets du système juridique, perçoivent le même objet de la même façon. C'est peut-être une perception approximative qui ne correspond pas tout à fait à la réalité qu'elle est censée refléter, mais tant qu'elle est partagée par tout le monde, elle constitue une réalité intersubjective, socialement perçue comme objective. Si l'objectif est inatteignable, l'intersubjectif est constatable »²¹⁵.

Du point de vue de l'origine du droit, tout droit communément observé et reconnu par les sujets de l'ordre juridique concerné n'est pas un droit objectif²¹⁶. C'est un droit intersubjectif. À cet égard, il ne serait pas erroné de dire que tout droit, sans faire de distinction entre droit interne et droit international, est, à l'origine, intersubjectif. Mais, dans un ordre juridique où il existe une autorité supérieure, dotée du pouvoir législatif, cette présomption d'intersubjectivité de la norme juridique est facilement falsifiable dans la mesure où cette autorité peut exclure des règles ayant émergé dans le corps social ou imposer des règles qui lui sont étrangères, comme c'est le cas pour les ordres juridiques étatiques. C'est en effet là où

²¹³ SCELLE (G.), *Précis du droit des gens*, t.1, op. cit., p. 25.

²¹⁴ *Idem.*, p. 5.

²¹⁵ Voir l'intervention de G. Abi-Saab dans « le débat », in *La preuve devant les juridictions internationales*, H. Ruiz-Fabri et J.-M. Sorel (sous di.), Pedone, 2007, p. 59.

P.-M. Dupuy attire également l'attention sur cette proximité entre le droit intersubjectif et la conception de G. Scelle du droit objectif qui, selon les mots de P.-M. Dupuy, « risque bien, en réalité, de n'être que celui qui résulte, au terme de tractations diverses, de la volonté des parties ». Voir DUPUY (P.-M.), « L'unité de l'ordre juridique international... », op. cit., p. 143.

²¹⁶ Ici, il ne s'agit pas de rejeter l'usage classique de l'expression de « droit objectif », en tant que droit posé par une autorité compétente, mais de privilégier simplement une approche qui part de la notion de sujets du droit. L'objectivité du droit objectif concerne sa validité. Elle ne lui confère pas un caractère intangible et éternel, ni enlève son origine socialement intersubjective.

le droit international se distingue. En l'absence d'une quelconque autorité supérieure à tous les sujets, qui puisse déformer le caractère intersubjectif du droit en vigueur par l'imposition du droit dans le cadre de son pouvoir législatif, la formation normative y reste purement intersubjective.

b. La formation sociale des subjectivités

Comme il a été constaté au titre précédent, le droit intersubjectif se réalise au niveau des sujets coordonnés et s'affirme comme l'accord de leur subjectivité ou, tout simplement, comme une subjectivité communément constatée. Il s'en suit logiquement que la norme internationale, en tant que résultat des subjectivités des sujets concernés de l'ordre juridique international, est intersubjective. Cela dit, cette accentuation du rôle des subjectivités ne signifie pas que la norme intersubjective se forme à la rencontre des subjectivités isolément constituées. La détermination des subjectivités ne relève pas uniquement d'une démarche individualisée et intérieure aux sujets qui les expriment. Leur construction s'appuie non seulement sur les facteurs individuels, intérieurs à lui, mais également sur les facteurs extérieurs à lui.

Il en est ainsi pour la norme intersubjective dont la production correspond toujours à l'accord des facteurs intérieurs (individualisés), qui sont la volonté, l'intention ou la motivation des sujets, et des facteurs extérieurs (généralisés), comprenant les facteurs sociaux, la nécessité ou la contrainte sociale et d'autres facteurs matériels dont l'appréciation varie d'un moment à l'autre et dépend de la conscience changeante des sujets.

Certains définissent les facteurs internes comme subjectifs et les facteurs extérieurs comme objectifs. Mais cette distinction exclut la part des sujets et de leur conscience subjective dans la détermination des facteurs dits « objectifs » et vice versa. Il est vrai que même pour la société interétatique, nettement fragmentée en États souverains, il existe une vie sociale commune au sein de laquelle la réalisation de la volonté individuelle d'un État, qui n'a pas d'existence isolée, s'effectue en relation avec d'autres États et sous l'influence des exigences sociales.

De la même manière, les facteurs dits objectifs ne sont, en somme, que le résultat des perceptions subjectives. Par exemple, le facteur de la « nécessité sociale » est considéré comme objectif. Dans son usage courant, cette expression est très abstraite et se prête à des

malentendus en raison d'une interprétation parfois excessivement figée et extériorisée malgré sa référence au fait social. Pourtant, ce n'est pas une notion figée qui existe en soi. Premièrement, elle se forme en fonction de plusieurs éléments subjectifs et changeants comme la culture, la religion, l'idéologie dominante, etc. Deuxièmement, cette nécessité sociale n'est pas nécessaire en soi. Elle est toujours la conséquence d'un processus social voulu. Par conséquent, la formation et la détermination de la nécessité sociale sont toujours de nature subjective tant que cette nécessité est sociale. C'est là qu'elle se distingue de la nécessité biologique, qui est indiscutablement objective.

Tout ceci pour dire que, d'une part, les facteurs dits intérieurs ou subjectifs ne se produisent pas d'une manière isolée et sans intervention des facteurs extérieurs et, d'autre part, les facteurs extérieurs comme les intérieurs comportent inévitablement un degré de subjectivité, certes d'un niveau différent mais plus ou moins important.

Ainsi, le rapport entre les facteurs intérieurs et les facteurs extérieurs s'explique par une interrelation très complexe dans le domaine de la formation du droit, et peut-être encore plus complexe en droit international. La part de chacun de ces facteurs dans la formation du droit international varie d'un domaine à l'autre et selon les sujets participants. Dans l'impossibilité d'une schématisation, qui serait d'ailleurs inutile et constituerait un obstacle devant l'évolution du droit international, on ne peut que constater l'existence d'un accord ou d'un équilibre entre les facteurs sociaux et les facteurs individuels qui influent sur les comportements des sujets concernés par ce processus de production. Le droit international se réalise ainsi au point d'intersection entre vouloir, pouvoir et devoir de ses sujets dont la compréhension de la notion est traditionnellement limitée, dans le domaine de la formation du droit international, par rapport aux États souverains.

2. L'intersubjectivité traduite dans l'ordre international comme interétatisme

L'idée de l'intersubjectivité dans la formation du droit international correspond à un système que l'on peut qualifier à la fois de « démocratique » et d'« anarchique ». Quoique ces deux termes puissent paraître de prime abord contradictoires, il n'existe qu'une petite ligne qui les sépare. En effet, du point de vue du fonctionnement des mécanismes de production au sein desquels se rencontrent les sujets de l'ordre juridique international, le système intersubjectif peut se manifester comme un système anarchique dans la mesure où il permettra à chaque

sujet d'agir, en l'absence d'un pouvoir supérieur, à sa guise suivant ses propres considérations. Mais, vu sous un autre angle, ce système peut être qualifié également démocratique dans la mesure il permettra la participation libre, directe et égalitaire de tous les sujets dans le processus de la formation intersubjective du droit international.

Néanmoins, cette démocratie est relative et partielle. Comme P. Weil le constate, la société internationale est, certes, une « société pluraliste »²¹⁷. Mais ce pluralisme est limité et ne comprend que les États. Surtout en matière de production du droit dans l'ordre juridique international, la notion de sujet se réfère uniquement aux États. Les autres collectivités politiques, internes ou internationales, ainsi que les individus, se trouve complètement écartés du processus de la formation de ce droit. Le droit international provient d'une société qui se qualifie encore d'interétatique²¹⁸. Dans cet ordre juridique, comme d'ailleurs dans l'ordre juridique interne, la conception du droit est strictement centrée sur l'État. Cependant, ce constat sur l'origine état-centrique du droit international ne signifie pas que chaque État souverain impose son droit. Il y existe d'autres souverains comme lui et le droit international émane des activités de leur ensemble. Ce n'est donc plus la logique de la souveraineté mais celle des souverainetés qui explique l'existence du droit international. Par conséquent, cette pluralité de souverains rend impossible une transposition très stricte du modèle de l'ordre juridique interne, schématisé et systématisé d'une manière hiérarchique. C'est effectivement là où se trouve « l'originalité irréductible du système juridique international par rapport aux autres systèmes juridiques »²¹⁹.

Dans le domaine de la formation du droit international, l'intersubjectivité correspond alors à l'interétatisme. Contrairement à l'ordre juridique interne dans lequel l'État pose le droit d'une manière autoritaire et intervient ainsi dans le processus de production sociale du droit, dans l'ordre juridique international, il n'y a aucune autorité, supérieure aux États, qui puisse entraver ce processus intersubjectif de production normative. La particularité du droit international repose effectivement sur la pureté de ce processus, un processus purement interétatique.

²¹⁷ WEIL (P.), « Le droit international en quête de son identité... », op. cit., p. 219.

²¹⁸ TOURET (D.), « Le principe de l'égalité souveraine des États... », op. cit., p. 164.

²¹⁹ SUR (S.), « Quelques observations sur les normes juridiques internationales », op. cit., p. 904.

B. La logique intersubjective dans les théories sur la formation du droit international

La doctrine internationale, qui tente de dégager une compréhension claire de la formation du droit international, le fait souvent à travers une théorie des sources du droit international (1) qui semble cependant désintéressée du sujet de la logique intersubjective et, par conséquent, du rôle structurant du principe de la souveraineté des États dans la normativité internationale (2).

1. La théorie des sources en droit international

Il est impossible de parler de la théorie des sources du droit sans se référer à la distinction classique entre sources matérielles et sources formelles. Cela est aussi vrai pour le droit international. Dans l'ordre juridique international, l'emploi du terme « source » correspond en principe à deux classifications différentes concernant la formation de la norme internationale : sources matérielles et sources formelles du droit international²²⁰. Avant d'examiner le rapport entre ces deux notions dans la formation du droit international (b), il semble nécessaire d'établir une compréhension claire de la notion de source formelle à la lumière de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice (CIJ) qui fournit une liste de référence, jugée par certains incomplète et par d'autres excessive (a).

a. La notion de source formelle selon l'article 38

Le fameux article 38 du Statut de la CIJ fournit une liste des sources formelles du droit international. Souvent cité et examiné dans la doctrine comme « une sorte de disposition pseudoconstitutionnelle »²²¹, il inclut les traités internationaux, la coutume, les principes généraux de droit et, comme moyen d'auxiliaire de détermination des règles de droit, la jurisprudence et la doctrine. C'est souvent à la lumière de cette liste établie par l'article 38 qu'on essaie de mettre en œuvre une théorie des sources du droit international. Pourtant, cette

²²⁰ Sur la théorie des « sources du droit international », la position doctrinale classique consiste en la distinction entre « sources matérielles » et « sources formelles » du droit. Une troisième signification est parfois ajoutée en vue d'expliquer le fondement du caractère obligatoire du droit international (voir SALMON (J.) (sous dir.), *Dictionnaire du droit international public*, op. cit., p. 104). Ne s'intéressant qu'au sujet de la formation du droit international, le débat sur son fondement n'entre pas dans le champ d'analyse de l'étude présente. Cela dit, l'analyse du rôle de la logique interétatique dans la formation du droit international donne naturellement des réponses au sujet du fondement du droit international que l'on va dévoiler notamment au sujet des obligations internationales des États. Voir *supra*.

²²¹ DUPUY (P.-M.), « L'unité de l'ordre juridique international... », op. cit., p. 122.

théorie connaît ses limites et s'avère insuffisante pour une compréhension claire et complète de la question, d'où les critiques.

Cette disposition du Statut a été critiquée par les uns comme étant excessive, car elle comprenait des sources qui n'étaient pas censées produire le droit, comme la doctrine et la jurisprudence, et par les autres comme étant incomplète, parce que certaines sources « décelatrices »²²² du droit international n'y figuraient pas, comme les résolutions des organisations internationales et les actes unilatéraux des États. La cause principale de cette mésentente semble provenir de la divergence dans la perception même de la notion de source formelle, une perception confuse qui néglige la véritable fonction de l'article 38 dans le contexte précis du Statut de la Cour internationale.

D'abord, il a lieu de faire une distinction entre la notion de source entendue comme « mode originaire de production du droit » (source-créatrice) et celle qui s'entend comme « manifestation tangible de l'existence d'une telle règle » (source-preuve)²²³. Selon P.-M. Dupuy, la notion de source du droit fait référence d'abord à un mode de production. Ce n'est qu'ensuite, une fois que la norme existe, qu'elle renvoie à la manifestation de son existence.

Vu sous cet angle, la liste fournie par l'article 38 peut en effet être qualifiée à la fois d'incomplète et d'excessive. D'abord, ce serait une liste incomplète des sources-preuves parce qu'il peut parfaitement avoir d'autres formes décelatrices du droit au fur et à mesure que les instruments internationaux se diversifient. On peut en donner quelques exemples actuels comme les décisions et les résolutions des organisations internationales ou les actes unilatéraux des États. Ensuite, du point de vue de la signification de la notion de source formelle comme mode originaire de production normative, ce serait, cette fois, une liste excessive des sources-créatrices du droit international parce qu'elle comprend des sources dont on peut contester la qualité de « mode originaire de production du droit », comme la jurisprudence et la doctrine.

Il semble que cette querelle sur l'article 38 est infondée dans la mesure où cette disposition mérite d'être analysée dans son propre contexte. En effet, il faut savoir que cette disposition

²²² Le terme, ne figurant pas dans les dictionnaires français, est employé par G. Scelle (« preuve décelatrice »). Voir SCELLE (G.), « Essai sur les sources formelles du droit international », op. cit., p. 400. Dérivé du verbe « déceler », pour nous, cet adjectif ajoute au substantif une fonction de déceler, de faire connaître une chose.

²²³ Voir DUPUY (P.-M.), « L'unité de l'ordre juridique international... », op. cit., p. 189 ; DUPUY (P.-M.), « Théorie des sources et coutume en droit international contemporain », in *Le droit international dans un monde en mutation, Liber amicorum en homenaje al profesor Eduardo Jiménez de Aréchaga*, Fundación de Cultura Universitaria, 1994, p. 54.

du Statut a une nature fonctionnelle²²⁴. Elle a précisément pour fonction d'aider la Cour internationale de Justice à déterminer le droit applicable dans une affaire qui lui sera soumise. Les sources énumérées à l'article 38 sont, avant tout, des sources-preuves qui permettent à la Cour d'identifier le droit applicable. Ce qui explique, par exemple, la présence de la jurisprudence et la doctrine. Sans négliger évidemment le rôle que ces dernières accomplissent non seulement dans l'application des règles existantes mais également dans la formation de nouvelles règles de droit en lui offrant une base matérielle importante, elles restent néanmoins dans un rôle auxiliaire pour la détermination du droit applicable.

L'article 38 du Statut de la CIJ vise donc un but bien précis, qui est de déterminer les droits et les obligations subjectifs de chaque État partie dans un litige. Dans le cadre de cette disposition, il n'y a donc aucune distinction entre sources du droit objectif et celles des obligations subjectives. Par exemple, le traité, placé au premier rang comme la source la plus fiable et conforme au formalisme exigé, peut être à la fois un traité-contrat, opposant des obligations subjectives, et un traité-loi, imposant des obligations objectives. Alors que, du point de vue du droit international, et plus particulièrement de la Cour, il n'y a pas de différence entre un traité-contrat et un traité-loi, une distinction s'impose pourtant pour pouvoir parler d'une liste de sources formelles, entendues comme mode originaire de création du droit.

Force est de constater que la cause de cette absence de dissociation découle principalement de la structure interétatique de la société internationale. Selon la vision doctrinale qui dominait le droit international au moment de la rédaction initiale du Statut en 1920, « tout est subjectif en droit international et se ramène ultimement à la volonté de l'État »²²⁵. Il est vrai que dans un système juridique caractérisé par la juxtaposition d'États souverains agissant tous dans leur relation sans être liés à des formes préétablies et par l'absence d'un pouvoir législateur unique au niveau international, apte à concrétiser le droit applicable dans des formes préétablies, on peut difficilement établir une liste de sources formelles qu'une règle juridique doive obligatoirement suivre pour accéder au droit positif.

²²⁴ DUPUY (P.-M.), KERBRAT (Y.), *Droit international public*, op. cit., p. 294 ; DANILENKO (G. M.), *Law-making in the international community*, Nijhoff, 1993, p. 33 et s.

²²⁵ ABI-SAAB (G.), « Les sources du droit international : essai de déconstruction », in *Le droit international dans un monde en mutation, Liber amicorum en homenaje al profesor Eduardo Jiménez de Aréchaga*, Fundacion de Cultura Universitaria, 1994, p. 39.

b. Le rapport entre sources matérielles et sources formelles

Souvent négligé, voire exclu des recherches sur la formation du droit international en raison du soi-disant formalisme de la question, l'examen des sources dites matérielles par rapport à celles qui sont considérées formelles s'avère pourtant indispensable dans un ordre juridique international dans lequel tout n'est pas si formel qu'on le suppose.

Suivant la distinction classique, les sources matérielles se définissent comme l'« ensemble des phénomènes empiriques (d'ordre social, économique, scientifique etc.) ou idéologiques (engagement moral, religieux, politique etc.) qui conduisent à l'existence, à la création ou à la modification des normes dans un ordre juridique donné »²²⁶. Selon cette définition, les sources matérielles constituent le *background* d'une norme juridique et influencent sa formation. Mais elles seules « ne peuvent suffire à parfaire une norme juridique »²²⁷. Pour qu'un contenu normatif, en tant que simple produit social, accède au droit positif, il faut qu'il soit porté par une des sources formelles²²⁸ qui sont définies comme l'« ensemble des procédés prévus au sein d'un ordre juridique donné pour la création et la modification des normes appartenant à cet ordre »²²⁹. Ce sont donc des procédés techniques d'élaboration du droit par lesquels les idées et les valeurs subjectives se transforment en règles juridiques objectives et un contenu normatif accède au droit positif. Dans le même sens, les Professeurs Jennings et Watts écrivent, dans la neuvième édition de *Oppenheim's international law*, que les sources matérielles sont les causes de l'existence d'une norme juridique alors que la source formelle correspond à la forme par laquelle elle devient identifiable²³⁰.

Dans ce rapport de cause profonde et conséquence réelle, G. Scelle critique la doctrine qui attribue une fonction et une importance excessives aux sources formelles du droit international dans sa formation. Il écrit que le mot « source » est particulièrement bien venu, parce qu'il nous renvoie à la métaphore de la « source d'eau ». Selon lui, cette analogie indique bien le parallélisme entre les sources formelles du droit, et la source, au sens banal du mot, qui se réfère à la source d'eau: « La source, écrit-il, n'est pas l'origine de l'eau ; elle est sa manifestation extérieure, le fait perçu et probant, l'élément capable et utilisable »²³¹. Il en

²²⁶ SALMON (J.) (sous dir.), *Dictionnaire de droit international public*, op. cit. p. 1041.

²²⁷ PELLET (A.), « Cours général : le droit international entre... », op. cit., p. 29.

²²⁸ *Idem.*, p. 63.

²²⁹ SALMON (J.) (sous dir.), *Dictionnaire de droit international public*, op. cit. p. 1041-1042.

²³⁰ JENNINGS (R), WATTS (A.-D.), *Oppenheim's international law*, vol. 1, 9^e éd., Longmans 1992, p. 23.

²³¹ SCELLE (G.), « Essai sur les sources formelles du droit international », op. cit. p. 400. Sur cette approche de G. Scelle voir également BERLIA (G.), « La doctrine de Georges Scelle. Étude de quelque thème », in *Droit interne et international, études et réflexions, Recueil publié en hommage à la mémoire de G. Berlia*, Librairie Générale de droit et de Jurisprudence, 1980, pp. 355-398.

est ainsi pour le droit. Les sources dites formelles correspondent au problème de conditions dans lesquelles le droit s'extériorise, devient visible²³² et accède au droit positif²³³. Mais, pour lui, le terme source « suppose une nappe souterraine », où le contenu de la norme se forme. Cette « nappe juridique profonde » correspond à la source matérielle, créatrice du droit²³⁴.

Selon G. Scelle, il peut arriver que la même nappe juridique donne naissance à plusieurs sources. C'est ainsi qu'il y aura plusieurs sources du droit. Mais il ne faut pas entendre les sources formelles comme sources créatrices du droit. Elles sont la « preuve décelatrice » du droit²³⁵. Les sources formelles ne créent pas le droit, mais se bornent juste à le formuler et à le constater²³⁶.

Tout en admettant l'apport de cette théorie objectiviste qui a su démontrer « les facteurs extra-juridiques de l'élaboration du droit », certains l'ont critiquée pour être incompatible avec le formalisme de la science juridique. Selon Ch. Rousseau, il faut exclure l'étude des sources matérielles en raison de leur caractère relatif et de leur contenu variable et imprécis. Selon lui, les éléments de la nappe souterraine ne prennent d'importance au point de vue juridique que lorsqu'ils font irruption à la surface suivant une source formelle. De ce fait, ce ne sont que les sources formelles qui fournissent les éléments nécessaires pour un examen scientifique. Selon cette approche classique de l'école positiviste volontariste²³⁷, cette irruption n'est possible que par l'action de l'État²³⁸.

Tout en admettant ce rapport intime entre le formalisme et l'examen scientifique, il est possible néanmoins de formuler deux critiques majeures à propos de ce formalisme excessif sur la question de sources du droit international. Premièrement, il faut reconnaître, même en restant toujours dans une perspective état-centrique, que l'action de l'État n'est pas toujours et seulement identifiable dans un acte formel. Les effets de la présence étatique et de ses pouvoirs souverains vont au-delà des formes déterminées et pénètrent la société internationale dans tous les domaines. Comme M. Virally le remarque, « en s'hypnotisant sur l'aspect formel, les auteurs positivistes [qui ne veulent connaître que la volonté de l'État au moment où elle est exprimée] ne prêtent plus assez d'attention au fond du droit et ignorent les valeurs.

²³² ABI-SAAB (G.), « Les sources du droit international : essai de déconstruction », op. cit., p. 30.

²³³ PELLET (A.), « Cours général : le droit international entre... », op. cit., p. 29.

²³⁴ Cependant, il refuse de qualifier « source » cette nappe juridique qui alimente matériellement les sources formelles. Voir SCELLE (G.), « Essai sur les sources formelles du droit international », op. cit. p. 400.

²³⁵ SCELLE (G.), « Essai sur les sources formelles du droit international », op. cit. p. 400.

²³⁶ ROUSSEAU (Ch.), *Droit international public*, t.1, Introduction et sources, Sirey, 1970, p. 57.

²³⁷ DUPUY (P.-M.), « L'unité de l'ordre juridique international... », op. cit., p. 191.

²³⁸ ROUSSEAU (Ch.), *Droit international public*, t.1, Introduction et sources, op. cit., p. 57-58.

Ils laissent ainsi s'échapper la matière même de ce qui les occupe »²³⁹. Deuxièmement, comme il sera constaté au titre suivant, une théorie des sources formelles du droit international, telle qu'elle était exposée d'un point de vue strictement formaliste, ne permet pas d'identifier correctement le rôle de l'État et de situer la logique intersubjective qui est déterminante dans tous les aspects de la formation du droit international.

2. Une théorie des sources inadaptée à la logique intersubjective

Il semble que toutes les tentatives basées sur une théorie des sources issue d'une transposition injustifiée du modèle du droit interne seront incapables d'expliquer correctement la formation intersubjective du droit international en raison du formalisme excessif qu'elles imposent (a) et qui néglige la prise en compte d'autres facteurs déterminant dans le processus de la formation intersubjective du droit international (b).

a. Un formalisme excessif

Force est de constater qu'il existe en droit international une ambiguïté, dans la doctrine comme dans la pratique, sur la notion de source. Selon P.-M. Dupuy, cette « équivoque » est issue d'une « transposition trop systématique en droit international des schémas empruntés à la théorie des sources du droit interne »²⁴⁰, une transposition qui néglige les particularités de l'ordre juridique international. Il est vrai qu'au-delà de cette schématisation injustifiée et incompatible avec le droit international²⁴¹, la mise en œuvre excessive d'une approche formaliste rend encore plus compliquée et difficile la compréhension de la spécificité du droit international. En effet, d'une part, cette approche excessivement formaliste, qui emprisonne l'évolution de la norme à sa forme à l'instant de son constat et « favorise indûment un conservatisme juridique contestable »²⁴², s'adapte difficilement au dynamisme du processus de la formation normative. D'autre part, elle impose une théorie qui reste presque indifférente à la nature intersubjective, donc interétatique, de la formation normative.

²³⁹ VIRALLY (M.), *La pensée juridique*, Éd. Pantheon Assas, 1998, réimpression de l'édition de 1960., p. XIX.

²⁴⁰ DUPUY (P.-M.), « Théorie des sources et coutume en droit international contemporain », op. cit., p. 52.

²⁴¹ Il est vrai que, malgré cette volonté de catégoriser les sources du droit international, seul le traité se montre véritablement adapté au formalisme exigé. Voir DUPUY (P.-M.), KERBRAT (Y.), *Droit international public*, op. cit., p. 401.

²⁴² PELLET (A.), « Cours général : le droit international entre... », op. cit., p. 31.

Par conséquent, dans la perspective de comprendre le rôle des États en tant que sujets exclusifs de la formation intersubjective du droit international, cette théorie des sources telle qu'elle est exposée s'avère insuffisante. En effet, d'après A. Pellet, la théorie des sources, en permettant de « 'photographier' les normes juridique à un moment donné »²⁴³, « est utile pour décrire ce qu'est le droit ». Mais, cette théorie des sources, comme il ajoute tout de suite, « ne permet pas comprendre comment il se forme »²⁴⁴ et quelles sont les dynamiques qui déterminent le produit final.

Il est certain que limiter la compréhension de la formation du droit international à une théorie des sources formelles est une approche très réductrice et insuffisant pour appréhender ce phénomène dans sa globalité²⁴⁵. Le terme « source » est généralement utilisé en doctrine dans un sens qui signifie les mécanismes par lesquelles la norme internationale se produit. Or, on voudrait s'intéresser sous ce titre au « Pouvoir » qui joue le rôle déterminant dans ces mécanismes et à la logique qui gouverne les processus de production. De ce point de vue, force est de constater qu'une théorie des sources formelles, qui se réfère aux modes originaires de la formation normative, ne permet pas de dévoiler le rôle des États et de leur interaction dans ce processus international de la production du droit.

b. Une compréhension erronée des sources matérielles

Force est donc d'admettre que la formation intersubjective du droit international ne peut être correctement appréhendée suivant une approche strictement formaliste. Malgré les critiques avancées à l'égard des facteurs extra-juridiques, qui constituent les sources matérielles du droit international, leur rôle est très significatif pour comprendre la logique intersubjective.

L'erreur qui affecte la compréhension des sources matérielles se produit sur deux fronts. Premièrement, ces facteurs « extra-juridiques » qui se trouvent à l'origine de la norme internationale ont été pensés dans un cadre strictement extra-étatique, comme extérieurs, voire étrangers aux composants principaux de la société internationale que sont les États. Il est vrai que le but principal de la théorie de la source matérielle qui fut avancée surtout dans la doctrine objectiviste était de démontrer que le droit avait bien une origine sociale et qu'il ne

²⁴³ *Ibid.*

²⁴⁴ *Idem.*, p. 15.

²⁴⁵ PELLET (A.), « La formation du droit international dans le cadre des Nations Unies », *Journal Européen de droit international (EJIL)*, vol. 6, 1995, p. 404.

dérivait pas que d'un processus formel de création dans un cadre uniquement étatique ou interétatique. Le propos, étant exact, néglige néanmoins la présence directe et indirecte de l'État au sein de ce processus de production sociale. On avait déjà évoqué la capacité et la possibilité de l'État de façonner la vie sociale et la société elle-même par ses instruments idéologiques. Il n'y a pas de doute que l'État dessine la société dont il est issu et on n'est pas en mesure d'évaluer d'une manière précise les dimensions de cette influence étatique sur elle.

Par exemple, si aujourd'hui la contribution de la prise de conscience et de la sensibilisation des gens sur le développement de certains sujets comme les droits de l'homme ou les problèmes environnementaux et la réglementation de ces domaines est une chose incontestable, on ne peut cependant pas nier le rôle décisif de la politique des États concernant la sensibilisation des citoyens dans ces domaines. On parle souvent des nécessités et des priorités sociales, éthiques, etc. Mais, ces nécessités ne sont pas nécessaires en soi. Elles sont toujours issues d'un processus social, d'une manière ou d'une autre, voulu et créé par toutes les composantes d'une société parmi lesquelles l'État occupe sans doute la plus grande place. Même si l'on admet que l'État ne fait que concrétiser la norme et transformer les exigences sociales en règles juridiques applicables, le pouvoir normateur qu'il possède actuellement est si large et indépendant qu'il peut s'attribuer facilement le pouvoir de la création origininaire du droit et façonner le droit positif d'une manière indépendante des exigences réelles de la société qu'il représente.

La deuxième erreur de ceux qui extériorisent les sources matérielles du droit à l'État vient de la négligence du fait que malgré le lien intime qui existe entre les sources matérielles et la règle de droit concrétisée, on ne s'interroge point sur la question de savoir comment un contenu normatif accède au rang de droit international positif. Pour cela, il faut qu'une autorité assure la fonction de pont entre la formation sociale d'un contenu normatif et son apparition dans l'ordre juridique international en tant que droit positif. Même si les causes d'une norme juridique mûrissent et se manifestent dans le milieu social, chaque besoin de la nouvelle norme ne s'introduit pas directement dans l'ordre juridique concerné. Il faut que ce besoin soit concrétisé suivant un processus spontané ou une forme déterminée. C'est généralement une autorité compétente qui assure la concrétisation d'une nouvelle règle.

Il convient maintenant d'ouvrir une parenthèse concernant la formation coutumière d'une règle juridique. Cette question se pose différemment dans l'ordre juridique international que dans les ordres juridiques internes. Pour ces derniers, la formation spontanée du droit se fait

dans un cadre largement désétatisé, sauf, bien sûr, l'influence considérable que l'État peut avoir dans la phase de la formation matérielle de la nouvelle norme. Cependant, en droit international, même si la formation coutumière reste un processus spontané, on va voir que les éléments nécessaires de ce processus sont largement fournis par les États. Donc, on peut difficilement parler d'une traduction directe de nécessités sociales au droit positif. Même sans avoir la volonté explicite de créer le droit, les États fonctionnent comme intermédiaires entre les priorités et nécessités sociales et le droit applicable. Donc, le terme « concrétisation du droit » doit être interprété dans un sens large, ce qui nous conduira à constater que, dans l'ordre juridique international, la monopolisation étatique des procédés techniques par lesquels la norme accède au droit international positif relativise l'extériorité des facteurs extra-juridiques.

De ce qui précède on peut déduire que, quelque soit son fondement substantiel ou la forme qu'elle suit pour accéder au droit positif, chaque règle internationale ne peut exister que d'une manière intersubjective, c'est-à-dire dans la mesure où son existence concrétisée est partagée par les sujets concernés, donc les États. De ce point de vue, il convient de distinguer la notion de sources formelles de la logique fondamentale qui gouverne actuellement la formation d'une nouvelle règle internationale. Une nouvelle règle internationale peut émerger suivant différentes sources formelles, même de nouvelles sources qui ne sont pas énumérées à l'article 38 du Statut de la CIJ. Puisqu'il y a une certaine an-archie et imprévisibilité propres à l'ordre juridique international, il n'est donc pas utile de se limiter à une liste prédéfinie des sources formelles, une liste susceptible de changer. Ce qu'il importe de constater c'est qu'il existe une logique fondamentale et omniprésente dans chaque procédé technique de la formation du droit international. Il s'agit de la logique intersubjective, traduite comme l'interétatisme, qui découle de la structure de la société internationale actuelle.

Paragraphe II. L'État dans la formation intersubjective

Après avoir exposé les caractéristiques de cette logique intersubjective dans l'ordre juridique international, il convient maintenant de se pencher sur le rôle de l'État dans la formation du droit international. Dans la doctrine internationale, le sujet du rôle de l'État dans la formation du droit international constitue peut-être la plus grande divergence entre les différentes écoles et théories juridiques. Sans entrer ici dans ce débat où chacun soutient son point de vue subjectif de ce qui doit être, on va essayer de comprendre ce rôle déterminant.

L'ordre juridique international est caractérisé, on l'a dit, par la pluralité des sujets souverains et par l'absence d'un législateur central. En effet, dès lors que l'on part du postulat qu'il n'existe aucune autorité supérieure à l'État, la formation du droit international ne peut s'appuyer traditionnellement que sur ses sujets souverains : les États (A). S'il existe, à certains égards, une évolution en matière de formation du droit international par l'introduction d'autres dynamiques, comme l'institutionnalisation de la formation normative, et d'autres sujets, comme les organisations internationales, il semble que cette logique interétatique reste toujours déterminante et en vigueur (B).

A. La formation classique du droit international

Selon R. Ago, « au sein de chaque système de droit en vigueur dans une société déterminée, on retrouve la présence de deux catégories distinctes de jugements, de règles juridiques : d'un côté le droit de formation 'spontanée' et de l'autre le droit créé à travers l'action de procédés appropriés, expressément prédisposés à cette fin par l'ordre juridique lui-même »²⁴⁶. Ainsi, une nouvelle règle du droit international peut se former soit d'une manière voulue (1), soit spontanément (2).

1. La formation consensualiste du droit international : un droit purement interétatique

La préférence pour la qualification « consensualiste » par rapport au terme « conventionnel », mérite une explication. L'objectif est ici d'examiner, d'une manière générale, la formation volontaire²⁴⁷, intentionnelle du droit international qui se définit par opposition à la formation spontanée du droit international. Tandis que la formation conventionnelle se réfère uniquement à la forme écrite, la voie consensualiste comprend toute sorte d'« accord [...] repos[ant] sur le consentement des intéressés, quelle que soit la forme de ce consentement »²⁴⁸. Cela étant, puisque, en l'état actuel de l'ordre juridique international, les

²⁴⁶ AGO (R.), « Science juridique et droit international », *RCADI*, vol. 90, 1956, pp. 928-940, plus particulièrement p. 940.

²⁴⁷ On va voir que cet adjectif « volontaire » ne signifie pas du tout que le droit issu de ce processus soit volontaire. Si l'on veut, c'est le processus qui est volontaire et non pas le produit de ce processus lui-même.

²⁴⁸ SALMON (J.) (sous dir.), *Dictionnaire de droit international public*, op. cit., p. 239. Il convient néanmoins de nuancer ce principe consensualiste par rapport au consensualisme entendu comme une procédure de prise des décisions au sein d'une institution internationale, sans recours au vote, en « l'absence de toute objection formelle » (c'est la définition donnée dans l'article 161(8)(e) de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982, adoptée à Montego Bay). Selon cette définition, la forme de l'expression du consentement peut être soit active-positive – exprimer une volonté concordante – et soit passive-positive –

traités internationaux constituent la seule source formelle consensualiste par laquelle la norme devient identifiable et en retire sa validité juridique²⁴⁹, l'objet de cette formation consensualiste est limité, pour l'instant, à sa forme écrite, donc conventionnelle²⁵⁰. Cependant, ceci n'empêche qu'un regard général sur la formation volontaire du droit international s'effectue dans une optique consensualiste en raison d'une éventuelle évolution en la matière dans l'avenir.

Se limitant donc à la forme écrite, on va préciser d'abord l'objet de cette formation consensualiste du droit international (a), pour comprendre ensuite le rôle de l'État dans ce mode de production normative (b).

a. L'objet de la formation consensualiste : les traités internationaux

La principale voie par laquelle une nouvelle règle apparaît dans l'ordre juridique international est sans doute la voie conventionnelle. Les engagements volontaires des États dans un traité bilatéral ou multilatéral constituent la source essentielle de leurs droits et obligations.

Les sources principales du droit international écrit sont les traités internationaux. Le traité est défini, d'une manière générale, comme « l'expression de volontés concordantes, émanant de sujets de droit dotés de la capacité requise, en vue de produire des effets juridiques régis par le droit international »²⁵¹. Cependant, chaque traité international ne crée pas de droit. Ce qui nous intéresse ici, du point de vue de la formation du droit international, c'est le contenu normatif d'un traité, qui engendre du droit originaire²⁵², sans pour autant faire une distinction générale entre traité-contrat et traité-loi²⁵³.

s'abstenir de toute objection –. De ce point de vue, contrairement à ce qui a été soutenu (Voir DANILENKO (G. M.), *Law-Making in the international community*, op. cit. p. 197 et s.). Le consensus en général n'apparaît pas comme une nouvelle source formelle du droit international autre que le mode conventionnel mais il couvre ce dernier.

²⁴⁹ JENNINGS (R.) et WATTS (A.), *Oppenheim's international law*, op. cit., p. 23.

²⁵⁰ Cela étant le principe, il a lieu cependant de préciser qu'il existe également des accords non formalisés, que J. Salmon appelle « des accords *solo consensu* ». Ils correspondent à de simples manifestations de volontés concordantes entre États parties. Voir SALMON (J.), « Le droit international à l'épreuve au tournant du XXI^{ème} siècle », *Cours Euroméditerranéens Bancaja de droit international*, vol. VI, 2002, p. 72 et du même auteur « Les accords non formalisés ou 'solo consensu' », *AFDI*, 1999, pp. 1-28.

²⁵¹ DUPUY (P.-M.), KERBRAT (Y.), *Droit international public*, op. cit., p. 297.

²⁵² Par opposition au droit dit « dérivé », issu de l'application des règles de droit existantes par les États ou les organisations internationales.

²⁵³ G. Scelle opère une distinction entre traité-loi et traité-contrat. Il affirme justement que le traité « ne constitue pas une catégorie juridique ». Il n'est qu'un « instrument de la réglementation internationale ». Sa valeur juridique dépend de son contenu. Il prétend que cette confusion entre traités-lois et traités-contrats, issue de la

Les lieux principaux de la formation consensualiste du droit international sont généralement les grandes conventions internationales, qui ne sont que des traités multilatéraux. Parfaitement adaptées à l'horizontalité de la société interétatique décentralisée, les conventions sont l'expression la plus concrète de la formation intersubjective dans laquelle « les États sont véritablement tout à la fois auteurs et sujets de la normativité »²⁵⁴.

Cependant, il convient d'ouvrir une parenthèse pour les conventions de codification du droit international qui sont parfois considérées comme un autre mode de formation se rapprochant d'une fonction de législation internationale et entravant la pureté de la nature intersubjective de la formation consensualiste.

La codification du droit international public porte généralement sur des normes coutumières déjà existantes. Cependant, cette fonction de codification est pratiquée de sorte que les normes existantes soient actualisées et adaptées aux besoins de la société internationale au moment de leur codification. La Commission du droit international (CDI), qui a pour mission la codification des règles non écrites et la rédaction des conventions sur des sujets qui ne sont pas encore réglés par le droit international²⁵⁵, a été persuadée en effet que ces deux activités sont inséparables²⁵⁶. Cependant, même si la codification du droit international ne se limite pas uniquement à la formulation précise et systématisée du droit coutumier existant et les enrichit suivant « le développement progressif du droit international », il ne s'agit pas d'une fonction législative au niveau international. Car, si la norme non écrite concernée se transforme d'une manière fondamentale par sa codification, cette transformation n'est possible que dans la mesure de ce qui peut être accepté par les États. L'introduction de nouveaux éléments au contenu d'une norme coutumière nécessite donc l'approbation des États pour accéder au statut de droit positif.

théorie volontariste, diminue la valeur juridique d'une règle de Droit qui existe objectivement et indépendamment d'une quelconque volonté étatique. Les organes étatiques, qui remplissent en l'occurrence une fonction législative internationale, ne font que traduire et concrétiser par le traité le Droit objectif existant. Voir SCELLE (G.), *Précis de droit des gens*, t.2, op. cit., p. 331 et s.

D'autre part, selon Sir G. Fitzmaurice, le traité ne constitue en aucun cas une source formelle du droit international. Sans distinguer que ce soit un simple traité ou « making-law treaty » universellement accepté, le traité, en tant que source d'obligations et de droits entre États, ne peut être, selon lui, qu'une source matérielle, contribuant ultérieurement à la formation coutumière d'une règle générale. Voir FITZMAURICE (G.), « Some Problems Regarding the Formal Sources of International Law », in *Symbolae Verzijl, Présentées au professeur J.H.W. Verzijl à l'occasion de son LXXX^e anniversaire*, Nijhoff, 1958, p. 157 et s.

²⁵⁴ WEIL (P.), « Le droit international en quête de son identité... », op. cit., p. 160.

²⁵⁵ L'article 15 du Statut de la CDI.

²⁵⁶ Voir le *Rapport de la Commission du droit international à l'Assemblée générale des Nations Unies sur les travaux de sa huitième session*, Annuaire de la CDI, 1956, t. II, par. 26, p. 256.

D'ailleurs, comme toutes les conventions, l'examen de grandes conventions de codification basées sur les projets de la CDI montre bien que, quand il s'agit de la concrétisation des règles existantes, reconnues par les États, le succès de la convention est largement assuré par rapport à celle qui inclut de nouvelles règles proposées suivant l'idée du développement progressif du droit international²⁵⁷. Si le projet ne contient que des règles généralement reconnues et acceptées par les États, l'adhésion à celui-ci de la part des États est très satisfaisante mais son apport reste faible. Si les propositions qui figurent dans la convention ont un contenu nouveau, l'adhésion des États, qui sont soucieux de leur souveraineté, reste limitée²⁵⁸. À cet égard, il ne sera pas erroné de dire que la logique consensualiste et la théorie du consentement marquent également le processus de la codification en droit international²⁵⁹.

b. Le rôle du consentement de l'État dans la formation consensualiste

Le consensualisme, qui est à la base du droit international écrit, suppose l'existence du consentement des États participants à la fabrication du droit. Selon la doctrine positiviste volontariste, ce critère du consentement se trouve à la base de tout droit international. Il est toujours à l'origine des règles internationales et constitue le fondement nécessaire de toute soumission à une règle de droit international. C'est en vertu et dans la mesure de son consentement qu'un État est lié par le droit international²⁶⁰. Si cette approche est contestable pour ce qui concerne la formation spontanée du droit international, que l'on va examiner en détail au titre suivant, elle a sa part de vérité pour le droit international écrit.

²⁵⁷ En ce sens voir CAHIER (P.), « Rapport général », in *La codification du droit international*, SFDI, Pedone, 1999, p. 265 et s.

²⁵⁸ Voir SIMMA (B.), « Consent: Strains in the Treaty System », in *The Structure and Process of International Law*, R. S. J. Macdonald and D. M. Johnston (sous dir.), 1983, MNP, p. 489.

²⁵⁹ Voir MAHIOU (A.), « Le paradigme de la codification », in *La codification du droit international*, SFDI, Pedone, 1999, p. 14. Certes, le consentement de l'État joue son rôle dans la fabrication du droit pour sa nouvelle forme écrite. Sinon, selon la jurisprudence bien connue de la CIJ dans l'*Affaire militaire et paramilitaire au Nicaragua*, une règle non codifiée ou codifiée par une convention mais non signée par un État continue à exister pour lui d'une manière autonome et lui reste opposable en tant que droit coutumier. Voir CIJ Rec., 1986, arrêt du 27 juin 1986, par. 220, p. 114.

²⁶⁰ L. Henkin écrit effectivement que « [i]nternational law is made by the States themselves. [...] Under traditional principles, a State is bound only by law to which it has itself consented ». Voir HENKIN (L.), « International Law : Politics, Values and Functions : General Course on Public International Law », *RCADI*, vol. 216, 1989, p. 45. Dans le même sens M. Bedjaoui affirme que « le droit international n'a pu historiquement et ne pourra encore longtemps être autre chose qu'un droit reposant sur le consentement, exprès ou tacite, des États. Cela donne sa nature véritable et sa tonalité à ce droit ». Voir BEDJAOUI (M.), « Introduction générale », in *Droit international. Bilan et perspectives*, M. Bedjaoui (sous dir.), t. 1, Pedone, 1991, p. 2. Quant à J. Combacau et S. Sur, ils considèrent qu'à l'origine du droit international, il y a précisément l'engagement de l'État, qui s'interprète, dans la voie consensualiste de la formation du droit international, comme le consentement. Voir COMBACAU (J.), SUR (S.), *Droit international public*, op. cit., pp. 47-49. Pour une réflexion semblable voir également DEMICHEL (F.), « Le rôle de la souveraineté dans les relations internationales contemporaines », op. cit., p. 1055.

Dans la formation du droit international écrit, les volontés des parties jouent un rôle déterminant. Ce mode de formation est le produit de la recherche du consensualisme qui « réside dans l'idée que chacun des sujets qui s'engagent le fait sur un pied d'égalité avec le ou les autres partenaires, dans la stricte mesure où il l'a librement voulu »²⁶¹. On voit que le principe de la souveraineté, qui marque l'ensemble du droit des traités, s'y traduit comme la liberté contractuelle et la nécessité du consentement dont le respect est assuré par le droit international (ii). Cependant, avant d'y venir, il semble primordial de nuancer cette notion de consentement par rapport à celle de volonté qui figure souvent dans la doctrine comme la référence ultime au sujet de la formation écrite du droit international (i).

i. Le consentement : un terme nuancé par rapport à la notion de « volonté »

Dans la doctrine internationale, il existe une forte tendance qui associe le caractère interétatique du droit international au volontarisme étatique. Ceci est d'autant plus visible au sein de la formation consensualiste du droit international. On a affirmé d'emblée que la formation consensualiste du droit international est un processus purement inter-étatique. Mais ce constat n'implique pas que chaque État impose, sans obstacle, son point de vue dans tous les cas et toutes les circonstances. Il existe un certain nombre de facteurs qui influencent et déterminent la part de chaque État dans la fabrication du droit.

Ce rôle de l'État doit être poursuivi par rapport à certaines notions à travers lesquelles il s'exprime sur la scène internationale. Parmi ces notions, celle de volonté de l'État constitue la notion la plus utilisée et controversée du langage juridique international. Pendant longtemps, la source du droit international et de son caractère obligatoire a été recherchée dans la volonté étatique. Cette dernière se trouve encore au cœur des doctrines contractualistes du droit international.

Cependant, pour deux raisons, il faut rejeter cette vision volontariste du droit international, jugée comme la conséquence directe de l'approche individualiste de la notion de souveraineté²⁶².

Premièrement, le volontarisme néglige le fait que l'État fait partie d'une société. En effet, l'État lui-même est un produit social et vit dans une société qu'il compose, entre autres, avec

²⁶¹ DUPUY (P.-M.), KERBRAT (Y.), *Droit international public*, op. cit., p. 297.

²⁶² Voir SUR (S.), « Quelques observations sur les normes juridiques internationales », op. cit., p. 925.

ses semblables. Il n'a pas donc une existence isolée. Il représente un phénomène social. Dans ce milieu social, comme il influence les autres membres de cette société, il est également influencé par eux. S'il est vrai que le terme « volonté » signifie le désir, l'intention propre à une personne, et suppose ainsi une certaine appartenance séparée par rapport aux autres, cela n'implique pas, toutefois, que la volonté étatique se construise indépendamment de toute influence extérieure et qu'elle existe en soi. La volonté de l'État n'est jamais totalement libre. Elle se forme dans une communauté internationale des États interdépendants et sous des contraintes diverses issues de la vie sociale commune. Il existe toujours plusieurs facteurs sociaux, extérieurs comme intérieurs, qui déterminent la construction de la volonté²⁶³.

Deuxièmement, s'il est vrai que le volontarisme repose sur le principe de la souveraineté qui détermine encore la configuration de l'ordre international, celui-ci ne peut plus être interprété dans une optique individualiste. La notion de souveraineté, qui domine encore le droit international, n'est fonctionnelle, désormais, que dans une logique pluraliste, prenant en compte la pluralité des sujets également souverains.

Afin d'illustrer ce propos, on peut se référer, par exemple, au traité, considéré comme la forme la plus fiable des sources du droit international par sa nature qui exclut toute confusion et tout risque de contrainte quant à la volonté de l'État. Cependant, cette supposition de liberté de la volonté de l'État est relativisée par le jeu de réciprocité²⁶⁴ qui est à la base de toute relation interétatique²⁶⁵. Même dans un traité, l'État partie ne peut tout seul déterminer le contenu de celui-ci. Le traité est, par principe, le résultat d'un marchandage entre les États parties. Même en l'absence d'une contrainte matérielle, les conséquences de la volonté de l'État dans un traité se dessinent dans un équilibre particulier dans ses relations avec d'autres États et par rapport à leurs positionnements politico-juridiques.

De ce point de vue, il est impossible que la seule volonté d'un État produise le droit sans qu'elle soit suivie des actes concordants dont les effets juridiques ne seront rejetés par les États concernés. L'État n'est pas seul. Sa volonté est concurrencée par la volonté des autres États. Même partant du principe de la souveraineté des États, la volonté isolée d'un seul État

²⁶³ Sans oublier bien sûr que si la volonté se construit sous l'influence des nécessités sociales, celles-ci naissent elles-mêmes de l'affrontement des volontés contradictoires et sous l'influence des volontés du pouvoir politique. Il y a une interaction permanente entre la société et l'État, qui sont tous les deux inséparables l'un de l'autre. Les États avec leur origine sociale et tous leurs bras institutionnels et idéologiques se présentent à la fois comme des produits sociaux et « faiseurs d'opinion ». Voir DUPUY (P.-M.), « L'unité de l'ordre juridique international... », *op. cit.*, p. 169 et 170.

²⁶⁴ Voir SIMMA (B.), « Consent: Strains in the Treaty System », *op. cit.*, pp. 485-511.

²⁶⁵ Voir DECAUX (É.), *La réciprocité en droit international*, Paris, LGDJ, 1980, 374 p.

ne vaudrait rien tant qu'il existe d'autres souverains²⁶⁶. Le volontarisme repose, certes, sur la notion de souveraineté des États²⁶⁷ mais cette dernière ne se résume pas au volontarisme. Elle signifie d'une manière générale la place privilégiée qu'occupent les États dans un système juridique inter-étatique, conçu dans une optique logiquement et nécessairement pluraliste.

Par conséquent, l'idée selon laquelle la volonté de l'État constitue l'origine du droit international est exclue. Suivant les profondes transformations qu'a connues le droit international, surtout à la fin du vingtième siècle, la vision sur la genèse de cet ordre juridique a fondamentalement changé. La position soutenue par la CPIJ dans l'affaire du Lotus, considérée comme la bible du volontarisme positiviste, n'est plus soutenable en raison de la croissante répercussion dans le droit international contemporain de la dimension collective de la vie internationale. La part de chaque État individuel dans cette construction collective n'est, certes, pas négligeable. Mais celle-ci doit être placée dans une logique de groupe et jugée à partir d'une optique pluraliste.

À cet égard, le terme « consentement » est particulièrement important. Même si le sens de son usage quotidien laisse peu de différence par rapport à celui de « la volonté de l'État », il existe néanmoins des nuances dont l'importance est significative notamment pour la compréhension du fondement du droit international.

En effet, les points de faiblesse de la théorie volontariste que l'on vient d'évoquer constituent également deux divergences majeures entre ces deux termes. D'abord, par rapport à la représentation individualiste de la notion de volonté, le terme « consentement » s'adapte mieux à la dimension collective de la formation du droit international. Il est vrai que le consentement est exprimé à l'égard de quelque chose qui constitue l'objet d'un accord entre plusieurs sujets. Il suppose une pluralité des volontés dont l'accord n'est possible que par leur consentement constitutif commun. De ce point de vue, le consentement fait référence, dans son sens général, au consensualisme comme le résultat de la rencontre des volontés et des intérêts des sujets concernés.

²⁶⁶ La domination des grandes puissances qui imposent leur volonté aux autres est une réalité mais entre dans le domaine de recherche de la science politique. Du point de vue juridique, une quelconque idée de hiérarchie ou de domination est écartée par le principe de la souveraineté lui-même. Cependant, on va brièvement examiner, dans le deuxième titre, le reflet de cette réalité politique sur la configuration de l'ordre juridique international afin d'appréhender l'effectivité d'une notion juridique égalisatrice dans un monde d'inégalité.

²⁶⁷ SUR (S.), « Quelques observations sur les normes juridiques internationales », op. cit., p. 925.

Ensuite, on peut dire que le terme consentement accentue mieux l'origine sociale de la décision prise. Le consentement dérive certes de la volonté de l'État, mais pas seulement de sa volonté. Il existe toujours d'autres facteurs qui déterminent le consentement de l'État et on sait que l'objet du consentement ne correspond pas toujours à celui que l'État désire au fond. L'État donne son consentement à un accord des volontés. Bien sûr l'État reste, en principe, libre de le faire ou non. Mais cette liberté est limitée par la contrainte sociale et par la logique de la vie commune dont plus le degré d'importance augmente, plus cette liberté de l'État est limitée²⁶⁸. En effet, la formation du droit international suit toujours son lit tracé à la fois par « la force de la volonté » et « la puissance de la contrainte »²⁶⁹. Ceci est également vrai pour la voie consensualiste de la formation normative dont le consentement est l'élément constitutif.

De ce point de vue, la réalisation du consentement de l'État dépasse le seul cadre étatique et apparaît, d'une manière générale et abstraite, au point d'intersection entre son « vouloir », son « pouvoir » et son « devoir ». Parfois un de ces trois éléments bascule plus que les autres. Par exemple, la position d'un État peut se déterminer principalement selon son pouvoir ou son sentiment de devoir, ou encore, il peut résister, à court ou moyen terme, contre toute contrainte – sociale, économique et politique et aussi bien interne qu'internationale – en suivant sa pure volonté. Mais, en somme, tous les trois sont pris en compte d'une manière ou d'une autre dans la détermination des comportements de l'État.

Ainsi, contrairement à la notion de volonté, celle de consentement permet facilement un rapprochement qui inclut à la fois tous les facteurs capables d'influencer le processus de prise de décision d'un État.

ii. Le respect et la protection du consentement en tant que principe cardinal du droit international

Malgré les divergences considérables entre différentes écoles de pensée sur le fondement du droit et le rôle de l'État, le respect du consentement de l'État dans l'élaboration écrite du droit

²⁶⁸ DUPUY (P.-M.), « L'unité de l'ordre juridique international... », op. cit., p. 149.

²⁶⁹ Voir DUPUY (P.-M.), KERBRAT (Y.), *Droit international public*, op. cit., p. 369 et 370 ; DUPUY (P.-M.), « À propos de l'opposabilité de la coutume générale : enquête brève sur l'«objecteur persistant» », in *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement, Mélanges M. Virally*, Pedone, 1991, p. 271. Dans le même sens voir également WEIL (P.), « Le droit international en quête de son identité... », op. cit., p. 81.

international en tant que source principale des droits et des obligations semble être reconnu par tous comme un principe cardinal du droit international²⁷⁰.

En effet, que ce soit la théorie volontariste qui voit la relativité des traités comme un principe incontestable du droit international et comme une conséquence du principe de la souveraineté ou que ce soit la théorie objectiviste qui explique cette relativité par la théorie de « lois communes » de chaque société internationale constituée par elles²⁷¹, le consentement comme condition d'opposabilité des textes écrits et leur non opposabilité aux tiers constituent le principe communément accepté. Quelque soit son mode d'expression, le consentement de l'État à être lié à un traité est fondamental pour lui opposer des obligations qui en découlent.

À cet égard, l'article 34 de la Convention de Vienne sur le droit des traités est très clair. Selon cette disposition, « un traité ne crée ni obligations, ni droits pour un État tiers sans son consentement »²⁷². Cette règle bien connue du droit des traités se justifie, selon la Commission du droit international, « par la souveraineté et l'indépendance des États »²⁷³ dans le but de « préserver la liberté du consentement des États qui s'engagent par un traité »²⁷⁴. Ce rôle constitutif du consentement de l'État est également protégé par les articles 46 à 52 de la Convention, relatifs à la nullité des traités si la liberté des États n'est pas respectée. Cette référence clé au respect du consentement de l'État dans la constitution d'un traité figure également au sujet des réserves (article 20 et s.) et de l'interprétation du traité (article 31).

Ce rattachement fort au consentement des parties est également confirmé par la jurisprudence internationale. Dans sa sentence arbitrale relative à l'*Affaire de l'Île de Palmas*, Max Huber a

²⁷⁰ PELLET (A.), « Cours général : le droit international... », op. cit., p. 38.

²⁷¹ DAILLIER (P.), FORTEAU (M.), PELLET (A.), *Droit international public*, LGDJ, 8^e éd., 2009, p. 265.

²⁷² Selon la théorie du dédoublement fonctionnel de G. Scelle (voir *Précis du droit des gens. Principes et systématique*, t. I, op. cit., p. 55-56 et « Le phénomène juridique du dédoublement fonctionnel », in *Rechtsfragen der Internationalen Organisation, Festschrift für H. Wehberg*, Vittorio Klostermann, 1956, pp. 324-342), dans les grandes conférences internationales, les représentants des États participants accomplissent une fonction internationale et agissent au nom de toute la communauté internationale et non pas de celui de leurs États de nationalité respectifs et à titre individuel. Il s'agit ici d'une fonction législative internationale et c'est cela qui explique l'opposabilité de certaines règles établies par la convention même aux États non signataires. Il est vrai que l'organisation des grandes conventions constitue souvent un processus quasi-législatif international et « constitutional moment » pour le droit international (voir SADAT (L. N.), « Redefining universal jurisdiction », *New England law review*, vol. 35, 2001, pp. 241-263, plus particulièrement p. 246. L'auteur évoque en ce sens la Convention de Rome et la création de la Cour pénale internationale). Mais, du point de vue juridique, l'opposabilité de ces règles conventionnelles à des États non parties à ladite convention s'explique par une réintroduction ultérieure de la règle en forme coutumière.

²⁷³ Voir le *Projet d'articles sur le droit des traités de la Commission du droit international*, Commentaire de l'article 30, *Annuaire de la CDI*, 1966, vol. 2, p. 246.

²⁷⁴ PELLET (A.), « Cours général : le droit international... », op. cit., p. 37.

clairement indiqué ce critère du consentement de l'État pour qu'un traité le lie²⁷⁵. Dans son avis du 28 mai 1951, sur les réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, la CIJ a également décidé qu'« un État ne peut, dans ses rapports conventionnels, être lié sans son consentement »²⁷⁶.

Tout ceci montre que le droit conventionnel est essentiellement un droit consensualiste, basé sur le consentement des États et que l'ordre juridique interétatique veille à préserver au maximum le respect de ce principe cardinal du droit international qui découle de l'horizontalité de la société internationale.

Respectant la logique intersubjective, la formation consensualiste du droit international reste donc purement interétatique. Même si d'autres sujets et institutions internationales prennent part à ce processus, ils ont une fonction, pour l'instant, auxiliaire et dérivée, ne servant que de cadres aux négociations interétatiques. Cette reconnaissance du rôle « central » et « originel » du consentement de l'État dans la production des normes internationales « résulte non des a priori du dogme positiviste volontariste mais de l'observation de la phénoménologie du droit international »²⁷⁷. Ce constat, qui reflète la réalité d'aujourd'hui, est, certes, tout à fait correct, mais reste critiquable en raison du fait que dans l'ordre juridique international, la notion de « sujet », faisant partie de l'intersubjectivité, est limitée, dans ce domaine de la fabrication du droit, aux États et que les mécanismes procéduraux destinés à la recherche de cet assentiment des sujets restent au fond toujours état-centriques.

De ce qui précède on peut conclure que le rôle de l'État dans la formation du droit consensualiste est indéniablement important. Cependant, ceci ne signifie guère que la seule volonté d'un État puisse s'imposer. Le rôle de l'État dans la fabrication de la nouvelle norme internationale ne doit pas être pensé en dehors de la logique intersubjective et celle des souverainetés qu'on a exposées constituant le fondement du droit international. La formation normative en droit international est un processus qui nécessite la participation de plusieurs sujets du droit. L'approche qui voit la volonté de l'État comme l'unique source du droit est issue de la conception absolutiste de la souveraineté qui est aujourd'hui largement dépassée et

²⁷⁵ Recueil des sentences arbitrales, 1928, vol. 2, p. 831

²⁷⁶ CIJ, Rec., 1951, p. 21. Ce caractère volontaire du droit conventionnel est exposé premièrement et d'une manière comprenant tout droit international dans la jurisprudence de la Cour permanente de Justice internationale, dans la célèbre affaire du Lotus (Publications des arrêts, série A, p. 18). Ensuite, ce rôle du consentement des États a été, à plusieurs reprises, confirmé dans la jurisprudence de la CIJ. Voir par exemple l'affaire *Barcelona Traction*, Rec. 1970, p. 147, par. 89 ; l'affaire sur les *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*, 1986, p. 135, par. 269.

²⁷⁷ DUPUY (P.-M.), « L'unité de l'ordre juridique international... », op. cit., p. 119.

condamnée²⁷⁸. Dans l'ordre international, l'État souverain se trouve face à d'autres États également souverains et sa capacité d'action déterminée par sa volonté reste conditionnée par les volontés des autres États.

Cette évolution vers une logique de groupe est d'autant plus visible dans le cadre de la formation spontanée du droit international que l'on va maintenant examiner.

2. La formation spontanée du droit international : l'État omniprésent

Le deuxième type de formation par lequel une règle peut accéder au rang du droit positif est la voie spontanée. Les règles formées suivant cette voie spontanée sont généralement appelées coutumières²⁷⁹.

Il a été soutenu qu'en raison de son caractère non-contractuel et objectif, la formation coutumière du droit international était contraire à la souveraineté des États²⁸⁰. Il est vrai que les efforts pour justifier la compatibilité d'un droit coutumier avec le principe de la souveraineté des États tournent souvent autour d'une théorie du contrat tacite, supposant une sorte de consensualisme implicite. L'objectif sera de montrer, d'une part, que la formation spontanée du droit international obéit toujours à la logique intersubjective, traduite dans l'ordre juridique international comme l'interétatisme (a), et d'autre part, qu'elle n'est en aucun cas un mode consensualiste ou contractuel (b).

a. L'État comme une référence incontournable dans l'accumulation des éléments constitutifs de la formation coutumière

Avant d'examiner de près le rôle de l'État dans l'identification des éléments constitutifs de la coutume, la spontanéité du processus coutumier mérite une brève explication. Concernant la

²⁷⁸ Voir PELLET (A.), « Lotus que de sottises on profère en ton nom, remarques sur le concept de souveraineté dans la jurisprudence de la Cour mondiale », in *L'État souverain dans le monde d'aujourd'hui, Mélanges en l'honneur de J. P. Puissechet*, Pedone, 2008, p. 216 et s.

²⁷⁹ Cette catégorie comprend également les principes généraux du droit international. Dans la mesure où on s'intéresse aux dynamiques actuelles de la formation de nouvelles règles et au rôle de l'État au sein de ce processus, cette dernière catégorie formelle ne présente pas une spécificité particulière (sur le lien entre la coutume et les principes généraux du droit international voir DUPUY (P.-M.), KERBRAT (Y.), *Droit international public*, op. cit., pp. 377-379). En effet, tout en admettant l'existence des nuances assez importantes entre une règle coutumière et ces principes, il semble toutefois que, du point de vue de leur mode de formation, tous les deux peuvent être considérés de formation spontanée.

²⁸⁰ BEAUD (O.), « La notion d'État », op. cit., p. 131.

formation coutumière du droit international, il n'existe aucune discussion sur son caractère spontané et autonome de tout acte constitutif de l'État. Les règles issues de la formation coutumière accèdent à l'existence spontanément. Elles n'ont besoin d'aucun acte créateur pour s'extérioriser en tant que droit applicable²⁸¹. La reconnaissance de l'existence d'une règle internationale coutumière par les États, par un acte implicite ou explicite, n'est pas constitutive et son moment ne constitue pas le moment de sa création en tant que règle juridique. Son existence date de bien avant. C'est justement pour cette raison que les États agissent dans la pensée de se conformer à une règle juridique existante, car le contraire serait sa violation.

Pourtant, entre les pratiques des États et la coutume, il existe un lien intime qui permettra de qualifier ce mode de formation d'intersubjectif. Selon la définition communément admise, la coutume désigne la pratique générale acceptée comme étant le droit. Cette définition fait référence à deux éléments bien connus de la coutume, à savoir l'élément matériel, donc la pratique générale, et l'élément psychologique qui désigne la conviction de l'obligation, *opinio juris*. Il y a deux questions qui se posent suivant cette définition de la coutume internationale : la pratique de qui ? et acceptée par qui ?

Il est vrai que le caractère spontané et social de la formation de la coutume suppose la participation de tous les membres de la société concernée, qui ressentiront une nécessité sociale dont la norme coutumière remplit la fonction de transporteur. Dans ce sens, la formation de la coutume s'appuie, matériellement, sur l'ensemble des comportements de tous les acteurs qui participent, d'une manière ou d'une autre, à la vie internationale. Ce qui signifie, à côté des États et organisations internationales, la participation des juges internationaux, ONG, personnes privées, individus, etc.²⁸² Cependant, ce point de vue concerne particulièrement la question du fondement social de la règle coutumière²⁸³, dont la réponse est à la base la même, on l'a dit, pour toute règle juridique émergente. Quant au problème de la concrétisation de cette nécessité sociale ressentie, il demeure pourtant

²⁸¹ AGO (R.), « Science juridique et droit international », op. cit., p. 931.

²⁸² DAILLIER (P.), FORTEAU (M.), PELLET (A.), *Droit international public*, op. cit., p. 357 et 358. Ils précisent cependant que « [l]a possibilité pour les *sujets du droit international autre que les États et les organisations internationales* d'être, par leurs comportements, à l'origine de règles coutumières est controversée ».

²⁸³ Sur ce point, l'apport des objectivistes, qui ont montré que la norme coutumière est largement inspirée par les nécessités sociales, est indéniable. Il s'agit, pour eux, « d'une dynamique émanant directement du corps social, en dehors de tout cadre spécifique, qui n'est ni réglementé, centralisé ou canalisé ». Voir ABI-SAAB (G.), « La coutume dans tous ses états ou le dilemme du développement du droit international général dans un monde éclaté », in *Le droit international à l'heure de sa codification, Études en l'honneur de R. Ago*, tome 1, A. Giuffrè, 1987, pp. 53-65, plus particulièrement p. 59.

nécessaire, en état actuel de l'ordre juridique international, qu'elle soit portée par les actes juridiques et les pratiques des États pour qu'elle soit introduite dans l'ordre international et devienne opposable, dans le temps et selon les processus, sous forme de règle juridique²⁸⁴. Cela est également valable pour le droit international coutumier. Malgré les oppositions d'une partie de la doctrine qui refuse de voir la place exclusivement réservée aux États dans la formation du droit coutumier, il est admis que l'élément matériel de la coutume s'appuie principalement sur la pratique étatique²⁸⁵. En droit international, il n'existe pratiquement aucune différence entre l'origine créatrice de la norme écrite et celle de la norme coutumière : d'une manière ou d'une autre c'est toujours l'État.

En ce qui concerne l'élément psychologique de la coutume, *opinio juris*²⁸⁶, il a été justement soutenu que celui-ci, défini comme la conviction dans une pratique de se conformer à une obligation juridique, n'est pas propre à la coutume et qu'il constitue généralement la distinction entre juridique et non-juridique²⁸⁷. Mais, par rapport à une autre règle juridique, la règle coutumière a une particularité. En effet, pour la règle coutumière, cette conviction apparaît d'une manière spontanée, c'est-à-dire elle n'est pas imposée ni posée par un acte juridique constitutif comme c'est le cas pour le droit étatique écrit ou le droit international consensuel.

Quant à l'origine de cette conviction, elle est sans doute sociale. Mais en même temps, elle doit être exprimée d'une manière concrète dans les pratiques. Ayant une capacité internationale complète et légale, qui agit dans le respect de la règle ou à qui la règle sera opposable, ce rôle revient toujours au sujet principal de l'ordre juridique international : l'État. Ainsi, ce sentiment d'obligation apparaît et il est recherché, d'abord, dans la pensée et la pratique des États.

Cette référence forte à l'État dans la mise en forme et l'accumulation de deux éléments constitutifs de la coutume internationale est, d'ailleurs, soulignée et confirmée à plusieurs

²⁸⁴ DUPUY (P.-M.), « L'unité de l'ordre juridique international... », op. cit., p. 168

²⁸⁵ P.-M. Dupuy écrit sans équivoque qu'en droit international « l'agent quasi exclusif de création de la coutume demeure l'État ». Voir DUPUY (P.-M.), « L'unité de l'ordre juridique international... », op. cit., p. 194 et du même auteur « Théorie des sources et coutume en droit international contemporain », p. 59. Voir également DANILENKO (G.-M.), *Law-making in the International Community*, op. cit., p. 80 et s. ; TOURET (D.), « Le principe de l'égalité souveraine des États... », op. cit., p. 167 ; AKEHURST (M.), « Custom as a Source of International Law », *BYIL*, vol. 47, 1974-75, p. 10 ; SUR (S.), « Quelques observations sur les normes juridiques internationales », op. cit., 901 et s.

²⁸⁶ Pour une réflexion générale sur ce sujet, voir ELIAS (O.), « The Nature of the Subjective Element in Customary International Law », *ICLQ*, 1995, vol. 44, p. 501-520.

²⁸⁷ Voir PELLET (A.), « Cours général : le droit international... », op. cit., p. 64 ; AKEHURST (M.), « Custom as a Source of International Law », op. cit., p. 33.

reprises par la jurisprudence de la CIJ. Dans l'*Affaire du Plateau continental* opposant la Libye à Malte, la Cour a clairement indiqué en effet que « la substance du droit international coutumier doit être recherchée en premier lieu dans la pratique effective et l'*opinio juris* des États »²⁸⁸.

Après avoir exposé les éléments de la formation coutumière du droit international, il importe de préciser qu'une approche excessivement formaliste de la coutume, qui dépasse le but pragmatique de description de la notion et la place dans une forme déterminée, irait à l'encontre du caractère informel de la formation spontanée du droit international²⁸⁹. Les manifestations des éléments de la formation coutumière changent au fur à mesure que la société internationale change. Pourtant, il serait juste de constater que dans l'état actuel de l'ordre international, elles émanent exclusivement de la pratique des États.

b. Le rôle du consentement de l'État dans la formation spontanée

La reconnaissance du rôle des pratiques étatiques à la contribution de la détermination de la coutume ne doit pas nous tromper. Malgré la présence étatique dans la formation du droit international coutumier, ce processus spontané de production normative ne peut être qualifié, en aucune manière, de consensuel, et encore moins de volontariste. La formation coutumière demeure encore un processus spontané, « peu manipulable »²⁹⁰ et assez élastique²⁹¹ par rapport à la formation consensualiste (i), bien que cette spontanéité soit diluée dans une vague dite de nouvelle coutume, influencée largement par les procédés techniques consensualistes (ii).

²⁸⁸ Rec. CIJ, 1986, p. 97. Cette vision de la Cour a été répétée à plusieurs reprises dans sa jurisprudence. Selon elle, pour qu'une norme coutumière se forme en droit international, il ne faut pas que la pratique étatique soit adaptée d'une manière rigoureuse à la règle en question. Il suffit qu'un comportement contraire soit considéré par les États comme une violation de la règle coutumière en question. En ce sens, voir l'*Affaire militaire et paramilitaire au Nicaragua*, Rec. CIJ, 1986, p. 98. Dans le même sens et spécifiquement sur la nécessité du sentiment de se conformer à une obligation juridique, voir également l'arrêt du 20 février 1969 de la CIJ concernant l'*Affaire du Plateau continental de la Mer du Nord*, Rec. 1969, p. 43. Concernant la coutume régionale, dans la recherche des éléments constitutifs de la coutume, la référence est faite toujours aux pratiques des États dans l'arrêt du 20 novembre 1950 relatif à l'affaire du Droit d'asile entre Colombie et Pérou, CIJ Rec. 1950, p. 276.

²⁸⁹ P.-M. Dupuy critique ce formalisme imposé à la coutume en écrivant justement que « le formalisme de la théorie classique des sources du droit international ne rend pas compte de la plasticité de la coutume et de son caractère essentiellement spontané même si elle émane des mêmes sujets de droit ». Voir DUPUY (P.-M.), « Théorie des sources et coutume en droit international contemporain », op. cit., p. 60.

²⁹⁰ VIRALLY (M.), « Panorama du droit international contemporain... », op. cit., p. 181.

²⁹¹ DUPUY (P.-M.), « Théorie des sources et coutume en droit international contemporain », op. cit., p. 60.

i. Un rôle quasi inexistant dans un processus spontané

Il est constamment soutenu par les auteurs internationalistes que le consentement de l'État se trouve à l'origine de toute création normative internationale, y compris coutumière²⁹². Afin de justifier leur conception consensualiste dont la coutume constitue le talon d'Achille²⁹³, ils font souvent recours à la théorie du consentement tacite. Selon cette théorie, tous les comportements étatiques qui contribuent d'une manière ou d'une autre à la formation de la coutume doivent être interprétés comme une forme de consentement parce qu'ils émanent de la volonté libre des États.

Pourtant, sans négliger le rôle déterminant des États dans la formation coutumière, force est de constater que cette contribution des États ne peut pas être assimilée à une forme de consentement. Les pratiques des États, qui dévoilent en quelque sorte l'existence d'une norme coutumière dans ses aspects psychologique et matériel, ne sauraient être jugées dans les marges d'une conception consensualiste du droit international. La théorie du consentement reste encore effective mais uniquement dans le domaine de la formation conventionnelle du droit international. Pour ce qui concerne le droit international coutumier, l'examen de ses éléments constitutifs par rapport à la notion de consentement nous montrera que, tout en respectant la logique intersubjective, la formation coutumière s'effectue d'une manière différente.

Pour commencer avec l'élément psychologique, *opinio juris*, son interprétation à partir d'une théorie du consentement tacite vient soit de la conception volontariste du droit international qui n'admet pas que le droit puisse se former en dehors de la volonté étatique²⁹⁴, soit d'un point de vue conciliant, considérant le consentement étatique comme un produit social, issu de l'affrontement des volontés contradictoires²⁹⁵. La première approche se forme dans une

²⁹² Voir LOBO de SOUZA (M.), « The Role of State Consent in the Customary Process », *ICLQ*, 1995, vol. 44, p. 522 ; SUR (S.), « Quelques observations sur les normes juridiques internationales », op. cit., p. 924.

²⁹³ Voir WEIL (P.), « Vers une normativité relative en droit international ? », *RGDIP*, 1982, p. 34.

²⁹⁴ Selon ce point de vue, même si le processus spontané ne permet pas que l'État donne explicitement son consentement à la norme émergente, il le fait d'une manière implicite en s'engageant dans ses comportements dont l'accumulation constitue le critère matériel de la formation spontanée. Donc, d'une manière ou l'autre, c'est l'engagement de l'État qui se trouve à l'origine de la règle coutumière, comme c'est le cas pour le droit écrit. Sur ce point voir COMBACAU (J.), SUR (S.), *Droit international public*, op. cit., pp. 47-49 et s. et COMBACAU (J.), « Le droit international : bric-à-brac ou système ? », op. cit., p. 89.

C'est également le point de vue de la Cour permanente de Justice internationale dans sa célèbre *affaire du Lotus*. Selon la Cour, les pratiques étatiques constitutives du droit coutumier constituent la manifestation de leur volonté. CPJI, *Publication des arrêts*, série A, p. 18.

²⁹⁵ Selon P.-M. Dupuy, le volontarisme, en tant que fondement du droit international, doit être entendu « dans un sens suffisamment large pour y admettre aussi l'expression de la contrainte sociale ». Voir DUPUY (P.-M.) « L'unité de l'ordre juridique international... », op. cit., p. 278. Après avoir exposé le lien entre la volonté étatique et le fait social (p. 169), l'auteur écrit, à propos de la coutume, que « l'on retrouve ainsi toujours le

optique purement étatique (et non pas forcément interétatique), qui a désormais évolué. Quant à la deuxième, d'une manière éclectique, elle y ajoute le fait social prenant en compte la réalité d'une société de juxtaposition d'États souverains interdépendants.

En ce qui concerne cette deuxième approche, même si cette considération sur la notion de consentement de l'État est correcte, une telle interprétation, concernant spécifiquement la formation de la coutume, ne saurait néanmoins être acceptable pour plusieurs raisons : d'abord les États n'agissent pas, on l'a dit, dans le but de créer une nouvelle norme vers laquelle leur consentement, même en forme tacite, puisse se diriger. Dans ce processus spontané de la formation normative, il n'existe pas d'objet précis et communément connu par les États auquel ils pourraient apporter leur consentement²⁹⁶. Ensuite, si on adopte une approche consensualiste concernant la coutume, la moindre divergence entre pratiques des États, dévoilant leur conviction de l'obligation, devrait empêcher la formation de la norme alors que, comme la CIJ l'a clairement précisé, une concordance parfaite et rigoureuse entre conduites étatiques n'est pas obligatoire²⁹⁷. Il est donc sans fondement d'essayer d'expliquer cette notion dans une optique volontariste ou consensualiste. Sans une référence individualiste, que ce soit coutume générale ou régionale, l'élément psychologique de la coutume correspond clairement à une « conscience collective » des États et non pas à leur volonté explicite ou implicite²⁹⁸.

À cet égard, l'*opinio juris* est un élément qui doit être généralisable. Tant qu'il existe une conviction générale de l'existence d'une norme coutumière, une présomption d'opposabilité pour chaque État peut donc être avancée, à moins que le contraire ne soit prouvé.

De la même manière, en ce qui concerne l'élément matériel de la coutume, les pratiques des États contribuant à la production coutumière doivent être nuancées par rapport à une forme tacite ou manifeste du consentement. Premièrement, parce qu'à la différence de la formation consensuelle, les comportements des États ne visent pas directement la fabrication d'une nouvelle règle juridique. Ils contribuent simplement à la formation de la coutume d'une

consentement des États à l'origine de la coutume, quelles que soient les interprétations de ses causes et de sa signification, qu'il résulte du poids des contraintes ou de la volonté délibérée, qu'il ait été explicitement exprimé ou qu'il résulte d'une absence de protestation » (p. 178-179). Cependant, les pratiques des États, en tant qu'expressions de la volonté, doivent être entendues évidemment dans une optique non-contractuelle. Voir DUPUY (P.-M.), KERBRAT (Y.), *Droit international public*, op. cit., p. 371.

²⁹⁶ LOBO de SOUZA (M.), « The Role of State Consent in the Customary Process », op. cit., p. 528.

²⁹⁷ CIJ Rec., *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, 1986, p. 98.

²⁹⁸ SCALLE (G.), *Précis de droit des gens*, t. 2, op. cit., p. 307. Sur la nature de l'*opinio juris* et pour une comparaison avec la notion de consentement voir ELIAS (O.), « The Nature of the Subjective Element in Customary International Law », op. cit., p. 501 et s.

manière spontanée et non réfléchi. Selon A. Pellet, l'élément matériel de la coutume se base, en effet, principalement sur des comportements étatiques qui sont des faits et non pas des actes juridiques dérivés de la volonté des États de créer une règle de droit²⁹⁹.

Deuxièmement, pour qu'une règle coutumière puisse être opposable à un État, il n'est pas nécessaire que celui-ci ait directement participé à sa formation matérielle par ses pratiques concordantes³⁰⁰. Même pour une règle coutumière d'origine conventionnelle, qui est sans contestation une démarche purement consensualiste, la Cour internationale de Justice a constaté qu'il n'est pas nécessaire que l'État ait participé à la convention concernée pour qu'il soit lié par cette règle coutumière. Quoique la Cour exige une participation des « États particulièrement intéressés »³⁰¹, elle ne recherche pas toutefois un quelconque accord des volontés parmi ces États particulièrement intéressés³⁰². Il s'agit simplement de la reconnaissance de la pratique représentative en tant que preuve du droit. C'est d'ailleurs cette particularité de la coutume qui la distingue du contrat.

G. Scelle explique la différence de la coutume par rapport à une approche contractuelle par l'expression de « la concordance des actes juridiques » qui est différente de « la réciprocité des actes »³⁰³. Selon lui, « la concordance n'a [...] à aucun degré le sens de la réciprocité », parce qu'elle n'a pas besoin d'avoir été voulue³⁰⁴. Dans le même sens, le Professeur Decaux écrit que

« la coutume constituée n'est pas soumise à une condition de réciprocité ; elle ne dépend pas du comportement des autres États, comme une convention synallagmatique est conditionnée par l'*exceptio non adimpleti contractus*. En ce sens la coutume est irréductible à une convention tacite »³⁰⁵.

Il est vrai que les actes des États à l'origine de la coutume sont autonomes. Un État n'agit pas forcément selon le comportement d'un autre, ce qui exclut dans une certaine mesure la qualification « réciproque » de ce lien inconscient. Mais ce qui est important c'est de savoir que, pour la constitution d'une règle coutumière, l'existence des actes concordants de la part

²⁹⁹ PELLET (A.), « Cours général : le droit international... », op. cit., p. 68

³⁰⁰ Voir AKEHURST Michael, « Custom as a Source of International Law », op. cit., p. 23-24 ; CARILLO-SALCEDO (J.-A.), « Droit international et souveraineté des États... », op. cit., p. 94.

³⁰¹ CIJ Rec., *Affaire Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt du 20 février 1969, p. 43, §73. Dans le même sens voir également la jurisprudence de la Cour dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*, arrêt du 27 juin 1986, p. 98, par. 186.

³⁰² PAZARCI (H.), *Uluslararası hukuk dersleri (Cours de droit international)*, Turhan Kitapevi, t.1, 7^e éd., 1998, p. 214.

³⁰³ SCELLE (G.), *Précis de droit des gens*, t. 2, op. cit., p. 306 et s.

³⁰⁴ *Idem.*, p. 307.

³⁰⁵ DECAUX (E.), *La réciprocité en droit international*, op. cit., p. 113.

de plusieurs États est nécessaire. En effet, il ne faut pas oublier que le comportement de l'État, qui agit ainsi par la nécessité générale, est motivé par la volonté de se lier avec d'autres États par un lien de droits et d'obligation réciproques. C'est pourquoi E. Decaux précise que dans la formation coutumière il existe une certaine réciprocité dans le sens que même d'une manière inconsciente chaque État contribue réciproquement à la formation d'une coutume³⁰⁶.

Il peut paraître paradoxal de refuser, d'une part, un quelconque rôle du consentement des États et d'admettre, d'autre part, que les acteurs principaux de la production coutumière restent encore les États. Pourtant, il ne l'est pas. C'est l'argument du processus collectif qui réconcilie ces deux propos. En effet, comme dans le cas de l'*opinio juris* qui exprime une conscience collective, l'élément matériel de la coutume s'appuie également sur une pratique collective, généralisable.

Dans la formation spontanée du droit international, les États ne sont pas pris individuellement et ces règles générales répondent au besoin de la société internationale toute entière³⁰⁷. Les pratiques des États expriment, d'une manière spontanée, une pensée logiquement individuelle mais formée, comme on l'avait dit pour la formation du consentement, au point d'intersection entre le vouloir, le devoir et le pouvoir de l'État. Elle est mûrie dans une psychologie collective et dans le respect de la logique de l'ordre duquel l'État fait partie. Derrière ces pratiques individuelles, il existe une influence fortement dosée de motivations collectives. Plus l'ordre concerné est intégré, plus la formation collective s'accroît et concerne un nombre considérable de règles générales. De ce point de vue, ce mode de production du droit est, certes, spontané mais correspond en même temps à un processus typiquement intersubjectif.

ii. Une spontanéité diluée : objection persistante

Alors qu'il semblait ainsi s'être abrité de toute forme d'individualisme étatique, le processus coutumier de la production normative se voit, depuis un certain moment, pénétré par le volontarisme étatique³⁰⁸. Il est vrai que dans la deuxième moitié du XX^e siècle, le facteur

³⁰⁶ Ibid. L'auteur affirme justement que « par chaque acte unilatéral, l'État se lie pour l'avenir » dans ses rapports avec les autres États (p. 123).

³⁰⁷ PELLET (A.), « Cours général : le droit international entre... », op. cit., p. 68.

³⁰⁸ Pour une approche critique au sujet, voir DUPUY (P.-M.), « À propos de l'opposabilité de la coutume générale : enquête brève sur l' 'objet persistant' », in *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement, Mélanges M. Virally*, 1991, pp. 257-272. Dans le même sens, P.-M. Dupuy écrit dans son cours à l'Académie de La Haye que « la doctrine de l'objection persistante est le symptôme d'une

étatique dans la formation spontanée du droit international, qu'on a essayé d'expliquer à travers les notions d'*opinio juris* et de pratique générale, est devenue plus visible et s'est accentué. Dans cette période dite de la « coutume nouvelle vague »³⁰⁹, ces éléments constitutifs de la coutume se manifestent directement attachés aux actes des États qui agissent dans leurs relations multi- ou bilatérales, ainsi que d'une manière unilatérale. De la même manière, l'interprétation et l'application de ces nouvelles règles coutumières s'effectuent, désormais, de plus en plus dans des cadres interétatiques, soit par les traités soit par les institutions internationales. Ceci renforce sans doute le poids des États dans la détermination et l'évolution des normes coutumières.

Ce phénomène semble fortement renforcé par une interprétation conservatrice du principe de la souveraineté qui s'y traduit comme « une faculté de blocage »³¹⁰ devant l'évolution spontanée du droit international. En effet, selon la théorie de l'objection persistante, qui a trouvé ses effets dès 1951 dans la jurisprudence de la CIJ, relative à l'affaire *anglo-norvégienne des pêcheries*, l'État qui s'est expressément opposé à l'application d'une pratique généralisée devenant ensuite une règle de droit ne serait pas lié par celle-ci, même si elle a acquis l'autorité d'une règle générale de droit international³¹¹.

Dans le même sens, le *Restatement of the Foreign Relations Law of the United States* formule cette possibilité de l'État comme suit :

« in principle a dissenting state which indicates its dissent from a practice while the law is still in the process of development is not bound by that rule of law even after it matures »³¹².

Selon cette définition, l'État ne rejette pas une règle coutumière constituée parce qu'elle est encore en formation, mais il déclare sa non-adhésion à une pratique généralisée et rejette expressément, de sa part, une quelconque conviction du droit vis-à-vis de cette pratique.

résistance plus ou moins désespérée, selon les cas, de l'individualité des souverainetés pour faire pièce aux manifestations de la 'volonté générale' à l'échelle internationale ». Voir DUPUY (P.-M.), « L'unité de l'ordre juridique international... », op. cit., p. 177. Voir également WEIL (P.), « Le droit international en quête de son identité... », op. cit., L'auteur écrit que cette théorie de l'objection persistante serait la conciliation entre la primauté objective de la règle coutumière et le volontarisme (p. 197).

³⁰⁹ ABI-SAAB (G.), « La coutume dans tous ses états... », op. cit., p. 60.

³¹⁰ CARILLO-SALCEDO (J.-A.), « Droit international et souveraineté des États... », op. cit., p. 94.

³¹¹ CIJ Rec., Arrêt du 18 décembre 1951, p. 131.

³¹² *Restatement of the Law, The Foreign Relations Law of the United States*, Saint Paul, American Law Institute Publications, 1987, vol.1, p. 26, cité par P.-M. Dupuy dans son article intitulé « À propos de l'opposabilité de la coutume générale... », op. cit., p. 258.

À cet égard, il s'avère indispensable de souligner deux points importants. Premièrement, l'objection d'un État n'entrave pas la formation de la nouvelle règle coutumière. Cette dernière continuera à régir la majorité des États concernés, excepté donc l'État objecteur³¹³. Deuxièmement, la volonté de l'État, par laquelle il déclare son opposition, entraîne la non opposabilité de la nouvelle règle. Le rôle de la volonté consiste donc à bloquer l'opposabilité. Cependant, concernant la formation de la règle coutumière pour les autres États, on ne voit pas pour quelle raison le processus classique que l'on a précédemment décrit serait modifié pour pouvoir parler d'une telle introduction du volontarisme ou du consensualisme. Tout en signifiant le renforcement du volontarisme dans le processus spontané de la formation du droit international et la confirmation de sa nature interétatique, la reconnaissance de la théorie de l'objection persistante, en tant qu'exception à la règle, constitue en même temps l'affirmation de son caractère non-contractuel. Même dans son état assez proche de la formation consensualiste, la formation spontanée n'est pas une voie contractuelle ou consensuelle.

Cette théorie de l'objection persistante, permettant à l'État seul de résister à la tendance générale, a été jugée à long terme irréaliste³¹⁴ en raison du caractère socialement inévitable du droit coutumier, qui est « l'expression des contraintes résultant de la coexistence d'une pluralité d'États et de la nécessité ressentie par ceux-ci de conduire leurs relations mutuelles de façon réglée »³¹⁵. Il est vrai que la capacité d'un État de faire obstacle à l'opposabilité d'une nouvelle règle dépend avant tout, et outre sa puissance, de la nécessité sociale que cette norme exprime. C'est pourquoi, on peut contester qu'un État isolé puisse résister longtemps à une règle généralement reconnue. Mais c'est une question d'ordre politique et sociologique. Du point de vue juridique, l'objection persistante d'un État à une pratique internationale, engendrant une nouvelle règle coutumière, fait obstacle à son opposabilité à l'égard de cet État.

³¹³ Selon J. Combacau et S. Sur, la formation coutumière du droit international est « un mode de formation majoritaire. Par conséquent la passivité ou même l'opposition d'un certain nombre d'États n'empêche pas la formation d'une règle internationale virtuellement destinée à régir l'ensemble du groupe qu'ils constituent ; elle existe comme objet puisque l'unanimité n'est pas exigée par les règles qui gouvernent sa formation » (COMBACAU (J.), SUR (S.), *Droit international public*, op. cit., p. 25). Toutefois, puisque la coutume reconnue par la majorité ne s'imposera pas à la minorité (voir WEIL (P.), « Le droit international en quête de son identité... », op. cit., p. 197) et qu'il peut avoir des coutumes régionales et même des coutumes ne liant que deux États, cette approche majoritaire est difficilement soutenable. Sans faire référence à une notion d'unanimité ou de majorité, Il s'agit plutôt d'une production commune de l'ensemble d'États concernés. Sur ce point voir AKEHURST (M.), « Custom as a Source of International Law », op. cit., particulièrement p. 26.

³¹⁴ Voir DUPUY (P.-M.), « À propos de l'opposabilité de la coutume générale... », op. cit., p. 257 et s.

³¹⁵ VIRALLY (M.), « Panorama du droit international contemporain... », op. cit., p. 182.

Toutefois, il ne faut pas surévaluer cette introduction de l'individualisme. Elle reflète tout simplement l'envie de concilier la réalité sociale et la forte présence étatique qui semblent toutes les deux déterminantes dans le processus de la fabrication du droit international. En effet, concernant la formation spontanée, on a essayé, dans la doctrine, de montrer toujours d'une manière exagérée soit l'importance du facteur étatique dans le processus coutumier de la production normative, soit sa quasi inexistence dans ce processus spontané, alors que la création coutumière de la norme internationale n'est ni un acte contractuel et volontaire d'un État, ni un processus qui exclut totalement sa contribution. Il s'agit d'une production spontanée, propre à l'ordre juridique international, qui provient des pratiques et de la conviction de l'ensemble des États concernés³¹⁶. À la formation de la règle coutumière, il y a les États mais comme un ensemble et non pas en tant qu'unités séparées. Il s'agit de la production de l'ensemble, la conséquence logique de la notion d'ordre. C'est ce qui explique d'ailleurs l'applicabilité d'une règle coutumière déjà existante à un État ayant émergé postérieurement. Ce point est très important et démonstratif pour savoir à quel point le principe de la souveraineté doit s'interpréter à travers un angle pluraliste et non plus individualiste. À la place du principe de la souveraineté de l'État, c'est désormais celui de la souveraineté des États qui règne dans le droit international contemporain.

De ce qui précède on peut conclure que l'importance de la théorie de l'objection persistante ne consiste pas dans le fait que le consentement de l'État joue un rôle encore plus décisif qu'il l'avait dans la formation spontanée, mais sur le fait que la spontanéité de cette formation est altérée. Il s'agit désormais d'un processus de formation normative plus ou moins connu et maîtrisé par les États et contestable par leurs objections. En conséquence, cette altération de la spontanéité ouvre ce processus de formation normative aux interventions des sujets concernés. Ce changement est directement lié à l'évolution des modes de formation du droit international qui semble s'effectuer désormais dans un cadre de plus en plus institutionnalisé.

³¹⁶ Pour déterminer le processus de la formation coutumière du droit international, M. Virally, écartant l'individualisme étatique, n'exclut toutefois pas qu'il soit qualifié volontaire dans le sens d'un processus voulu de la part des États. Voir son intervention à la Table de discussion, organisée à l'Université européenne de Florence en 1985, in *Change and stability in international law-making*, A. Cassese et J. H. Weiler (sous dir.), 1988, p. 110.

B. L'évolution des modes de formation du droit international

Puisque l'ordre juridique international manque de mécanismes législatifs structurés, le processus de fabrication du droit peut varier et s'effectuer dans différentes arènes de la vie internationale selon l'évolution des relations internationales. En effet, face à une demande incessante de régulation de la communauté internationale dans différents domaines de la vie internationale, le phénomène d'institutionnalisation se présente aujourd'hui comme un vecteur puissant de l'évolution normative (1). Après avoir examiné les effets de ce phénomène sur le développement du droit international, il va falloir le situer par rapport à la logique intersubjective, qui détermine toute normativité internationale, afin de pouvoir appréhender et poursuivre la trajectoire de cette évolution (2).

1. Le vecteur de l'évolution : l'institutionnalisation de la formation du droit international

Alors que les ordres juridiques étatiques possèdent des mécanismes institutionnels qui permettent d'adapter le droit national aux exigences nouvelles de la vie sociale et de remplacer le moment venu une règle établie par une nouvelle règle, les bouleversements et les changements politico-économiques continuels de la vie internationale ne trouvent pas instantanément leur reflet dans l'ordre juridique international.

Épaulée par la prise de conscience des États de leur interdépendance, l'institutionnalisation de l'ordre juridique international s'est graduellement intensifiée au cours de la deuxième moitié du XX^{ème} siècle. Cette évolution n'a pas manqué d'effet sur la formation normative du droit international³¹⁷. Sans entrer dans un examen approfondi de toutes les organisations internationales existantes et de leur rôle dans la formation du droit international, qui est à peu près identique, on va se contenter d'examiner, à titre d'exemple le plus important, le cas de l'organisation mondiale, l'ONU (a), afin d'appréhender ensuite les conséquences générales de ce phénomène d'institutionnalisation sur la production normative (b).

³¹⁷ Dans son avis consultatif du 11 avril 1949, la CIJ constate en effet le rôle de l'institutionnalisation, incitée par « les exigences de la vie internationale », au développement du droit international. CIJ Rec., Avis consultatif sur la *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, 1949, p. 178.

a. La contribution normative de l'Organisation mondiale

Par la généralité de ses buts et en tant que reflet direct de la structure de la communauté internationale, l'Organisation des Nations Unies n'est naturellement comparable à aucune autre organisation internationale. Aujourd'hui, outre ses actions dans le domaine de la sécurité internationale, son apport au développement normatif du droit international est une réalité indéniable. Cela étant, la forme et la qualité de cette contribution suscitent des interrogations. Malgré un débat récent sur le rôle de créateur de droit de ses organes, particulièrement de l'Assemblée générale et du Conseil de sécurité (ii), sa contribution à la formation du droit international s'accroît avant tout et essentiellement dans le domaine matériel de la production normative (i).

i. Une contribution matérielle à la formation de nouvelles règles

Comme auparavant, aujourd'hui encore, l'instrument principal de la formation du droit international est sans doute la diplomatie interétatique. S'organisant jusqu'aux premières décennies du XX^{ème} siècle d'une manière assez aléatoire, les négociations multilatérales se voient aujourd'hui dotées des cadres permanents et précieux grâce aux organisations internationales. Pour parler spécifiquement de l'exemple onusien, il est indiscutable que son Assemblée générale, regroupant la quasi-totalité des États existants, apparaît comme « un formidable forum où tous les sujets peuvent être abordés, toutes les situations évoquées »³¹⁸. C'est en ce sens qu'elle est qualifiée comme un lieu de « diplomatie quasi-parlementaire »³¹⁹ au niveau international. Ce phénomène de « l'institutionnalisation de la diplomatie multilatérale », qui « modifie substantiellement la configuration du camp des forces diplomatiques » fait également sentir ses conséquences sur la formation du droit international, d'abord sur le plan matériel, en facilitant la mise en mouvement de ce processus de fabrication³²⁰.

La contribution matérielle de l'ONU à la formation normative du droit international s'effectue principalement sur deux fronts : l'identification du droit existant et l'incitation à la formation de nouvelles règles. Mais avant de les analyser, il convient d'examiner brièvement les mécanismes dont l'organisation mondiale dispose à ce sujet.

³¹⁸ PELLET (A.), « La formation du droit international dans le cadre des Nations Unies », op. cit., p. 410.

³¹⁹ DUPUY (P.-M.), KERBRAT (Y.), *Droit international public*, op. cit., p. 407 et s. ; VIRALLY (M.), *L'Organisation mondiale*, Collection U, A. Colin, 1972, p. 170.

³²⁰ VIRALLY (M.), *L'Organisation mondiale*, op. cit., p. 165 et s., notamment p. 168.

Le système onusien est constitué, selon son traité constitutif, la Charte, d'organes principaux (Assemblée générale, Conseil de sécurité, Conseil économique et social et Cour internationale de justice) et subsidiaires (commissions, comités et groupes de travail *ad hoc*, etc.), qui sont créés pour des missions spécifiques et auxquelles des compétences nécessaires à la réalisation de leurs missions ont été attribuées. En ce qui concerne la formation normative du droit international, cette question ne se voit pas consacrer une place particulière dans le cadre des Nations Unies. Seul son article 13 attribue à l'Assemblée Générale une tâche de contribuer au développement progressif du droit international et à sa codification. L'Assemblée générale accomplit cette mission à travers des commissions³²¹ créées par ses résolutions qui sont chargées d'organiser et de préparer les procédures d'élaboration des traités³²². En dehors d'elles, il n'y a pas de mécanismes véritablement systématisés³²³.

C'est pourtant à travers l'exercice de diverses fonctions par ses organes que le système onusien est devenu, selon le mot d'A. Pellet, une « formidable machine à fabriquer du droit international »³²⁴. Les résolutions et les déclarations de ses organes intergouvernementaux, ainsi que la jurisprudence de son organe judiciaire principal, la Cour internationale de justice, contribuent sans cesse matériellement au développement normatif du droit international.

Cette contribution s'effectue donc d'abord sur le plan de l'identification du droit existant. Elle concerne particulièrement le droit international coutumier et consiste en l'organisation de grandes conventions de codification, convoquées par l'ONU sur un projet préparé par une de ses commissions que l'on a citées. Par là, l'Assemblée générale remplit sa mission d'encourager la codification du droit international. La transcription des règles coutumières dans un texte écrit est une démarche sans doute importante pour le développement normatif du droit international. Elle constitue d'abord la preuve de l'existence de la règle coutumière et apporte des précisions sur sa signification.

³²¹ La Commission du droit international (Rés. 174 (II) du 21 novembre 1947), la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (Rés. 2205 (XXI) du 17 décembre 1966), la Commission de la fonction public internationale (Rés. 3357 (XXIX) du 18 décembre 1974), la Commission du désarmement (Rés. 502 (VI) du 11 janvier 1952) et la Commission de consolidation de la paix (Rés. 60/180 du 30 décembre 2005) Pour une analyse approfondie, voir le « Rapport Général » de Yves Daudet, in *La codification du droit international*, colloque d'Aix-en-Provence, SFDI, Pedone, 1999, pp. 129-174, notamment p. 133 et s.

³²² Pour quelques exemples de conventions préparées par l'initiative de l'Assemblée générale et concernant leur rapport avec ses résolutions voir WOLF (F.), « Élaboration, adoption, coordination, les activités normatives et quasi normatives », in *Manuel sur les organisations internationales*, pp. 283-285. Concernant la formation normative du droit international à travers les conférences internationales convoquées par les Nations Unies, voir également ANDERSON (D.-H.), « Law-Making processes in the UN system – Some impressions », *Max Planck YBUNL*, 2008, pp. 23-50.

³²³ WOLF (F.), « Élaboration, adoption, coordination... », op. cit., p. 290 et s.

³²⁴ PELLET (A.), « La formation du droit international dans le cadre des Nations Unies », op. cit., p. 403.

Sur ce rôle déclaratif du droit existant, un rôle qui comprendra également la précision et l'interprétation du droit écrit, il convient d'évoquer l'apport des résolutions des organes intergouvernementaux et de son organe judiciaire. Il est vrai que la CIJ, considérée avec sa devancière, la Cour permanente de Justice internationale, comme « les 'adaptateurs de droit' les plus efficaces de l'ordre juridique international »³²⁵, a beaucoup contribué à l'établissement d'un ordre juridique cohérent dans sa substance³²⁶, en dégagant l'existence, la portée et la signification exacte des règles internationales³²⁷. Quant aux résolutions des organes, celles de l'Assemblée générale sont particulièrement importantes et riches en exemples³²⁸. Pour en citer quelques unes, qui déclarent en quelque sorte le droit international en vigueur, il y a la résolution 2625 (XXV) du 24 octobre 1970 sur les principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États, ou encore la résolution 3281 (XXIX) du 12 décembre 1974 sur les droits et devoirs économiques des États. Avec celles-ci, de nombreuses résolutions ont été plusieurs fois utilisées par la CIJ comme preuve du droit³²⁹. D'ailleurs, dans son avis du 8 juillet 1996 sur *la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, la Cour, se référant directement à certaines résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies pour rechercher l'existence d'une norme juridique en la matière, constate clairement que ces résolutions « peuvent, dans certaines circonstances, fournir des éléments de preuve importants pour établir l'existence d'une règle »³³⁰.

³²⁵ PELLET (A.), « L'adaptation du droit international aux besoins changeants de la société internationale », *RCADI*, vol. 329, 2007, p. 21.

³²⁶ Voir JOUANNET (E.), « Le juge international face aux problèmes d'incohérence et d'instabilité du droit international. Quelques réflexions à propos de l'arrêt CIJ du novembre 2003, affaire des Plates-formes pétrolières », *RGDIP*, 2004, pp. 917-948.

³²⁷ Pour un examen approfondi sur le sujet, voir DUPUY (P.-M.), « Le juge et la règle générale », *RGDIP*, 1989, pp. 569-598. Selon l'auteur, le juge international contribue à l'évolution du droit international par sa fonction de « traducteur-interprète des exigences de la solidarité sociale » (p. 594). Il convient de préciser que cette fonction de la juridiction internationale que L. Condorelli appelle « fonction de suppléance normative » ne contribue à la formation de la norme internationale que matériellement (voir CONDORELLI (L.), « L'autorité de la décision des juridictions internationales permanentes », in *La juridiction internationale permanente*, SFDI, Pedone, 1987, p. 312). Sinon, comme M. Bedjaoui écrit dans son cours à l'Académie de La Haye, « [d]ans cette fonction, la Cour ne remplace pas les États ; suppléance n'est pas substitution. La Cour ne crée pas une 'source' de droit ; elle agit sur la règle de droit seulement au niveau de son contenu matériel qu'elle précise [...] le développement du droit auquel la jurisprudence de la Cour procède ne devient du droit positif qu'après sa 'réception' par les États ». Voir BEDJAOUI (M.), « L'humanité en quête de paix et de développement », *RCADI*, 2006, vol. 325, p. 472 et p. 473.

³²⁸ Au sujet des résolutions déclaratives de l'Assemblée générale voir VISSCHER (de) (P.), « Valeur et autorité des actes des organisations internationales », in *Manuel sur les organisations internationales*, R.-J. Dupuy (sous dir.), M. Nijhoff, 1988, p. 324 et s. ; DUPUY (R.-J.) Dupuy, *La communauté internationale...*, op. cit., p. 134 et s.

³²⁹ Voir TOMUSCHAT (C.), « Obligations Arising for States without or against their Will », op. cit., p. 332 ; DOMINICÉ (C.), « Valeur et autorité des actes des organisations internationales », in *Manuel sur les organisations internationales*, R.-J. Dupuy (sous dir.), M. Nijhoff, 2^e éd., 1998, pp. 441-461.

³³⁰ CIJ, Rec. 1996, pp. 254-256, par. 70 et s. Sur ce sujet voir notamment REUTER (P.), « Organisations internationales et évolution du droit », in *Le développement de l'ordre juridique international, Écris de droit*

À côté de ce rôle déclaratif du droit existant, les résolutions de l'Assemblée générale peuvent également contribuer à l'émergence substantielle de nouvelles règles³³¹ qui seront portées à la vie juridique par la voie conventionnelle ou spontanée de la formation du droit suivant la même logique interétatique. D'abord, elles accomplissent un rôle très important dans la formation coutumière du droit international. L'Assemblée générale s'affirme, d'une part, dans un rôle de faiseur de l'*opinio juris*³³² et contribue à l'émergence d'une conviction au niveau international³³³ et, d'autre part, permet par ses résolutions, sous forme de « *soft law* », à la concrétisation des pratiques générales³³⁴, nécessaires à la formation coutumière.

Ensuite, les résolutions de l'Assemblée générale facilitent l'insertion d'un contenu normatif à une convention internationale³³⁵. Au sujet du rôle de l'ONU qui déclenche la formation d'une nouvelle règle, la résolution de l'Assemblée générale sur les principes juridiques régissant les activités des États en matière d'exploration et d'utilisation de l'espace extra-atmosphérique constitue un bon exemple³³⁶. Adoptés toute de suite après le lancement du premier satellite par l'URSS en 1957, ces principes sont considérés ensuite comme des règles coutumières et pour être consacrés plus tard, le 27 janvier 1967, dans le Traité sur les principes juridiques régissant les activités des États en matière d'exploration et d'utilisation de l'espace extra-atmosphérique, y compris la Lune et les autres corps célestes.

Ainsi, par leur contribution matérielle, les activités des organes des Nations Unies font sans doute partie intégrante du processus normatif. L'Organisation mondiale se présente comme un lieu de gestation normative. Quant à la question de savoir si ses activités institutionnelles

international, *Economica*, 1995, pp. 115-127 ; SLOAN (B.), « General Assembly Resolutions Revisited », *BYBIL*, 1987, pp. 39-150, particulièrement p. 68 et s. ; CAZALA (J.), « Le rôle du *soft law* dans l'interprétation du droit international », accessible en ligne à l'adresse suivante : http://analedrept.utm.ro/Lucrari/2009/2009_articol_04.pdf.

³³¹ Dans sa délibération sur les résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies, l'Institut de Droit International (IDI) les distingue en fonction de leur contribution normative sous deux catégories. Il y a des résolutions déclaratives du droit et des résolutions qui développent le droit. *AIDI*, Session du Caire, vol. 62/II, 1987, pp. 273-289, les conclusions 3, 4 et 5, pp. 277-279.

³³² BOISSON de CHAZOURNES (L.), « Commentaire », in *L'influence des sources sur l'unité et la fragmentation du droit international*, R. H. Vinaixa et K. Wellens (sous dir.), Bruylant, 2006, p. 77.

³³³ Voir l'avis consultatif de la CIJ du 8 juillet 1996 sur *La licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, CIJ Rec., 1996, p. 255, §70 ; SLOAN (B.), « General Assembly Resolutions Revisited », op. cit., p. 93. C'est ainsi que, par exemple, le principe de l'interdiction du recours à la force, énoncé d'abord à la Charte, figurant ensuite dans diverses résolutions de l'Assemblée générale, se voit aujourd'hui dotée de l'autorité d'une norme coutumière de droit international générale, indépendamment de ces textes écrits.

³³⁴ Voir CAHIN (G.), *La coutume internationale et les organisations internationales, l'incidence de la dimension institutionnelle sur le processus coutumier*, Pedone, 2001, 782 p., plus particulièrement pp. 23-254. Voir également DUPUY (R.-J.), « Droit déclaratoire et droit programmatore : de la coutume sauvage à la « *soft law* », in *L'élaboration du droit international public*, SFDI, Pedone, 1975, pp. 132-148.

³³⁵ SLOAN (B.), « General Assembly Resolutions Revisited », op. cit., p. 67.

³³⁶ La résolution 1962 (XVIII) du 13 décembre 1963, intitulée « Déclaration des principes juridiques régissant les activités des États en matière d'exploration et d'utilisation de l'espace extra-atmosphérique ».

constituent une nouvelle source ou un nouveau mode de formation du droit international, une réponse positive est moins évidente.

ii. L'aspect formel de la contribution : un pouvoir normateur ?

Concernant le pouvoir normateur de l'ONU dans l'aspect formel de la fabrication du droit international, il convient de dire d'emblée qu'aucune disposition de la Charte ne lui confère un pouvoir législatif. Il lui a été même refusé expressément au cours des travaux préparatoires de la Charte³³⁷. Le même constat est également partagé, pour le cas de l'Assemblée générale, dans les travaux de l'Institut de droit international. Dans ces travaux, il est clairement indiqué que l'Assemblée Générale de l'ONU n'est pas dotée d'un « pouvoir d'arrêter des règles qui lient les États dans leurs relations mutuelles »³³⁸.

Pourtant, il est aussi vrai que comme toutes les organisations internationales institutionnalisées, l'ONU possède également un système d'ordonnance plus ou moins effectif et nécessaire à l'exercice de ses fonctions³³⁹. Toutefois, l'analyse de la valeur juridique des décisions et des résolutions de ses organes³⁴⁰ à la lumière de la théorie des sources et de la logique intersubjective montre que, du point de vue de l'aspect formel de la question, l'évolution portée par l'institutionnalisation ne remet pas encore en cause le principe général que l'on a exposé au sujet de la formation classique du droit international.

En effet, concernant d'abord son organe plénier, l'Assemblée générale, il existe des interrogations sur une éventuelle émergence d'une nouvelle forme consensualiste du droit international à travers ses décisions. Les résolutions de l'Assemblée générale, organe qui rassemble la quasi-totalité des États existants, peuvent-elles être acceptées comme une forme d'accord au niveau international ? Il est vrai que le rattachement de la forme consensualiste au traité dans sa forme classique n'est pas absolu. Comme la Cour internationale de justice l'a constaté, « un accord international peut prendre des formes variées et se présenter sous des

³³⁷ RUSSEL (R. B.), *A history of the UN Charter*, 1958, p. 759, cité par P. De Visscher, « Valeur et autorité des actes des organisations internationales », op. cit., p. 324.

³³⁸ AIDI, Session du Caire, vol.62/II, 1987, pp. 273-289, la conclusion 1, p. 277. Voir également le rapport de K. Skubiszewski dans la session d'Helsinki de l'Institut, vol. 61/I, 1985, notamment p. 33 et s. et p. 85 et s. ; VERHOEVEN (J.), « Considération sur ce qui est commun. Cours général de droit international public », RCADI, vol. 334, 2002, p. 140 et 141.

³³⁹ CARILLO-SALCEDO (J.-A.), « Droit international et souveraineté des États... », op. cit., p. 161.

³⁴⁰ Pour un examen spécifique sur le sujet voir VIRALLY (M.), « La valeur juridique des recommandations des organisations internationales », *AFDI*, 1956, pp. 66-96.

dénominations diverses »³⁴¹. Dans ce domaine, selon elle, « la terminologie n'est pas un élément déterminant quant au caractère d'un accord ou d'un engagement international »³⁴².

Cela étant, si on examine la force juridique des résolutions de l'Assemblée générale, excepté son pouvoir réglementaire limité par rapport au fonctionnement interne de l'Organisation concernant le budget (art. 17 de la Charte), la création des organes subsidiaires (art. 22), le statut du personnel (art. 101) et le règlement intérieur de l'Assemblée générale (art. 21), son pouvoir de débattre ne peut aboutir qu'à des recommandations, par définition sans valeur obligatoire³⁴³. Pourtant, afin que l'on puisse considérer qu'une forme fasse partie des sources formelles, il ne suffit pas qu'elle porte un nouveau contenu normatif. Il faut également que cette nouvelle norme en retire sa validité juridique³⁴⁴. Concernant les recommandations de l'Assemblée générale, cette capacité est en effet absente³⁴⁵.

D'ailleurs, même sans rester attaché à une théorie excessivement formelle des sources du droit international, force est de constater qu'en état actuel du droit international la voie institutionnalisée au sein de l'Assemblée générale n'offre pas un nouveau mode de formation. En effet, même sous un angle considérant les résolutions de l'Assemblée générale comme une sorte d'accord international manifestant « la volonté générale de la communauté internationale », obtenant désormais un statut législatif³⁴⁶, ce processus normatif restera toujours dans le mode consensualiste ou spontané de la formation du droit international³⁴⁷ qui suit toujours, on l'a dit, la logique interétatique.

Le véritable débat sur la capacité de l'ONU de créer du droit tourne autour de son Conseil de sécurité³⁴⁸. Il est incontestable que ses résolutions peuvent imposer des obligations juridiques

³⁴¹ CIJ, *Affaire de la délimitation maritime et des questions territoriales entre Qatar et Bahreïn*, arrêt du 1^{er} juillet 1994, CIJ Rec. 1994, p. 120.

³⁴² CIJ, *Affaire du Sud-ouest africain*, CIJ Rec. 1962, p. 331-332

³⁴³ Cela n'empêche, on le répète, qu'elles aient parfois une valeur normative en annonçant les règles coutumières existantes. Voir l'avis consultatif de la CIJ du 8 juillet 1996 sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, Rec. CIJ, §70.

³⁴⁴ JENNINGS et WATTS, *Oppenheim's international law*, op. cit., p. 23

³⁴⁵ Pour les exemples du refus de la part des États et de la jurisprudence internationale d'admettre un tel pouvoir législateur de l'Assemblée générale voir DANILENKO (G.-M.), *Law-making in the International Community*, op. cit., p. 207-208

³⁴⁶ Idem., p. 204 ; DUPUY (P.-M.), « L'unité de l'ordre juridique... », op. cit.

³⁴⁷ PELLET (A.), « La formation du droit international dans le cadre des Nations Unies », op. cit., p. 404. Voir également DOMINICÉ (C.), « Valeur et autorité des actes des organisations internationales », op. cit., Selon l'auteur, c'est toujours « le facteur consensuel qui demeure la caractéristique des méthodes au moyen desquelles les organisations internationales s'efforcent de s'acquiescer de leur fonction normative », p. 461.

³⁴⁸ Pour une analyse détaillée sur le sujet voir l'article de ARANGIO-RUIZ (G.), « On the Security Council's 'law-making' », *Rivista di Diritto Internazionale*, 2000, pp. 609-725.

internationales aux États³⁴⁹. Mais depuis quelques années, ses pratiques récentes provoquent un débat assez vif sur cette fonction du Conseil. Certains auteurs considèrent qu'il va au-delà de ses compétences en s'attribuant un rôle de créateur du droit international, voire d'un « véritable législateur international »³⁵⁰.

Dévoilée d'abord au moment de la création des Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et pour le Rwanda, la volonté du Conseil de sécurité de sortir de son cadre d'action classique s'est accentuée avec l'adoption de certaines résolutions suite aux événements du 11 septembre 2001. À cet égard, les résolutions 1373³⁵¹ et 1377³⁵², que le Conseil a adoptées en 2001 en vue de lutter contre le terrorisme international, méritent particulièrement d'être évoquées. Plus récemment encore, en 2004, le Conseil de sécurité a adopté la résolution 1540³⁵³ concernant les armes de destruction massive. D'après une grande majorité de la doctrine, par ces résolutions, le Conseil sort de son rôle, qui est d'agir dans une situation concrète, en adoptant des décisions individuelles, pour se placer sur un terrain général et impersonnel³⁵⁴. Il est vrai que par ces résolutions le Conseil de sécurité impose des définitions et des mesures à suivre pour tous les États sans distinction, membres ou non-membres de l'ONU.

Sans aborder la question des effets juridiques des décisions des organisations internationales sur les États tiers que l'on va traiter ultérieurement, il semble qu'il existe deux points à éclairer sur ces actions soi-disant législatrices du Conseil dans lesdites résolutions. En sachant qu'un quelconque pouvoir normateur n'entre pas dans la compétence du Conseil de sécurité telle que définie par la Charte³⁵⁵, le premier point concernera la question de savoir si le Conseil de sécurité reste dans sa compétence en adoptant ces résolutions. Les réponses données à cette question sont diverses selon l'interprétation des pratiques du Conseil et celle de la Charte. Les compétences attribuées par la Charte des Nations Unies au Conseil de sécurité – le maintien de la paix et de la sécurité internationales – sont formulées d'une

³⁴⁹ L'avis consultatif de la CIJ du 22 juillet 2010 sur la *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo*, par. 85.

³⁵⁰ CHEMILLIER-GENDREAU (M.), « Le droit international entre volontarisme et contrainte », in *L'évolution du droit international, mélanges H. Thierry*, Pedone, 1998, p. 100

³⁵¹ La résolution du 28 septembre 2001, S/RES/1373 (2001).

³⁵² La résolution du 12 novembre 2001, S/RES/1377 (2001).

³⁵³ La résolution du 28 avril 2004, S/RES/1540 (2004).

³⁵⁴ Voir par exemple, PELLET (A.), « Cours général : le droit international... », op. cit., p. 59.

³⁵⁵ G. Arangio-Ruiz affirme effectivement que « the Security Council was simply not meant, by the authors of the Charter, to be the 'Directorate', the legislator, and the judge that a number of authors seem to be ready to recognize it to be, *de jure condito* or *condento* ». Voir ARANGIO-RUIZ (G.), « On the Security Council's 'law-making' », op. cit., p. 688.

manière, certes, limitée mais également assez abstraite et générale pour qu'une interprétation évolutive, large et adaptée aux besoins de nouvelles situations émergentes puisse les élargir³⁵⁶. C'est ainsi que le Conseil de sécurité, considérant les actes de terrorisme international ou la prolifération des armes nucléaires, chimiques et biologiques comme des menaces les plus graves à la paix et la sécurité internationales au XXI^{ème} siècle, s'est déclaré compétent pour « agi[r] en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies »³⁵⁷. Malgré donc un certain accroissement des compétences du Conseil à travers une interprétation large de la notion de « menace contre la paix »³⁵⁸, il faut considérer que ces pratiques du Conseil de sécurité relèvent de sa responsabilité principale qui consiste à faire face à des situations exceptionnelles d'urgence³⁵⁹.

Quant au deuxième point, il concerne la question de savoir si cette interprétation évolutive de la compétence du Conseil de sécurité atteint un niveau que l'on peut considérer comme une nouvelle source du droit international. Avant d'aborder cette question, il convient de bien distinguer deux notions différentes : la source de droit objectif et la source d'obligations et de droits subjectifs³⁶⁰. Le fait que les résolutions du Conseil de sécurité soient obligatoires pour les États membres et, le cas échéant, non membres, ne permet pas de considérer ces obligations comme découlant du droit objectif, créé par des actes législateurs du Conseil de sécurité. Ses résolutions peuvent certes engendrer des droits et des obligations mais uniquement dans le sens subjectif du terme³⁶¹. En effet, comme Sir G. Fitzmaurice l'affirme, « [t]he law is that the obligation must be carried out, but the obligation is not, in itself, law »³⁶².

³⁵⁶ TOMUSCHAT (C.), « Obligations Arising for States without or against their Will », op. cit., p. 334 et s.

³⁵⁷ En effet, le Conseil de sécurité emploie expressément cette expression dans ses résolutions 1373 (2001), 1377 (2001) et 1540 (2004).

³⁵⁸ PELLET (A.), « Cours général : le droit international... », op. cit., p. 60.

³⁵⁹ L'intervention de G. Abi-Saab, in *Quel droit international pour le 21^e siècle ?*, Yves Sandoz (sour dir.), Colloque international organisé avec le soutien du Département fédéral des Affaires étrangères, Neuchâtel, 6-7 mai 2007, Bruylant, 2007, p. 67 et s.

³⁶⁰ ABI-SAAB (G.), « Les sources du droit international... », op. cit., p. 39. Il convient de préciser que cette même distinction entre la source de droit objectif et la source d'obligations et de droits subjectifs conduit au même résultat concernant le sujet des actes unilatéraux des États. Considérés par certains comme une nouvelle source du droit international, ces actes ne peuvent être pourtant que la source des droits et des obligations subjectifs et non pas celle de droit objectif.

³⁶¹ Si l'exercice de cette fonction peut être considérée, dans le sens large du terme, comme un pouvoir normatif, ce dernier ne peut exister qu'en vertu des compétences attribuées dans la Charte des Nations Unies. Voir WEIL (P.), « Le droit international en quête de son identité... », op. cit., p. 153.

³⁶² FITZMAURICE (G.), « Some Problems Regarding the Formal Sources of International Law », op. cit., p. 158 et p. 175.

L'autorité des résolutions du Conseil de sécurité découle en grande partie des engagements institutionnels des États membres. Ces résolutions sont obligatoires parce que c'est la Charte, signée et reconnue par la quasi-totalité des États, qui leur attribue une telle autorité. Concernant l'opposabilité de ces résolutions aux États tiers, il faut savoir que ces résolutions sont adoptées par un organe compétent d'une organisation internationale qui possède, exceptionnellement, une compétence objective en matière de sécurité internationale³⁶³. D'ailleurs, l'examen des résolutions citées nous montre que le Conseil se contente généralement de rappeler les obligations existantes, qui découlent quasiment des normes internationales générales. Par conséquent, elles engendrent des obligations dérivées et ne créent pas de droit originaire.

Le Conseil de sécurité n'a pas été instauré comme un organe normateur mais comme un organe d'action rapide. Il accomplit des missions que l'on peut comparer à celles d'un gouvernement à l'intérieur de l'État. Cette analogie est particulièrement évocatrice dans la mesure où la fonction des résolutions du Conseil de sécurité peut être expliquée, à certains égards, par rapport au pouvoir réglementaire d'un gouvernement qui agit dans sa compétence attribuée par la constitution et en vertu de normes du droit interne bien déterminées.

Sans faire l'apologie de la théorie volontariste, force est de constater que le pouvoir législatif du Conseil de sécurité est un mirage, et ceci pour une raison simple : cette image plus ou moins déformée du Conseil de sécurité, qui correspondrait à une dimension supra-étatique du droit, est tout simplement incompatible avec sa raison d'être, avec sa fonction de gardien du temple, c'est-à-dire la sauvegarde du système interétatique actuel³⁶⁴.

b. Les incidences de l'institutionnalisation internationale sur la production normative

Le droit international a connu, au cours du siècle dernier, une expansion quantitative des normes, liée à l'augmentation incessante de la demande de normes dans les domaines les plus variés. Alors que cette exigence de régulation sur le plan international a incité à l'institutionnalisation de la diplomatie internationale et des négociations interétatiques, cette

³⁶³ DUPUY (P.-M.), KERBRAT (Y.), *Droit international public*, op. cit., p. 201-202.

³⁶⁴ Il est certain que la reconnaissance d'un tel pouvoir législateur créerait également, aux yeux de la communauté internationale, un problème de crédibilité d'un tel organe, composé de quinze membres parmi lesquels des grandes puissances dotées d'un droit de veto et dont la capacité de représentation est discutable. Mais au-delà de ce problème de crédibilité du Conseil de sécurité, susceptible d'être résolu par un projet de réforme de sa composition, il est important de souligner qu'une telle fonction ne lui serait jamais attribuée, si ce n'est pas au détriment du système interétatique.

évolution progressive de l'ordre international vers l'institutionnalisation a emporté, en contrepartie, d'importantes conséquences sur les conditions d'élaboration des règles³⁶⁵. En introduisant une certaine souplesse processuelle dans la formation du droit international, elle a permis l'accélération du rythme de la fabrication des règles et le rapprochement des modes classiques de la formation du droit international.

Le premier impact de cette institutionnalisation sur la fabrication du droit international est à rechercher dans le mode consensualiste. Il convient d'évoquer à cet égard le rôle de la Commission du droit international³⁶⁶. Pour l'organisation de grandes conventions internationales, la contribution de cet organe subsidiaire de l'ONU est incontestable. Ayant pour mission de favoriser le développement progressif et la codification du droit international, la CDI contribue à la formation conventionnelle du droit international par ses projets d'articles³⁶⁷.

Mais en dehors de l'organisation de grandes conventions, le phénomène de l'institutionnalisation offre d'autres possibilités et des cadres précieux permettant de dévoiler une sorte de consensus et d'accélérer ainsi la formation normative. Traditionnellement, le traité constitue la forme principale d'expression du consensus entre les États. Aujourd'hui, il peut avoir d'autres formes (certes moins contraignantes que les traités) du consensus ou une sorte de consensus informel qui ne porte pas forcément sur un objet écrit et précis, comme ce serait le cas pour le traité, mais qui contribue à la formation d'une nouvelle règle en tant que base matérielle d'une convention internationale et surtout de la formation spontanée.

Il est vrai que grâce à des plateformes offertes par l'institutionnalisation de l'ordre international, les éléments constitutifs de la coutume, qui sont la pratique générale et l'*opinio juris*, sont exprimés d'une manière accélérée et explicite à travers des actes plus ou moins formels des organisations internationales, ce qui permet de parler d'une certaine formalisation de la formation coutumière du droit international³⁶⁸.

La jurisprudence de la CIJ dans l'*affaire du Plateau continental de la mer du Nord* constitue à cet égard la meilleure référence à ce phénomène d'accélération du rythme de la production

³⁶⁵ DUPUY (P.-M.), « Théorie des sources et coutume en droit international contemporain », op. cit., p. 65 ; CARILLO-SALCEDO (J.-A.), « Droit international et souveraineté des États... », op. cit., p. 160.

³⁶⁶ Créée le 21 novembre 1947 par la résolution A/RES/174(II) de l'Assemblée générale des Nations Unies.

³⁶⁷ Voir le site d'internet de la CDI pour des exemples des conventions portant sur ses projets : <http://www.un.org/fr/aboutun/structure/ilc.shtml>

³⁶⁸ DANILENKO (G. M.), « Law-making in the international community », op. cit., p. 79.

normative coutumière³⁶⁹. Il est vrai que la coutume est traditionnellement considérée comme de formation lente et, par conséquent, conservatrice. Cependant, la multiplication des relations interétatiques sur des sujets relativement nouveaux et l'accélération des changements de données et de leur manifestation par des actes divers ont rendu le processus spontané de la formation du droit international relativement rapide.

Il a également lieu de relever que ce phénomène de formalisation de la formation coutumière est intimement lié au rapprochement des modes consensualiste et spontanée de la formation du droit international. Ces deux modes de formation se soutiennent mutuellement. Les éléments nouvellement exposés par l'un engendrent la formation d'une nouvelle règle par l'autre. Pendant la formation d'une nouvelle règle, si les difficultés se présentent dans une voie, elles sont dépassées par l'autre. Les textes écrits, comme les traités, les conventions multilatérales ou les résolutions des organisations internationales, ont des incidences sur la formation des règles coutumières. Comme dans l'*affaire du Plateau continental de la mer du Nord*, les négociations d'un traité contribuent ainsi à la formation ultérieure d'une nouvelle règle coutumière. Grâce à l'institutionnalisation de l'ordre juridique international, les textes conventionnels ou les résolutions des organisations internationales sont de plus en plus considérées comme l'expression du droit coutumier en vigueur et comme ayant une validité juridique universelle, même pour les États qui ne l'ont pas ratifié ou expressément participé à sa rédaction³⁷⁰. Par là, ces deux modes se rapprochent et se complètent³⁷¹, ce qui permet une certaine souplesse et rapidité dans la formation du droit international.

Après avoir examiné la nature de la contribution normative de l'institutionnalisation internationale et ses incidences sur la structure normative de l'ordre international, il sera utile de situer cette évolution par rapport à la logique intersubjective que l'on a définie étant à l'origine de toute normativité internationale.

³⁶⁹ CIJ, Rec. 1969, p. 43, §74. La Cour constate en effet que l'écoulement d'un laps de temps relativement court n'empêche pas la formation d'une nouvelle règle coutumière.

³⁷⁰ SCHELLE (G.), *Précis du droit des gens*, t.1, op. cit., p. 52.

³⁷¹ Au sujet de cette interaction entre le traité et la coutume voir DANILENKO (G. M.), « Law-making in the international community », op. cit., p. 130 s., plus particulièrement pp. 147-162.

2. La trajectoire de l'évolution : le renforcement de la nature intersubjective du droit international

Malgré les changements bouleversants que l'ordre international a connus dans la deuxième moitié du XX^e siècle, les modes classiques de fabrication du droit international n'ont pas été touchés³⁷². L'institutionnalisation de cet ordre international, qui a permis la réalisation collective du droit international et son adaptation plus rapide à la société qu'il régit avec la participation d'autres acteurs de la société, n'a pas vraiment modifié la logique intersubjective que l'on a décrite comme fondamentale à la formation du droit international. Bien au contraire, ce phénomène d'institutionnalisation l'a renforcée. En effet, cette logique intersubjective, qui signifie encore essentiellement l'interétatisme, se trouve consolidée à travers une institutionnalisation état-centrique (a). En outre, en tant que traduction directe de la logique intersubjective, les deux modes classiques de la formation du droit international, à savoir la formation consensualiste et la formation spontanée, ne sont pas concurrencés par un nouveau mode de formation qui pourrait éventuellement permettre au droit de se réaliser en dehors du cadre interétatique (b).

a. L'affermissement de la logique intersubjective à travers une institutionnalisation état-centrique

Il existe indéniablement une évolution accélérée dans la considération du droit international qui part d'une approche volontariste vers une approche marquée par une logique du groupe et de l'unité. Dans cette évolution, la part de l'institutionnalisation du système international est pour beaucoup. En favorisant et en facilitant la production collective, elle a sans doute diminué le rôle individuel de l'État dans la fabrication des règles juridiques internationales³⁷³. Plus cet ordre institutionnalisé s'intègre, plus les subjectivités des membres qui le composent s'effacent en faveur du groupe, une notion de groupe qui ne se définit pas forcément par rapport aux entités étatiques qui le constituent.

Toutefois, cette réduction des subjectivités à l'unité, passant dans un processus intersubjectif, n'est pas organique mais substantielle. En effet, l'alignement des composants de l'unité sur l'objectif commun s'effectue toujours d'une manière réfléchie et libre et non pas comme une

³⁷² PELLET (A.), « L'adaptation du droit international... », op. cit., p. 21.

³⁷³ A. Pellet observe cette évolution comme suit : « plus les solidarités se renforcent au plan universel ou régional, plus les États ressentent le besoin de règles communes. Les organisations internationales sont, aujourd'hui, le principal vecteur de cette nécessaire régulation, dans laquelle la volonté individuelle des États membres a peu de place contrairement à la volonté collective ». PELLET (A.), « Cours général : le droit international... », op. cit., p. 55.

chose théoriquement supposée et obligatoire comme c'est le cas pour les individus constituant l'État. Pour l'institutionnalisation internationale, puisque l'unité est toujours constituée de l'ensemble de subjectivités de ses composants, leur soumission à l'unité ne génère pas leur disparition sur le plan de la prise de décision. Même les organisations internationales les mieux intégrées sont des organisations interétatiques.

En outre, malgré cette évolution qui favorise le renforcement de la conscience du groupe, l'attachement aux entités étatiques et à leurs intérêts reste encore en vigueur dans la détermination de la normativité internationale. Le fait que l'objet de nouvelles règles juridiques porte sur des sujets qui ne concernent pas uniquement les intérêts particuliers des États mais toute la communauté internationale et l'humanité ne rend pas le processus de la formation de ces règles non-étatique. D'ailleurs, en ce qui concerne la contribution d'autres sujets étatiques du droit international que les États, quoiqu'ils aient une personnalité juridique distincte et contribuent fortement à l'émergence d'une pratique et d'une conviction communes, l'État reste toujours présent et déterminant dans leur mécanisme de prise de décision.

Quant aux acteurs non étatiques de la scène internationale, leur présence et leur influence sur le processus de la fabrication normative sont confirmées dans la pratique. Cependant, leur contribution s'effectue plutôt d'une manière indirecte. Ils agissent dans le but d'influencer les sujets principaux du droit international en vue d'obtenir une pratique commune et d'établir une conviction concordante. Dans ce processus, les États constituent des filtres qui décident de ce qui peut passer ou non. Bien évidemment, dans certains cas, les États n'ont pas le pouvoir de résister aux pressions des acteurs non étatiques et cèdent devant eux. Mais en tout cas, théoriquement et du point de vue juridique, ce sont les pratiques et l'*opinio juris* des États qui comptent.

Cette omniprésence des États fait que la formation du droit international, ne se réalisant toujours pas à un niveau supra- ou extra-étatique, demeure encore une formation purement interétatique.

b. La persistance de la formation intersubjective, toujours sans alternative

Dans un ordre juridique dans lequel les États sont à la fois créateurs et destinataires du droit et agissent dans une absolue liberté concernant la forme de leurs actes, il est difficile d'établir

une liste prédéterminée des sources formelles ou des procédures fixes de formation du droit³⁷⁴. Partant, on peut légitimement prétendre que la contribution des organisations internationales n'est pas obligatoirement condamnée à rester dans le domaine matériel de la production normative et que le phénomène d'institutionnalisation peut offrir de nouvelles sources formelles du droit international. Cependant, à l'heure actuelle, il n'en existe pas encore. La raison en est simple : pour qu'on puisse parler d'une nouvelle source formelle, il ne suffit pas qu'un nouveau contenu normatif soit exprimé dans une forme autre que conventionnelle ou coutumière. Il faut également que cette forme soit capable de lui octroyer sa validité juridique et son caractère obligatoire en tant que droit originaire. Pourtant, les nouvelles formes relevées telles que les résolutions, les actes unilatéraux et la jurisprudence internationale, en dehors de leur fonction d'identification et de concrétisation des règles existantes, ne font que contribuer, d'une manière indirecte et en tant que base matérielle, à la formation d'une nouvelle règle qui suivra toujours la voie consensualiste ou spontanée.

C'est pourquoi l'institutionnalisation du système international n'altère pas, pour l'instant, l'ordonnancement général des modalités de la formation du droit international. Elle contribue au fonctionnement des processus existants dans un rythme accéléré et mieux adapté aux exigences de la société internationale³⁷⁵.

En outre, comme on l'a expliqué au sujet de la théorie des sources formelles, le rôle des États dans la formation du droit international, que l'on essaie d'appréhender à travers la logique intersubjective, et son éventuelle remise en cause ne sont pas tout à fait saisissables d'un point de vue uniquement formel. Comme A. Pellet l'écrit, on ne pourrait plus réduire la fabrication du droit international à une théorie classique des sources formelles selon laquelle la validité légale d'une norme dépendra de son rattachement à une source formelle reconnue³⁷⁶.

En effet, il est vrai qu'aujourd'hui les formes de la manifestation du consentement et des pratiques des États changent. Elles ne sont plus limitées à celles qui existaient au début du XX^e siècle. Aujourd'hui, la contribution des organisations internationales à travers lesquelles les États expriment leurs volontés et leurs opinions est indéniable. Néanmoins, même si avec le temps, la manifestation et la forme de nouvelles règles de droit peuvent changer et varier, la logique intersubjective de la formation qu'on a exposée reste pour l'instant intacte. La formation du droit international est toujours intersubjective et se réalise dans une forme soit

³⁷⁴ DANILENKO (G. M.), « Law-making in the international community », op. cit., p. 32.

³⁷⁵ Voir REUTER (P.), « Organisations internationales et évolution du droit », op. cit., p. 117.

³⁷⁶ PELLET (A.), « La formation du droit international dans le cadre des Nations Unies », op. cit., p. 404.

consensualiste soit spontanée. L'institutionnalisation de la production normative contribue au renforcement de cette formation intersubjective en lui offrant un cadre institutionnalisé et intégré à l'intérieur duquel les composants sont conscients de leur interdépendance et du fait qu'ils constituent un ensemble nécessaire sans perdre pour autant leur indépendance et leur subjectivité.

Après avoir examiné la logique intersubjective, traduite comme l'interétatisme dans la formation du droit international, il a lieu maintenant d'analyser ses conséquences sur l'ordre juridique international.

Section 2 : L'intersubjectivité comme cause de la relativité du droit international

Le deuxième aspect que révèle l'intersubjective du droit international est le caractère anarchique³⁷⁷ de cet ordre juridique. On a constaté dans un premier temps que l'intersubjectivité souligne, à travers le préfixe « *inter-* » du terme, le fait qu'il s'agit d'un processus de formation normative collectif et non pas individuel. Vu sous un autre angle, ce concept met également en lumière la part de la « *-subjectivité* » qui existe dans l'ordre juridique international. En effet, l'intersubjectivité, telle qu'elle existe en droit international, contient logiquement une forte dose de subjectivité, manifeste notamment dans la détermination des règles internationales applicables.

Vue dans cette perspective, la logique intersubjective apparaît comme la cause de la relativité du droit international, une nature qui constitue, selon P. Weil, « la seule vérité incontestable de ce droit »³⁷⁸. Cette relativité du droit international est d'abord constatable en ce qui concerne l'unité formelle de cet ordre juridique, caractérisé par l'absence d'une véritable cohérence entre ses règles (Paragraphe I). Ensuite, la logique intersubjective relativise le contenu normatif du droit international, de sorte que ce dernier ne constitue pas un ensemble des normes juridiques qui serait identique pour tous les sujets de l'ordre international (Paragraphe II).

³⁷⁷ Le caractère an-archique signifie ici l'imprévisibilité, la nature indéterminée des règles internationales concernant leur existence et leur applicabilité.

³⁷⁸ WEIL (P.), « Le droit international en quête de son identité... », op. cit., p. 25-26.

Paragraphe I. Une relativité du droit international découlant de l'absence d'une cohérence formelle

En ce qui concerne les impacts de la logique intersubjective sur l'unité formelle du droit international, il est banal de constater qu'en l'absence de législateur international, l'ordre juridique international souffre d'un désordre du point de vue de l'existence autonome de ses règles (A). L'absence de cohérence formelle du droit international est d'autant plus visible quand un conflit de règles surgit. Malgré l'absence de lien formel entre les règles internationales, il existe néanmoins un certain nombre de principes qui peuvent tous être appliqués suivant une logique de préférence et sans entraîner la création d'une hiérarchie formelle et la disparition de la règle non appliquée (B).

A. Un défaut de lien formel entre les règles internationales

Du fait de sa nature purement intersubjective, l'ordre juridique international n'est pas doté de mécanismes organiques lui permettant d'assurer une cohérence formelle entre ses règles (1). Toujours liée à l'absence d'une structure organique de législation internationale, cette situation d'incohérence formelle est encore renforcée par l'absence de rapport de hiérarchie formelle entre les règles internationales (2).

1. L'absence d'un mécanisme d'harmonisation

Selon J. Combacau, la cohérence formelle d'un ordre juridique dépend de l'existence d'un mécanisme objectif de validité et de légalité de ses normes. Pour lui, l'objectivité d'une norme juridique, dans son acceptation générale et du point de vue de sa validité et de son existence légale, signifie qu'elle « peut être attestée par une autorité ayant qualité pour ce faire ». Il écrit que quand une norme est créée par un acte juridique, elle « exist[e] objectivement si la légalité de l'acte qui [la] porte a été établie par un organe du système ayant reçu de lui le pouvoir de le faire, et notamment par un juge, ou tant que leur illégalité n'a pas été constatée par un tel organe, ou encore à partir du moment où aucun organe n'a plus qualité pour la constater »³⁷⁹.

³⁷⁹ COMBACAU (J.), « Le droit international : bric-à-brac ou système ? », op. cit., p. 96.

C'est exactement cette institution juridique qui manque dans l'ordre juridique international. Ayant considéré ceci comme une anomalie, G. Abi-Saab écrit que dans l'ordre juridique international, l'absence d'un mécanisme d'harmonisation et de contrôle judiciaire obligatoire de la légalité peut conduire à la production de règles contradictoires, en mettant en cause l'unité formelle de cet ordre juridique³⁸⁰. Il est vrai qu'en dehors de certains cas encore très rares où une autorité extérieure est autorisée par les États à dire objectivement le droit, chaque État reste libre de juger souverainement la portée des règles qu'ils affrontent dans leurs relations et d'apprécier librement leur signification, « sans plus de pouvoir d'imposer aux autres la signification qu'il attribue subjectivement à un fait que tout autre n'a le pouvoir de lui imposer la sienne »³⁸¹.

Sur ce point, J. Combacau constate très justement que l'ordre juridique international se distingue des ordres juridiques internes par cette absence d'autorité extérieure chargée de dire objectivement le droit et par l'absence d'une dissociation entre le créateur du droit et ses destinataires, empêchant ainsi de parler d'objectivité des éléments de l'ordre juridique international. Selon lui, « c'est là que réside le génie propre du système qui l'organise »³⁸² que l'on peut considérer résultant de « la logique intersubjective ». Il explique que

« le droit international est celui d'une collectivité proprement *an-archique* dont les sujets sont tous également souverains, c'est-à-dire ne reconnaissent comme supérieurs 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'État et de ses sujets, laisse une place à leur objectivation »³⁸³.

P. Weil constate effectivement qu'en raison de la structure fragmentaire et peu institutionnalisée de la société internationale, le droit international se présente comme un ensemble de normes incohérentes et de portée relativisée, sans pouvoir garantir l'homogénéité de ses normes³⁸⁴. Dans le même sens, le Professeur S. Sur écrit qu'il n'existe pas en droit international de principe unificateur qui maintienne son homogénéité normative, du moins que ce ne soit l'engagement des États³⁸⁵.

³⁸⁰ ABI-SAAB (G.), « Les sources du droit international... », op. cit., p. 45, la note de bas de page 34.

³⁸¹ COMBACAU (J.), « Le droit international : bric-à-brac ou système ? », op. cit., p. 98.

³⁸² Ibid.

³⁸³ Idem., p. 96.

³⁸⁴ WEIL (P.), « Le droit international en quête de son identité... », op. cit., p. 222.

³⁸⁵ SUR (S.), « Quelques observations sur les normes juridiques internationales », op. cit., p. 923 et s.

C'est exactement à ce point que l'intersubjectivité et le relativisme coïncident. La logique intersubjective relativise le droit international d'une manière que même une règle juridique expressément créée par les États ne lui donne ni stabilité ni prévisibilité, demeurant en principe susceptible à tout moment d'être modifiée par ses créateurs.

Il y a lieu de préciser encore une fois que cette approche à l'objectivité des éléments d'un ordre juridique n'est valable que du point de vue de leur validité juridique et de leur existence légale. Sinon tout droit est, à l'origine, intersubjectif, sauf si c'est un droit non seulement posé mais imposé par une autorité. En effet, à l'intérieur d'un ordre juridique étatique, le pouvoir législatif, qui est censé poser le droit créé par le corps social, possède également la possibilité d'imposer le droit qu'il juge bon pour des raisons diverses. À l'absence d'une autorité quelconque, capable d'imposer son droit, on peut dire que l'origine du droit international est, par nature et toujours, intersubjective. Sur ce point, il n'y a aucune anomalie. Mais la spécificité du droit international vient d'ailleurs. Puisque c'est un droit créé par et pour les États, la notion de sujet dans cette formation intersubjective se limite aux États, ce qui est la conséquence et l'interprétation directe de la notion de souveraineté dans ce sujet.

Cependant, la réduction de l'objectivité à l'existence d'un « organe » ou pouvoir institutionnalisé est contestable. Il ne faut pas confondre deux questions distinctes. L'existence d'une autorité de validation ou d'invalidation des actes étatiques peut, certes, garantir le respect objectif des principes formels de légalité³⁸⁶. Mais, si l'objectivité d'une norme internationale se mesure par rapport à sa validité généralisée à l'égard de tous les sujets d'un ordre juridique, par une reconnaissance universelle une norme internationale peut aussi se voir dotée d'un statut objectif. L'existence objective³⁸⁷ d'une norme est quelque chose qui se réalise d'abord à un niveau plus idéal que pratique. Celui qui existe objectivement est celui dont la conviction de l'existence est une réalité intersubjectivement partagée à un moment donné par tous les sujets concernés. Si cette conviction existe sur la norme juridique, elle est bel et bien objective sans qu'il y ait nécessairement une autorité supérieure qui le garantisse. Ensuite, l'effectivité de cette objectivité relève d'une autre question qui est d'ordre pratique et concerne son application et les conséquences de son existence objective.

³⁸⁶ COMBACAU (J.), « Le droit international : bric-à-brac ou système ? », op. cit., p. 97.

³⁸⁷ On peut éventuellement lire cet adjectif « objectif » comme « intersubjectif », ayant le même sens pour nous dans le présent sujet. Sur ce sujet voir encore une fois l'intervention de G. Abi-Saab, in *La preuve devant les juridictions internationales*, op. cit., p. 59.

Cela étant, il n'empêche que cette logique interétatique entraîne l'absence d'un mécanisme organique d'harmonisation et d'autonomie du droit international³⁸⁸.

2. L'absence de hiérarchie entre les règles

Avant d'aborder les causes et les conséquences de l'absence de hiérarchie sur la relativité du droit international, cette notion de hiérarchie mérite une explication. Il paraît qu'il existe dans la doctrine une confusion concernant la nature de cette hiérarchie, considérée en principe absente en droit international. Quand on dit qu'il n'existe pas, en droit international, de hiérarchie, il ne s'agit pas d'une hiérarchie normative mais d'une hiérarchie entre différentes sources formelles du droit international. En d'autres termes, il n'existe aucune « hiérarchie entre les normes du droit international en fonction de la source dont elles émanent car les sources formelles n'y sont pas hiérarchisées »³⁸⁹. Sinon, il peut y avoir une différenciation entre les normes en fonction de leur contenu substantiel³⁹⁰.

A. Pellet explique que cette absence de hiérarchie en droit international vient de l'absence d'un organe chargé d'édicter le droit³⁹¹. Partageant ce constat, P. Weil écrit que

« dans les droits internes, la hiérarchie des normes est calquée sur la hiérarchie des organes, dont elle est le reflet, cette dernière étant elle-même l'expression de la hiérarchie des pouvoirs. Dans la société internationale horizontale et décentralisée il n'y a aucune hiérarchie des pouvoirs, ni, par conséquent, des organes et des normes »³⁹².

Selon lui, une quelconque hiérarchie est impensable parce que

« la source ultime de toutes les normes internationales se trouve dans la volonté des États et qu'aucune volonté étatique ne peut prédominer sur les autres, la hiérarchie des normes est tout simplement inconcevable »³⁹³.

Dans le même sens, J. Combacau affirme que « l'indifférenciation entre les normes en fonction de leurs sources reflète l'indifférenciation hiérarchique de leurs auteurs »³⁹⁴. Toutes

³⁸⁸ ATTAR (F.), *Le droit international entre ordre et chaos*, op. cit., p. 13.

³⁸⁹ PELLET (A.), « Cours général : le droit international entre... », op. cit., p. 20. Voir également DUPUY (P.-M.), KERBRAT (Y.), *Droit international public*, op ; cit., p. 18 et 19 ; ATTAR (F.), *Le droit international entre ordre et chaos*, op. cit., p. 186.

³⁹⁰ On va voir qu'il existe, dans l'ordre international, une différenciation normative introduite par le concept du jus cogens et concernant, éventuellement, certaines dispositions des conventions, par exemple l'article 103 de la Charte des Nations Unies.

³⁹¹ PELLET (A.), « Cours général : le droit international entre... », op. cit., p. 20.

³⁹² WEIL (P.), « Le droit international en quête de son identité... », op. cit., p. 224.

³⁹³ Ibid.

les normes reposent entièrement sur la volonté des États et s'alignent les unes à côté des autres selon un principe d'horizontalité³⁹⁵, sans se différencier en fonction du nombre d'États participants à leur formation ou de leur nature écrite ou coutumière. Dans l'ordre juridique international,

« le principe de l'égalité souveraine des États exclut toute différenciation hiérarchique des normes puisqu'elles reposent toutes en dernier ressort sur un acte de volonté, au moins supposée, États pairs entre eux (c'est l'égalité) et ne connaissant pas de supérieur commun (c'est la souveraineté) »³⁹⁶.

Sans s'incliner devant cette conception volontariste du droit international, il faut néanmoins admettre que la cause fondamentale de l'absence de hiérarchie entre les normes réside dans le principe de la souveraineté des États. Premièrement, le système horizontal et l'absence d'organes législateurs, que le principe de la souveraineté impose, excluent en matière de formation du droit international toute possibilité de hiérarchie découlant d'une verticalité organique. Deuxièmement, il faut reconnaître que la source fondamentale de toute normativité internationale est unique et se trouve dans l'État. Tout en refusant une approche purement volontariste en la matière, on avait néanmoins constaté que toutes les normes internationales dérivent d'une manière ou d'une autre de l'activité des États³⁹⁷. La plupart du temps, les règles internationales ne servent qu'à dévoiler les engagements étatiques exprimés par divers moyens. Par conséquent, puisqu'elles ne sont que différentes formes concrétisant un contenu normatif qui découle d'une manière ou d'une autre des actes générateurs de mêmes sujets, il est tout à fait naturel qu'il n'existe pas de hiérarchie entre les diverses formes de norme ayant toutes la même valeur juridique. C'est donc ainsi que les règles conventionnelles et coutumières se trouvent en droit international sur un pied d'égalité³⁹⁸. Étant la cause principale de l'absence de cohérence formelle entre les règles internationales, l'absence de

³⁹⁴ COMBACAU (J.), « Le droit international : bric-à-brac ou système ? », op. cit., p. 88.

³⁹⁵ On va voir que la notion de *jus cogens* introduit une certaine verticalité entre les normes et celle-ci concerne non seulement le contenu de la norme mais aussi la validité juridique des règles et des actes normateurs touchant à un domaine règlementé par une norme impérative. Pourtant, cette verticalité fait l'exception et reste mal assurée dans un ordre juridique toujours décentralisé.

³⁹⁶ COMBACAU (J.), « Le droit international : bric-à-brac ou système ? », op. cit., p. 89 ; Voir également COMBACAU (J.), SUR (S.), *Droit international public*, op. cit., p. 25 et p. 50.

³⁹⁷ Voir VIRALLY (M.), « Panorama du droit international contemporain... », op. cit., p. 170.

³⁹⁸ Voir DUPUY (P.-M.), KERBRAT (Y.), *Droit international public*, op ; cit., p. 18 et 19.

Affirmant le lien entre l'absence de hiérarchie et la formation interétatique du droit international, P.-M. Dupuy écrit à propos d'autres sources formelles du droit international, citées à l'article 38 du Statut de la Cour internationale de justice, que c'est en raison de l'absence d'un « lien véritable avec l'expression de la volonté des États » qu'elles sont placées en retrait par rapport à la coutume et au traité. Voir DUPUY (P.-M.), « L'unité de l'ordre juridique... », op. cit., p. 123.

hiérarchie résulte donc du principe de la souveraineté des États et de la logique intersubjective qui gouverne la formation des normes internationales.

Il existe principalement deux conséquences majeures de cette absence de hiérarchie entre les règles en fonction de leur source formelle. La première est liée à la nature du rapport entre deux règles issues de sources formelles différentes. En droit international, il n'existe pas un attachement particulier entre une norme et une source précise. Le même contenu normatif peut être porté en même temps par différentes sources formelles. Ainsi, une même obligation peut dériver à la fois d'une règle conventionnelle et d'une règle coutumière. Toutes les deux existeront sans que l'une invalide ou détruise l'autre. Chaque règle juridique internationale a une vie indépendante³⁹⁹.

La deuxième conséquence concerne l'unité formelle du droit international. Cette absence de hiérarchie entre les règles internationales est considérée dans la doctrine comme une faiblesse de l'ordre juridique international. Puisqu'il n'existe aucune hiérarchie entre les normes internationales et chaque règle a une existence indépendante sans dépendre d'une règle supérieure, on peut difficilement parler d'une cohérence formelle entre les règles et, par conséquent, de l'unité formelle du droit international. Toutefois, selon P. Weil, cette relativité formelle de l'ordre juridique international, inhérente à l'anatomie de la société internationale, ne serait pas pathologique⁴⁰⁰. Il est en effet tout à fait normal qu'un ordre juridique, dans lequel la souveraineté de l'État est considérée comme le seul principe unificateur qui peut lui assurer une certaine homogénéité normative⁴⁰¹, soit condamné à la relativité.

B. Le rapport formel entre règles internationales en cas de conflit : un système préférentiel

En raison de l'absence de cohérence formelle entre les règles internationales, des règles contradictoires peuvent se produire. Ce genre d'anomalie, issu du dysfonctionnement du système juridique, est d'autant plus visible dans l'ordre juridique international, « qui ne dispose pas d'un contrôle judiciaire obligatoire de la légalité »⁴⁰². Il est vrai que tant que cela ne concerne pas une norme du *jus cogens*⁴⁰³, il n'existe aucun obstacle que deux ou plusieurs

³⁹⁹ En ce sens voir la jurisprudence de la CIJ dans l'affaire des *activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*, arrêt du 27 juin 1986, CIJ Rec., par. 177, p. 95.

⁴⁰⁰ WEIL (P.), « Le droit international en quête de son identité... », op. cit., p. 223 et 224.

⁴⁰¹ SUR (S.), « Quelques observations sur les normes juridiques internationales », op. cit., p. 910.

⁴⁰² ABI-SAAB (G.), « Les sources du droit international... », op. cit., p. 45, la note de bas de page 34.

⁴⁰³ Sur les conséquences de la nature impérative du *jus cogens* en cas de conflit de règles, voir *supra*.

normes divergentes *ratione materiae* puissent exister en tant que régimes particuliers ou droit spécial créant ainsi un risque de conflit de règles.

Le problème de conflit de règles, défini comme la contradiction complète ou partielle entre au moins deux règles juridiques simultanément applicables à une situation concrète⁴⁰⁴, se pose également dans l'ordre juridique international. L'absence de hiérarchie formelle entre les règles internationales qu'on a précédemment exposée ne conduit pas à la paralysie en cas de conflits entre elles. Sans introduire une quelconque hiérarchie, il existe certaines techniques générales et des rapports mutuels propres au droit international qui interviennent afin de résoudre des conflits entre différentes sources (1). L'argument de la priorité du droit écrit face au droit coutumier, la distinction qui constitue la seule division solide en droit international, semble également avancé comme une solution en cas de conflits entre deux règles de deux différentes sources (2).

1. Les principes généraux applicables au règlement des conflits normatifs

Dans l'ordre juridique interne, il existe trois techniques bien connues pour résoudre un conflit des règles : *lex superior derogat inferiori* ; *lex posterior derogat priori* et *lex specialis derogat generali*.

La première technique consiste à faire prévaloir la règle supérieure sur la règle inférieure. En principe, puisqu'en droit international il n'y a aucune hiérarchie formelle entre les règles, celle-ci ne pourrait pas être appliquée. En effet, entre les règles internationales de même catégorie ou de catégories différentes, il n'existe pas de rapport de supériorité et d'infériorité. Que ce soit la règle coutumière générale ou régionale ou la règle conventionnelle ou bilatérale, toutes les règles coexistent sans dépendance de validité l'une à l'autre⁴⁰⁵.

Quant à la deuxième technique, elle privilégie l'application de la règle la plus récente. Cette technique reste applicable en droit international mais d'une manière assez limitée et selon le

⁴⁰⁴ SALMON (J.) (sous dir.), *Dictionnaire de droit international public*, op. cit., p. 234 ; KOLB (R.), « Conflits entre normes de *jus cogens* », in *Droit du pouvoir, pouvoir du droit, Mélanges offerts à J. Salmon*, Bruylant, 2007, p. 484.

⁴⁰⁵ Sur ce point, on peut penser que la notion de *jus cogens*, introduisant une certaine hiérarchie normative, constitue l'exception à cette règle. De la même manière, la possibilité de renforcer l'obligatorité de certaines obligations à l'égard des autres suscite la même réflexion de hiérarchie normative. Toutefois, on va voir dans l'examen de ces questions qu'il s'agit d'une différenciation normative, en fonction du contenu substantiel des obligations, qui ne crée point un rapport formel de supériorité ou d'infériorité entre les règles.

cas d'espèce en raison de la difficulté liée à la détermination du moment exact de la cristallisation des règles issues de la formation spontanée⁴⁰⁶. Le deuxième exemple qui montre la relativité de cette technique en droit international concerne la priorité des dispositions d'un traité ancien sur un nouveau traité pourtant subordonné au premier⁴⁰⁷.

La dernière technique qui conduit à l'application de la norme particulière est la solution la plus fréquemment utilisée⁴⁰⁸. Mais les difficultés n'y sont pas absentes. D'abord, les notions de général et de particulier sont assez relatives et peuvent dépendre du sujet concerné ou du nombre d'États liés. Ensuite, si les règles spéciales l'emportent dans tous les cas sur les règles générales, on voit mal quelle importance possèderaient ces dernières dans l'espace résiduel qu'elles occuperont⁴⁰⁹.

Il convient donc de préciser que la préférence en faveur des règles les plus récentes ou spéciales n'est pas une solution absolue en droit international. Ce sont deux techniques qui s'appliquent selon le cas précis et d'une manière souple⁴¹⁰ en vue de dévoiler l'intention la plus valable (récente ou particulière selon le cas) des États concernés qui sont d'une manière ou d'une autre à l'origine des règles en conflit.

Cela étant, du point de vue de l'unité formelle du droit international, l'application de ces techniques n'a pas les mêmes effets dans l'ordre juridique international que dans l'ordre juridique interne. Alors qu'en droit interne, « la hiérarchie des normes y conduit à l'effacement des règles particulières contraires aux règles générales, suivant un principe d'unité et de cohérence du système juridique », en droit international, « la contradiction des règles ne se résout pas nécessairement par la disparition de l'une d'entre elles, mais par une simple priorité d'application »⁴¹¹. Ces techniques applicables aux conflits des règles n'ont donc, pratiquement, aucune incidence sur la relativité de l'ordre juridique international et pour son unité normative formelle.

⁴⁰⁶ AKEHURST (M.), « The Hierarchy of the Sources of International Law », op. cit., p. 273.

⁴⁰⁷ C'est l'article 30, par. 2, de la Convention de Vienne de 1969 qui prévoit cette possibilité. L'article 103 de la Charte des Nations Unies en constitue le meilleur exemple.

⁴⁰⁸ Il semble que l'application prioritaire de la norme particulière est également valable en cas de conflits entre deux règles coutumières. Au propos de l'applicabilité d'une coutume particulière face à des règles coutumières générales, la CIJ a expressément indiqué dans l'affaire du *Droit de passage en territoire indien*, que la « pratique particulière doit l'emporter sur des règles générales éventuelles ». CIJ Rec., arrêt du 12 avril 1960, p. 44.

⁴⁰⁹ SUR (S.), « Quelques observations sur les normes juridiques internationales », op. cit., p. 913-914.

⁴¹⁰ KOLB (R.), « Conflits entre normes de *jus cogens* », op. cit., p. 485.

⁴¹¹ SUR (S.), « Quelques observations sur les normes juridiques internationales », op. cit., p. 913.

2. Le rapport entre le droit écrit et le droit coutumier

Prenant en compte l'absence d'une quelconque hiérarchie entre les règles internationales en fonction de leurs sources, on peut affirmer que le rapport entre une règle conventionnelle ou une règle coutumière n'est jamais vertical. Cela dit, en cas de conflits entre deux règles de différente nature, la question de savoir laquelle serait appliquée exige une solution.

Comme R. Kolb l'affirme, a priori, la question de conflit entre deux règles ne concerne pas leur source respective. C'est leur contenu normatif contradictoire qui crée le conflit⁴¹². Pourtant, la différence de sources entre deux règles contradictoires peut jouer un rôle dans la résolution du conflit. Ainsi, l'argument de la priorité de la norme, découlant d'une source écrite face à une autre norme de nature coutumière, a été avancé en droit international en cas de conflits entre deux règles de nature différente.

En effet, dans la doctrine comme dans la pratique, la solution est recherchée dans une application préférentielle du droit écrit. C'est d'abord la formulation de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de justice qui justifie ce choix. Dans cette disposition qui énumère les sources formelles du droit international, les conventions internationales figurent au premier rang, avant la coutume. Le Comité des juristes, qui a rédigé le Statut en 1920, a exigé que la liste fournie par l'article 38 soit appliquée dans l'ordre successif⁴¹³. Ainsi, le droit écrit aurait une priorité dans l'application et il semble que ce choix n'est pas sans raison.

Pour certains, cette application préférentielle en fonction de l'ordre prévu à l'article 38 dérive, d'une manière générale, du principe *lex specialis derogat generali*. Il est vrai que par rapport aux dispositions des conventions assez spécifiques, les règles coutumières restent en principe dans la généralité. Mais cette distinction entre généralité et spécialité des règles en fonction de leurs sources n'est pas si claire dans l'ordre juridique international. À côté des règles conventionnelles portant sur des questions générales, il peut avoir des coutumes régionales réglementant une question spécifique. Cela dépendra du sujet dans une affaire donnée. De ce fait, on pense que le lien entre la coutume et le traité, et d'une manière générale le droit écrit, ne peut s'expliquer par la distinction classique général-spécial⁴¹⁴.

Si le droit écrit bénéficie d'une application préférentielle, c'est d'abord en raison de la facilité de preuve qu'il offre par rapport au droit coutumier. En effet, selon G. Scelle, les traités se

⁴¹² KOLB (R.), « Conflits entre normes de *jus cogens* », op. cit., p. 483.

⁴¹³ Voir AKEHURST (M.), « The Hierarchy of the Sources of International Law », op. cit., p. 274.

⁴¹⁴ Ibid.

trouvent en tête des sources formelles grâce à leur nature écrite. Les dispositions des traités écartent facilement les éventuelles contestations d'existence ou d'interprétation de la part des États sur leur contenu. Il faut savoir d'ailleurs que les traités internationaux, qui sont bien souvent à l'origine des litiges internationaux, possèdent de ce fait la meilleure solution possible. Enfin, si les traités internationaux bénéficient d'une application préférentielle, c'est parce qu'ils sont l'expression de la volonté des gouvernements, l'expression la plus claire et explicite des engagements des gouvernements⁴¹⁵.

Il semble que cette dernière raison soit la plus importante. En effet, sachant que le Statut a une fonction pratique et pragmatique dont on a parlé au sujet de sources formelles, ce choix de l'ordre dans lequel le droit écrit vient en premier est « lié au soin qu'a le juge international, toujours soucieux de son autorité face aux États souverains, de s'appuyer en priorité sur les expressions les moins contestables de l'acceptation par les parties d'être liées par les règles qu'il entend leur appliquer »⁴¹⁶.

Comme les autres techniques générales qui sont appliquées pour résoudre les problèmes de conflits de règles, une solution basée sur la priorité du droit écrit n'introduit pas non plus un mécanisme qui pourra assurer un minimum de cohérence formelle de l'ordre juridique international qui reste à cet égard encore relativisé.

Paragraphe II. Une relativité quant au fond

S. Sur définit le droit international comme un système éclaté de normes de validité relative. Selon lui, ce n'est pas un système intégré, composé de normes de validité universelle⁴¹⁷. Excepté un certain nombre de normes générales, qui ne sont d'ailleurs pas très nombreuses, « chaque élément du système existe pour certains et non pour les autres »⁴¹⁸. Et même existant pour tous, il peut avoir telles conséquences pour certains sujets et encore d'autres pour les autres. Cette relativité substantielle du droit international est donc présente sur deux fronts. Le droit international est relatif d'abord par rapport à son contenu normatif qui varie, pour des raisons diverses, d'un État à l'autre (A). Ensuite, il se voit relativisé par rapport aux

⁴¹⁵ Voir SCELLE (G.), « Essai sur les sources formelles... », op. cit., p. 412.

⁴¹⁶ DUPUY (P.-M.), « L'unité de l'ordre juridique international... », op. cit., p. 122.

⁴¹⁷ Voir SUR (S.), « Quelques observations sur les normes juridiques internationales », op. cit., p. 901 et s.

⁴¹⁸ COMBACAU (J.), « le droit international : bric-à-brac ou système ? », op. cit., p. 98.

conséquences de ses règles qui sont susceptibles de varier à l'intérieur de chaque relation réciproque entre États et en fonction de la particularité de ces relations réciproques (B).

A. Un contenu variable du droit international selon l'État

Définir le droit international comme « un droit positif à contenu variable »⁴¹⁹ signifie qu'« une règle de droit peut exister, ou avoir tel contenu, aux yeux d'un État, ne pas exister, ou avoir un autre contenu, aux yeux d'un autre État »⁴²⁰. Le contenu du droit international varie donc d'un État à l'autre (1). Cette particularité du droit international découle principalement des conditions de la formation de ses règles, déterminées par la logique intersubjective (2).

1. Le droit international : un droit positif à contenu variable

Le fait que les règles internationales ne jouissent pas toutes d'une validité générale constitue peut-être la particularité la plus importante du droit international. Il existe certes un certain nombre de règles générales et applicables à tous les sujets de l'ordre juridique international. Mais il est aussi possible qu'une règle internationale existe pour un État et non pour un autre, d'où la distinction classique du droit international général et particulier (b). Mais avant d'y venir, il convient d'examiner les causes de cette différenciation quant au contenu du droit international selon chaque État (a).

a. Les causes de la variété dans le contenu du droit international

La variabilité du contenu normatif du droit international selon chaque État s'accroît particulièrement en droit international écrit. Mais les règles coutumières, supposées a priori constituer le droit international général, n'échappent pas toujours à ce risque de relativité. Certaines d'entre elles ne sont pas d'une applicabilité générale et ne lient que certains États. C'est le cas par exemple pour les coutumes régionales qui n'existent que pour un groupe

⁴¹⁹ ROUSSEAU (Ch.), « Plaidoiries », dans l'avis consultatif de la CIJ relatif aux *Réserves à la Convention contre le génocide*, Réc. CIJ, 1951, p. 428.

⁴²⁰ WEIL (P.), « Le droit international en quête... », op. cit., p. 318.

restreint d'États, voire deux États seulement⁴²¹. Grace à la théorie de l'objection persistante, il est également possible qu'une règle coutumière générale ne soit pas applicable à un État qui l'a expressément rejetée au moment de sa formation.

Quant au mode consensualiste de la formation du droit international, la variabilité du contenu est encore plus accentuée. Les conventions multilatérales, comme un moyen important de paix et de règlement des problèmes ainsi qu'un lieu essentiel de la production normative, restent toujours dans le sillage de la tradition de Westphalie. Leur aspect contractuel laisse aux États une grande marge de liberté. Ils décident librement d'y participer ou non, ou de les signer ou non. La participation de tous les États n'est pas toujours, voire jamais, assurée. Un texte international lie un État mais pas forcément un autre. C'est ainsi que les règles juridiques internationales découlant de ces textes peuvent exister uniquement pour un certain nombre d'États.

La variabilité du contenu du droit international écrit ne provient pas uniquement de la non participation des États aux conventions internationales. La portée juridique d'un texte conventionnel peut également varier pour deux États bien qu'ils fassent parties de la même convention. Ceci se produit notamment en raison des réserves⁴²². C'est en effet au sujet des réserves à la Convention de 1948 contre le génocide que Ch. Rousseau qualifie le droit international comme un « droit positif à contenu variable »⁴²³.

Il est en effet vrai qu'à l'intérieur de chaque système conventionnel, même universel, reconnu et accepté par tous les États, il peut avoir une certaine différenciation au niveau du contenu de l'ensemble normatif selon l'État par le jeu des réserves. La possibilité de formuler des réserves peut en effet relativiser les conséquences juridiques d'une convention et les modifier en fonction des engagements variables des États. L'ampleur de cet effet relativisant des réserves est d'autant plus grande considérant que cette liberté reste, en dehors de quelques restrictions générales⁴²⁴, une affaire entre États.

⁴²¹ L'existence de telles coutumes a été reconnue par la Cour internationale de justice. Voir notamment sa jurisprudence dans l'affaire du *Droit d'asile*, Arrêt de 20 novembre 1950, CIJ Rec. pp. 276-278 ; l'affaire des *Ressortissants des États-Unis au Maroc*, Arrêt du 27 août 1952, CIJ Rec. p. 176 et l'affaire du *Droit de passage en territoire indien*, Arrêt du 12 avril 1960, CIJ Rec. pp. 39-40.

⁴²² Sur ce sujet voir DUPUY (P.-M.), KERBRAT (Y.), *Droit international public*, op. cit., p. 310 et s.

⁴²³ ROUSSEAU (Ch.), « Plaidoiries », op. cit., p. 428.

⁴²⁴ Voir l'avis consultatif de la CIJ concernant les réserves à la Convention contre le génocide, Réc. CIJ, 1951, pp. 24-26

Le sujet des réserves à une convention internationale est régi selon les principes généraux du droit des traités, un domaine dans lequel les États ont plus de liberté. En effet, comme la reconnaissance des effets juridiques d'un acte juridique est nécessaire pour avancer son opposabilité aux États tiers, c'est le cas également pour les réserves dont l'acceptation ou le refus « obéit... pleinement à la logique intersubjective qui anime le droit des traités »⁴²⁵. Dans ce domaine, écrit J. Combacau, chaque État

« agit légitimement en juge de sa propre cause, dans une situation où aucune valeur objective, aucune considération de légalité ne prétend interférer avec ses intérêts, tels qu'il les apprécie dans ses relations bilatérales et les exprime dans le croisement des actes unilatéraux qui les aménagent »⁴²⁶.

Concernant la validité des réserves, contrairement à la théorie selon laquelle il s'agit d'une question d'opposabilité et non pas de validité⁴²⁷, on pense qu'il existe, dans la Convention de Vienne, une volonté flagrante d'établir un système objectif de validité des réserves (art.19 et 20). Par exemple l'alinéa 3 de l'article 20 prévoit un système institutionnalisé de contrôle de validité si la réserve porte sur un traité étant l'acte constitutif d'une organisation internationale. Mais, en dehors de cet exemple, en raison de l'absence des mécanismes objectifs aptes à constater l'invalidité des réserves émises, l'appréciation de la validité des réserves est subjectivisée dans l'ordre juridique international. Elle est subjectivisée parce qu'il revient à chaque État contractant d'avancer l'invalidité des réserves formulées et parce que, sans engendrer une situation objective, cette appréciation de l'invalidité ne peut lier que l'État auteur de la réserve et l'État objecteur.

Cette exigence d'une parfaite symétrie dans les engagements des États n'est demandée ainsi que dans leurs rapports réciproques. Sinon, sur le plan collectif, il peut y avoir, et existe toujours une certaine asymétrie au niveau des engagements des États, entraînant ainsi une variation par rapport au nombre de normes applicables pour chaque État donné. C'est en ce

⁴²⁵ COMBACAU (J.), « La logique de la validité contre logique de l'opposabilité dans la Convention de Vienne sur le droit des traités », in *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement*, Mélanges M. Virally, Pedone, 1991, p. 196.

⁴²⁶ *Idem.*, p. 197.

⁴²⁷ *Ibid.* ; Force est de dire toutefois que l'existence d'une institution juridique ne peut pas être jugée en fonction de son efficacité ou sa possibilité d'application. L'absence d'un mécanisme institutionnel quelconque pour attester la nullité ou l'invalidité d'un acte juridique n'empêche qu'il le soit. S'il faut absolument une autorité pour le juger, ce ne sera que le droit lui-même.

sens que les règles juridiques internationales découlant des textes conventionnels deviennent relatives et leur portée juridique varie en fonction des engagements des États⁴²⁸.

b. La distinction entre droit international général et particulier

Dès lors que l'on parle d'un droit international au contenu variable selon l'État, le sujet de la distinction « droit international général » – « droit international particulier » est inévitable⁴²⁹. Selon cette distinction il existerait un droit international général comprenant l'ensemble des normes générales, applicables à tous les États et des droits internationaux particuliers, ne comprenant que des règles applicables à un nombre restreint d'États.

Il est vrai qu'il existe, d'une part, des normes générales « reconnues et acceptées par la communauté internationale des États dans son ensemble »⁴³⁰, et, d'autre part, des règles individuelles qui ne concernent que certains sujets du droit international. Selon H. Thierry, « une norme n'appartient pas au droit international général si elle ne correspond pas à l'*opinio juris*, sinon de tous les États, au moins à l'*opinio juris generalis* »⁴³¹. Le reste des règles, ayant une applicabilité limitée, constitue le droit international particulier, par nature relatif⁴³².

L'existence d'un grand nombre de règles concrètes-individuelles constitue la particularité de la société internationale, composé d'un nombre restreint de sujets. Ces règles particulières sont, a priori, issues des traités et des conventions conclues entre un nombre limité d'États et, pour une petite partie, de nature coutumière de portée géographiquement limitée.

À la lumière de cette distinction accrue en raison de la variation dans les engagements des États, un débat s'est ouvert sur la signification de l'expression « droit international ». L'examen de ce droit comprendrait-il uniquement les règles générales à applicabilité universelle ou bien s'agirait-il aussi des règles particulières qui n'existent que pour certains États et pas pour d'autres ?

Quand on parle du droit international, il s'agit généralement du droit international général, identique pour tous les sujets de cet ordre juridique. Il est limité par un nombre restreint de

⁴²⁸ Voir CARILLO-SALCEDO (J.-A.), « Droit international et souveraineté des États... », op. cit., p. 78.

⁴²⁹ Voir COMBACAU (J.), *Droit des traités*, Que sais-je ?, PUF, 1991, 125 p.

⁴³⁰ THIERRY (H.), « L'évolution du droit international. Cours général de droit international public », *RCADI*, t. 222, 1990, p. 59.

⁴³¹ Ibid.

⁴³² Voir BASDEVANT (J.), « Règles générales du droit de la paix », op. cit., p. 486.

principes⁴³³. Ainsi conçu, il a été soutenu qu'il fallait écarter de l'étude du droit international la partie relative, comprenant des règles particulières qui opèrent uniquement entre certains États dans le cadre tracé ou la marge laissée par les règles générales du droit international.

Cependant, la ligne qui sépare les règles générales et les règles particulières du droit international n'est pas toujours claire. Certains considèrent que seul le droit coutumier peut constituer le droit international général⁴³⁴. Mais, si on admet la possibilité de la coutume régionale et la théorie de l'objection persistante, on ne saurait dire que chaque règle coutumière fasse partie du droit international général. Par exemple, une règle concrétisée dans une convention peut devenir ensuite une règle coutumière, générale ou régionale malgré l'existence éventuelle de certaines objections de la part des États. Dans ce cas, on ne pourrait pas prétendre qu'elle serait devenue une règle du droit international général. Donnant ainsi des exemples sur chaque type de règles internationales, S. Sur écrit que cette « tension permanente entre relativité et généralité » existe partout en droit international⁴³⁵.

En deuxième lieu, il convient de constater que parler de la généralité du droit international est de plus en plus difficile en raison de l'évolution récente que l'on a évoquée plus haut dans la formation du droit international. Chaque État est activement présent dans le processus de la formation et il est plus en plus difficile que même une coutume se forme sans une objection de la part des États.

De la même manière, l'exclusion des règles particulières de l'examen du droit international ne serait pas scientifiquement correcte pour la raison que celles-ci sont capables de déroger et d'écarter légalement une règle de droit international général. En effet, par exemple selon l'article 20 du projet de la Commission du droit international sur la responsabilité de l'État, le consentement de l'État à la commission d'un fait illicite exclut l'illicéité. Cela signifie que deux États peuvent écarter une règle générale obligatoire⁴³⁶ par un simple traité. Il convient de constater également que l'approbation de l'État écarte non seulement la sanction face à l'acte supposé en principe illicite, mais aussi le caractère illicite de l'acte. Un acte de même nature peut donc être considéré comme illicite pour un État et non pour l'autre.

⁴³³ Voir la jurisprudence de la CIJ dans l'affaire de la *Délimitation de la frontière maritime dans la région du Golf du Maine*, arrêt du 12 octobre 1984, CIJ Rec., p. 58.

⁴³⁴ Il semble que c'est également le point de vue de la Cour internationale de justice selon laquelle le droit coutumier se prête mieux au droit international général. Voir l'affaire de la *Délimitation de la frontière maritime dans la région du Golf du Maine*, arrêt du 12 octobre 1984, Rec., p. 58.

⁴³⁵ Voir SUR (S.), « Quelques observations sur les normes juridiques internationales », op. cit., p. 905 et s.

⁴³⁶ Il convient de préciser que les normes impératives font exception.

Dans le même sens, la Cour internationale de justice a affirmé dans l'affaire du *Plateau continental de la mer du Nord* que même une règle générale de droit international coutumier pouvait faire l'objet d'une dérogation par voie d'accord entre certains États dans des cas particuliers⁴³⁷ ou se voir écartée par une autre règle coutumière particulière⁴³⁸.

Ce dernier constat sur le caractère relativisable du droit international général est très important dans la mesure où, en dehors du caractère relatif du droit international particulier, il montre que le droit international dit général est exposé également au risque de relativité et que la validité universelle d'une norme ne lui permet pas toujours d'échapper au relativisme.

Il est vrai que pour certains, tout droit international est relatif. Sur ce point J. Basdevant cite Triepel selon qui « la sphère d'application des règles de droit international se limite aux États qui les ont reconnues : au sujet de chaque règle se constitue une communauté juridique particulière, composée des États qui ont reconnu cette règle »⁴³⁹. Dans le même sens, J. Combacau et S. Sur pensent que s'il existe un droit international général, lui aussi relativisé. Ils écrivent :

« ...le 'droit international général', distingué des engagements particuliers entre les États, n'existe que de façon tendancielle. Jamais l'existence d'une règle dans le corpus juridique international ne permet à elle seule d'affirmer son applicabilité dans une affaire concrète mettant en cause deux États déterminés, entre lesquels il faut encore établir qu'elle fait droit »⁴⁴⁰.

C'est pourquoi, « il exist[er]ait autant d'états du droit international que d'États en droit international »⁴⁴¹.

Vue de cet angle, le droit international public rassemble au droit privé. Dans les deux domaines, les sujets possèdent une large liberté d'action dans un cadre plus ou moins tracé par les règles générales. La seule contrainte qui vient limiter cette liberté est la liberté des autres sujets et évidemment les règles impératives. Cette particularité de l'ordre juridique international, soucieux de conserver au maximum la liberté d'action de ses sujets, semble

⁴³⁷ CIJ Rec., 1969, arrêt du 20 février 1969, par. 72, p. 42.

⁴³⁸ La Cour a expressément indiqué dans l'affaire du *Droit de passage en territoire indien*, que la « pratique particulière doit l'emporter sur des règles générales éventuelles ». Voir CIJ Rec., arrêt du 12 avril 1960, p. 44.

⁴³⁹ BASDEVANT (J.), « Règles générales du droit de la paix », op. cit., p. 487.

⁴⁴⁰ COMBACAU (J.), SUR (S.), *Droit international public*, op. cit., p. 25.

⁴⁴¹ SUR (S.), « Quelques observations sur les normes juridiques internationales », op. cit., p. 905.

provenir de sa relation avec le principe de la souveraineté des États⁴⁴² qui détermine les conditions de sa formation.

2. Une relativité découlant des conditions de la formation des règles internationales

Il existe ainsi très peu de règles générales (quasiment coutumières) qui sont applicables à tous les États. Pour une très grande partie des règles internationales, étant majoritairement d'origine consensualiste et en partie coutumière mais d'existence régionale, on peut parler d'une validité relative. Cette relativité du droit international découle notamment des conditions de sa formation.

Comme les règles générales, ces règles particulières, qui ne concernent en effet que certains sujets du droit international, suivent également, on l'a expliqué, la logique intersubjective dans leur formation. Mais la particularité de ces règles est qu'à l'intérieur de cette formation intersubjective, les subjectivités des États sont autorisées à être présentes à un point aussi déterminant qu'il ne s'agira plus d'une production collective et que la validité de la règle en formation dépendra de l'approbation de l'État souhaitant se lier par cette règle (formation consensualiste) ou de la particularité des États concernés (formation spontanée régionale⁴⁴³).

En effet, la plupart des règles juridiques qui régissent actuellement les rapports internationaux sont de validité relative. Certains considèrent que cette spécificité du droit international, c'est-à-dire l'existence d'une forte dose de subjectivité à l'intérieur de la logique intersubjective qui domine le droit international, résulte du nombre limité de ses sujets. Si cet argument est, à certains égards, exact, la vraie cause de cette relativité du droit international vient principalement de l'absence d'une autorité supérieure à tous les sujets de cet ordre et du principe de la souveraineté qui est le garant de l'indépendance juridique des États. Par rapport aux ordres juridiques internes « caractérisé[s] par la dissociation de l'État et de ses sujets »⁴⁴⁴, l'absence de cette dissociation dans l'ordre juridique international où les créateurs et les destinataires du droit sont identiques laisse la place au relativisme. Si la portée de certaines

⁴⁴² Voir WEIL (P.), « Le droit international en quête... », op. cit., p. 206.

⁴⁴³ Concernant la formation des coutumes régionales, P. Daillier M. Forteau et A. Pellet écrivent qu'« il est raisonnable de penser que plus le cercle des États intéressés se restreint, plus l'unanimité est nécessaire ». Voir DAILLIER (P.), FORTEAU (M.), PELLET (A.), *Droit international public*, op. cit., p. 361. Dans le même sens voir COMBACAU (J.), SUR (S.), *Droit international public*, op. cit., p. 72.

⁴⁴⁴ COMBACAU (J.), « Le droit international : bric-à-brac ou système ? », op. cit., p. 96.

règles varie en fonction des engagements des États⁴⁴⁵ et si leur force procède, non de l'autorité d'un législateur qui, ici, n'existe pas, mais de leur reconnaissance par les États tous également souverains⁴⁴⁶, il est tout à fait logique qu'elles soient condamnées au relativisme.

Ces règles particulières sont donc relatives en raison de la logique intersubjective qui conditionne leur formation et du « rôle éminent qu'y joue le consentement des États »⁴⁴⁷ dans un jeu de réciprocité. Il est vrai que le droit international est un droit réciproque. Ce sont les rapports réciproques des États qui se trouvent à l'origine du droit international. Si dans le cadre de la formation spontanée du droit international, cette réciprocité est moins explicite et n'existe que d'une manière informelle et concernant les comportements non réfléchis des États, en ce qui concerne la formation conventionnelle, le respect du principe de la réciprocité est capital. Étant parfaitement adaptée à l'état de la société internationale constituée d'États souverains, la forme consensualiste exige dans les rapports égalitaires des États « une parfaite adéquation, liée à l'idée de la réciprocité »⁴⁴⁸.

Selon E. Decaux, la réciprocité, en tant que « principe qui assure la coexistence des États »⁴⁴⁹ et leur souveraineté, est inhérente au droit relationnel⁴⁵⁰. En même temps, elle est la cause de sa relativité⁴⁵¹. L'obéissance à ce principe de réciprocité, au moins dans le cadre de la formation consensualiste, nous montre à quel point la logique intersubjective qu'on a exposée comme conditionnant la formation normative internationale relativise ce droit.

Par conséquent, dans la mesure où l'intersubjectivité correspond dans l'ordre juridique à l'interétatisme, force est de constater qu'il existe un lien direct entre la relativité du droit international et la notion de souveraineté, surtout avec la façon dont on la comprend. Le règne de la logique interétatique dans la formation du droit international résulte d'un « système polynormatif » dans lequel la validité des règles est relativisée⁴⁵². À cet égard, il n'est pas étonnant de voir que le relativisme est considéré comme inhérent à la normativité internationale plaquée sur le principe de la souveraineté des États⁴⁵³.

⁴⁴⁵ Voir CARILLO-SALCEDO (J.-A.), « Droit international et souveraineté des États... », op. cit., p. 78.

⁴⁴⁶ Voir BASDEVANT (J.), « Règles générales du droit de la paix », op. cit., p. 485.

⁴⁴⁷ SUR (S.), « Quelques observations sur les normes juridiques internationales », op. cit., p. 910.

⁴⁴⁸ DECAUX (E.), *La réciprocité en droit international*, op.cit., p. 54.

⁴⁴⁹ Idem., p. 345.

⁴⁵⁰ Idem., p. 342.

⁴⁵¹ Idem., p. 62.

⁴⁵² WEIL (P.), « Le droit international en quête de son identité... », op.cit., p. 198-199. Le terme « polynormativité » signifie la normativité à contenu variable (p. 219-220).

⁴⁵³ Idem., p. 206.

En dehors de cette relativité de l'ordre juridique international découlant de l'absence d'une validité générale de ses règles, il est également possible qu'une même règle existante se voie relativisée par rapport à son contenu dans des rapports mutuels des États.

B. Un contenu relativisé des règles dans les rapports mutuels des États

En plus de la relativité de l'ensemble du droit international due à une formation normative fortement subjectivée, et du fait que les États soient à la fois les créateurs et les destinataires des règles internationales, ces dernières sont également exposées au risque de relativité selon l'État par rapport à leur réalisation. Ce risque de relativité découle notamment de la liberté que possèdent les États dans leurs rapports mutuels à l'intérieur desquels c'est à chaque État qu'il revient d'apprécier la régularité des actes ou la validité des règles qui lui sont opposées.

Selon S. Sur, cette relativité, en tant que principe « le plus caractéristique et le plus important du droit international », signifie que « le droit international n'est pas appliqué de façon uniforme aux sujets, que chacun d'eux peut, dans une certaine mesure, en développer sa propre conception »⁴⁵⁴. L'auteur ajoute que malgré son développement considérable, le droit international reste encore fidèle à ce principe fondamental de son existence⁴⁵⁵.

Il est vrai que chaque règle internationale crée des rapports réciproques engendrant des droits et des obligations synallagmatiques. Dès le début de sa formation, on l'a dit, la règle internationale s'est exposée au risque de relativité en raison de la logique intersubjective. Même après sa formation, cette dernière détermine encore la réalisation de la règle qui s'applique aux relations réciproques des États qui apprécient librement la modalité de leur relation.

À cet égard, on peut constater que dans l'ordre juridique international, il existe une forte « individualisation des statuts et des rapports juridiques »⁴⁵⁶. Par comparaison avec l'ordre étatique dans lequel les statuts et les rapports juridiques sont déterminés et régis par des règles générales et hiérarchiquement supérieures, à cause de l'existence très limitée de ce genre de

⁴⁵⁴ C'est d'ailleurs en ce sens qu'il écrit qu'« [i]l existe autant d'états du droit international qu'États en droit international ». Voir SUR (S.), « Quelques observations sur les normes juridiques internationales », op. cit. p. 904 et 905.

⁴⁵⁵ Ibid.

⁴⁵⁶ VIRALLY (M.), « Panorama du droit international... », op. cit., p. 169.

règles et de l'absence de hiérarchie structurelle, cette individualisation est très poussée dans l'ordre juridique international.

Tandis qu'il existe une certaine évolution vers la généralisation des rapports interétatiques par la détermination des droits et des obligations réciproques des États dans le cadre des grandes conventions internationales, celles-ci, ayant une forme classique de traité international, obéissent encore à la logique de la réciprocité. Même partant de l'hypothèse d'un traité universel, accepté et signé par tous les États sans exception, celui-ci ne crée que des rapports bilatéraux entre chaque couple d'État. Pour chaque État signataire, un rapport de responsabilité et d'obligation indépendant se crée avec chacun des autres États signataires.

Cette individualisation des rapports interétatiques basée sur le principe de la réciprocité est encore plus poussée dans la pensée de A. Cassese qui inclut également les règles générales coutumières, même celles qui sont de nature *erga omnes*. Selon lui,

« International rules, even though they address themselves to all States (in the case of customs) or group of States (in the case of multilateral treaties), confer rights or impose obligations on pairs of States only. As a result, each State has a right or an obligation in relation to one other State only. Such rules can also be termed 'synallagmatic' in that they impose reciprocal obligations. For instance, in the case of customary rules, they may confer on each member of the international community right *erga omnes*, that is towards all other States. However, in their concrete application, they boil down to standards applying to pairs of States [...] as soon as one of these norms is violated, the ensuing legal relationship links only the aggrieved State and the offending party »⁴⁵⁷.

Par conséquent, qu'il s'agisse d'une règle qui ne concerne qu'un certain nombre d'États ou d'une règle internationale générale existant pour tous les États, il est possible, et d'ailleurs très courant dans la pratique, que la conséquence de cette règle au niveau des droits et obligations engendrés ne soit identique pour tous les États concernés, à moins bien sûr que ce ne soit une règle impérative. Chaque règle internationale crée des droits et des obligations synallagmatiques entre chaque couple d'États. La modalité de mise en œuvre de ces obligations et leur contenu se déterminent largement suivant les particularités de la relation réciproque qui existe entre chaque couple d'État.

⁴⁵⁷ CASSESE (A.), *International law*, op. cit., p. 14. H. Thierry défend cependant l'idée selon laquelle la portée *erga omnes* d'une norme internationale la soustrait au risque de relativisme. Pour lui, « toutes les normes du droit international général ont une portée *erga omnes*, en ce sens qu'elles créent des droits et des obligations pour tous les États ». Voir THIERRY (H.), « L'évolution du droit international... », op. cit., p. 59 et p. 62.

S'alignant plutôt sur la pensée de A. Cassese, on pense que la conception de H. Thierry est contestable. En effet, dans la mesure où toutes règles générales – sauf celles qui sont impératives – peuvent se voir écartées par une règle particulière, elles sont également relativisables, y compris les règles de nature *erga omnes* non impératives.

De ce point de vue, l'exécution ou le respect d'une obligation internationale de telle ou telle manière n'est pas impérative. Sa modalité peut se décider et varier à l'intérieur de chaque rapport interétatique particulier. Au-delà de sa modalité d'exécution, une règle internationale peut même se voir complètement écartée par la volonté permissive d'un État en faveur d'un autre ou par leur entente mutuelle dans leur relation réciproque. L'article 20 du projet de la Commission du droit international sur la responsabilité de l'État constitue à ce sujet un exemple assez démonstratif. Dans le projet de la Commission, le consentement de l'État figure clairement comme une circonstance excluant l'illicéité du comportement d'un État qui ne serait par ailleurs pas conforme aux obligations internationales de celui-ci. Cet article qui « reflète le principe fondamental de droit international relatif au consentement »⁴⁵⁸, est très significatif au sujet de la relativité du droit international dans la mesure où un simple consentement de l'État peut suffire à écarter, même si seulement au niveau de l'exécution et concernant l'État ou les États autorisés, une règle particulière ou générale du droit international, à condition, bien sûr, que l'obligation dont il s'agit ne découle d'une norme de nature impérative⁴⁵⁹.

Pour éviter les controverses, il convient de dire que cette relativité à ce niveau concerne uniquement l'exécution d'une obligation découlant d'une norme internationale. Le consentement permissif de l'État qui modifie intégralement ou en partie la conséquence de la règle obligatoire, ne porte pas atteinte à l'existence elle-même de cette règle. Autrement dit, le fait qu'un État n'exige pas du tout l'exécution d'une obligation internationale d'un autre État ou ne l'exige qu'en partie ne permet pas de conclure à la non existence de cette norme entre ces deux États.

En dehors de ce risque de relativisation des règles internationales à l'intérieur de chaque rapport particulier des États, il en existe un autre qui découle du principe selon lequel c'est à chaque État qu'il appartient d'apprécier, en ce qui le concerne, le contenu des règles qui lui sont opposables ou la validité des actes qui lui sont opposés⁴⁶⁰. Selon ce principe de l'auto-

⁴⁵⁸ CRAWFORD (J.), *Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite : introduction, texte et commentaires*, Pedone, 2003, p. 194.

⁴⁵⁹ L'article 26 du Projet de la CDI sur la responsabilité de l'État.

⁴⁶⁰ PELLET (A.), « Cours général : le droit international entre... », op. cit., p. 57. M. Virally écrit effectivement que, dans l'ordre juridique international, « il appartient à chacun d'apprécier ce que le droit lui commande et de se comporter en fonction de cette représentation, sans que celle-ci puisse être réformée par le jugement d'un tiers ». L'auteur ajoute cependant que « ceci n'équivaut pas à la récupération d'un pouvoir juridiquement illimité au niveau de l'application du droit, mais laisse subsister, néanmoins, un pouvoir de fait : celui, pour chaque État, de s'en tenir à une interprétation unilatérale de ses droits et obligations, sans même exclure la possibilité de

appréciation, « une règle de droit peut exister, ou avoir tel contenu, aux yeux d'un État, ne pas exister, ou avoir un autre contenu, aux yeux d'un autre État »⁴⁶¹. Il est évident que les prétentions subjectives de l'État dans la considération de ce que sont ses droits et ses obligations ne lient que lui-même. Mais jusqu'à ce qu'une autorité juridique intervienne pour dire le droit et préciser son contenu, ce qui est très rare dans l'ordre juridique international, « [e]n vertu du principe de l'«équivalence des prétentions», commandé par l'égalité des États », « les interprétations divergentes avancées par les parties [...] valent autant l'une que l'autre » et « chaque État peut, de bonne foi, maintenir sa propre interprétation »⁴⁶².

À cet égard, cette liberté d'appréciation qui conduit au relativisme⁴⁶³ peut provoquer des divergences profondes entre les États à propos de l'interprétation des principes les plus fondamentaux du système en « mena[çant] le maintien d'un ordre stable, voire son existence en tant que telle »⁴⁶⁴.

Après avoir analysé le rapport entre la norme internationale et l'État à la lumière de la logique intersubjective, on va maintenant examiner le rapport de l'État avec l'ordre juridique international constitué.

franchir les limites de la bonne foi ». Voir VIRALLY (M.), « Une pierre d'angle qui résiste au temps... », op. cit., p. 192.

⁴⁶¹ WEIL (P.), « Le droit international en quête... », op. cit., p. 318.

⁴⁶² Idem., pp. 220-222.

⁴⁶³ Voir idem., p. 318.

⁴⁶⁴ JOUANNET (E.), « Le juge international face... », op. cit., p. 920. Dans le même sens G. Scelle écrit que « du jour où s'introduisit l'idée de souveraineté, il devenait impossible de discerner où était le Droit, chaque État ayant compétence pour le dire ». Voir SCELLE (G.), *Précis du droit des gens*, t.1, op. cit., p. 64.

Chapitre II : L'objectivité de l'ordre juridique international

L'objectif principal de ce chapitre est de montrer que, malgré l'origine intersubjective du droit international, une fois que ce droit existe, il s'impose d'une manière objective. Avant d'y venir, il convient d'expliquer d'emblée le rapport entre l'objectivité de l'ordre juridique international et la logique intersubjective que l'on a exposée en tant que fondement de toute normativité internationale.

Du point de vue de la formation du droit ou de la validité généralisée d'une règle juridique, l'objectivité du droit n'a pas de sens dans l'ordre juridique international. En premier lieu, une formation objective de la norme internationale n'est possible que par la création d'une autorité législative internationale supérieure, du moins extérieure aux États, qui est toujours absente.

Quant à la question de la validité généralisée des normes juridiques, on a vu que le droit international n'est pas uniforme et chaque rapport interétatique se présente comme un ordre juridique distinct. Ainsi, en raison de l'impossibilité de parler d'un ordre juridique international uniforme et objectif, il va falloir déterminer l'objectivité de cet ordre dans chaque rapport juridique distinct du point de vue de la validité juridique de ses normes. Il est vrai que si l'objectivité se définit comme l'existence intersubjectivement partagée à un moment donné par l'ensemble des sujets concernés, en raison du relativisme du droit international et de sa structure fractionnée en rapports interétatiques particuliers, ce terme « ensemble » doit être entendu dans l'ordre international comme comprenant spécifiquement les sujets présents à l'intérieur de chaque rapport juridique international et non pas obligatoirement tous les sujets. Cela signifie que, à l'intérieur de chaque rapport juridique interétatique, même particulier, construit sur des considérations n'étant valables que d'une manière intersubjective et condamné en soi au relativisme, il existe un certain degré d'objectivité dans la mesure où ces considérations sont intersubjectivement partagées par l'ensemble des sujets concernés.

En dehors de ce rapport intime entre les concepts d'intersubjectif et d'objectif, l'objectivation de l'ordre juridique international a également des incidences sur la logique intersubjective. Il peut être constaté que, surtout en ce qui concerne la relativité du droit international qui provient de sa nature intersubjective, l'objectivité de cet ordre modifie, à un certain degré, le caractère an-archique du droit international. Toutefois, l'objectivité et la logique

intersubjective ne sont pas deux concepts qui s'opposent absolument. D'abord, il est important de préciser que le terme « objectif » est employé dans le sens où la logique intersubjective, que l'on a expliquée à propos de la formation interétatique, s'affirme dans la mesure où la pluralité des souverains aboutit inévitablement à une certaine objectivation des règles intersubjectivement créées. À cet égard, l'objectivité et l'intersubjectivité se rapprochent, voire se couvrent complètement comme on a expliqué au tout début du chapitre précédent.

Cette interrelation particulière entre l'intersubjectivité et l'objectivité de l'ordre juridique international fait que cette objectivation se réalise à un degré différent en fonction de la nature et du contenu de la norme créée. Ainsi, l'objectivité est relative quant elle n'existe qu'à l'intérieur d'un rapport juridique particulier, mais qui jouit d'une objectivité dans la mesure où les appréciations subjectives (et pas encore intersubjectivisées par le jeu de réciprocité) n'ont pas d'effet sur l'ensemble des règles régissant ce rapport particulier (Section 1). L'objectivité de l'ordre juridique international est absolue dans la mesure où non seulement la norme est applicable à tous mais aussi parce qu'elle est impérative (Section 2).

Section 1 : Une objectivité relativisée de l'ordre juridique international

Au chapitre précédent, on avait constaté que les obligations internationales des États, même découlant de normes internationales bien établies, pouvaient être relativisées dans chaque rapport interétatique. Mais ceci à condition qu'à l'intérieur de chaque rapport réciproque les parties concernées parviennent à un accord suivant toujours la même logique intersubjective. À défaut d'un quelconque accord des volontés pour modifier les normes existantes, il s'ensuit de la nature de la norme juridique qu'elles demeurent valables et opposables indépendamment de toute volonté subjective, ce qui fait que l'ordre juridique international acquiert une certaine objectivité (Paragraphe I).

En effet, l'existence d'obligations qui s'imposent aux États en dehors de leur appréciation individuelle est la preuve d'un ordre public objectif au niveau international, bien qu'il soit plus aléatoire, relativisé et instable que l'ordre public interne. Même à l'intérieur d'un système contractuel, construit sur la réciprocité et la relativité des rapports juridiques, il existe un certain degré d'objectivité à travers un système de responsabilité réciproque (Paragraphe II).

Paragraphe I. L'objectivité découlant de la nature de la norme juridique

Le droit international a deux dimensions en apparence contradictoires mais en réalité complémentaires qui font sa particularité. D'une part, il se présente comme une réalité volontairement créée par ses sujets et comme la conséquence naturelle de leur existence. D'autre part, il existe comme une réalité transcendante par sa nature normative qui lui permet de s'imposer à ses sujets au-delà de leur volonté. Ces deux dimensions existent simultanément et nécessitent d'être prises en considération ensemble pour pouvoir saisir la particularité de ce droit, caractérisé par sa nature à la fois normative et intersubjective.

Cette dualité peut s'expliquer par deux différents états de la norme : le premier concerne le processus de sa formation et le deuxième correspond à l'état de son existence en tant que règle juridique, c'est-à-dire pendant la période qui suit son accès à la vie juridique. Du point de vue de l'objectivité de l'ordre juridique international, c'est ce dernier état de la norme qui nous intéresse. Une fois que la norme est créée dans un processus intersubjectif, elle s'impose désormais, à chacun des États qui y est lié, d'une manière obligatoire (A) et indépendante de leur volonté (B).

A. La force obligatoire du droit international

Le problème du caractère obligatoire de la norme internationale a souvent suscité un vif débat sur la question de la souveraineté des États et de leur soumission au droit international. Chez les théoriciens volontaristes qui partent d'une conception absolue de la souveraineté, cette question devient un paradoxe que L. Duguit explique de la manière suivante :

« [...]si l'État est par nature une volonté souveraine, c'est-à-dire une volonté qui commande aux individus et qui n'est subordonnée à aucune autre volonté, comment peut-il être soumis à une règle s'imposant à lui, puisqu'il n'y a par définition même aucune autre volonté pouvant lui imposer une règle. Si il y avait une règle de droit supérieur s'imposant à l'État, celui-ci cesserait d'être souverain et par conséquent cesserait d'être État. Il y a contradiction absolue entre la notion d'État souverain et la notion d'une règle de droit supérieure à l'État et limitant son action »⁴⁶⁵.

Dans l'ordre juridique international, puisque les créateurs et les destinataires du droit sont identiques, pour qu'une règle juridique puisse contraindre d'une manière objective le pouvoir qui l'engendre, il faut absolument qu'elle se détache de lui. C'est pourquoi la reconnaissance

⁴⁶⁵ DUGUIT (L.), « Jean-Jacques Rousseau, Kant et Hegel », op. cit., p. 176.

de la force obligatoire du droit signifie logiquement la reconnaissance d'un pouvoir propre au droit constitué, un pouvoir autre que celui qui le crée. Partant, on peut dire que même en admettant le fait que la volonté (dans ce cas étatique) puisse créer le droit, elle ne peut pas fonder toute seule sa force obligatoire. Par conséquent, que ce soit la théorie de la volonté de l'État isolé ou la théorie de la volonté commune des États, les approches volontaristes s'avèrent insuffisantes pour expliquer le fondement de la force obligatoire du droit international⁴⁶⁶.

Une deuxième approche, qui constitue une évolution considérable par rapport à la théorie volontariste par sa reconnaissance à la fois de la réalité interétatique et de la réalité normative de cet ordre juridique international, part de l'axiome « *pacta sunt servanda* », norme fondamentale hypothétique (*Grundnorm*) se trouvant au sommet du système hiérarchique de H. Kelsen⁴⁶⁷. En effet, défini comme « un système de promesses échangées entre des sujets coordonnés et juridiquement égaux »⁴⁶⁸, le droit international devient obligatoire pour les États qui doivent respecter leurs engagements dans leur rapport avec d'autres États. À cet égard, ce principe *pacta sunt servanda*, plus objectif que les volontés subjectives des États, permet au droit constitué de se détacher du pouvoir constitutif pour fonder sa validité obligatoire envers lui. Cependant, au-delà de sa vulnérabilité du fait qu'elle est fictive et non vérifiable⁴⁶⁹, cette théorie, ne restant applicable d'une manière limitée qu'aux rapports conventionnels, ne donne pas une réponse satisfaisante concernant la force obligatoire de l'ensemble des règles internationales. En effet, l'irréductibilité du droit international coutumier à un accord tacite et l'ineffectivité du principe *pacta sunt servanda* en cas de contradiction avec le droit impératif constituent les points faibles majeurs de cette théorie.

Sur la question du fondement de la force obligatoire du droit international, face à des réponses état-centriques, par conséquent subjectivisées, les objectivistes refusaient complètement d'y voir un rôle de l'État. En effet, G. Scelle écrit que la production du droit est un processus social et que la fonction de l'État dans ce processus est limitée par la concrétisation du droit

⁴⁶⁶ Certaines approches volontaristes, loin d'expliquer d'une manière acceptable le fondement de la force obligatoire du droit international, se permettent même de mettre en cause la juridicité de ce droit. Pour un examen détaillé sur les théories volontaristes et la question du fondement du droit international. Voir TRUYOL y SERRA (A.), *Doctrines sur le fondement du droit des gens*, op. cit., p. 59 et s.

⁴⁶⁷ Voir KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, op. cit., et son cours à l'Académie de La Haye, « Théorie du droit international public », *RCADI*, vol. 84, 1953, pp. 1-203.

⁴⁶⁸ A. Cavaglieri, cité par TRUYOL y SERRA (A.), *Doctrines sur le fondement du droit des gens*, op. cit., p. 71

⁴⁶⁹ Voir *ibid.* ; SCELLE (G.), *Précis du droit des gens*, t. 2, op. cit., p. 337.

déjà existant⁴⁷⁰. Dire que le droit est issu des volontés subjectives des États et supposer qu'il ait un caractère objectivement contraignant envers ses créateurs serait contradictoire. Dans la mesure où les États souverains qui agissent librement n'auront aucune limite pour modifier le droit existant, cette force soi-disant obligatoire n'aurait aucun sens. Pour G. Scelle, le fondement du caractère obligatoire du droit (positif) « n'est donc ni dans la volonté des gouvernants signataires, ni dans l'accord de leurs volontés : il est dans le Droit objectif »⁴⁷¹. Si les gouvernements sont dotés dans l'exercice de leurs compétences, y compris la formulation du droit positif, d'une certaine autonomie, cette dernière est également attribuée par le Droit objectif⁴⁷².

Face à ces controverses théoriques et ces divergences doctrinales, M. Koskenniemi estime que toute théorie sur le fondement de la force obligatoire du droit international est condamnée à osciller entre l'apologie (approches positivistes) et l'utopie (approches objectivistes)⁴⁷³. Suivant cette vision critique selon laquelle, coincés entre deux pôles extrêmes, on néglige souvent une partie de la réalité juridique de l'ordre international, de nouvelles doctrines dites éclectiques⁴⁷⁴ ont émergé. Représentées par des auteurs comme P. Weil, J.-A. Carrillo-Salcedo, selon ces doctrines éclectiques, on ne peut nier ni le rôle de la volonté de l'État dans la production normative ni le caractère obligatoire transcendant du droit désormais produit⁴⁷⁵. Le fondement du droit international n'est pas une question de subjectivisme ou d'objectivisme mais une question qui concerne les deux à la fois. C'est juste un problème de dosage qui change selon l'évolution du droit international⁴⁷⁶.

Il est vrai qu'une norme juridique internationale, qu'elle émane purement des volontés subjectives des États ou qu'elle soit issue de facteurs sociaux et objectifs, résulte en tout cas

⁴⁷⁰ SCELLE (G.), *Précis du droit des gens*, t. 1, op. cit., p. 6.

⁴⁷¹ SCELLE (G.), *Précis du droit des gens*, t. 2, op. cit., p. 337.

⁴⁷² SCELLE (G.), *Précis du droit des gens*, t. 1, op. cit., p. 25 et 26. Critiqué d'être une sorte de droit naturel introduisant d'une manière irréaliste le « devoir-être » moral au droit, ce Droit objectif est défini par G. Scelle non pas comme un idéal mais comme « un ensemble de lois causales ». Pourtant, parfois on a l'impression que c'est lui-même qui l'idéalise en définissant le droit positif comme « une production imparfaite », « une déformation du droit objectif ». Voir SCELLE (G.), « Essai sur les sources formelles du droit international », op. cit., p. 401 et 424.

⁴⁷³ KOSKENNIEMI (M.), *From apology to utopia : The structure of international legal argument*, Cambridge, 2005 (réédition), 683 p. Un résumé substantiel de cet ouvrage a été publié en langue française dans un recueil du même auteur, *La politique du droit international*, Pedone, 2007, pp. 51-96.

⁴⁷⁴ TRUYOL y SERRA (A.), *Doctrines sur le fondement du droit des gens*, op. cit., p. 137.

⁴⁷⁵ Voir CARILLO-SALCEDO (J.-A.), « Droit international et souveraineté des États... », op. cit.

⁴⁷⁶ L'auteur écrit effectivement que le problème du fondement du droit international « n'est pas un problème de ou (ou volontarisme ou objectivisme) mais un problème de et – plus précisément un problème de dosage des deux ingrédients du système, aussi incontournables l'un que l'autre ». Voir WEIL (P.), « Le droit international en quête de son identité... », op. cit., p. 81.

de l'objectif de coexistence des sujets du droit international et de leur besoin de coopération. En effet, la réalité de l'interdépendance des États et les problèmes de plus en plus complexes de la vie internationale nécessitent des solutions autres que basées uniquement sur le respect du principe de la souveraineté. D'ailleurs, même dans un ordre juridique construit sur le principe de la souveraineté, il faut un minimum de respect du droit pour que ce principe de souveraineté puisse se réaliser et soit réciproquement respecté. Le principe de la souveraineté et le caractère obligatoire du droit ne sont donc pas deux choses contradictoires. Bien au contraire, tous les deux se complètent et coexistent dans un rapport de respect mutuel.

Cependant, selon A. Truyol y Serra, cette recherche d'équilibre bien attirante semble confondre la question du fondement du droit international (les sources du droit international et la formation normative) et la question du fondement de la force obligatoire du droit international. En effet, l'auteur estime que

« [l]e fondement ultime est objectif ou il est subjectif. Logiquement, il ne peut pas être l'un et l'autre en même temps. Il faut choisir. Une norme m'oblige parce que 'je veux' ou parce que 'je dois'. Je peux devoir parce que j'ai voulu, certes : mais alors l'obligation vient du devoir transcendant. L'obligation qui vient du 'je veux' est évidemment frêle ; car je peux cesser de vouloir. Dès lors, autant l'éclectisme cumulateur est bienvenu dans le domaine des sources, autant il gêne sur le plan du fondement ultime du droit. A bien regarder, le fondement ultime de l'obligation juridique ne peut être qu'un 'tu dois' au sens plein du terme »⁴⁷⁷.

Partageant le point de vue de cet auteur, il nous semble qu'il existe, dans ce parallélogramme éclectique critiqué, plus un souci de pragmatisme qu'une confusion. Ces approches éclectiques essaient de trouver une solution valable à la question du caractère obligatoire du droit d'une manière extérieure et transcendante, sans nier le rôle des États en tant que sources formatrices de celui-ci. L'État est affirmé comme créateur du droit (une réponse volontariste à la question des sources du droit international) et le droit s'impose d'une manière objective parce que c'est le droit, le devoir transcendant (une réponse objective à la question du fondement de la force obligatoire du droit international).

Ainsi, en éliminant la question de savoir d'où vient le droit dont la réponse est déjà donnée autour de la logique intersubjective, concernant le fondement du caractère obligatoire du droit, on arrive à la reconnaissance que cette force ne vient ni de ses créateurs ni de la

⁴⁷⁷ TRUYOL y SERRA (A.), *Doctrines sur le fondement du droit des gens*, op. cit., p. 141.

nécessité sociale. Elle réside dans l'idée même du droit⁴⁷⁸. Il est vrai qu'une fois que la règle de droit existe, le fondement de son caractère obligatoire ne se trouve ni dans la volonté de ses créateurs ni dans le fait générateur. En effet, ce n'est plus la question de qui produit le droit mais une question de savoir pourquoi le droit est obligatoire. Et la seule réponse valable qu'on peut donner à cette question ne peut être que d'ordre philosophique. Cette réponse se trouve dans la conviction de ses destinataires qui supposent que cette règle est obligatoire. Indépendamment de son origine et de son contenu, pour tout droit, c'est en effet cette conviction psychologique qui lui confère sa force obligatoire. Cette force obligatoire est liée à la fonction instrumentale de la norme qui dicte une prohibition, une permission ou une habilitation : « Dire que la norme juridique est obligatoire, ce n'est que traduire la force référentielle que lui confère sa fonction de modèle »⁴⁷⁹ dans une société donnée. En ce sens, le postulat, qui peut expliquer le fondement de la force obligatoire de la norme internationale d'une manière objective, ne peut se baser que sur cette fonction sociale et instrumentale de la norme. Ce postulat qui résulte donc d'une « pure convention de langage »⁴⁸⁰ justifie ainsi l'idée que la normativité objective du droit international dont sa force obligatoire découle est rien d'autre qu'une exigence logique de la norme juridique.

B. La force autonome du droit

Au sujet de la formation intersubjective du droit international, en tant que cause principale de sa relativité, on a dit que l'absence de dissociation entre les créateurs et les destinataires du droit international laissait la place au relativisme. En effet, les États en tant que créateurs du droit possèdent une large liberté d'appréciation lors de la formation d'une grande majorité des règles internationales. Ceci est la conséquence logique du principe de l'intersubjectivité qui gouverne la formation du droit international.

Mais une fois la règle constituée, c'est la même logique intersubjective qui permet d'effacer le rôle individuel des sujets et leur liberté d'appréciation, laissant place ainsi à l'objectivité. Parlant spécifiquement des cas où cette liberté d'appréciation n'a pas été prévue et admise par

⁴⁷⁸ Dans son cours de l'Académie de La Haye, J. Verhoeven écrit en effet qu'« il est de l'essence du droit de devoir être respecté ». Voir VERHOEVEN (J.), « Considérations sur ce qui est commun... », op. cit., p. 151. Dans le même sens H. Kelsen écrit que « dire qu'une norme est 'valable', c'est affirmer qu'elle est obligatoire ». Voir KELSEN (H.), « Théorie pure du droit », op. cit., p. 255.

⁴⁷⁹ Voir GROULIER (C.), « La distinction de la force contraignante et de la force obligatoire des normes juridiques. Pour une approche duale de la force normative », in *La force normative, naissance d'un concept*, C. Thibierge (dir. scientifique) et alii, Bruylant, 2009, p. 201 et 205.

⁴⁸⁰ COMBACAU (J.), « Le droit international : bric-à-brac ou système ? », op. cit., p. 91.

la règle existante elle-même au sujet de son interprétation ou de sa réalisation, une telle liberté individuelle ne pourra produire des conséquences juridiques valables qu'en respectant la même logique intersubjective, c'est-à-dire dans la mesure où les actes issus d'une appréciation subjective d'un État ne sont contestés, explicitement ou implicitement, par les sujets concernés. Ainsi, cette nouvelle situation acquiert également une origine intersubjective, donnant de ce fait naissance à une autre règle de l'existence objective, du moins pour les sujets concernés.

Il est vrai que, même pour ce qui concerne les normes issues de la formation conventionnelle dans laquelle l'État a plus de liberté, une fois la norme constituée, elle est désormais détachée de la volonté de ses créateurs. Elle existe indépendamment de l'appréciation subjective de ses créateurs et de ses destinataires et s'impose à eux en dehors de leur consentement ou volonté⁴⁸¹. G. Fitzmaurice écrit effectivement que,

« a new rule may come into existence as law because States have consented to it, but once it exists as law its binding force does not depend on consent but on its character as law, and on the necessarily obligatory character of all law »⁴⁸².

En effet, une fois que la règle internationale existe, le jugement sur sa validité juridique n'appartient pas à un État qui le fera tout seul d'une manière subjective. Jusqu'à ce que l'inexécution ou la modification de la règle se décident suivant la même logique intersubjective⁴⁸³ qui déterminait également sa création, elle existe et s'appliquera d'une manière objective à tous les sujets liés par elle. Autrement dit, si la formation de la norme internationale présente un caractère intersubjectif, la conséquence (les obligations, les droits, l'exécution) de cette norme désormais présente est d'ordre objectif. C'est en ce sens que l'existence du droit suppose irréfutablement un certain degré d'objectivité.

Cependant, ces deux notions d'objectif et d'intersubjectif ne sont pas opposées. Le droit international est objectif par son existence normative. C'est, en quelque sorte, une objectivité qui découle de la nature intersubjective de la formation du droit international. Si la

⁴⁸¹ DUPUY (P.-M.), « L'unité de l'ordre juridique international... », op. cit., p. 204. L'auteur affirme que « l'ordre juridique international est lui-même largement indépendant de la souveraineté des États. Il a pris, au cours des temps, une certaine forme d'existence objective même s'il ne doit son existence que leur assentiment, primordial à tous les sens du terme. Une fois constitué, cet ordre s'impose à chacun d'entre eux ».

⁴⁸² FITZMAURICE (G.), « The General Principles of International Law Considered From the Standpoint of the Rule of Law », *RCADI*, vol. 92, 1957, p. 40.

⁴⁸³ S. Sur met l'accent sur cette nature toujours intersubjective du processus de modification en écrivant qu'« en principe le changement suppose l'accord des sujets liés par la règle antérieure ». Voir SUR (S.), « Quelques observations sur les normes juridiques internationales », op. cit., p. 91.

subjectivité étatique peut jouer un rôle, dans une certaine mesure, dans la formation du droit international, une fois que le droit existe elle s'efface complètement. En effet, une règle internationale ne pourrait être écartée par la volonté d'un seul État.

Paragraphe II. Une objectivité des obligations internationales des États

Un rapport paradoxal, semblable à celui qui existe entre la source intersubjective d'une norme et son existence objective, est également présent dans les obligations internationales des États découlant de leur rapport contractuel. En outre, dans ce domaine où l'origine volontaire des obligations imposées est moins discutable, l'objectivité de celles-ci paraît plus paradoxale. On va d'abord examiner les obligations internationales librement consenties par les États par rapport à leur existence objective (A) pour analyser ensuite certaines conséquences futures de ces engagements volontaires des États qui risquent d'engendrer parfois des obligations imprévisibles (B).

A. Les obligations expressément consenties par l'État

Les obligations contractuelles des États qui sont expressément consenties sont de nature soit conventionnelle, engageant les États dans des rapports bi- ou multilatéraux (1) soit unilatérale découlant d'un acte individuel de l'État engagé (2).

1. Les obligations conventionnelles des États

Malgré leur origine incontestablement volontaire, les conséquences juridiques des obligations conventionnelles des États qui existent indépendamment de la volonté subjective de leur créateur, sont d'ordre objectif (a). Concernant les obligations découlant des traités constitutifs des institutions internationales, cette objectivité se trouve davantage renforcée (b).

a. L'existence objective des obligations découlant des traités ordinaires

Selon le principe bien connu du droit international, énoncé également dans la Convention de Vienne de 1969, une obligation ou un droit ne peut naître pour un État qu'en vertu de son consentement. Il existe donc un rapport intime entre l'engagement de l'État et ses obligations

internationales. Les traités internationaux constituent sans doute la forme la mieux adaptée à ce rapport d'engagement-obligation. Les États s'y engagent librement et les obligations qui en découlent ne constituent pas une atteinte à leur souveraineté. En effet, selon la fameuse jurisprudence de la Cour Permanente de Justice internationale (CPJI) établie très tôt, en 1923, dans l'affaire du *Vapeur Wimbledon*, le fait qu'un État s'engage à faire ou à ne pas faire quelque chose ne signifie pas l'abandon de sa souveraineté⁴⁸⁴.

Cette liberté de l'État, qui repose sur le principe de l'autonomie de la volonté étatique, est pourtant interprétée d'une manière excessive lorsqu'on suppose que les engagements librement consentis par un État n'ont aucune force obligatoire à son égard. Selon cette idée, « l'État étant souverain est lié par les traités seulement pendant qu'il le veut bien, et que l'État peut toujours s'y soustraire quand son intérêt l'exige »⁴⁸⁵.

Il est certain qu'un État est toujours libre de signer ou non un traité. Personne ne peut obliger un État à le faire. Si un État se lie par un traité international c'est parce qu'il le veut ainsi et qu'il y trouve un avantage. Sinon, ce n'est pas par masochisme que les États se soumettent à des obligations⁴⁸⁶. Cependant, les avantages sont réciproques dans chaque rapport interétatique. Chacune des parties a des droits ainsi que des obligations à l'égard de l'autre partie. C'est d'ailleurs en ce sens que la Cour internationale a affirmé dans l'affaire du *Vapeur Wimbledon* que « toute convention engendrant une obligation [...] apporte une restriction à l'exercice des droits souverains de l'État »⁴⁸⁷. Cela signifie que même dans ce domaine de totale liberté où, en vertu de sa souveraineté, l'État prend ses décisions librement, sa liberté se heurte à celle des autres. En effet, l'État qui jouit des droits dans ses relations internationales a également des obligations en vertu de ses engagements.

Ainsi, tant qu'un État reste lié par une obligation, la validité de celle-ci ne s'apprécie pas d'une manière subjective que lui seul pourra déterminer à sa guise, suivant sa propre interprétation. Cette conséquence logique, qui découle de l'origine intersubjective des obligations contractuelles des États, fait que l'existence de celles-ci s'autonomise des volontés individuelles des parties contractantes pour supposer une objectivité de leur validité, à travers laquelle l'ordre juridique international lui-aussi acquiert une certaine objectivité.

⁴⁸⁴ CPJI Rec., Série A, n°1, p. 25.

⁴⁸⁵ HEGEL (G. W. F.), *Principes de la philosophie du droit*, op. cit., p. 427. Pour une critique de ce point de vue voir DUGUIT (L.), « Jean-Jacques Rousseau, Kant et Hegel », op. cit., p. 372.

⁴⁸⁶ WEIL (P.), « Le droit international en quête de son identité... », op. cit., p. 50.

⁴⁸⁷ CPJI Rec., Série A, n°1, p. 25

En effet, en vertu des règles juridiques en vigueur et applicables, l'État a des obligations internationales dont la violation engagera sa responsabilité. Selon le Projet d'articles de la Commission du Droit International sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, quelle que soit la provenance et la nature de l'obligation (art.12), la violation de cette obligation par un État lié avec celle-ci (art.13) engage la responsabilité de cet État envers l'État lésé individuellement et/ou envers un groupe d'États ou tous les États en fonction du contenu de l'obligation violée (art.42 et art.48).

Il est important de souligner cette indifférence qui concerne l'origine ou la nature des obligations sur le régime de la responsabilité en droit international, afin de montrer que même les obligations contractuelles, sans doute plus subjectivisées que les autres, bénéficient d'une protection juridique tant qu'elles continuent à lier les États.

Dans l'affaire du *Rainbow Warrior*, le Tribunal arbitral a effectivement affirmé qu'en droit international, il n'y a pas de distinction entre la responsabilité contractuelle, issue de la violation d'un traité, et la responsabilité délictuelle provenant de la violation d'une autre règle. Par la même occasion, il a constaté que « toute violation par un État d'une obligation, quelle qu'en soit l'origine, engage la responsabilité de cet État [...] »⁴⁸⁸. Dans l'affaire relative au Projet Gabikovo-Nagymaros, la Cour internationale de Justice a également estimé que « dès lors qu'un État a commis un acte internationalement illicite, sa responsabilité internationale est susceptible d'être engagée, quelle que soit la nature de l'obligation méconnue »⁴⁸⁹.

La volonté de l'État, nécessaire pour qu'une obligation internationale puisse lui être opposable, reflète le caractère subjectif de l'engagement. Cela étant, une fois l'État engagé, celui-ci a l'obligation de respecter des obligations issues de ses engagements internationaux. Et cette obligation de l'État n'est donc plus une question de choix qu'il peut faire tout seul et d'une manière unilatérale. Tant qu'un rapport d'engagement réciproque existe entre deux ou plusieurs États, un rapport d'obligations réciproque existera d'une manière objective⁴⁹⁰. Il

⁴⁸⁸ La sentence du 30 avril 1990, Recueil des Sentences arbitrales, Nations Unies, vol.XX, 1990, p. 251, par. 75.

⁴⁸⁹ CIJ Rec., 1997, p. 38, par. 47. Voir le commentaire de l'article 12 in CRAWFORD (J.), *Les articles de la CDI sur la responsabilité de l'État*, op. cit., p. 151 et s.

⁴⁹⁰ C'est en ce sens que A. Pellet considère les traités comme des pièges des volontés étatiques. Selon lui, par l'objectivité de leur régime juridique qui échappe aux volontés subjectives des États, les traités constituent une source d'obligations « bien plus rigide qu'il y paraît ; certes, les États (ou les organisations internationales) peuvent librement les négocier ou y adhérer mais, une fois qu'ils ont exprimé leur consentement définitif à être liés – par la signature s'agissant des accords en forme simplifiée, par la ratification, l'acceptation, l'approbation ou l'adhésion pour les traités en forme solennelle, 'la trappe se ferme' et le traité s'impose à l'État quand bien

convient de souligner encore une fois que si l'origine de ce rapport d'« engagement-obligation » est subjective et obéit au principe de l'autonomie de la volonté étatique, une fois l'État engagé, les obligations qui découlent de ses engagements sortent de son domaine subjectif pour s'imposer d'une manière objective.

Bien évidemment, cette objectivité est relativisée par le jeu de la réciprocité et suivant la logique intersubjective. Cependant, il existe des obligations dont l'existence objective est encore plus poussée que des obligations ordinaires. On avait constaté au sujet de la relativité des règles internationales que les obligations internationales ont, en principe, une nature synallagmatique qui permet qu'elles puissent être relativisées dans chaque rapport réciproque entre États. En revanche, en ce qui concerne les obligations dites « intégrales », elles « échapp[ent] au régime de la réciprocité quant aux conséquences de droit attachées à [leur] violation »⁴⁹¹. En effet, la violation d'une obligation intégrale par un État partie à un traité comportant ce genre d'obligations n'autorise pas les autres États parties à mettre fin la convention ou à suspendre leurs obligations découlant de cette convention. Il s'agit généralement des obligations relevant des domaines des droits de l'homme, du droit humanitaire ou du droit de l'environnement.

Il est vrai que cette exception au principe de la réciprocité s'appuie sur la même logique matérielle à laquelle les obligations *erga omnes*⁴⁹² font référence : « la nature des droits et intérêts protégés »⁴⁹³. Le Professeur P.-M. Dupuy écrit en effet que :

« Lorsque ces derniers concernent non la protection individuelle des souverainetés mais la promotion ou la sauvegarde d'un intérêt appartenant à une collectivité (partielle ou universelle) transcendant celui de chacune de ses

même il aurait la volonté de cesser d'être lié ». Voir PELLET (A.), « Cours général : le droit international entre... », op. cit., p. 49 et 51.

⁴⁹¹ DUPUY (P.-M.), « L'unité de l'ordre juridique international... », op. cit., p. 140.

⁴⁹² L'introduction du concept d'*erga omnes* dans l'ordre international a changé la nature synallagmatique des obligations internationales. Contrairement aux règles classiques du droit international, les règles de nature *erga omnes* créent des rapports de droits et d'obligations à l'égard de toute communauté internationale, ce qui empêche qu'un État puisse modifier une règle de cette nature dans une relation réciproque avec un autre État. Puisque la formation de ces règles est issue d'un processus général engageant la société internationale toute entière, une telle modification ou dérogation de ces règles n'est possible que par la même voie.

⁴⁹³ Selon le célèbre passage de la CIJ dans l'affaire *Barcelona Traction*, « une distinction essentielle doit en particulier être établie entre les obligations des États envers la communauté internationale dans son ensemble et celles qui naissent vis-à-vis d'un autre État dans le cadre de la protection diplomatique. Par leur nature même, les premières concernent tous les États. Vu l'importance des droits en cause, tous les États peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à ce que ces droits soient protégés ; les obligations dont il s'agit sont des obligations *erga omnes* ». Voir CIJ Rec., arrêt du 5 février 1970, p. 32, par. 33. La Cour a réaffirmé à plusieurs reprises cette notion d'obligation *erga omnes*. Voir par exemple l'affaire *Timor oriental*, CIJ Rec., 1995, p. 102 ; l'affaire relative à l'*Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, CIJ Rec., 1996, exception préliminaires, p. 616.

composants étatiques, sa régulation normative aura toutes chances de donner lieu, par voie conventionnelle, à l'adoption d'un traité intégral »⁴⁹⁴.

Mais il constate également que le critère distinctif d'une obligation intégrale par rapport à une obligation ordinaire est plus formel que matériel⁴⁹⁵. Il est vrai que cette exception de réciprocité n'est pas identique à celle qui découle d'une norme impérative. Ce qui confère à une obligation cette nature intégrale, c'est plus le régime particulier du traité que le contenu matériel de l'obligation. C'est pourquoi, l'objectivité des obligations intégrales n'est pas absolue comme celle des obligations impératives que l'on va examiner ultérieurement.

b. Les obligations des États membres d'une organisation internationale

Comme les précédentes, les obligations d'un État découlant du fait d'être membre d'une organisation internationale trouvent également leur origine dans un traité international, mais cette fois constitutif d'une institution internationale. Selon M. Virally, un État membre dans son rapport avec une organisation internationale a des « obligations sociales »⁴⁹⁶. Même si la création d'une organisation internationale n'aboutit pas à la disparition de l'État qui conserve encore sa souveraineté, du fait qu'il est engagé vis-à-vis d'autres États, cet État, devenu membre, a désormais certaines obligations dans ce groupe. C'est donc ce lien fort d'attachement qui distingue un traité constitutif d'une organisation internationale d'un traité ordinaire.

En effet, concernant la différence du niveau d'objectivité que ce type d'obligations introduit par rapport à des obligations découlant d'un traité ordinaire, force est de constater que bien qu'il soit aussi de nature conventionnelle, un traité constitutif est toujours d'une forme plus ferme et moins relativisable que n'importe quel autre traité. Les conséquences liées à la vie d'un traité, surtout concernant sa modification totale ou partielle dans les relations bilatérales des États, sont différentes pour les traités constitutifs des organisations internationales. La possibilité de telles modifications des obligations découlant d'un traité constitutif est soit très limitée soit impossible⁴⁹⁷.

⁴⁹⁴ DUPUY (P.-M.), « L'unité de l'ordre juridique international... », op. cit., p. 141.

⁴⁹⁵ *Idem.*, p. 140.

⁴⁹⁶ VIRRALY (M.), « La valeur juridique des recommandations... », op. cit., p. 81.

⁴⁹⁷ PELLET (A.), « Cours général : le droit international entre... », op. cit., p. 51 et s.

Pour la modification de la Charte des Nations Unies, par exemple, selon les articles 108 et 109, il faut une majorité de deux tiers d'États membres, y compris les cinq membres permanents du Conseil de sécurité. Cela signifie que, en dehors de cette possibilité et contrairement à un traité multilatéral ordinaire, la Charte est protégée du risque de relativité par le fait que les États, y compris les cinq membres permanents, ne peuvent pas modifier leurs droits et obligations dans leurs rapports réciproques.

À cet égard, les traités constitutifs des organisations internationales constituent des pièges des volontés étatiques d'une manière encore plus ferme qu'un traité ordinaire⁴⁹⁸.

Le deuxième point de différence entre un traité ordinaire et les traités constitutifs d'organisations internationales est que, sans se placer formellement à un niveau supérieur par rapport aux autres sources d'obligations, ces traités peuvent exiger une certaine supériorité sur leurs autres obligations internationales. L'article 103 de la Charte des Nations Unies constitue à cet égard un bel exemple. Selon cette disposition, « [e]n 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 international, les premières prévaudront ».

Dans l'arrêt du 26 novembre 1984 relatif aux *Activités militaires et paramilitaires des États-Unis au Nicaragua et contre celui-ci*, la Cour internationale de justice a effectivement affirmé que « tous les accords régionaux, bilatéraux et même multilatéraux que les Parties à la présente affaire peuvent avoir conclu au sujet du règlement des différends ou de la juridiction de la Cour International de Justice, sont toujours subordonnés aux dispositions de l'article 103 de la Charte »⁴⁹⁹.

Sans nier pour autant la valeur constitutionnelle de la Charte en raison de la fonction qu'elle accomplit en vue d'une harmonisation et intégration substantielles de l'ordre juridique international⁵⁰⁰, il est une chose incontestable que la Charte des Nations Unies, « un traité multilatéral comme les autres », ne constitue pas une source formelle supérieure du droit international⁵⁰¹.

⁴⁹⁸ *Idem.*, p. 49 et p. 53.

⁴⁹⁹ Arrêt sur la compétence de la Cour et la recevabilité de la requête, CIJ Rec., 1984, par. 107, p. 440.

⁵⁰⁰ SAHOVIC (M.), « Le système normatif du droit international et la société internationale contemporaine », in *Studi di diritto internazionale in onore di G. Arangio-Ruiz*, Editoriale Scientifica, vol.1, 2004, p. 422.

⁵⁰¹ WEIL (P.), « Le droit international en quête de son identité... », op. cit., p. 223.

D'ailleurs, la particularité de l'article 103 ne consiste pas dans le fait que cette disposition de la Charte introduirait une hiérarchie des sources, absente en principe dans l'ordre juridique international. Elle n'a aucunement pour effet de rendre nul les traités contraires ou d'abroger leurs obligations contraires, comme le ferait une règle d'une source formelle hiérarchiquement supérieure. Il s'agit juste d'un mode de règlement de conflit entre les obligations découlant de la Charte et des obligations convenues dans d'autres traités. En cas de conflit entre différentes obligations, la primauté est donnée à celles qui découlent de la Charte⁵⁰². Ainsi, la Charte, imposant des limites objectives en vue d'assurer une certaine uniformité, introduit, concernant les domaines qui entrent dans le pouvoir de l'ONU, un système objectif d'obligations et de droits.

2. Les obligations découlant des actes unilatéraux des États

Avant d'aborder le sujet de l'objectivité des obligations issues des actes unilatéraux des États, il convient de préciser la nature des effets juridiques que ces actes créent. Surtout depuis la jurisprudence de la Cour internationale de Justice dans les affaires des *Essais nucléaires*, opposant la Nouvelle-Zélande et l'Australie à la France, le sujet des conséquences juridiques des actes unilatéraux suscite beaucoup d'intérêt chez les internationalistes. Selon la jurisprudence de la Cour dans cette affaire,

« [...] des déclarations revêtant la forme d'actes unilatéraux et concernant des situations de droit ou de fait peuvent avoir pour effet de créer des obligations juridiques. Des déclarations de cette nature peuvent avoir et ont souvent un objet très précis. Quand l'État auteur de la déclaration entend être lié conformément à ses termes, cette intention confère à sa prise de position le caractère d'un engagement juridique, l'État intéressé étant désormais tenu en droit de suivre une ligne de conduite conforme à sa déclaration. Un engagement de cette nature, exprimé publiquement et dans l'intention de se lier, même hors du cadre de négociations internationales, a un effet obligatoire »⁵⁰³.

Depuis cette reconnaissance du pouvoir « créateur d'obligations » des actes unilatéraux des États, il existe dans la doctrine une tendance récente qui consiste à les considérer comme une nouvelle source du droit international. En vue d'analyser cette hypothèse, il est utile de se

⁵⁰² Voir CAHIER (P.), « La Charte des Nations Unies et les États tiers », in *Current Problems of International Law*, A. Cassese (sous dir.), Giuffrè, 1975, p. 102.

⁵⁰³ CIJ Rec., 1974, les arrêts du 20 décembre 1974, Australie c. France, p. 267, par. 43 et Nouvelle-Zélande c. France, p. 472, par. 46.

rappeler la distinction entre la source de droit objectif et la source d'obligations et de droits subjectifs que l'on a exposée à propos de la portée juridique des résolutions des institutions internationales⁵⁰⁴.

Concernant d'abord la question de savoir s'il s'agit ici d'une source de droit dans son sens objectif, à la lumière des éléments résultant de l'analyse de la question des sources formelles du droit international et de la logique intersubjective qui régit toute formation normative de cet ordre juridique, force est de constater que la volonté individuelle d'un État, exprimée par un acte unilatéral, ne peut créer tout seul une règle juridique, sauf si cet acte unilatéral est suivi, d'une manière explicite ou implicite, par un acte concordant d'un autre État⁵⁰⁵. Cependant, dans ce dernier cas où on se rapproche de la voie consensualiste de la formation du droit international, c'est toujours l'accord des États qui se trouve à l'origine de la nouvelle règle et non pas l'acte unilatéral. Il se peut également qu'un acte unilatéral contribue, en tant que pratique étatique, à la formation coutumière d'une nouvelle règle juridique. Là encore, il ne s'agit pas d'une nouvelle catégorie de sources du droit international. Ainsi, du point de vue des techniques de la formation normative, les actes unilatéraux des États ne constituent pas une source de droit objectif⁵⁰⁶.

Quant à la question de leurs effets juridiques en tant que source de droits et d'obligations subjectifs, une réponse affirmative est possible dans la mesure où les actes unilatéraux des États peuvent être source d'obligations subjectives⁵⁰⁷. Si l'acte unilatéral de l'État implique des engagements envers d'autres sujets du droit international, celui-ci aurait l'obligation de respecter ses engagements et ses obligations qui pourront toujours lui être imposées « dans les limites admises par le droit international »⁵⁰⁸.

⁵⁰⁴ Voir *infra*.

⁵⁰⁵ M. Virally affirme effectivement que « [l']État seul ne peut formuler, en droit international, qu'une *prétention*. Cette prétention ne sera transformée en droit que par sa consécration par le droit international, suivant le mécanisme de ses modes de formation, ou sources ». Voir VIRALLY (M.), « Panorama du droit international contemporain... », op. cit., p. 78.

⁵⁰⁶ ABI-SAAB (G.), « Les sources du droit international... », op. cit., p. 40/

⁵⁰⁷ *Idem*, p. 39.

⁵⁰⁸ P. Daillier, M. Forteau et A. Pellet qualifient cette auto-imposition d'un acte autonormateur. Si ce dernier terme signifie un pouvoir normateur originel, il serait difficilement acceptable pour des raisons que l'on a expliquées. Dans la plupart de cas, les actes unilatéraux s'appuient sur une norme internationale existante et ne concernent que l'exercice des droits découlant de cette norme. C'est le cas, par exemple, pour les actes dits hétéronormateurs, qui peuvent imposer exceptionnellement des obligations aux autres États. Il s'agit là de l'exercice des droits ou du respect des obligations découlant d'une norme internationale existante, mais en aucun cas de la création d'une nouvelle règle internationale. Voir DAILLIER (P.), FORTEAU (M.), PELLET (A.), *Droit international public*, op. cit., pp. 406-413

Si les obligations que les actes unilatéraux créent sont de nature subjective, leur existence est pourtant d'ordre objectif. En effet, le fait que ces obligations soient issues d'actes unilatéraux n'implique pas qu'elles ont une existence subjective, dépendante uniquement de la volonté de l'État qui se trouve à l'origine de l'engagement unilatéral. Il est vrai que l'État qui s'engage unilatéralement ne peut plus revenir sur ses engagements de la même manière unilatérale⁵⁰⁹. Il résulte effectivement de la même jurisprudence de la Cour que l'exigence de se conformer à un engagement unilatéral n'est plus un choix individuel que l'État peut aussi décider d'une manière unilatérale ; il devient une obligation pour lui.

Ainsi, pas moins que n'importe quelle autre obligation internationale, les obligations issues des actes unilatéraux des États s'imposent également à leur créateur d'une manière objective. C'est la conséquence logique de la conception pluraliste de la souveraineté. Cette reconnaissance de la portée obligatoire des actes unilatéraux n'est certes pas tout à fait le renversement du Lotus, parce qu'il y a l'engagement libre de l'État. Mais cette position de la Cour s'oppose sans détour à ceux qui voient la volonté de l'État comme le seul fondement du droit international et de son caractère obligatoire pour placer ainsi la compréhension de la notion d'obligation internationale à un niveau objectif, quoiqu'il demeure encore relativisé par le jeu de la réciprocité.

B. Les obligations imprévisibles

Par rapport aux autres types d'obligations que l'on vient d'examiner, les obligations imprévisibles, mises en place souvent par des actes extérieurs à l'État, constituent l'exemple le plus significatif d'une objectivité liée à l'émergence d'un ordre public au niveau international. Ce phénomène est particulièrement visible concernant les conséquences futures des engagements des États membres d'une organisation internationale qui se voient souvent imposer des obligations imprévisibles au moment de leur adhésion (1). Il existe également un certain nombre de situations où les effets juridiques des actes internationaux dépassent le rapport classique d'engagement-obligation, imposant ainsi des obligations objectives à des États tiers (2).

⁵⁰⁹ PELLET (A.), « Cours général : le droit international entre... », op. cit., p. 40.

1. La nature imprévisible des conséquences futures des engagements librement consentis

Les obligations imprévisibles sont souvent rencontrées dans le cadre d'un traité multilatéral créant une structure institutionnelle et des liens organiques entre l'État membre et cette structure institutionnelle. Ainsi, le risque pour un État de rencontrer des obligations imprévisibles est particulièrement accentué au sein des institutions internationales.

Les traités constitutifs prévoient souvent des procédures spéciales autres que l'accord commun de toutes les parties⁵¹⁰ pour la modification du traité lui-même (a) ou concernant l'interprétation des compétences des organisations internationales (b).

a. Une imprévisibilité en raison du système de prise de décision non unanime⁵¹¹

L'exemple le plus extrême du risque d'imprévisibilité pour un État de se voir imposer des obligations non consenties en raison d'un mode de prise de décision non unanime doit être sans doute la modification du traité constitutif de l'organisation internationale dont il est membre. En effet, pour leur modification, les traités constitutifs des organisations interétatiques prévoient souvent des procédures spéciales autre qu'unanime, en principe majoritaire. L'article 108 de la Charte des Nations Unies prévoit ainsi la possibilité de la révision à la majorité qualifiée, par l'approbation de deux tiers des membres de l'Assemblée générale. Mais contrairement à un traité multilatéral ordinaire pour lequel un quelconque amendement ne concernerait que les États qui l'ont réciproquement accepté, une telle modification de la Charte entrerait en vigueur pour tous les États membres, y compris les membres qui ne l'ont pas acceptée⁵¹². Ainsi, un tiers d'États membres risque d'être contraint d'accepter la révision, en dépit de son désaccord⁵¹³.

⁵¹⁰ Le principe est énoncé à l'article 39 de la Convention de Vienne. Bien évidemment, il existe, selon l'article 41 de la Convention, la possibilité de modifier un traité multilatéral uniquement dans les relations de certaines parties contractantes. Mais puisque ce genre de modification n'aura évidemment pas de conséquence sur les autres parties, ce point ne concerne pas le sujet traité. Il s'agit ici des obligations imprévisibles résultant des engagements antérieurement et volontairement acceptés par les États.

⁵¹¹ Cette question sera également traitée dans le deuxième Titre de cette étude, du point de vue du rapport entre la logique interétatique et le phénomène de l'institutionnalisation internationale. Ici, il ne s'agit que de comprendre le système d'engagement-obligation qui s'impose aux États d'une manière objective.

⁵¹² L'article 108 de la Charte : « Les amendements à la présente Charte entreront en vigueur pour tous les Membres des Nations Unies quand ils auront été adoptés à la majorité des deux tiers des membres de l'Assemblée générale et ratifiés, conformément à leurs règles constitutionnelles respectives, par les deux tiers des Membres de l'Organisation, y compris tous les membres permanents du Conseil de sécurité ».

⁵¹³ DUPUY (P.-M.), KERBRAT (Y.), *Droit international public*, op. cit., p. 171.

Dans la pratique, bien qu'il soit toujours difficile de réaliser une quelconque modification des traités constitutifs et que ces modifications dépendent de dynamiques bien plus complexes que de simples règles d'amendement, une fois que la procédure de modification à la majorité est acceptée par l'État membre, ce dernier est désormais exposé au risque de se voir imposer des obligations qu'il n'a pas forcément prévues, ni consenties.

Le deuxième risque pour un État membre de rencontrer des obligations imprévues existe, au sein d'une organisation internationale, dans le cadre de l'exercice de ses fonctions, via les décisions que ses organes prennent. En effet, même si le principe de la souveraineté des États domine encore l'institutionnalisation internationale, une application stricte de ce principe, traduit par un mode de prise de décision unanime, risque de conduire l'institution à la paralysie. C'est la raison pour laquelle, dans le fonctionnement institutionnel d'une organisation internationale, une possibilité de prise de décision uniquement par un certain nombre d'États membres est souvent prévue, soit dans le cadre des organes restreints composés uniquement d'un certain nombre d'États membres, soit au sein de l'organe plénier par un recours au vote à la majorité⁵¹⁴.

Dans tous les deux cas, l'État membre, qui n'a pas participé au processus de prise de décision ou voté contre la décision prise, sera contraint d'accepter et de respecter cette décision et les obligations qui en découlent. Ainsi, une fois que l'État entre dans une organisation internationale, si le mode de prise de décision n'est pas l'unanimité, le risque de contrainte existe toujours pour les États. Pourtant, il ne s'agit pas d'une incompatibilité avec le principe de la souveraineté des États. Aucun État ne devient, certes, membre d'une organisation internationale sans son consentement. Il est également certain que si un tel mécanisme de prise de décision existe, c'est parce que l'État membre l'a librement accepté lors de son adhésion volontaire. La souveraineté de l'État ne se trouve donc nullement mise en cause. Cela dit, du point de vue des conséquences futures de ses engagements, une fois membre, l'État est exposé, à l'intérieur du système institutionnel duquel il fait désormais partie, à des situations qui étaient imprévisibles au moment de son adhésion.

⁵¹⁴ Selon P.-M. Dupuy et Y. Kerbrat, cela montre effectivement que « le poids de l'institution prévaut sur le strict respect du consensualisme », *ibid.*

En effet, A. Pellet écrit justement que par la création d'une organisation interétatique, les États qui deviennent membres « déclenchent un mécanisme dont ils sont largement prisonniers »⁵¹⁵. Selon lui,

« la volonté de l'État est bien 'piégée' par l'acte constitutif : une fois qu'il est devenu Membre de l'Organisation il est soumis au 'droit dérivé' adopté par celle-ci et ceci même s'il n'a pas donné son accord à l'adoption de telle ou telle règle ou n'a pas participé à son adoption »⁵¹⁶.

L'exemple du Conseil de sécurité des Nations Unies est à cet égard très significatif. Selon l'article 25 de la Charte, confirmé également par la jurisprudence de la Cour internationale de Justice⁵¹⁷, les membres de l'Organisation sont tous dans l'obligation d'accepter et d'appliquer les décisions du Conseil de sécurité⁵¹⁸.

Quoique l'obligation énoncée à l'article 25 de la Charte ne concerne pas uniquement les décisions prises dans le cadre du chapitre VII mais toutes les décisions prises par le Conseil de sécurité dans l'exercice de ses compétences⁵¹⁹, sa portée s'intensifie notamment concernant ses actions dans le cadre du chapitre VII, et plus particulièrement en la combinant avec l'article 39 de la Charte⁵²⁰, qui confère au Conseil de sécurité, par sa formulation et par le concept assez flexible de menace contre la paix, une large marge d'appréciation selon les situations envisagées⁵²¹. Il est vrai que sous ce concept de « menace contre la paix » et de « sécurité internationale », le pouvoir du Conseil s'est visiblement amplifié dans la période suivant la guerre froide, surtout lors de la guerre du Golfe et récemment dans le cadre de la

⁵¹⁵ PELLET (A.), « Cours général : le droit international entre... », op. cit., p. 54.

⁵¹⁶ *Idem.*, p. 57.

⁵¹⁷ Les ordonnances du 14 avril 1992 relatives aux affaires *Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. Royaume-Uni et c. États-Unis d'Amérique)*, CIJ Rec., 1992, respectivement p. 15, par. 39 et p. 126, par. 42. Sur l'autorité des résolutions des organisations internationales sur les États membres, voir également les avis consultatifs de la CIJ du 11 avril 1949 sur la réparation des dommages subis au service des Nations Unies et du 21 juin 1921 sur la Namibie.

⁵¹⁸ Ce n'est pas évidemment une obligation qui tombe du ciel. Une telle autorité des résolutions de l'organisation internationale ou de ses organes ne peut être admissible que si elle est acceptée et reconnue par les États membres dans l'acte constitutif. Voir VIRALLY (M.), « Panorama du droit international... », op. cit., p. 200.

⁵¹⁹ L'avis consultatif de la CIJ sur les *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, CIJ Rec., 1971, p. 52 et 53, par. 113. voir également HIGGINS (R.) « The Advisory Opinion on Namibia : Which UN Resolutions are Binding Under article 25 of the Charter », *ICLQ*, 1972, pp. 270-286.

⁵²⁰ Article 39 de la Charte : « Le Conseil de sécurité constate l'existence d'une menace contre la paix, d'une rupture de la paix ou d'un acte d'agression et fait des recommandations ou décide quelles mesures seront prises conformément aux Articles 41 et 42 pour maintenir ou rétablir la paix et la sécurité internationales. »

⁵²¹ Voir GAJA (G.), « Réflexions sur le rôle du Conseil de sécurité dans le nouvel ordre mondial. À propos des rapports entre maintien de la paix et crimes internationaux des États », *RGDIP*, 1993, p. 299 et s.

lutte contre terrorisme et concernant les armes de destruction massive⁵²². Si, de ces événements, l'attribution d'une fonction de législateur mondial paraît excessive et injuste⁵²³, il est néanmoins indéniable que le Conseil de sécurité s'impose aujourd'hui comme une sorte de gouvernement mondial, ce qui est largement suffisant pour pouvoir parler d'une certaine limitation de l'autonomie de l'État dans le domaine des compétences des Nations Unies⁵²⁴.

b. Une imprévisibilité découlant de l'interprétation évolutive des engagements

En dehors du risque d'imprévisibilité issu du système de prise de décision non unanime mais concernant en principe des obligations imposées dans le cadre des compétences explicitement énoncées de l'organisation internationale, il existe un autre risque d'imprévisibilité qui consiste en l'interprétation évolutive des pouvoirs de l'organisation et des engagements des États membres.

En principe, il est de la nature des organisations internationales qu'elles fonctionnent selon le principe de spécialité et sur la base de compétences attribuées par les États membres. Cela étant, il est possible que les pouvoirs de l'organisation internationale s'élargissent, toujours dans le cadre de l'exercice des fonctions de celle-ci. Une telle possibilité d'élargissement des pouvoirs d'une organisation internationale, sans modifier véritablement son acte constitutif, a été reconnue sous le nom de la théorie des pouvoirs implicites. Selon cette théorie, il est admis que, même si elles ne sont pas explicitement énoncées dans son acte constitutif, une organisation internationale possède des compétences nécessaires à l'exercice de ses fonctions⁵²⁵.

Il est vrai que cette capacité des organisations est généralement prévue d'une manière explicite dans leurs actes constitutifs, acceptés par les États membres. En dehors de ces pouvoirs explicitement conférés, il a été admis que l'organisation internationale peut s'attribuer des compétences qui découlent implicitement de son acte constitutif. À cet égard,

⁵²² Voir notamment les résolutions 1373 et 1377, adoptées en 2001 en matière du terrorisme et la résolution 1540 (2004) concernant les armes de destruction massive.

⁵²³ Voir *infra*.

⁵²⁴ Voir CHEMILLIER-GENDREAU (M.), « Le droit international entre volontarisme et contrainte », *op. cit.*, p. 100 ; PELLET (A.), « Cours général : le droit international entre... », *op. cit.* pp. 58-60.

⁵²⁵ Voir l'avis consultatif de la CIJ relatif à la *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, CIJ Rec. 1949, p. 182

une théorie des compétences implicites ne sera pas contraire en soi au principe de la souveraineté des États⁵²⁶.

Cela étant, il est possible que les compétences d'une organisation internationale s'élargissent, dans le temps et selon les besoins, d'une manière imprévisible et jusqu'au point que l'on ne peut plus parler du consentement de tous les membres⁵²⁷. Il est vrai que leur tâche de réalisation des « buts communs », conférée par leur acte constitutif, nécessite souvent et suivant les évolutions de la vie internationale une mise à jour de la façon dont ils sont réalisés ou de la compréhension même de ce concept de buts communs. Et ces mises à jour, attribuant à l'organisation encore d'autres pouvoirs, imprévus au moment de sa création, échappent assez largement à l'appréciation individuelle de chacun des États membres pour se réaliser au niveau de l'ensemble. Là encore, comme A. Pellet le constate justement, les États « se trouvent [...] pris au piège de leur volonté initiale, exprimée au moment de la ratification de l'acte constitutif »⁵²⁸.

Cependant, ce caractère imprévisible des engagements préalablement consentis de l'État ne modifie pas la logique état-centrique qui domine la formation du droit international. Les situations imprévisibles, qui nécessiteront un éventuel changement dans les obligations internationales des États, seront toujours régies selon les règles internationales reconnues par les États concernés. De la même manière, en tant que source d'obligations, le système institutionnel, qui agit indépendamment des États membres ou selon une logique majoritaire, n'exteriorise nullement le processus de la formation normative du droit international. Il se contente, le cas échéant, d'imposer aux États certaines obligations imprévues, toujours dans le cadre du droit qui régit le système institutionnel concerné.

2. Les situations objectives imposant des obligations objectives

Selon le principe bien connu du droit international, concrétisé également à l'article 34 de la Convention de Vienne de 1969, un traité ne crée ni obligations ni droits pour un État tiers sans son consentement⁵²⁹. Il existe néanmoins un certain nombre de situations exceptionnelles

⁵²⁶ Voir *supra*.

⁵²⁷ PELLET (A.), « Cours général : le droit international entre... », op. cit. p. 53.

⁵²⁸ *Ibid.*

⁵²⁹ Il convient de préciser qu'on écarte tout de suite le sujet des traités créant des droits en faveur des États tiers et surtout le sujet des obligations créées par des traités-lois, conclus par certains États mais au nom de toute la communauté internationale (la théorie du « dédoublement fonctionnel » de G. Scelle), concrétisant un droit

dans lesquelles certaines obligations peuvent incomber aux États tiers sans que leur consentement soit recherché. À cet égard, l'opposabilité des traités aux États tiers constitue une dérogation au principe du consensualisme⁵³⁰ qui régit en principe le droit des traités.

Pourtant, cette dérogation exceptionnelle, aussi ancienne que le principe lui-même⁵³¹, constitue un sujet banal du droit international. En effet, les traités relatifs aux questions frontalières ou à l'établissement des entités étatiques⁵³², étant toujours à l'ordre du jour sur la scène internationale, sont reconnus comme possédant une validité objective, opposable *erga omnes*. Même les États non parties à ces traités sont tenus de faire le nécessaire pour garantir leur respect.

Cependant, le sujet de la création d'une organisation internationale et de ses effets à l'égard des États non membres suscite un débat particulièrement intéressant et constitue un point évolutif relativement récent du droit international. Pas moins qu'un État, une organisation internationale a également une existence distincte et objective, non seulement à l'égard de ses membres mais à l'égard de tous les sujets de la communauté internationale dans les limites de ses buts et de ses compétences. C'est la conséquence naturelle de son existence. Il est certain que la reconnaissance de la personnalité juridique de l'ONU par la CIJ⁵³³, transposable également aux autres organisations internationales, ne permet pas de faire une analogie par rapport au statut juridique de l'État. Mais, dans une autre perspective, les conséquences et les effets juridiques de l'existence d'une organisation internationale par rapport aux autres sujets de l'ordre international peuvent aller au-delà de ceux qui résultent de la création d'un nouvel État.

L'exemple de l'ONU est en effet démonstratif du point de vue des effets juridiques de la Charte et de sa mise en œuvre par les organes des NU et ses membres à l'égard des États tiers⁵³⁴. Organisation internationale à vocation universelle, composée de la quasi-totalité des

objectif coutumier qui engendra naturellement des obligations opposables à tous les États. Cependant, dans ce dernier cas, les obligations ne découlent pas du traité en cause, mais de la nature coutumière de la règle internationale pour laquelle le consentement des sujets n'est naturellement pas exigé. Voir CARREAU (D.), *Droit International*, op. cit., p. 161.

⁵³⁰ *Idem.*, p. 162.

⁵³¹ Par exemple concernant les traités liés aux statuts territoriaux.

⁵³² Pour des exemples des traités et de la jurisprudence voir CARREAU (D.), *Droit International*, op. cit., p. 162 et s. ; DAILLIER (P.), FORTEAU (M.), PELLET (A.), *Droit international public*, op. cit., pp. 271-275 ; COMBACAU (J.), SUR (S.), *Droit international public*, op. cit., p. 157 et 158.

⁵³³ L'avis consultatif de la CIJ relatif à la *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, CIJ Rec. 1949, p. 178.

⁵³⁴ Sur ce sujet voir CAHIER (P.), « La Charte des Nations Unies et les États tiers », op. cit., 81 et s. ; CARREAU (D.), *Droit International*, op. cit., pp. 235-237.

États existants, l'ONU jouit d'une légitimité très importante dans l'exercice de ses compétences à l'égard de tous les membres de la communauté internationale. De ce fait, au-delà du parallélisme qui existe entre les effets de l'existence objective d'un État et ceux d'une organisation internationale, l'ONU, et plus particulièrement son organe exécutif, le Conseil de sécurité, agit comme l'organe exécutif de toute communauté internationale⁵³⁵ et s'attribue « un pouvoir normatif international de caractère 'objectif' »⁵³⁶ en matière de sécurité internationale.

En effet, en ce qui concerne les mesures prises dans le cadre du Chapitre VII de la Charte, il n'existe pas spécialement de distinction entre États membres ou non membres. Selon le Professeur Tomuschat, au regard de sa formulation, le titre du chapitre indique que les obligations concernées ne sont pas « person-oriented » mais « subject-matter-oriented »⁵³⁷ et un respect de la part de tous les États de la communauté internationale est exigé dans ce domaine d'actions du Conseil de sécurité. Cette exigence envers tous les États sans exception fut concrétisée à l'article 2, alinéa 6 de la Charte selon lequel « [l']Organisation fait en sorte que les États qui ne sont pas Membres des Nations Unies agissent conformément à ces principes dans la mesure nécessaire au maintien de la paix et de la sécurité internationales »⁵³⁸.

À cet égard, l'interdiction du recours à la force, apportée avec l'institutionnalisation de la sécurité collective, est tout aussi valable pour les États non membres, non seulement en tant que règle coutumière – comme supposerait la théorie volontariste –, mais aussi en tant qu'obligation justifiée par l'intérêt de la société internationale toute entière, donc par la logique interétatique. Il est vrai que combinée avec l'article 39 de la Charte, cette disposition de la Charte lui octroie une nature constitutionnelle au niveau international.

Pour illustrer ce propos, il convient d'évoquer un exemple récent de résolution du Conseil de sécurité. Il s'agit de la résolution 1540(2004) du Conseil, par laquelle il est intervenu avec force dans le domaine de la limitation des armements, considéré en principe comme

⁵³⁵ DUPUY (P.-M.), KERBRAT (Y.), *Droit international public*, op. cit., p. 670.

⁵³⁶ CARREAU (D.), *Droit international*, op. cit., p. 236.

⁵³⁷ TOMUSCHAT (C.), « Yugoslavia's damaged sovereignty over the province of Kosovo », in *State, Sovereignty and International Governance*, G. Kreijen (sous dir.), Oxford University Press, 2002, p. 335.

⁵³⁸ Voir le commentaire de la disposition : MAHIU (A.), « Article 2, Paragraphe 6 », in *La Charte des Nations Unies, commentaire article par article*, J.-P. Cot, A. Pellet (sous dir.), Economica, 3^{ème} édition, 2005, pp. 475-483.

« l’apanage des négociations conventionnelles »⁵³⁹. Dans le Préambule de la résolution, le Conseil affirme tout de suite que « la prolifération des armes nucléaires, chimiques et biologiques et de leurs vecteurs constitue une menace pour la paix et la sécurité internationales » pour justifier ensuite que son action s’inscrit dans le cadre du chapitre VII, obligeant ainsi tous les États à agir conformément aux exigences de la résolution.

Certains considèrent que les actes d’une organisation internationale qui engendrent des obligations à l’égard des États tiers concernent généralement l’application d’une règle générale du droit international déjà existante. Ce n’est pas donc une décision de l’organisation elle-même qui fait naître ces obligations qui existent déjà pour tous les États et que l’organisation internationale se contente de rappeler. P. Cahier donne à cet égard l’exemple de la cessation du mandat de l’Afrique du Sud et de l’illégalité de sa présence en Namibie. Selon l’avis consultatif de la Cour, « il appartient aux États non membres d’agir conformément » aux décisions de l’Assemblée Générale et du Conseil de sécurité⁵⁴⁰, car la présence sud-africaine est dépourvue de toute base légale et elle constitue désormais une violation d’une règle générale du droit international, opposable *erga omnes*⁵⁴¹.

Cependant, le contenu opérationnel de certaines résolutions que l’on a cités et leur étendue dépassent la limite d’un simple rappel des obligations *erga omnes* pour imposer parfois d’une manière unilatérale la façon dont tous les États doivent se conformer à ces obligations.

Afin de comprendre cette autorité de l’Organisation mondiale, le seul argument convaincant est la place qu’elle occupe et le rôle qu’elle est amenée à remplir dans la société internationale actuelle⁵⁴². En effet, c’est une organisation internationale à vocation mondiale dont le but est le maintien de la paix et de la sécurité dans le monde entier. Il est certain que ce but ne peut être atteint qu’à travers l’établissement d’un système de sécurité collective comprenant tous les États, sans faire de distinction d’États membres et non membres⁵⁴³. Bien évidemment, un État non membre n’aura pas le même type d’obligations et de contraintes qu’un État membre, qui y sera lié d’une manière organique. Toutefois, les États non membres se trouvent

⁵³⁹ SUR (S.), « La Résolution 1540 du Conseil de sécurité (28 avril 2004) : Entre la prolifération des armes de destruction massive, le terrorisme et les acteurs non étatiques », *RGDIP*, 2004, p. 873.

⁵⁴⁰ Avis consultatif de la CIJ dans l’affaire de la Namibie, CIJ Rec., 1971, p. 56.

⁵⁴¹ CAHIER (P.), « La Charte des Nations Unies et les États tiers », op. cit., p. 99.

⁵⁴² Ceci est bien évidemment sous réserve de la légitimité de cette Organisation mondiale, surtout de son organe exécutif, le Conseil de sécurité, qui est souvent accusé d’agir suivant les intérêts de « Cinq Grands » et non pas ceux de toute communauté internationale.

⁵⁴³ TOMUSCHAT (C.), « Obligations Arising for States without or against their Will », op. cit., p. 253.

également sous l'obligation de veiller à la paix puisque le contraire aurait des impacts sur la sécurité de l'ensemble des États⁵⁴⁴.

Les préoccupations des États sur la sécurité juridique constituent la raison d'être du droit international. Pour qu'il puisse assurer sa fonction, le maintien de son unité formelle et matérielle est primordial. À cet égard, la Charte des Nations Unies s'offre comme un cadre juridique commun à tous et bien adapté à cette logique pluraliste. Comme M. Sahovic l'écrit, le système normatif de la Communauté internationale « peut être défini aujourd'hui comme l'ordre juridique international plus ou moins harmonisé et intégré, complexe et universel, qui se dégage ou s'appuie sur la Charte des Nations Unies »⁵⁴⁵.

Certains pensent que par la reconnaissance des effets juridiques de certains actes internationaux à l'égard des États tiers, on est amené à admettre la fin du volontarisme et de l'interétatisme et le passage discret vers un niveau supraétatique⁵⁴⁶. En effet, cette évolution confirme la fin d'une approche purement individualiste, centrée sur la souveraineté de l'État isolé. Cependant, il serait excessif d'y voir le dépassement complet de l'interétatisme. Bien au contraire, cette évolution est le résultat même d'une logique intersubjective, donc pour l'instant encore interétatique, qui part de la réalité selon laquelle l'État n'est pas isolé et une pluralité de souverains règne sur la scène internationale. Ainsi, si la reconnaissance du fait qu'une organisation internationale puisse se trouver, pour les États non membres, à l'origine de certaines obligations risque de porter atteinte à leur souveraineté, ceci est justifié par la même logique de la souveraineté, mais cette fois celle de tous les États.

Section 2 : Une objectivité absolue de l'ordre juridique international

L'objet de cette section est de constater l'existence objective de l'ordre juridique international à travers les obligations impératives. Par les obligations qu'il impose d'une manière impérative et générale, le concept de *jus cogens* introduit dans l'ordre juridique international une certaine objectivité normative. En raison du fait que le droit impératif se présente comme une force transcendante et échappe complètement au relativisme interétatique, cette objectivité, contrairement à celle qui a été exposée à propos des obligations ordinaires des

⁵⁴⁴ Voir CAHIER (P.), « Le problème des effets des traités à l'égard des tiers », *RCADI*, 1974, t. 143, pp. 589-736, surtout p. 698 et s. et du même auteur « La Charte des Nations Unies et les États tiers », op. cit., p. 84 et s.

⁵⁴⁵ SAHOVIC (M.), « Le système normatif... », op. cit., p. 422.

⁵⁴⁶ DAILLIER (P.), FORTEAU (M.), PELLET (A.), *Droit international public*, op. cit., p. 271.

États, se présente comme absolue, d'où la différence d'une obligation impérative par rapport à une obligation ordinaire (Paragraphe I). Cela dit, cette objectivation de l'ordre juridique international n'est pas vraiment antinomique et irréconciliable avec le principe de la souveraineté des États. Le concept du droit impératif obéit, lui aussi, à la logique interétatique (Paragraphe II).

Paragraphe I. L'apport du droit impératif : la présence d'une force transcendante

La particularité principale du concept de *jus cogens* est que les normes concernées sont d'ordre impératif. Se distinguant donc, par leur impérativité, d'une norme ordinaire du droit international général, les normes du *jus cogens* échappent au relativisme, considéré traditionnellement comme la caractéristique intrinsèque des règles internationales (A). Par les limites que les normes impératives imposent à l'autonomie de la volonté des États en introduisant une hiérarchie substantielle, le concept de *jus cogens* contribue ainsi à l'unité substantielle de l'ordre juridique international (B).

A. Un concept antinomique à la relativité congénitale du droit international

Le concept de *jus cogens* a principalement introduit deux dimensions affectant la relativité du droit international : d'une part, par l'établissement d'une super légalité, le droit international, dont toutes les règles étaient égales, connaît désormais une différenciation normative entre ses règles (1) ; d'autre part, le droit international qui respectait habituellement l'autonomie de la volonté de l'État et autorisait les États à agir comme ils l'entendent dans le cadre de la logique intersubjective, impose désormais des limitations impératives à cette liberté (2).

1. L'introduction d'une différenciation normative

Selon le mot de Roberto Ago, le rapporteur de la Commission du droit international sur la responsabilité des États, le concept de *jus cogens* (droit impératif) a introduit une différenciation normative dans l'ordre juridique international⁵⁴⁷. Tout en critiquant ce concept antinomique au droit international, P. Weil pense également que l'introduction du concept de

⁵⁴⁷ ACIDI 1976, vol. II, p. 33. Sur ce sujet voir SHELTON (D.), « Normative Hierarchy in International Law », *AJIL*, 2006, pp. 291-323.

‘jus cogens’ en droit international constitue une tentative de hiérarchisation des normes internationales⁵⁴⁸.

Il existe également des exemples de jurisprudence internationale qui se réfèrent à des règles impératives comme appartenant à un rang hiérarchiquement supérieur. Par exemple, dans l’affaire *Furundzija*, le Tribunal pénal international pour l’ex-Yougoslavie a défini une norme impérative comme « une norme qui se situe dans la hiérarchie internationale à un niveau plus élevé que le droit conventionnel et même que les règles du droit coutumier ‘ordinaire’ »⁵⁴⁹. Un autre exemple encore plus récent est fourni par Le Tribunal de première instance des Communautés européennes (TPICE). Dans son arrêt du 21 septembre 2005 dans l’affaire *Yusuf et Al Barakaat International Foundation contre Conseil et Commission*, le Tribunal qualifie les normes dotées d’une force contraignante impérative comme des « règles supérieures »⁵⁵⁰.

L’acceptation d’un tel rapport de hiérarchie entre les règles juridiques renvoie au système pyramidal qui existe en droit interne. Sans rechercher une transposition stricte de ce système hiérarchique, une telle supposition nécessite des mises au point sur les aspects les plus importants et significatifs d’un rapport hiérarchique, tels que la question des sources formelles et la hiérarchie, le rapport entre une norme impérative et une norme ordinaire du point de vue de la validité et de la création des normes ordinaires.

D’abord, en ce qui concerne la question de la hiérarchie formelle, à l’inversement de ce qui se passe dans l’ordre juridique interne, la reconnaissance d’une hiérarchie entre différentes normes internationales n’implique pas l’existence de différentes sources et d’une hiérarchie entre elles. Si une hiérarchie normative existe, elle ne découle pas d’une hiérarchie des sources, de sorte qu’en fonction de leur source formelle chaque règle se place automatiquement à un rang dans la pyramide. Une telle supériorité n’existe qu’en fonction du contenu de la norme et elle n’est en aucune manière formelle. Dès 1966, la Commission du droit international constate dans son rapport que « la prééminence de (certaines) obligations par rapport à d’autres est fonction de leur objet, et non pas du processus de leur création »⁵⁵¹. Affirmant logiquement l’existence d’une communauté internationale plus ou moins intégrée

⁵⁴⁸ WEIL (P.), « Le droit international en quête de son identité... », op. cit., p. 261.

⁵⁴⁹ Le jugement du 10 décembre 1998, §153.

⁵⁵⁰ Aff. T-306/01, point 282.

⁵⁵¹ Rapports de la Commission du droit international à l’Assemblée générale des Nations Unies sur la deuxième partie de sa dix-septième session et sur sa dix-huitième session, Doc. A/6309, Ann. CDI, 1966, vol. II, p. 270

autour des priorités sociales et des valeurs communément partagées, la notion de *jus cogens* traduit la volonté de protéger et de sauvegarder ses valeurs fondamentales.

Il est très important de souligner le caractère substantiel de ce phénomène car, contrairement à ceux qui pensent que l'introduction de l'idée d'un droit impératif constitue une contradiction avec le principe de l'équivalence des sources du droit international, la notion de *jus cogens* ne suppose pas obligatoirement l'émergence d'un nouveau type de source qui soit supérieure à celles qui existent actuellement. Les normes impératives ne se distinguent des autres que par leur contenu matériel et non pas par rapport à leur source respective. Il importe donc de bien établir la distinction entre la hiérarchie des sources formelles, toujours absente dans l'ordre juridique international, et la hiérarchie normative, fondée « non plus sur des critères formels mais sur une hiérarchisation correspondante des valeurs et des priorités sociales »⁵⁵². Comme A. Pellet l'affirme à très juste titre, « ce sont les normes qui peuvent être impératives, pas les sources »⁵⁵³.

Il s'agit donc juste du renforcement de l'autorité de certaines normes par rapports aux autres⁵⁵⁴. C'est un phénomène qui n'est d'ailleurs pas étranger au droit international. En effet, la différenciation normative entre les règles internationales concernant leur contenu et la nature des obligations qu'elles engendrent n'est pas propre à la notion de *jus cogens*. Par une simple disposition du traité, on peut faire prévaloir également certaines obligations conventionnelles par rapport à d'autres engagements de l'État. L'article 103 de la Charte, qu'on a déjà évoqué, constitue un exemple illustratif à ce sujet. Un traité multilatéral comme les autres, la Charte « n'a pas valeur 'constitutionnelle' qui en ferait une source formelle

⁵⁵² DUPUY (P.-M.), « L'unité de l'ordre juridique international... », op. cit., p. 281. Dans le même sens voir également ATTAR (F.), *Le droit international entre ordre et chaos*, op. cit., p. 186. En allant un peu plus loin, R. Kolb pense que cette hiérarchie matérielle des normes impératives, fondée sur les valeurs essentielles et supérieures à la communauté internationale, « a ainsi fini par enfanter une hiérarchie formelle ». Voir KOLB (R.), « Observation sur l'évolution du concept de *jus cogens* », RGDIP, 2009, p. 842. Toutefois, en raison des soucis sur la technique de la formation normative et sur le lien entre la question de hiérarchie des normes et leur source respective en droit international que l'on a expliqués, on ne pense pas que la structure normative de l'ordre international permette une telle hiérarchisation formelle.

⁵⁵³ PELLET (A.), « Cours général : le droit international entre... », op. cit., p. 23.

⁵⁵⁴ WEIL (P.), « Le droit international en quête de son identité... », op. cit., p. 262 et s. ; COMBACAU (J.), SUR (S.), *Droit international public*, op. cit., p. 50 ; SUR (S.), « Quelques observations sur les normes juridiques internationales », op. cit., p. 911.

supérieure »⁵⁵⁵. Pourtant, pour les États parties, elle se situe au-dessus de tous les rapports internationaux qui rentreront dans son domaine de compétence⁵⁵⁶.

Cependant, il existe une différence majeure pour ce qui concerne les obligations découlant du jus cogens par rapport aux autres exemples possibles : elles sont impératives.

La conséquence principale de cette nature impérative sur l'interrelation des règles juridiques internationales apparaît dans l'hypothèse d'un conflit entre elles. On a vu qu'en cas de conflit de règles, le principe en droit international est la recherche de la véritable intention des Parties sans rester obligatoirement lié aux méthodes classiques du droit telles que *lex superior derogat inferiori*, *lex posterior derogat priori* et *lex specialis derogat generali*. À cet égard, le *jus cogens* constitue une exception à ce principe. Quelle que soit la nature de la règle ou de l'acte en conflit avec une norme du *jus cogens*, ce dernier prévaut sur l'autre⁵⁵⁷. Et ce résultat ne semble pas être une simple préférence de l'application selon le cas. En effet, tandis que le conflit entre deux règles ordinaires n'entraîne en principe jamais l'invalidité de l'une d'entre elles⁵⁵⁸, s'il s'agit d'une règle ordinaire en conflit avec une norme du *jus cogens*, la première serait logiquement condamnée à la nullité, d'où l'indérogeabilité des normes impératives⁵⁵⁹. À cet égard, ce n'est plus une simple application préférentielle dont il s'agit, mais d'une dérogation absolue (nullité) de *legi speciali* par *lex generalis*⁵⁶⁰. Se rapprochant partiellement et d'une manière encore très limitée du système pyramidal interne dans le but de permettre une unité substantielle nécessaire à l'ordre juridique international, la différenciation

⁵⁵⁵ WEIL (P.), « Le droit international en quête de son identité... », op. cit., p. 223.

⁵⁵⁶ S. Sur affirme ainsi que les conventions peuvent contenir des « obligations d'intensité variable » proclamant « leur supériorité à l'égard de toute autre obligation ». SUR (S.), « Quelques observations sur les normes juridiques internationales », op. cit., p. 913.

⁵⁵⁷ Voir AKEHURST (M.), « The Hierarchy of the Sources of International Law », op. cit., p. 281 ; SHELTON (D.), « Normative Hierarchy in International Law », op. cit., p. 304 et s. Pour une réflexion sur l'hypothèse d'un conflit entre normes impératives voir KOLB (R.), « Conflits entre normes de *jus cogens* », op. cit., p. 481 et s.

⁵⁵⁸ Il s'agit donc simplement d'une application préférentielle en cas de conflit entre deux règles. C'est également la conséquence de l'article 103 de la Charte des NU pour un traité contraire à des obligations prévues par la Charte. C'est-à-dire, cette disposition de la Charte n'entraîne jamais l'invalidité du traité conclu qui contient des éléments contraires à celle-ci. Voir CZAPLINSKI (W.), « Jus Cogens and the Law of Treaties », in *The Fundamental Rules of the International Legal Order. Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*, Ch. Tomuschat et J.-M. Thouvenin (sous dir.), MNP, 2006, p. 84.

⁵⁵⁹ En ce sens, voir l'opinion dissidente commune aux juges Rozakis, Caflisch, Wildhaber, Costa, Cabral Barreto et Vajic, jointe à l'arrêt de la Cour Européenne des Droits de l'Homme du 21 novembre 2001, dans l'affaire *Al-Adsani c. Royaume-Uni* : « Une règle de *jus cogens* a [...] cette caractéristique essentielle que [...], elle est supérieure à toute autre règle n'ayant pas la même qualité. En cas de conflit entre une norme de *jus cogens* et toute autre règle du droit international, la première l'emporte. Du fait de cette primauté, la règle en cause est nulle et non avenue ou, en tout cas, ne déploie pas d'effets juridiques qui se heurtent à la teneur de la règle impérative » (par. 1).

⁵⁶⁰ Selon R. Kolb, ce n'est pas non plus *lex superior derogat legi inferiori*. Voir KOLB (R.), « Observation sur l'évolution du concept de jus cogens », op. cit., p. 841.

normative introduite par le concept du droit impératif conduit en effet à la nullité absolue des dispositions non conformes aux normes impératives.

Une telle comparaison de la hiérarchie normative introduite par le concept du *jus cogens* avec le modèle pyramidal du droit interne soulève également la question de la dépendance organique de la norme hiérarchiquement inférieure à la norme supérieure par rapport aux conditions de sa création. En effet, selon H. Kelsen, la norme hiérarchiquement supérieure détermine les conditions de la création et de la validité de la norme qui lui est hiérarchiquement inférieure⁵⁶¹. Cependant, en droit international, un tel rapport entre les normes impératives et les normes ordinaires n'existe pas. Or, puisque cette hiérarchie normative est de nature substantielle, la supériorité d'une norme, découlant de son caractère impératif, ne crée aucun rapport organique ou formel⁵⁶². Chaque norme se crée et subsiste toujours d'une manière indépendante l'une de l'autre. Étant la conséquence du relativisme du droit international⁵⁶³, l'absence de cohérence formelle entre les normes internationales ne semble pas tout à fait remise en cause par ce phénomène.

Toutefois, l'absence d'une hiérarchie organique entre les normes internationales n'empêche qu'une cohérence substantielle soit assurée, au détriment de la relativité du droit international, par les limites que les normes impératives imposent à toutes les composantes de la communauté internationale.

2. Les limites impératives à l'autonomie de la volonté de l'État

L'apport principal du concept de *jus cogens* s'appuie sur la différence qui existe entre une règle ordinaire et une règle impérative. Au sujet de l'objectivité découlant du caractère obligatoire du droit, on avait dit que tant qu'elle est valable, toute règle juridique, sans distinction, est obligatoire. Et en raison de la relativité du droit international, le caractère obligatoire du droit ne permet une objectivation de l'ordre juridique international qu'à un certain degré limité, suivant les particularités de chaque rapport juridique particulier. C'est là que le concept du *jus cogens* est révolutionnaire. Les normes de *jus cogens* apportent une

⁵⁶¹ KELSEN (H.), « Théorie générale du droit international public », op. cit., p. 119.

⁵⁶² WEIL (P.), « Vers une normativité relative en droit international ? », op. cit., p. 22.

⁵⁶³ Voir *infra*.

objectivité absolue, à la fois par leur généralité et par leur impérativité⁵⁶⁴. Par leur généralité, parce que tous les États sont également soumis à des obligations découlant de ces normes. Par leur impérativité, parce que les États n'ont désormais plus de possibilité de déroger à une norme de *jus cogens* dans leurs relations réciproques. Les normes impératives revêtent ainsi « un caractère non pas 'plus obligatoire' mais plus absolu »⁵⁶⁵.

Cette distinction entre les normes impératives et les normes ordinaires nous amène à une autre distinction entre la force obligatoire et la force contraignante des normes juridiques. Comme on l'a précisé, la fonction instrumentale, référentielle de la norme lui confère par nature une force obligatoire dont toutes les normes juridiques, permissives ou prohibitives, jouissent également. Cela étant, l'impérativité d'une norme se réfère à un autre aspect de la force normative : c'est la force contraignante. Cette dernière est liée au contenu que la norme exprime et, donc, en fonction de leur contenu déontique chaque norme peut avoir un degré différent de force contraignante⁵⁶⁶.

Puisque la force contraignante est liée au contenu normatif, l'effectivité de cette force et, par conséquent, des conséquences liées à celle-ci, exige logiquement une précision de ce contenu déontique⁵⁶⁷. Il semble effectivement que la théorie du droit impératif dans l'ordre juridique international souffre de ce manque de précision. Si l'existence d'un droit impératif en droit international paraît de moins en moins contestée, son contenu n'est pas encore clairement connu et semble contesté⁵⁶⁸. Les critiques négatives à l'égard du concept de *jus cogens* s'appuient souvent sur cet argument d'imprécision. Il est accusé d'être une boîte vide. Mais,

⁵⁶⁴ Plus précisément, c'est sur cette dernière particularité que les normes du *jus cogens* se distinguent des normes ordinaires. Dans son cours général à l'Académie de La Haye, H. Thierry constate justement que, la généralité des normes internationales n'est pas propre au *jus cogens*. Toutes les normes du droit international général sont d'opposabilité *erga omnes* mais elles ne sont pas pour autant de nature impérative. Voir THIERRY (H.), « L'évolution du droit international... », op. cit., p. 62.

⁵⁶⁵ *Idem.*, p. 30.

⁵⁶⁶ Sur cette distinction voir l'article de GROULIER (C.), « La distinction de la force contraignante et de la force obligatoire des normes juridiques... », op. cit., pp. 199-210 et spécifiquement sur la signification de la force contraignante, pp. 202-204. Dans le même ouvrage, voir également PICOT (H.), « D'un degré de la force normative : la force impérative en droit international public », in *La force normative, naissance d'un concept*, C. Thibierge (sous dir.) et alii, Bruylant, 2009, p. 346 et 347.

On peut également se référer à la distinction que C. Thibierge propose : « la force de la norme répond, sur un strict plan technique, à au moins deux interrogations : est-ce qu'elle s'impose ? C'est la question de sa force obligatoire. Comment s'impose-t-elle ? C'est celle de sa force contraignante ». Voir THIBIERGE (C.), « Le droit souple, réflexion sur les textures du droit », *RTDC*, 2003, p. 610.

⁵⁶⁷ GROULIER (C.), « La distinction de la force contraignante... », op. cit., p. 204.

⁵⁶⁸ CARRILLO-SALCEDO (J.-A.), « Droit international et souveraineté des États... », op. cit., p. 136.

même comme une boîte vide, défend G. Abi-Saab, ce concept est nécessaire pour pouvoir mettre quelque chose dedans le cas échéant⁵⁶⁹.

En effet, il existe un certain nombre de domaines où ce concept a eu des effets concrets grâce à des exemples jurisprudentiels. Surtout en matière de droits de l'homme et de droit humanitaire, nombreux sont les exemples de jurisprudence qui s'appuient sur des textes conventionnels, internationaux ou régionaux. Malgré leur base, dans la plupart des cas, conventionnelle, il est constamment souligné par différentes instances judiciaires qu'il s'agissait de la protection de certains droits fondamentaux des individus qui relevait du droit impératif⁵⁷⁰.

Dans son avis consultatif de 1996 sur la *légalité de la menace ou l'emploi des armes nucléaires*, la Cour a également souligné l'existence des « principes cardinaux contenus dans les textes formant le tissu du droit humanitaire » qu'elle qualifie d'« intransgressibles ». Selon la Cour, ces règles fondamentales du droit international coutumier s'imposent à tous les États⁵⁷¹. Certes, la Cour ne prononce pas expressément l'expression de « jus cogens »⁵⁷², mais comme le Président Bedjaoui l'écrit dans sa déclaration jointe, « il ne fait pas de doute... que la plupart des principes et règles du droit humanitaire et, en tout cas, les deux principes interdisant l'un l'emploi des armes à effets indiscriminés et l'autre celui des armes causant des maux superflus font partie du jus cogens »⁵⁷³.

En effet, tous les États sont tenus impérativement de respecter ces normes de jus cogens dans leurs actes unilatéraux et bi- ou multilatéraux, comme dans leurs affaires internationales et internes. Si le consentement de l'État constituait, dans le cadre conventionnel, le fondement

⁵⁶⁹ L'intervention lors d'une table de discussion organisée à l'Université européenne de Florence en 1985, in *Change and stability in international law-making*, A. Cassese et J. H. Weiler (éd.), 1988, p. 96.

⁵⁷⁰ En effet, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie dans l'affaire *Furundzija* a affirmé que « l'interdiction de la torture est une norme impérative ou *jus cogens* », en ajoutant ensuite qu'« [e]n 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 hiérarchie internationale à un niveau plus élevé que le droit conventionnel et même que les règles de droit coutumier ordinaires ». TPIY, le jugement du 10 décembre 1998, §144 et §153. Pour d'autres exemples jurisprudentiels de différentes instances judiciaires voir DUPUY (P.-M.), KERBRAT (Y.), *Droit international public*, op. cit., p. 247 et s.

⁵⁷¹ CIJ Rec., 1996, avis du 8 juillet 1996, par. 78 et 79, p. 257.

⁵⁷² Il a fallu attendre jusqu'en 2006 pour un emploi explicite de ce concept de la part de la Cour internationale de Justice. Voir l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo (Congo c. Rwanda)*, arrêt du 3 février 2006 sur la compétence de la Cour et la recevabilité de la requête.

⁵⁷³ CIJ Rec., 1996, p. 273

des droits et des obligations de l'État, sa volonté se trouve désormais subordonnée à des normes impératives⁵⁷⁴.

Ces évolutions considérables en matière des droits de l'homme et de droit humanitaire font sortir le droit international non seulement d'une perspective d'État tout-puissant et irresponsable mais aussi d'un cadre exclusivement interétatique, reconnaissant ainsi des droits individuels et garantissant leur protection face aux États, considérés jusqu'alors intouchables.

C'est, en revanche, surtout sur le sujet du caractère relativisable du droit international que le *jus cogens* apporte ses limites, en se distinguant de la norme ordinaire⁵⁷⁵. Les normes impératives, qui sont censées exprimer les valeurs fondamentales de la communauté internationale et garantir à ce titre leur préservation et protection, produisent des effets juridiques « voués à encadrer plus strictement, voire à limiter, la liberté des États d'agir »⁵⁷⁶. À cet égard, l'innovation la plus importante du concept du *jus cogens* est apportée sans doute en matière de droit des traités⁵⁷⁷. Le concept se traduit dans la Convention de Vienne de 1969 comme une limite à la liberté contractuelle des États. Avant l'apparition de l'idée des obligations impératives, une liberté absolue⁵⁷⁸ régnait en matière de droit des traités. Les États pouvaient contracter sur n'importe quel objet sous la seule condition du respect du consentement des Parties⁵⁷⁹. Cette liberté des États, considérée comme un des attributs du principe de la souveraineté dans sa « conception ultraformaliste »⁵⁸⁰, était tout à fait naturelle dans un ordre de juxtaposition. Selon les défenseurs de cette conception de la souveraineté et du droit international « [t]out acte illicite international [...] pourrait être élevé au rang de droit si l'on en faisait le contenu d'un traité »⁵⁸¹. En effet, quoiqu'elle soit obligatoire, en raison du caractère relativisable du droit international, cette obligatoirité des normes ordinaires n'est pas

⁵⁷⁴ PELLET (A.), « Cours général : le droit international entre... », op. cit., p. 62.

⁵⁷⁵ CARRILLO-SALCEDO (J.-A.), « Droit international et souveraineté des États... », op. cit., p. 146. S. Sur écrit également que « la notion de *jus cogens*... est précisément le signe d'un effort pour sortir d'une relativité congénitale, pour résoudre en faveur de la généralité la tension permanente que connaît le droit international entre relativité et généralité ». Voir SUR (S.), « Quelques observations sur les normes juridiques internationales », op. cit., p. 909.

⁵⁷⁶ KOLB (R.), « Observation sur l'évolution du concept de *jus cogens* », op. cit., p. 850. L'auteur fournit une longue liste de sujets touchés par les limitations des normes impératives qui étaient avant reconnus pratiquement tous dans la limite de l'autonomie de la volonté des États (p. 838).

⁵⁷⁷ Voir CZAPLINSKI (W.), « *Jus Cogens and the Law of Treaties* », op. cit., pp. 83-97.

⁵⁷⁸ DUPUY (P.-M.), « L'obligation en droit international », in *L'obligation*, APD, t. 44, 2000, p. 225.

⁵⁷⁹ Le principe qui est également énoncé et protégé dans les diverses dispositions de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Sur ce point voir COMBACAU (J.), « Le droit international : bric-à-brac ou système ? », op. cit., p. 102.

⁵⁸⁰ *Ibid.*

⁵⁸¹ JELLINEK (G.), *Die Rechtliche Natur der Staatenverträge*, 1880, p. 16, cité par A. Pellet, « Cours général : le droit international entre... », op. cit., p. 41.

absolue. Dans leur relation réciproque, deux ou plusieurs États peuvent écarter l'application d'une norme internationale obligatoire, même la modifier complètement. Ainsi, soit par un accord de modification et d'une manière réciproque ou soit par un consentement permissif⁵⁸² et d'une manière unilatérale, les États peuvent se soustraire à leurs obligations internationales.

Or, avec le concept du *jus cogens*, « surgit un principe de transcendance qui va à l'encontre de l'autonomie de la volonté⁵⁸³ » dans sa conception absolue. En effet, l'introduction de la notion de *jus cogens* dans la Convention de Vienne limite considérablement cette autonomie de la volonté dans la mesure où, selon l'article 53, les actes des États portant sur des objets contraires à une norme considérée impérative seront condamnés par la nullité absolue⁵⁸⁴. Selon l'article 64 de la Convention⁵⁸⁵, cette même restriction serait également valable pour les accords passés avant l'apparition d'une nouvelle norme impérative.

Toujours dans la même ligne de pensée, le Projet de la Commission du Droit international sur la responsabilité de l'État prévoit des restrictions à l'autonomie de la volonté des États. Selon l'article 20 du Projet, le consentement valide de l'État à la commission par un autre État d'un fait normalement illicite est considéré comme excluant l'illicéité de ce fait. Cela étant, pour ce qui concerne la norme dite impérative, cette liberté se trouve complètement retirée. En effet, selon l'article 26 du Projet de la Commission qui énumère les circonstances exceptionnelles excluant normalement l'illicéité des actes contraires à une obligation internationale, l'existence du consentement de l'État lésé suite au fait illicite ne pourra pas être avancée si l'obligation violée découle d'une norme impérative du droit international⁵⁸⁶. Selon M. Virally, « [c]eci signifie qu'un État ne peut se décharger des obligations qu'une norme de *jus cogens* lui impose vis-à-vis d'un autre État, même par traité, c'est-à-dire avec le consentement de l'autre État : ce dernier ne peut renoncer lui-même à ses droits »⁵⁸⁷. Effectivement,

⁵⁸² Voir l'article 20 du Projet de la CDI sur la responsabilité de l'État. L'article 45 du même projet règlemente également un autre cas où en raison de la volonté permissive de l'État lésé, la responsabilité de l'État ne pourra plus être invoquée. Quoique leurs conséquences soient identiques, deux articles règlementent deux situations différentes. Tandis que dans la situation règlementée par l'article 20, grâce au consentement de l'État, on ne peut plus parler de la violation d'une obligation, désormais inexistante. Alors que pour le cas indiqué à l'article 45, il existe bel et bien une violation d'une obligation internationale mais suite à une renonciation volontaire de la part de l'État lésé, son droit d'invoquer la responsabilité est exclu.

⁵⁸³ DUPUY (R.-J.), *La communauté internationale...*, op. cit., p. 152.

⁵⁸⁴ Le juriste Fitzmaurice écrit, en sa qualité de Rapporteur spécial sur le droit des traités, que le droit international justifie et exige même la non-exécution d'une obligation conventionnelle dont l'observation s'avère incompatible avec une règle de *jus cogens*. Voir « Quatrième rapport sur le droit des traités », Ann. CDI, 1959, vol. II, p. 47.

⁵⁸⁵ L'article 64 : « Si une nouvelle norme impérative du droit international général survient, tout traité existant qui est en conflit avec cette norme devient nul et prend fin ».

⁵⁸⁶ CRAWFORD (J.), *Les articles de la CDI sur la responsabilité de l'État*, op. cit., pp. 224-227.

⁵⁸⁷ VIRALLY (M.), « Réflexions sur le *jus cogens* », in *Le droit international en devenir*, PUF, 1990, p. 151.

contrairement à une norme ordinaire du droit international, le droit impératif « interdit une telle dérogation dans les rapports mutuels entre des États »⁵⁸⁸.

La force transcendante de la norme impérative semble porter atteinte au principe de la réciprocité et du relativisme qui permet, on l'a dit, aux États de déterminer librement leurs droits et leurs obligations dans leurs rapports mutuels. Même s'il s'agit, on va le voir, d'une notion qui est apparue à l'intérieur de la logique intersubjective et qui ne constitue aucunement une sorte de droit naturel existant d'une manière extérieure et indépendante de ses sujets, la norme impérative se distingue d'autres normes ordinaires par la nature impérative des obligations qu'elle impose. En ne laissant aux États aucune marge d'appréciation, le droit impératif s'impose comme une force transcendante à leur volonté supposée souveraine. C'est en ce sens que la notion de *jus cogens* a été considérée comme une atteinte, une limitation à la souveraineté des États⁵⁸⁹ dans sa conception ultraformaliste.

Pourtant, cette conception ultraformaliste de la notion de souveraineté, interprétée comme une liberté totale de la volonté de l'État qui fait tout ce qu'il veut, n'a jamais été valable. Dans un ordre juridique caractérisé par la pluralité des souverains, il est tout à fait naturel, voire inévitable qu'il y ait un certain nombre de limitations à l'autonomie de la volonté des États. Par conséquent, chaque limitation apportée à l'exercice de certaines compétences considérées auparavant souveraines ne doit pas s'interpréter comme une atteinte à la souveraineté des États. De ce point de vue, le droit impératif, se réalisant toujours dans un ordre de juxtaposition des États souverains, vient imposer un certain nombre changeant d'obligations objectives, abritées du risque de relativisme.

Face à cet apport considérable du concept du *jus cogens* au sujet de la limitation de la volonté des États et à l'émergence d'un ordre juridique objectif, les critiques étaient sévères. En effet, la notion de *jus cogens* fut jugée étrangère au génie du droit international⁵⁹⁰, « inadaptée à la structure du système international »⁵⁹¹, ou encore comme « une machine à déstabiliser les traités »⁵⁹² ou « une justification potentielle de déstabilisation de cet ordre »⁵⁹³. Pour les adversaires de ce concept, « admettre la nullité des traités pour contrariété à une norme supérieure, c'était réintroduire le loup du droit naturel dans la bergerie de la société des États.

⁵⁸⁸ *Ibid.*

⁵⁸⁹ *Ibid.* Voir également CARREAU (D.), *Droit international*, op. cit., p. 36.

⁵⁹⁰ COMBACAU (J.), « Le droit international : bric-à-brac ou système ? », op. cit., p. 85.

⁵⁹¹ WEIL (P.), « Le droit international en quête de son identité... », op. cit., p. 273.

⁵⁹² *Ibid.*

⁵⁹³ GLENNON (M. J.), « De l'absurdité du droit impératif (*jus cogens*) », *RGDIP*, 2006, p. 529.

Au-dessus de la volonté des États, il ne pouvait et ne devait y avoir que le vide »⁵⁹⁴. Pour eux, ce concept mythique et vide de sens porte atteinte aux caractéristiques fondamentales du système juridique international actuel qui sont principalement la juxtaposition des États et leur égalité souveraine. Selon eux, c'est un élément antinomique au système qui affecte son unité, alors qu'il est difficile de parler de l'unité d'un système qui serait déjà fragmentaire à cause de l'interprétation individualiste du principe de la souveraineté de l'État⁵⁹⁵.

Au-delà de leur attachement doctrinal au positivisme volontariste, qui défend le respect et le maintien de la structure état-centrique comme une évidence irrécusable et une nécessité absolue, il est étonnant de remarquer que toutes ces critiques essaient de se justifier par l'absence d'une autorité impartiale, surtout judiciaire, apte à décider objectivement sur la nullité d'un traité en raison de sa contrariété à une norme impérative⁵⁹⁶. Certes, il est tout à fait compréhensible d'y voir un risque d'instabilité et de subjectivité. Mais il n'aurait pas été plus approprié et logique de proposer l'établissement d'un mécanisme objectif et extérieur pour assurer le respect d'une norme impérative que de diaboliser la théorie elle-même ? Il est certain que ce n'est pas les normes impératives mais les pratiques étatiques non respectueuses des exigences de la vie internationale commune qui déstabiliseraient l'ordre international.

Dans la même perspective, J. Combacau a défendu que la conséquence de la reconnaissance d'un droit impératif, au moins dans le cadre de la Convention de Vienne, ne peut être qu'une question d'opposabilité et non pas de validité⁵⁹⁷. Et ceci pour la raison suivante: à l'intérieur d'un ordre juridique caractérisé par la logique intersubjective, donc par le relativisme, chaque État souverain « agit légitimement en juge de sa propre cause ». Contrairement à ce qui se passe dans l'ordre juridique interne où il existe des mécanismes objectifs, dans l'ordre juridique international il n'existe aucune autorité supérieure apte à se prononcer à sa place sur les effets juridiques des actes de ses semblables. Par conséquent, il reviendra à chaque État de reconnaître ou non l'opposabilité de telle ou telle disposition du traité. Cependant, force est de dire que l'existence d'une institution juridique ne peut pas être jugée en fonction de son efficacité ou sa possibilité d'application. L'absence d'un mécanisme institutionnel quelconque

⁵⁹⁴ WEIL (P.), « Le droit international en quête de son identité... », op. cit., p. 264.

⁵⁹⁵ On pense que deux articles illustrent bien cette position doctrinale : SUR (S.), « Quelques observations sur les normes juridiques internationales », op. cit., p. 901 et s. et WEIL (P.), « Vers une normativité relative en droit international ? », op. cit. p. 5 et s.

⁵⁹⁶ WEIL (P.), « Le droit international en quête de son identité... », op. cit., p. 273 ; COMBACAU (J.), « Logique de la validité contre logique de l'opposabilité... », op. cit., p. 201 et du même auteur « Le droit international : bric-à-brac ou système ? », op. cit., p. 103.

⁵⁹⁷ COMBACAU (J.), « Logique de la validité contre logique de l'opposabilité... », op. cit., pp. 195-203

pour attester la nullité ou l'invalidité d'un acte juridique n'empêche qu'il le soit. S'il faut absolument une autorité pour le juger, ce ne sera que le droit lui-même.

En outre, pour justifier son inutilité, voire son inexistence, il a été défendu que, en raison des conséquences lourdes de son application⁵⁹⁸, le concept de *jus cogens*, mentionné dans le cadre de la Convention de Vienne concernant le droit des traités, n'a jamais été avancé et demeure sans application⁵⁹⁹. Toutefois, comme il a été parfaitement formulé, « [t]he absence of cases involving reference to *jus cogens* cannot be evidence of the absence of the institution itself »⁶⁰⁰. D'ailleurs, cet argument de non utilisation revient à « reconnaître que les craintes exprimées par les adversaires du *jus cogens* ne se sont pas davantage concrétisées en ce domaine⁶⁰¹ ». Et enfin, cette absence de recours à cette notion peut également être considérée bel et bien comme la preuve de sa reconnaissance et d'un respect quasi-parfait de la part des États qui agissent conformément aux exigences du droit impératif. Il faut effectivement admettre qu'il s'agit d'une « notion dissuasive »⁶⁰² à n'utiliser qu'en dernier ressort.

On peut conclure de ce qui précède que, tout en partageant l'idée selon laquelle il existe une antinomie entre la relativité du droit international et le concept de *jus cogens* visant à l'objectivation de cet ordre juridique, on ne pense pas que les conséquences de cette antinomie soient aussi graves que certains le supposent⁶⁰³. Il est facilement constatable, en théorie comme en pratique, qu'il s'agit plus d'un concept unificateur que d'un concept de divergence et de conflit.

⁵⁹⁸ S. Sur considère le *jus cogens* comme « une épée de Damoclès invisible pour l'ensemble des engagements conventionnels ». Voir SUR (S.), « Les phénomènes de mode en droit international », in *Le droit international et le temps*, SFDI, Pedone, 2001, p. 54.

⁵⁹⁹ Selon J. Combacau et S. Sur, « ni la pratique des États ni l'expression de leur sentiment d'une obligation juridique ne confirment la reconnaissance d'une catégorie de normes internationales impératives ». Voir COMBACAU (J.), SUR (S.), *Droit international public*, op. cit., p. 51. Dans son article intitulé « Les phénomènes de mode en droit international », S. Sur cite le concept du *jus cogens*, parmi les idées à la mode du droit international. Selon lui, ce concept, par définition précaire et superficielle, reste aujourd'hui heureusement dormant (art. précité p. 54 et p. 55). Dans le même sens voir WEIL (P.), « Le droit international en quête de son identité... » op. cit. En se référant à l'expression employée par I. Brownlie, P. Weil écrit que le *jus cogens* est comme « un véhicule qui ne quitte pas souvent le garage » (p. 274).

⁶⁰⁰ ALEXIDZE (L.), « Legal Nature of *jus cogens* in Contemporary International Law », *RCADI*, 1981, vol. 172, p. 232.

⁶⁰¹ GUILLAUME (G.), « Jus cogens et souveraineté », in *L'État souverain dans le monde d'aujourd'hui, mélanges en l'honneur de J. P. Puisseux*, Pedone, 2008, p. 129.

⁶⁰² L'intervention d'Allain Pellet au sujet du « Renforcement du rôle de la CIJ », in *Quel droit international pour le 21^{ème} siècle ?*, Yves Sandoz (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2007, p. 133.

⁶⁰³ Les conséquences d'un tel concept ne peuvent être en effet plus graves que celles d'un état de laisser-faire absolu. J.-A. Carrillo-Salcedo écrit effectivement que malgré les difficultés et les ambiguïtés de cette notion, le *jus cogens* a apporté d'importantes limitations au relativisme du droit international et a contribué à l'affirmation progressive d'un droit international objectif. Il pense que, loin d'être inadaptées à la structure de l'ordre international contemporain, « les règles impératives sont à la fois nécessaires et possibles ». Voir CARRILLI-SALCEDO (J.-A.), « Droit international et souveraineté des États... », op. cit., p. 146.

B. Un concept unificateur du droit international

Le concept du *jus cogens* vise avant tout au maintien de l'unité de l'ordre juridique international et de l'intégrité normative internationale face au risque d'un ordre fragmentaire de systèmes particuliers relativisés. Cette contribution du *jus cogens* à l'unité de l'ordre juridique international s'effectue à la fois sur le plan matériel (1) et sur le plan psychologique (2).

1. L'aspect matériel

L'aspect matériel de la fonction unificatrice de la notion de *jus cogens* s'exprime sur deux fronts. Elle tend à garantir la cohérence de l'ordre juridique international d'abord par une hiérarchisation substantielle des normes et ensuite par l'objectivation de certaines obligations internationales des États.

Selon C. Tomuschat, la notion de *jus cogens* introduisant une logique hiérarchique destinée à la protection des intérêts communs de la Communauté internationale, modifie la structure classique de coordination et de coopération du droit international⁶⁰⁴. En effet, avec ce concept de communauté internationale, le droit international, « conçu traditionnellement comme un instrument de coordination des souverainetés, se voit investi d'une mission de transformation de la société internationale »⁶⁰⁵. Il est désormais mis au service de la protection des valeurs communes qui va au-delà de son cadre interétatique classique⁶⁰⁶. Quoique cette logique hiérarchique ne corresponde pas à celle qui dessine le modèle interne de la structure normative hiérarchique, cette idée selon laquelle certaines normes puissent être, du point de vue de leur contenu, supérieures aux autres suscite, chez les sujets de la communauté internationale, une certaine idée de l'unité de cet ordre juridique.

Selon M. Sahovic, la conséquence principale de la reconnaissance de l'existence des règles impératives par la Convention de Vienne serait sans doute l'« objectivisation » de la force juridique obligatoire des normes du droit international » dont le but est « la cristallisation

⁶⁰⁴ TOMUSCHAT (C.), « International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of New Century, General Course on Public International Law », *RCADI*, vol. 281, 1999, p. 45.

⁶⁰⁵ BEDJAOUÏ (M.), *Droit international, Bilan et perspectives*, t.1, « introduction générale », op. cit., p. 16

⁶⁰⁶ Selon M. Virally, l'argument de la protection « des intérêts dépassant les intérêts individuels des États » constitue la justification principale de l'introduction du concept du droit impératif (VIRALLY M., « Réflexions sur le *jus cogens* », op. cit., p. 152 et s.). Il écrit que le droit impératif « exprime, [...], des valeurs sociales supérieures à celles que représentent les États individuellement, susceptibles de conférer à des intérêts non étatiques (ceux de la personne humaine, par exemple) un statut supérieur aux intérêts étatiques ». Voir VIRALLY (M.), « Une pierre d'angle qui résiste au temps... », op. cit., p. 193.

progressive d'un système de normes plus ou moins intégrées et harmonisées qui commence à s'imposer aux États comme un ordre juridique objectif »⁶⁰⁷. Comme P.-M. Dupuy l'écrit, « afin que ses sujets puissent 's'y retrouver' et continuer à utiliser ces normes en sachant par avance les conséquences ou 'effets de droit' qui s'attachent à leur application comme à leur violation », il est primordial que le droit international persiste « à organiser selon une cohérence logique et une constance de signification suffisante les rapports entre les règles qu'il contient et le sens qu'il accorde à chacune d'entre elles »⁶⁰⁸. En effet, avec l'introduction de l'idée des obligations impératives, les critères d'appréciation du comportement des États et de leurs obligations internationales sont devenus plus clairs et plus objectifs.

Cette évolution qui a changé le droit international positif d'une manière fondamentale, tend en même temps à poser une structure normative profondément différente de celle qui existait auparavant⁶⁰⁹. Toujours sans faire une transposition stricte avec l'ordre public interne, une sorte d'ordre public au niveau international⁶¹⁰ vient désormais déterminer d'une manière transcendante les comportements de ses composantes. Cela permet, même d'une manière assez limitée et ne concernant que certains domaines réglementés par une norme impérative, de pouvoir parler d'une unité substantielle qui s'oppose au caractère fragmentaire de cet ordre juridique caractérisé par le relativisme.

Il est vrai que le développement d'un concept du droit impératif est vu comme le signe d'un changement révolutionnaire dans la mesure où l'élargissement de son contenu et ses effets juridiques limitent encore plus et d'une manière absolue la liberté d'action des sujets souverains. Mais, comme P.-M. Dupuy le constate, ce changement est plus substantiel que formel⁶¹¹.

⁶⁰⁷ SAHOVIC (M.), « Le problème de l'efficacité du droit international », in *Theory of international law at the threshold of the 21st century, essays in honour of K. Skubiszewski*, Kluwer Law International, 1996, p. 276-277.

⁶⁰⁸ DUPUY (P.-M.), « L'unité de l'ordre juridique international... », op. cit., p. 205.

⁶⁰⁹ SAHOVIC (M.), « Le problème de l'efficacité du droit international », op. cit., p. 277.

⁶¹⁰ Voir DUPUY (P.-M.), « L'unité de l'ordre juridique international... », op. cit., p. 281 ; CARRILLI-SALCEDO (J.-A.), « Droit international et souveraineté des États... », op. cit., p. 135 ; COMBACAU (J.), « Le droit international : bric-à-brac ou système ? », op. cit., p. 102.

⁶¹¹ DUPUY (P.-M.), « L'unité de l'ordre juridique international... », op. cit., p. 311.

2. L'aspect psychologique

Selon A. Mahiou, « les règles du *jus cogens* ne peuvent s'expliquer que par référence à l'idée d'une intégration partielle et progressive de la société internationale »⁶¹². Il est vrai que la notion de *jus cogens* étant en quelque sorte la conséquence de la notion de communauté internationale⁶¹³, elle contribue en retour au développement de la conscience de l'unité et du fait de constituer un ensemble. De ce point de vue, elle contribue non seulement à la transformation de la nature du droit international et à l'établissement d'un ordre public au niveau international⁶¹⁴, mais aussi à l'intégration d'une communauté internationale émergente par la prise de conscience de l'existence de valeurs communes à l'humanité entière⁶¹⁵.

Cette conscience de faire partie d'une communauté internationale plus ou moins intégrée autour des valeurs communes a permis de reconnaître, par conséquent, l'existence d'un droit commun à tous dont l'origine ne peut pas être volontariste⁶¹⁶. L'inspiration objectiviste et universaliste y est indéniable. R.-J. Dupuy écrivait en effet que le *jus cogens*, signifiant le dépassement des intérêts particuliers en faveur des intérêts communs, « apporte une consécration, sinon une sacralisation, au mouvement universaliste »⁶¹⁷. On peut s'interroger certes sur la façon dont cette universalisation s'effectue. Elle peut parfaitement être issue d'une harmonisation incluant tous les composants de la société ou d'une sorte de domination imposant les valeurs subjectives de certains aux autres composantes de la société internationale. Par exemple, le mouvement universaliste a été critiqué par le fait qu'il était porteur des valeurs occidentales et hégémoniques. Mais il convient de dire d'emblée que le *jus cogens* ne contribue pas, a priori, à l'universalisation des valeurs mais à la protection des valeurs universelles. Si le contenu normatif d'une règle est d'ordre impératif, cela signifie qu'il est déjà universellement partagé. Ce critère constitue la condition d'existence même de l'impérativité d'une norme. C'est d'ailleurs en raison de cette particularité du concept du *jus cogens* qu'il apporte avec lui une idée d'unité et d'appartenance à la même communauté.

⁶¹² MAHIOU (A.), « Le paradigme de la codification », in *La codification du droit international*, SFDI, Pedone, 1999, p. 50.

⁶¹³ Selon J. Combacau et S. Sur, « la formule 'communauté (...) dans son ensemble' évoque, quoique de manière bien imprécise, l'idée d'une sorte de solidarité et d'unité profonde de la société internationale [...] ». Voir COMBACAU (J.), SUR (S.), *Droit international public*, op. cit., p. 160.

⁶¹⁴ CARRILLI-SALCEDO (J.-A.), « Droit international et souveraineté des États... », op. cit., p. 135.

⁶¹⁵ R. Kolb définit ce processus de transformation comme la « 'communautarisation' du droit et de la société internationaux ». Voir KOLB (R.), « Observation sur l'évolution du concept de *jus cogens* », op. cit., p. 850.

⁶¹⁶ CARRILLI-SALCEDO (J.-A.), « Droit international et souveraineté des États... », op. cit., p. 145.

⁶¹⁷ R.J. Dupuy, la communauté..., p. 151

Toutefois, malgré cette évolution dans la conscience des gens, traduite par la notion de communauté internationale, il ne faut pas y voir un dépassement de l'étatcentrisme. En raison de la configuration exclusivement interétatique de l'ordre juridique internationale, cette communauté internationale est encore conçue dans l'optique de la logique interétatique. De ce fait, loin de chercher un conflit entre la souveraineté des États et la notion de *jus cogens*, cette dernière est non seulement respectueuse de leur souveraineté mais en même temps destinée à leur protection, à la protection des intérêts communs des États⁶¹⁸. L'objet profond du *jus cogens*, écrit R.-J. Dupuy, est avant tout la sauvegarde de « l'égalité des peuples et des États qui les incarnent »⁶¹⁹.

Il est vrai que l'affirmation progressive de l'existence d'une communauté internationale ne signifie pas en soi, comme l'écrit P. Weil, la substitution d'un droit international « State-based » par un droit international « community-based »⁶²⁰. Mais lui-même admet que, par rapport au droit international classique qui « privilégiait l'État et sa souveraineté », un droit international pensé avec une forte référence à la notion de communauté internationale, qui « mette l'accent sur ce qui rassemble plutôt que sur ce qui sépare » favorise l'unité. Il ajoute que « [l]a référence à la communauté internationale dépasse l'effet de style et de mode : derrière le glissement sémantique se profile une évolution dans la conception même du système international »⁶²¹, une évolution conceptuelle qui se résume dans l'idée de l'unité, mais d'abord à travers ses composants principaux que sont les États. Il y a bien une idée de la communauté internationale, mais celle d'États souverains. Cette idée de la communauté semble être toujours fondée sur la logique intersubjective dans laquelle la place privilégiée des États ne semble toujours pas être remise en cause.

Ainsi, si la relativité des règles internationales découlant de la logique intersubjective est entravée par l'introduction du concept du droit impératif, la nature intersubjective du droit international, signifiant son origine interétatique, semble, de son côté, inchangée.

⁶¹⁸ Il est vrai que le but principal de la notion de *jus cogens* est le maintien de l'unité de l'ordre juridique international en lui garantissant un minimum de cohérence substantiel à travers la protection des valeurs communes et supérieures. Contrairement à ce qui était dit, le concept du droit impératif ne constitue pas en soi une limitation à la souveraineté des États. Il apporte certes d'importantes restrictions sur l'autonomie de la volonté des États mais ce résultat est complètement logique si l'on admet l'existence d'un véritable ordre juridique public au niveau international. Il va de soi que le niveau d'intégration de cet ordre juridique détermine l'étendue de ces restrictions.

⁶¹⁹ DUPUY (R.-J.), *La communauté internationale...*, op. cit., p. 154.

⁶²⁰ WEIL (P.), « Le droit international en quête de son identité... », op. cit., p. 311. Pour cette distinction, l'auteur se réfère à Sir Robert Jennings.

⁶²¹ *Idem.*, p. 309

Paragraphe II. Le vecteur déterminant de l'objectivation au niveau international : encore et toujours la logique intersubjective !

Le constat du caractère antinomique du droit impératif à la relativité congénitale des règles internationales ne signifie pourtant pas que la validité objective des normes impératives découle de leur externalité originelle. Quoiqu'il y ait une certaine croyance en le dépassement de l'interétatisme dans la compréhension de la logique intersubjective (B), du point de vue de sa conformité et de son introduction au droit positif, le *jus cogens* est un concept qui obéit à la même logique intersubjective (A).

A. Un concept intégré à l'ordre juridique international

Critiquée pour être antipositiviste (1) et antinomique à la logique interétatique de la formation normative (2), la notion de *jus cogens* a été jugée par certains incompatible avec la configuration de l'ordre juridique international actuel, régi par la logique intersubjective.

1. La positivité du droit impératif

Certains voyaient dans le *jus cogens* un retour au droit naturel⁶²². La ressemblance entre la notion de *jus cogens* et celle de droit naturel a été évoquée soit par des auteurs adversaires du droit impératif pour le condamner à cause de son caractère antinomique au droit positif, soit par ses défenseurs pour lui donner une force encore plus supérieure et plus légitime. Cette analogie semble faite en raison de leur nature commune qui consiste à véhiculer des valeurs morales et éthiques dans l'ordre juridique.

Pour R.-J. Dupuy, sans confondre le *jus cogens* avec le droit naturel, leur familiarité n'est pas sans fondement pour deux raisons. D'abord, parce que le *jus cogens* est un concept « antipositiviste », puisqu'il introduit au droit positif la règle morale qui semblait absente en raison du positivisme international qui ne prenait en compte que la validité formelle des règles et des actes internationaux dans une liberté absolue reconnue aux États. Ensuite, le *jus cogens* contient, selon lui, le droit naturel dans la mesure où certains de ses principes, comme

⁶²² Voir MAREK (K.), « Contribution à l'étude du *jus cogens* en droit international », in *Recueil d'études de droit international en hommage à P. Guggenheim*, 1968, p. 445 ; GOMEZ ROBLEDO (A.), « Le *jus cogens* international : sa genèse, sa nature, ses fonctions » *RCADI*, vol. 172, 1981, p. 24 et s. ; CARREAU (D.), *Droit international*, op. cit., p. 86.

la prohibition de l'esclavage et du génocide, se sont vus consacrer par le droit positif comme des règles impératives⁶²³.

Cependant, en dehors de cette similitude dans leur philosophie, il existe une différence majeure qui les distingue. Les normes impératives ont, certes, une forte connotation éthique et idéologique⁶²⁴. Mais, inversement à ceux qui prétendent qu'il existe une antinomie irréconciliable entre le droit international positif et le *jus cogens* en raison de l'inspiration du droit naturel et de la moralité⁶²⁵, les normes impératives sont placées à l'intérieur de l'ordre juridique international existant. Parce que, d'une part, le fait qu'une norme exprime une forte valeur morale ne signifie pas en soi qu'elle est de nature antipositiviste. Le positivisme, signifiant une stricte séparation du sujet de la connaissance et de l'objet de la connaissance, exige que les représentations et les valorisations subjectives ne se projettent pas sur l'objet de la connaissance. C'est donc la science du droit qui est censée être positive et non pas l'objet de cette science, qui peut porter naturellement sur des valeurs morales et idéologiques. D'autre part, contrairement au droit naturel, défini comme l'« ensemble de règles et principes censés exister indépendamment de toute insertion dans un ordre juridique positif au moyen des procédés de création du droit prévu par cet ordre »⁶²⁶, les normes de *jus cogens* sont intégrées dans l'ordre juridique suivant la même voie de formation intersubjective que les normes ordinaires⁶²⁷.

En effet, les normes impératives étant « liées à un certain état de la société internationale », elles n'appartiennent pas à une sorte de droit naturel qui « exister[ait] objectivement en dehors de la volonté des États qui y sont soumis »⁶²⁸. Dans le même sens, P. Weil écrit à propos de l'intériorité du *jus cogens* pour éviter un quelconque parallélisme avec « le loup du droit naturel »⁶²⁹ :

« Alors que le droit naturel de naguère était conçu comme extérieur et supérieur au droit positif, le *jus cogens* d'aujourd'hui fait partie intégrante du système, puisque c'est le droit international lui-même qui définit certaines normes de rang supérieur auxquelles la volonté des États ne peut déroger. Il ne s'agit plus à proprement parler de valeurs qui s'imposeraient en tant que telles aux États parce que supérieures à ces derniers, mais des normes juridiques dont

⁶²³ DUPUY (R.-J.), *La communauté internationale...*, op. cit., p. 154 et 155.

⁶²⁴ VIRALLY (M.), « Réflexions sur le 'jus cogens' », op. cit., p. 15.

⁶²⁵ GLENNON (M. J.), « De l'absurdité du droit impératif (*jus cogens*) », op. cit., p. 529 et s.

⁶²⁶ SALMON (J.) (sous dir.), *Dictionnaire de droit international public*, op. cit., p. 389.

⁶²⁷ VIRALLY (M.), « Réflexions sur le 'jus cogens' », op. cit., p. 16.

⁶²⁸ DEMICHEL (F.), « Le rôle de la souveraineté... », op. cit., p. 1068.

⁶²⁹ WEIL (P.), « Le droit international en quête de son identité... », op. cit., p. 264.

l'inspiration se trouve certes dans des considérations éthiques ou sociologiques, mais dont le caractère normatif est purement endogène »⁶³⁰.

Il est vrai que la notion de *jus cogens* n'est pas figée comme aurait été celle de droit naturel. Il s'agit bien d'une notion dynamique liée à l'évolution de la communauté internationale. Une norme impérative peut être modifiée par une autre norme ayant le même caractère⁶³¹. Cela nous montre le caractère dynamique et évolutif du *jus cogens* qui se place dans le droit positif et évolue en fonction des mutations de la société internationale et de ses priorités sociales⁶³². En tout état de cause, une définition, avec un contenu fixe et établi une fois pour toute, ne semble pas logiquement possible dans le souci de ne pas empêcher l'évolution du droit international en la matière. Ceci peut ainsi expliquer la prudence de la Commission du droit international qui s'abstient d'énumérer les normes impératives⁶³³ et de répondre aux critiques envers la notion de *jus cogens* pour son imprécision dans son contenu⁶³⁴.

À propos de la positivité du concept du *jus cogens* P. Weil ajoute que

« [c]'est bien dans le système normatif international que la règle du *jus cogens* se situe, et non pas en dehors et au-dessus de lui. Le fondement de la norme impérative est exactement le même que celui de la norme ordinaire, à savoir l'acceptation et la reconnaissance des États, tant et si bien que la théorie du *jus cogens*, telle qu'elle se présente dans la Convention de Vienne, n'est pas un désaveu, mais une confirmation, du fondement volontariste du droit international »⁶³⁵.

Cette déduction du fait que le *jus cogens* figure dans la Convention de Vienne ne suffit certainement pas pour parvenir à une telle conclusion volontariste. D'ailleurs, sans être convaincu de l'origine volontariste des normes impératives, lui-même écrit quelques pages plus loin que cette théorie du *jus cogens* serait inadaptée à la structure du système international, qui est, pour lui, purement volontariste⁶³⁶. Mais cette négation de la notion du

⁶³⁰ *Idem.*, p. 266-267.

⁶³¹ Voir l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969.

⁶³² DUPUY (P.-M.), « L'unité de l'ordre juridique... », op. cit., p. 276.

⁶³³ GUILLAUME (G.), « *Jus cogens* et souveraineté », op. cit., p. 128.

⁶³⁴ Ch. De Visscher remet en cause la place de la notion de *jus cogens* dans le droit international positif en raison de l'absence de définition et du défaut de garanties efficaces. Voir De VISSCHER (Ch.), « Positivismes et *jus cogens* », *RGDIP*, 1971, p. 7.

Pourtant, le problème d'imprécision et d'effectivité n'est pas propre aux normes impératives. Force est malheureusement de constater qu'une grande majorité de règles internationales, et quasiment coutumières, sont frappées par ce défaut de précision et d'efficacité à l'absence des mécanismes nécessaires au niveau international.

⁶³⁵ WEIL (P.), « Le droit international en quête de son identité... », op. cit., p. 267.

⁶³⁶ *Idem.*, p. 273. Voir également COMBACAU (J.), « Le droit international : bric-à-brac ou système ? », op. cit. ; SUR (S.), « Quelques observations sur les normes juridiques internationales », op. cit.

jus cogens par les positivistes volontaristes va à l'encontre de leur théorie elle-même dans la mesure où elle constitue la négation d'une réalité reconnue au moins par un nombre considérable d'États signataires de la Convention de Vienne de 1969⁶³⁷. Il est vrai que ceux qui s'opposent à la notion de *jus cogens* tendent souvent à émettre des doutes sur sa fonction dans l'ordre juridique international en privilégiant délibérément une méthode d'analyse embrouillée. Mais, en plus de cette volonté de rendre obscur le sujet, ils se trouvent curieusement en contradiction totale avec leur position volontariste pure, tout en condamnant l'échec d'une notion reconnue et acceptée et faisant partie aujourd'hui du droit positif applicable pour un grand nombre d'États signataires de la Convention de Vienne. Cependant, ce paradoxe des auteurs volontaristes, qui ne respectent pas, en l'occurrence, la volonté des États n'est pas si surprenant : l'histoire ne manque pas d'exemple de ceux qui n'ont pas hésité à tuer le monarque pour sauver la monarchie.

Cependant, admettre qu'une notion de *jus cogens* existe au moins pour les États qui ont signé la Convention de Vienne ne signifie pas sa non existence pour les États non signataires. Force est de constater que cette notion existe indépendamment de la Convention de Vienne. La reconnaissance de l'existence de normes intransgressibles n'est pas une nouveauté apportée par cette convention⁶³⁸. Ces normes ont une existence coutumière. D'abord parce que la Convention de Vienne est une convention de codification qui se contente, principalement et par définition, d'énoncer d'une manière écrite le droit coutumier existant qui continue à exister à côté du droit écrit⁶³⁹. Si la disposition d'une convention s'applique aux États signataires comme règle écrite, cette même règle lui reste applicable comme elle est applicable à un État non signataire dans sa forme coutumière. Ensuite, la jurisprudence internationale consacrée au *jus cogens* montre bien qu'une notion de droit impératif est établie indépendamment des dispositions spécifiques de la Convention de Vienne et qu'elle sera opposable même aux États non parties à cette Convention⁶⁴⁰. D'ailleurs, dans son arrêt du 3 février 2006, relatif à l'affaire *Activités armées sur le territoire du Congo (Congo c. Rwanda)*,

⁶³⁷ DUPUY (P.-M.), « L'unité de l'ordre juridique... », op. cit., p. 271 et p. 312. Dans le même sens R. Kolb écrit que le concept du *jus cogens* a été positivisé par la Convention de Vienne et forme désormais une sorte de « lex ferenda quasi-positive ». Voir KOLB (R.), « Observation sur l'évolution du concept de jus cogens », op. cit., p. 839.

⁶³⁸ AGO (R.), « Droit des traités à la lumière de la Convention de Vienne », *RCADI*, 1971, vol. 134, p. 321. Dans le même sens P.-M. Dupuy écrit que l'apparition de la notion de *jus cogens* en 1969 n'est pas une révolution, mais plutôt une révélation parce qu'elle ne constitue que « le premier développement systématique des implications d'une normativité supérieure existant déjà ». Voir DUPUY (P.-M.), « L'unité de l'ordre juridique... », op. cit., p. 311.

⁶³⁹ Voir la jurisprudence précitée de la CIJ dans l'affaire *Nicaragua*. Arrêt du 27 juin 1986, par. 220, p. 114.

⁶⁴⁰ GUILLAUME (G.), « Jus cogens et souveraineté », op. cit., p. 131.

la Cour internationale de Justice a explicitement reconnu, sur l'exemple de l'interdiction du génocide, l'existence des normes du *jus cogens*⁶⁴¹.

Sans entrer dans un vain débat sur l'universalité de la notion de *jus cogens*, qui relève sans doute du droit positif, on peut conclure qu'elle est intégrée au droit international positif non pas parce qu'elle est de nature conventionnelle, mais parce qu'elle est définie comme une notion comprenant des normes acceptées et reconnues par la Communauté internationale dans son ensemble⁶⁴². Bien qu'elles soient encore prudentes et timides, les références faites par la jurisprudence internationale au *jus cogens* montrent bien que c'est un concept concret et intégré au droit international positif.

2. Le mode de formation des normes impératives

Le deuxième point soulevé à propos de l'antinomie de la notion de *jus cogens* par rapport à l'ordre juridique international dans sa configuration actuelle concerne la question du mode de formation des règles impératives.

Certains relèvent la difficulté d'accepter la notion de *jus cogens* dans le cadre de la procédure actuelle de création du droit international⁶⁴³. Pour eux, ce serait un concept difficilement explicable et réconciliable avec la philosophie interétatique classique de la formation du droit international, respectueuse de la volonté des « composantes essentielles de la communauté internationale ». D'après M.-J. Glennon, pour qui c'est une notion absurde, le *jus cogens* contredit le principe fondamental du droit international selon lequel l'État est lié par les règles auxquelles il a consenti⁶⁴⁴. Dans le même sens, mais cette fois pour sa défense, A. Pellet écrit que cette notion de *jus cogens*, qui échappe à la volonté des États dans sa formation, « met sérieusement à mal le volontarisme juridique »⁶⁴⁵.

⁶⁴¹ CIJ Rec., 2006, par. 64.

⁶⁴² AKEHURST (M.), « The Hierarchy of the Sources... », op. cit., p. 283.

⁶⁴³ Voir par exemple GUGGENHEIM (P.), *Traité de droit international public*, Librairie de l'Université, 1967, t. 1, pp. 128-129.

⁶⁴⁴ GLENNON (M. J.), « De l'absurdité du droit impératif (*jus cogens*) », op. cit., p. 529.

⁶⁴⁵ PELLET (A.), « Cours général : le droit international entre... », op. cit., p. 48. Dans le même sens, voir VIRALLY (M.), « Une pierre d'angle qui résiste au temps... », op. cit., p. 193.

Toutefois, P.-M. Dupuy écrit à juste titre que l'« on aurait tort d'opposer de façon radicale consensualisme et impérativité de l'obligation ». Ce serait, ajoute-t-il « négliger le fait que le droit impératif est lui-même supposé consenti comme tel par les États »⁶⁴⁶.

Il semble en effet que, pour pouvoir considérer qu'une norme internationale appartient à l'ordre impératif, deux critères doivent être remplis⁶⁴⁷ : il faut d'abord que cette norme soit qualifiée de générale. Ensuite, il sera exigé que cette norme du droit international général soit reçue par l'ensemble des États comme étant impérative et non transgressible⁶⁴⁸. Dans son commentaire de l'article 26 du projet de la CDI sur la responsabilité internationale de l'État, J. Crawford fait également référence à cette double exigence de l'article 53 de la Convention de Vienne selon laquelle « la norme doit non seulement satisfaire à tous les critères régissant sa reconnaissance en tant que norme du droit international général, obligatoire à ce titre, mais en outre être reconnue comme impérative par la communauté des États dans son ensemble »⁶⁴⁹. À cet égard, le *jus cogens* est considéré comme l'expression la plus parfaite du droit international général⁶⁵⁰ ou un « droit international général spécial » qui jouit d'« une double *opinio juris* : celle visant le caractère de droit international général de la norme (*opinio juris generalis*) ; et celle visant son caractère impératif (*opinio juris congenita*) »⁶⁵¹.

Il ressort de l'analyse de ces traits distinctifs de la norme impérative que le concept de *jus cogens* n'apporte rien de nouveau du point de vue de la normativité internationale. En ce qui concerne d'abord la généralité de la norme, il existe déjà une distinction entre les règles particulières et les règles générales, dont le processus de formation est identique pour toutes, quelque soit la valeur juridique de leur contenu. Pour certains, seules les règles coutumières peuvent devenir des règles générales du droit international. P.-M. Dupuy pense en ce sens qu'une norme impérative ne peut être que coutumière. Il qualifie le *jus cogens* de « super

⁶⁴⁶ DUPUY (P.-M.), « L'obligation en droit international », op. cit., p. 229. Toujours dans le même but, mais, vu le caractère collectif de ce processus de production normative, d'une perspective inacceptablement plus individualiste, S. Sur écrit aussi que « [l']État n'est donc lié qu'en vertu de son propre consentement, [...] y compris aux normes de *jus cogens* ». Voir SUR (S.), « Quelques observations sur les normes juridiques internationales », op. cit., p. 924.

⁶⁴⁷ Voir AKEHURST (M.), « The Hierarchy of the Sources... », op. cit., p. 285 ; DUPUY (P.-M.), « L'unité de l'ordre juridique... », op. cit., p. 275-276.

⁶⁴⁸ R. Ago écrit en effet qu'« [i]l faut que cette conviction du caractère impératif de la règle soit partagée par toutes les composantes essentielles de la communauté internationale ». Voir AGO (R.), « Droit des traités à la lumière de la Convention de Vienne », op. cit., p. 323.

⁶⁴⁹ CRAWFORD (J.), *Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'État*, op. cit., p. 226.

⁶⁵⁰ VIRALLY (M.), « Réflexions sur le '*jus cogens*' », op. cit., p. 155.

⁶⁵¹ KOLB (R.), « Observation sur l'évolution du concept de *jus cogens* », op. cit., p. 844. Il semble que cette idée du double *opinio juris* comme critère des règles impératives est bien répandue chez les internationalistes. Voir GOMEZ ROBLEDO (A.), « Le *jus cogens* international... », op. cit., p. 104 et s.

coutume », à cause de sa nature à la fois coutumière et impérative, contrairement à une coutume ordinaire n'ayant qu'un caractère obligatoire⁶⁵². Il est vrai que les règles du droit international général sont souvent coutumières mais théoriquement rien n'empêche qu'une règle conventionnelle devienne également une règle générale⁶⁵³.

Désignant la qualité substantielle d'une norme qui peut être d'origine soit consensualiste soit, ce qui est en général le cas, coutumière, le *jus cogens* ne suppose pas l'existence d'une nouvelle catégorie de sources du droit international⁶⁵⁴ ou d'un nouveau mode de formation. Les règles impératives peuvent donc provenir de n'importe quelle source formelle du droit international et suivre n'importe quelle mode de formation. Il est important de souligner qu'une norme est impérative par rapport à son contenu et non pas par rapport à son processus de formation. Par conséquent, concernant le rôle du consentement des États dans la formation du droit impératif, mettant de côté la formation consensualiste qui dérive sans conteste des consentements, concernant une norme impérative de nature coutumière, soit on admettra le rôle implicite du consentement dans la formation de la coutume et il n'y aurait pas de problème non plus pour les règles du *jus cogens*, soit on y refusera catégoriquement le rôle du consentement, ce qui était notre avis⁶⁵⁵, en mettant en cause non seulement les normes coutumières d'ordre impératif mais toutes les normes coutumières puisqu'elles ne respecteront pas le principe du consentement⁶⁵⁶. C'est pour dire que, en toute hypothèse, les doutes sur le rôle du consentement et de la volonté des États dans la formation spontanée du

⁶⁵² DUPUY (P.-M.), « L'unité de l'ordre juridique international... », op. cit., p. 275-276. Dans le même sens voir DECAUX (E.), *Droit international public*, Dalloz, 7^e éd., 2010, p. 54. Il définit une règle du *jus cogens* comme une « coutume transcendée », p. 44. Voir également VILLALPANDO (S.), *L'émergence de la communauté internationale dans la responsabilité des États*, PUF, 2005, p. 86 et 87.

⁶⁵³ Cependant, il est vrai aussi que la nature transcendante et non transgressible des règles impératives s'opposent au caractère conventionnel de telles normes et à des conséquences qui lui seront liées, telles que la modification ou la fin de la convention. Mais, on peut se demander si ces particularités des règles impératives découlent de leur nature coutumière ou, et plus probablement, de leur nature impérative.

⁶⁵⁴ Voir PELLET (A.), « Cours général : le droit international entre... », op. cit., p. 23 ; WEIL (P.), « Vers une normativité relative en droit international ? », op. cit., p. 22.

⁶⁵⁵ Voir infra. Parallèlement à des normes coutumières ordinaires, la Commission du droit international a également constaté à propos du droit impératif que « c'étaient seulement les États qui, dans l'état actuel du droit international, étaient appelés à établir ou reconnaître des normes impératives ». *Annuaire de la CDI*, 1982, vol. II, deuxième partie, par. 2 et 3, p. 58.

⁶⁵⁶ Sur ce point, il convient de répondre au souci de P. Weil à propos de l'impossibilité de faire objection à une norme du *jus cogens* au stade de sa formation. Se référant à la théorie de l'objection persistante qui permet à l'État objecteur d'empêcher l'applicabilité d'une règle coutumière, P. Weil pose la question suivante : « Alors qu'un État ne peut pas se voir opposer une règle coutumière quelconque qu'il a récusée dès l'origine, il serait dépourvu de tout moyen de se soustraire au caractère impératif d'une norme qu'il n'aurait pas acceptée en tant que telle : et que se passerait-il si les 'composantes essentielles de la communauté internationale' s'avisait de reconnaître comme de rang supérieur une norme qu'un État donné n'admettrait même pas en tant que norme ordinaire ? ». Voir WEIL (P.), « Vers une normativité relative en droit international ? », op. cit., p. 29.

L'objection persistante d'un État n'est effective qu'au stade de la formation d'une coutume. En ce qui concerne une règle impérative, cette question ne se pose même pas parce qu'une norme impérative est, par définition, une norme générale du droit international, acceptée et reconnue par la communauté internationale des États.

droit international ne sont pas propres au concept de *jus cogens*. Du point de vue du mode de leur formation, les règles impératives obéissent, comme toutes les règles en vigueur, la logique intersubjective, que l'on a précédemment exposée, et restent intégrées au droit international positif. De ce fait, le concept du *jus cogens* n'est ni particulièrement dangereux ni particulièrement révolutionnaire pour l'ordre juridique international⁶⁵⁷.

B. Vers un dépassement de l'interétatisme dans la compréhension de la logique intersubjective ?

On avait constaté que la logique intersubjective, qui domine tout droit international et qui constitue la cause de sa relativité, correspondait, du point de vue de la notion de sujet, à l'interétatisme. En ce qui concerne le concept de *jus cogens*, une référence forte à la notion de communauté internationale semble rouvrir ce débat sur l'origine traditionnellement interétatique du droit international (1). Quoiqu'il soit encore trop tôt pour parler d'un changement révolutionnaire, il est incontestable qu'un renforcement de la logique du groupe met sérieusement à mal l'individualisme étatique (2).

1. La communauté internationale en tant que source du droit impératif

La notion de communauté internationale est désignée comme la source créatrice du droit impératif. Il est vrai que le concept du *jus cogens* vise à protéger non seulement l'intérêt des États mais aussi l'intérêt de toutes les composantes de cette communauté internationale dans son ensemble, y compris les individus et les peuples. C'est précisément grâce à cet objectif qu'il semble destiné à l'établissement d'une notion de communauté et d'ordre public au niveau international⁶⁵⁸.

Pour certains, le *jus cogens*, en tant que traduction de cette notion de communauté internationale sur le plan juridique, est en quelque sorte l'expression de l'idée rousseauiste de la volonté générale au niveau international. Comme à l'intérieur du modèle étatique, cette volonté générale, exprimée en l'occurrence par les normes impératives, serait celle de tous et

⁶⁵⁷ Voir l'intervention de A. Cassese à la Table de discussion organisée à l'Université européenne de Florence en 1985, in *Change and stability in international law-making*, A. Cassese et J. H. Weiler (éd.), 1988, p. 98.

⁶⁵⁸ DUPUY (R.-J.), *La communauté internationale...*, op. cit., p. 155.

déclaratrice du bien commun⁶⁵⁹. Grace à cette transposition de la notion de volonté générale à l'ordre international, le concept du *jus cogens* se voit doté d'une légitimité qui lui permet sans doute d'être justifié face aux reproches d'être un concept subjectif, imposant et hégémonique.

Toutefois, contrairement au modèle étatique où il existe un pouvoir suprême institutionnalisé, cette attribution de légitimation n'a pas de destinataire semblable sur le plan international. Même dans sa définition la plus concrète, faite par référence à l'ensemble des États souverains, la notion de communauté internationale n'est qu'une fiction juridique, dépourvue d'existence organique propre. Tout en lui reconnaissant la fonction unificatrice entre ces composantes de la vie internationale, il faut néanmoins admettre qu'elle ne correspond pas à une forme d'autorité ou de pouvoir qui serait supérieure et extérieure aux États. Dans l'ordre international, il n'existe pour l'instant aucune institution politique censée représenter légitimement cette volonté générale et capable d'exprimer au nom de la communauté internationale un consentement envers une norme juridique émergente. De ce fait, l'acceptation et la reconnaissance d'une norme comme appartenant à un ordre impératif dépendent toujours des États et non pas d'une autorité supérieure ou des organisations internationales⁶⁶⁰.

Cette absence d'autorité internationale supérieure comblant une fonction semblable à celle que l'État assure à l'intérieur de l'ordre juridique interne conduit à l'absence de l'externalité des normes même impératives qui sont toujours destinées à leurs créateurs.

Concernant la formation normative, on avait constaté que le droit, que ce soit le droit interne ou le droit international, est un produit social et relève d'un processus de formation intersubjective. Mais, la grande différence entre ces deux ordres juridiques est la présence d'un pouvoir législatif dans l'ordre juridique étatique où le passage entre la production sociale du droit et son entrée en vigueur est, en effet, assuré par un pouvoir suprême et souverain qui risque de dénaturer le processus intersubjectif de la formation normative. Même du point de vue de la théorie objectiviste pour laquelle l'État a uniquement une fonction de concrétiser le

⁶⁵⁹ *Idem.*, p. 154. Dans la même perspective, J. Barboza écrit qu'« [e]n droit des gens, c'est la communauté internationale dans son ensemble qui constitue le vrai pouvoir législatif [...]. Mais les principaux éléments de la communauté internationale sont les États et ce sont eux qui jouent le rôle le plus important dans la création des normes juridiques. Cependant, les États jouent un double rôle dans le développement du processus que nous sommes en train d'examiner : d'une part, ils agissent en qualité de sujet individuel du droit international et, comme tel, ils ont une tendance à suivre les exigences de leurs intérêts individuels ; d'autres part, ils doivent tenir compte des intérêts communautaires en leur qualité d'agent du droit international et de la communauté des nations ». Voir BARBOZA Julio, « Le point de vue et le rôle des États », in *La codification du droit international*, SFDI, Pedone, 1999, p. 287.

⁶⁶⁰ TOMUSCHAT (C.), « Obligations Arising for States... », op. cit., p. 224.

droit déjà existant sous forme de droit positif, cette fonction législative de l'État attribuerait au droit en vigueur une certaine externalité par rapport à ses destinataires. L'absence d'une autorité semblable différencie l'ordre juridique interne de l'ordre juridique international dans lequel la formation du droit ainsi que son entrée en vigueur constituent un processus purement intersubjectif, d'où l'absence formelle d'externalité des normes internationales, y compris les normes dites impératives qui se situent également à l'intérieur de la logique intersubjective découlant de l'existence d'une pluralité de sujets souverains.

Cette particularité de l'ordre juridique international peut susciter des interrogations, même des doutes, sur la réalité d'une telle objectivation au niveau international à laquelle la notion de *jus cogens* puisse contribuer. Il convient de préciser premièrement que le défaut d'une autorité législative supérieure à tous les sujets et l'absence d'externalité des normes ne constituent pas un obstacle à l'objectivation de l'ordre juridique international. Quoiqu'elle soit encore très limitée, il existe néanmoins une évolution considérable vers l'objectivation de l'ordre juridique international sans que ses normes s'externalisent complètement vis-à-vis des sujets de cet ordre d'une manière semblable à celle de l'ordre juridique interne. Le *jus cogens* constitue dans cette évolution le concept fondateur le plus important.

Deuxièmement, sans que la notion de communauté internationale revête une forme d'une autorité formelle, la référence à ce concept joue un rôle très important dans l'objectivation de ces obligations. Il existe sans doute une différence entre une norme acceptée et reconnue par tous les États et une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des États. Les conséquences des normes impératives ne sont pas identiques à celles des normes ordinaires. Les obligations qui découlent d'une norme impérative sont, on l'a constaté, à l'abri du relativisme interétatique et, en ce sens, elles sont objectives⁶⁶¹. Cette référence à la notion de communauté internationale exclut donc l'idée de la réciprocité⁶⁶² et place les obligations découlant d'une norme impérative à un niveau d'objectivité supérieur sans que leur existence dépende de l'existence d'une autorité formellement supérieure.

En dernier lieu, il est nécessaire de souligner encore une fois que la supériorité hiérarchique des normes impératives n'est pas d'ordre formel mais substantiel. Donc, pour qu'elles puissent s'imposer à tous les sujets de l'ordre juridique international d'une manière objective, il n'est nullement nécessaire qu'elles émanent d'une autorité formelle. Quant à la question de

⁶⁶¹ SAHOVIC (M.), « Le problème de l'efficacité du droit international », op. cit., p. 277.

⁶⁶² La Cour internationale de Justice distingue, dans l'affaire *Barcelona Traction*, les obligations d'erga omnes des obligations réciproques. L'arrêt du 5 février 1970, CIJ Rec. 1970, p. 32.

l'effectivité et de l'efficacité des normes impératives en l'absence d'une telle autorité supérieure et des mécanismes institutionnels et judiciaires, aptes à garantir le respect au droit impératif, celle-ci n'affecte nullement l'objectivité de ce droit qui se réalise d'une manière idéale, sans avoir forcément besoin d'un quasi-respect de la part des sujets, qui est d'ailleurs pratiquement impossible.

2. Une logique de groupe renforcée

A. Pellet n'a certes pas tort quand il considère le concept de *jus cogens* comme « une nouvelle fiction juridique pour expliquer l'existence de normes qui s'imposent aux États même s'ils n'y ont pas individuellement consenti »⁶⁶³. Dans le même sens, M. Virally écrit que le droit impératif échappe complètement à « la volonté des États individués et relève, exclusivement, d'un processus collectif, dans lequel doit être engagée la société internationale tout entière »⁶⁶⁴.

Cependant, la particularité des normes impératives par rapport aux autres normes ordinaires du droit international général ne vient pas du fait que leur formation échappe à l'appréciation individuelle des États ou qu'elles soient issues d'un processus de formation collectif. Concernant la nécessité de la participation de chaque État à la formation du droit international, on a vu que ce phénomène de la création collective du droit n'était pas étranger à l'ordre juridique international dans le cadre de la formation spontanée. Sans nier évidemment le rôle des États dans ce processus, on ne cherche pas l'approbation explicite ou une participation directe de l'État à la formation d'une règle coutumière pour que celle-ci lui soit opposable.

Ainsi, du point de vue de la formation des normes impératives, le concept du *jus cogens* n'altère pas la logique intersubjective. Cela dit, du point de vue de l'objectivité des normes impératives, ce n'est pas un point si négatif qu'on peut le penser. Comme on l'a constaté à propos de la formation du droit international, une intersubjectivité relevant du caractère démocratique de la production normative peut en effet constituer un atout majeur pour l'ordre juridique international. En revanche, était regrettable du point de vue de cette logique intersubjective le fait qu'un certain relativisme découlant de l'intersubjectivité venait

⁶⁶³ PELLET (A.), « Cours général : le droit international entre... », op. cit., p. 43.

⁶⁶⁴ VIRALLY (M.), « Réflexions sur le *jus cogens* », op. cit., p. 162. Voir également du même auteur « Une pierre d'angle qui résiste au temps... », op. cit., p. 193.

déstabiliser et rendre incertains les rapports internationaux. C'est exactement sur ce point que la contribution du concept du *jus cogens* est significative. Il efface effectivement cet effet relativisant de la production intersubjective pour lui donner plus de stabilité et de prévisibilité par rapport à ses conséquences juridiques.

Il est vrai que le droit impératif, en tant qu'expression d'une *opinio juris* renforcée par son impérativité⁶⁶⁵, implique le dépassement des subjectivités en faveur du collectif d'une façon encore plus nette qu'une règle ordinaire du droit international général. La logique intersubjective est en effet respectée dans la formation de la norme juridique mais, par une exigence absolue de généralité et d'impérativité, cette logique pluraliste est renforcée pour atteindre ainsi à un certain degré d'objectivité. Les États se trouvent désormais exposés aux obligations que P.-M. Dupuy qualifie d'« assumées » par opposition aux « obligations consenties »⁶⁶⁶. Il explique cependant qu'assumer ne signifie pas subir. La part des États n'a pas totalement disparu. En revanche, ce qui les différencie par rapport à celles qui sont explicitement consenties, c'est que dans la reconnaissance de leur autorité, toujours nécessaire pour leur efficacité, les individualités s'effacent en faveur de la reconnaissance du groupe. C'est le produit de l'ensemble. Cet ensemble est certes interétatique mais il ne peut pas être réduit à l'État ou aux États qui le constituent. Ceci est la conséquence logique de la notion d'ordre qui lui permet une existence autonome et un certain détachement de ses unités qui le forment. Il y a désormais une logique de groupe. Là surgit une conception pluraliste du principe de la souveraineté qui appartient en commun à tous les membres du groupe. Il s'agit du renforcement et de l'expression de la logique des souverainetés, écartant encore un peu plus une conception individualiste du principe de la souveraineté.

⁶⁶⁵ KOLB (R.), « Observation sur l'évolution du concept de jus cogens », op. cit., p. 844.

⁶⁶⁶ DUPUY (P.-M.), « L'obligation en droit international », op. cit., particulièrement p. 224.

Conclusion du Titre I

Les conséquences de la logique de la souveraineté des États ont été analysées à travers deux concepts qui sont respectivement l'intersubjectivité de la norme internationale et l'objectivité de l'ordre juridique international. Ces deux concepts démontrent parfaitement la structure pluraliste de la normativité internationale. Le pluralisme caractérise d'abord la formation de la norme internationale qui relève d'un processus intersubjectif, exigeant la contribution et la participation d'une pluralité de sujets.

En droit international, ce pluralisme est exclusivement interétatique. En effet, puisque les États demeurent les seuls sujets du droit aptes à participer et à contribuer formellement au processus de formation de la norme internationale, l'intersubjectivité correspond dans ce domaine à l'interétatisme⁶⁶⁷. Cette particularité de la normativité internationale se trouve également à l'origine de sa relativité. Dans chaque rapport interétatique, la norme internationale est susceptible d'être modifiée par un accord des États. Supposant ainsi la concordance d'au moins deux États, cette nature relativisable de la norme internationale montre également que la formation du droit international est soumise dans tous ses étapes à la logique interétatique, ce qui exclut le volontarisme étatique.

La structure pluraliste de la normativité internationale détermine ensuite le rapport qui existe entre l'État et l'ordre juridique international qui, une fois établi, s'exteriorise, s'autonomise par rapport à ses créateurs et s'impose à eux comme un système de droits et d'obligations à un certain degré objectivisé. En effet, un minimum d'objectivité est nécessaire à tout ordre juridique dont l'objet principal est essentiellement le maintien de l'unité et non pas uniquement la défense des priorités des composantes de cette unité. Il est vrai que la notion même d'« ordre » suppose une unité établie, même moins intégrée et ordonnée que les ordres internes étatiques. Pour construire cette unité, il faut inévitablement une logique de groupe assurant un minimum de cohérence et de prévisibilité.

L'individualisme étatique cède devant cette logique de groupe, fondamentale à la notion d'ordre. La force de cette logique dépend du degré d'intégration de l'ensemble qui constitue l'ordre. Prenant en compte la nature extrêmement fragmentaire de l'ordre international due à

⁶⁶⁷ Selon J. Combacau et S. Sur, le droit international peut être défini comme le droit « émanant des États agissant ensemble ». Voir COMBACAU (J.) et SUR (S.), *Droit international public*, op. cit., p. 15. Dans le même sens voir TOURET (D.), « Le principe de l'égalité souveraine des États, fondement du droit international », op. cit., p. 164.

la conception individualiste de la souveraineté, la force opérationnelle de cette logique reste assez limitée. Elle n'intervient que là où sa nécessité est approuvée par ses sujets⁶⁶⁸. Mais, s'il y a un conflit entre les priorités des États et l'intérêt de l'ensemble, c'est toujours le deuxième qui prévaut. Toutefois, cette objectivité de l'ordre juridique international, découlant de la logique de groupe, ne modifie en aucune manière la nature interétatique de ce droit. Ce groupe est constitué exclusivement d'États et l'intérêt de l'ensemble signifie l'intérêt de tous les États. Ainsi, la logique interétatique y persiste.

Cette persistance de la logique interétatique dans la normativité internationale suscite des interrogations sur l'efficacité du droit international. Malgré la place que la question de la formation normative du droit international occupe dans ce débat, l'efficacité du droit international est une question principalement institutionnelle⁶⁶⁹. En effet, si le droit international s'avère inefficace dans la pratique, ce n'est pas forcément à cause de son état juridique incomplet ou imparfait, dû à sa formation interétatique, mais parfois, voire souvent, à cause du dysfonctionnement ou de l'insuffisance des mécanismes institutionnels censés garantir le respect et l'application des règles juridiques déjà existantes. Comme M. Sahovic le souligne à juste titre, « la base [normative de l'ordre juridique international] peut avoir un niveau très élevé mais sans existence des méthodes et des moyens appropriés[...], la réalisation de sa mise en œuvre effective ne serait que platonique »⁶⁷⁰. C'est pourquoi l'évolution de la formation institutionnelle du droit international revêt une importance primordiale.

⁶⁶⁸ Comme P.-M. Dupuy le constate, le droit international « tente, au gré des fluctuations de la conjoncture comme des manipulations de la politique, de concilier la logique latérale classique du consensualisme avec la verticalité des références à un ordre public de la communauté internationale ». Voir DUPUY (P.-M.), « L'obligation en droit international », op. cit. p. 230.

⁶⁶⁹ Il convient de préciser cependant qu'il ne s'agit pas nécessairement d'une institutionnalisation internationale législative, car l'absence d'une structure institutionnelle autoritaire et objective est interprétée par certains comme un état de non droit dans le sens du droit public. En effet, selon Kant, à l'absence d'une autorité publique objective et générale, destinée à l'interprétation, l'application et la réalisation des droits et des obligations, le droit qui régleme les relations entre les États ne peut être qu'un droit privé, dépendant de la seule volonté des sujets souverains. Voir l'approche de H. STEIGER sur *Metaphysik der Sitten* de KANT dans son article intitulé « Plaidoyer pour une juridiction internationale obligatoire », in *Theory of international law at the threshold of the 21st century, essays in honour of K. Skubiszewski*, Kluwer Law International, 1996, p. 817.

⁶⁷⁰ SAHOVIC (M.), « Le problème de l'efficacité du droit international », op. cit., p. 275 et s., plus particulièrement p. 279.

Titre II : La logique interétatique et la structure du système institutionnel international

L'institutionnalisation de l'ordre juridique international a eu des impacts importants sur la compréhension de la notion de souveraineté. La souveraineté est considérée à la fois comme un obstacle devant le développement de l'institutionnalisation internationale et comme la condition de son existence⁶⁷¹. Elle constitue un obstacle dans sa conception individualiste qui privilégie la souveraineté de l'État⁶⁷². En interprétant d'une manière stricte le *dictum* selon lequel « au-dessus de l'État il n'y a aucune autorité humaine établie »⁶⁷³, cette conception de la souveraineté voit l'organisation internationale comme une atteinte à son existence.

La souveraineté constitue en même temps la condition de la réalisation de l'institutionnalisation internationale dans la mesure où l'État et « le respect de sa souveraineté » sont considérés comme « la pierre angulaire » de tout édifice institutionnel et « la condition de tout progrès international »⁶⁷⁴. Vue sous cet angle, la souveraineté n'exprime plus une conception absolue et exclusive, qui n'a d'ailleurs existé que dans la théorie⁶⁷⁵, mais désigne la place privilégiée dont disposent les États dans ce phénomène d'institutionnalisation internationale. Ainsi, dans son rapport avec le phénomène d'institutionnalisation internationale, c'est la souveraineté qui devient déterminante⁶⁷⁶.

Selon C. F. Alger, le développement de l'institutionnalisation internationale permet de libérer l'organisation politique des sociétés du « paradigme traditionnel de l'État-nation »⁶⁷⁷. Ce point de vue est également partagé par ceux qui critiquent le principe de la souveraineté de

⁶⁷¹ Telle est l'idée défendue par F. Chaltiel à propos de l'exemple de l'Union européenne, qui s'applique certainement à toutes les organisations internationales. Voir CHALTIEL (F.), *La souveraineté de l'État et l'Union Européenne...* », op. cit. p. 20 et s.

⁶⁷² Selon J. Krulic, l'État et son individualisme considérés comme le « couple inséparable depuis la fin du Moyen âge ». Voir KRULIC (J.), « La revendication de la souveraineté », op. cit., 23.

⁶⁷³ BASDEVANT (J.), « Règles générales du droit de la paix », op. cit., p. 578.

⁶⁷⁴ BOUTROS-GHALI (B.), *Agenda pour la paix*, Rapport présenté par le Secrétaire générale des Nations Unies au sommet du Conseil de sécurité, 17 Juin 1992, A/47/277 - S/24111, par. 17.

⁶⁷⁵ *Ibid.* F. H. Hinsley attire également l'attention sur cet intervalle entre la théorie de la souveraineté et la réalité des choses. Voir HINSLEY (F. H.), *Sovereignty*, op. cit., p. 196.

⁶⁷⁶ Voir LAGRANGE (E.), *La représentation institutionnelle dans l'ordre international : Une contribution à la théorie de la personnalité morale des organisations internationales*, Kluwer Law International, 2002, p. 48. L'auteur affirme : « La qualité de partie à un traité constitutif et de membre d'une organisation internationale ne prive l'État d'aucune des attributs de la souveraineté dans ses relations internationales. Au contraire, la faculté d'investir un sujet de droit de compétences nouvelles est précisément un attribut de la souveraineté : l'organisation est toute entière une création des États membres ». Pour une analyse détaillée de ce dernier point voir *supra*.

⁶⁷⁷ ALGER (C. F.), « L'organisation internationale vue sous l'angle du fonctionnalisme et de l'intégration », in *Le concept d'organisation internationale*, G. Abi-Saab (sous dir.), UNESCO, 1980, p. 133

l'État et qui considèrent « le progrès de l'organisation international » comme son « alternative »⁶⁷⁸. Cependant, la référence faite à la souveraineté comme l'élément fondateur dans la plupart des textes constitutifs des organisations internationales montre que, si l'institutionnalisation internationale signifie à certains égards le dépassement de l'individualisme étatique, elle est néanmoins fondée sur une logique interétatique.

Ce constat correspond d'ailleurs exactement à celui de W. Friedmann qui affirmait, à l'instar de l'ONU, que les institutions internationales constituent l'extension institutionnalisée de la société internationale telle qu'elle existe⁶⁷⁹. Et dans cette société, il y a des États et leurs intérêts particuliers mais aussi des intérêts et des priorités qui sont communs à toutes les composantes de cette société. C'est effectivement là où les institutions internationales jouent un rôle important. Suivant une logique institutionnelle, qui n'est d'ailleurs pas autre chose que l'expression de la logique interétatique, elles traduisent les exigences de la vie collective et les contraintes qui en découlent. Constituant des lieux de rencontre, de coopération et, parfois, d'affrontement entre États et entre eux et les intérêts collectifs, les organisations internationales⁶⁸⁰ ont contribué d'une manière considérable à la réalisation de la logique interétatique.

Afin de comprendre ce processus complexe né de la rencontre des exigences diverses et souvent contradictoires de la vie internationale et de situer ainsi le rôle de la logique interétatique dans le phénomène d'institutionnalisation internationale, il convient de distinguer deux dynamiques institutionnelles ayant des caractéristiques différentes. Il s'agira d'abord de l'analyse de l'institutionnalisation internationale de nature politique et du rôle de la logique interétatique dès la création des organisations internationales et pendant leur fonctionnement. (Chapitre I). On s'intéressera ensuite au phénomène d'institutionnalisation judiciaire internationale (Chapitre II).

⁶⁷⁸ VIRALLY (M.), « Une pierre d'angle qui résiste au temps... », op. cit., p. 181.

⁶⁷⁹ FRIEDMANN (W.), *The Changing Structure of International Law*, p. 37.

⁶⁸⁰ BOURQUIN (M.), *L'État souverain et l'Organisation internationale*, MNC, New York, 1959, 237 p. ; KOROWICZ (M.-S.), *Organisations internationales et souveraineté des États membres*, Pedone, Paris, 1961, 349 p. ; VIRALLY (M.), *L'Organisation Mondiale*, collection U, A. Colin, Paris, 1972, 587 p. ; DUPUY (R.-J.) (sous dir.), *Manuel sur les organisations internationales*, les livres de droit de l'Académie, MNP, 2^{ème} édition, 1998, 967 p.

Chapitre I : Une institutionnalisation fondée sur la logique interétatique

Au XX^e siècle, le phénomène d'institutionnalisation a connu une accélération considérable. Depuis la Seconde guerre mondiale, on assiste à une véritable prolifération d'organisations internationales à vocation tant universelle que régionale⁶⁸¹. Aujourd'hui il y a plus d'organisations interétatiques que d'États. Prenant en compte la reconnaissance de leur personnalité juridique et de leur existence objective, l'examen de ce phénomène par rapport à la théorie de l'État, et plus particulièrement à la notion de souveraineté, s'avère important.

Le rapport entre les organisations internationales et la notion de souveraineté s'examine souvent dans une optique d'opposition et de concurrence. L'avancée de l'un est souvent considérée comme le recul de l'autre. La théorie de la souveraineté se trouve au milieu de cette relation paradoxale entre l'État et l'organisation internationale. Il est certain que l'évolution de la communauté internationale d'une société des États vers un système plus ordonné et institutionnalisé modifie la signification de la souveraineté. Mais, il serait erroné d'opposer ces deux phénomènes qui sont, en vérité, coordonnés dans leur configuration actuelle et qui cohabitent presque paisiblement, pour l'instant, dans le système international actuel. Tout système international institutionnalisé s'est construit sur le principe de la souveraineté des États⁶⁸².

⁶⁸¹ Le qualificatif « régional » ne renvoie pas ici à un critère géographique strict mais à l'état de ce qui est partiel et qui ne couvre pas la totalité des États existants en raison de critères de nature, certes, souvent géographique mais également économique, militaire, idéologique, religieuse, culturelle, etc. C'est effectivement en ce sens que M. Virally défend que, s'il ne s'agit pas d'une organisation à vocation mondiale, il serait plus correct de parler d'organisations « partielles » ou « restreintes ». Ainsi, les organisations comme l'OCDE (Organisation de Coopération et de Développement Économiques), l'OTAN (Organisation du Traité de l'Atlantique Nord) ou encore l'OCI (Organisation de la Coopération Islamique) pourront entrer dans cette catégorie au même titre que les organisations constituées sur le critère d'appartenance à une même région géographique comme l'Union européenne ou l'Union africaine. Voir VIRALLY (M.), « Les relations entre organisations régionales et organisations universelles », in *Régionalisme et universalisme dans le droit international contemporain*, SFDI, Colloque de Bordeaux, Pedone, 1977, p. 149 et s.

⁶⁸² Comme E. Lagrange l'exprime d'une manière très illustrative, une organisation internationale n'est en réalité que la personnification du système international, dominé encore par la logique de la souveraineté. Voir LAGRANGE (E.), *La représentation institutionnelle dans l'ordre international...*, p. 39.

Il est vrai que la référence à la souveraineté des États semble toujours bien présentée dans les traités constitutifs des organisations internationales. Ainsi, selon l'article 2, paragraphe 1 de la Charte des NU, « l'Organisation est fondée sur le principe de l'égalité souveraine de tous ses membres ». Le reflet de ce même principe s'affiche également dans d'autres dispositions de la Charte et textes des Nations Unies. Il s'affirme souvent dans des résolutions de l'Assemblée générale. À titre d'exemple, on peut citer la résolution 2131 (XX), intitulée *Déclaration sur l'inadmissibilité de l'intervention dans les affaires intérieures des États et la protection de leur indépendance et de leur souveraineté* ; la résolution 2625 (XXV), intitulée *Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies*.

Cette référence à la souveraineté des États n'est pas toujours directe. Comme le Pacte de la SDN, les traités constitutifs passent parfois sous silence le principe même d'égalité souveraine mais ils comprennent toujours des

Dans un premier temps, on va voir qu'il existe une logique, que l'on peut qualifier d'interétatique, qui détermine, dès la création de l'organisation internationale, sa raison d'être et sa structure institutionnelle (Section I). Cette même logique interétatique a également des impacts sur le fonctionnement de l'organisation internationale, notamment dans des domaines qui montrent parfaitement ce passage d'une vision individualiste à une vision pluraliste de la notion de souveraineté (Section II).

Section I : La logique interétatique lors de la création de l'organisation internationale

Le besoin de coopération et de coordination que ressentent les États a fait évoluer la configuration de la société internationale. L'institutionnalisation est désormais un phénomène qui touche tous les domaines des relations internationales. La raison principale de l'émergence des institutions internationales et de leur multiplication au cours du XXème siècle doit être recherchée dans l'incapacité des États à résoudre, d'une manière individuelle, les problèmes de plus en plus nombreux et internationalisés.

Dans cette évolution où les interdépendances s'affirment, la compréhension pluraliste de la notion de souveraineté est particulièrement visible. On va en effet constater que l'institutionnalisation internationale est essentiellement fondée sur la logique interétatique. Cette dernière apparaît non seulement comme philosophie constitutive de toute organisation internationale (Paragraphe I) mais elle détermine également sa structure institutionnelle, la composition des organes et les statuts des membres (Paragraphe II).

Paragraphe I. La logique interétatique en tant que philosophie constitutive

M. Virally définit l'organisation internationale comme « une association d'États, établie par accord entre ses membres et dotée d'un appareil permanent d'organes, chargé de poursuivre la réalisation d'objectifs d'intérêt commun par une coopération entre eux ». Partant de cette définition, il met en lumière cinq caractéristiques spécifiques de l'organisation internationale : la base interétatique, la base volontariste, l'existence d'un appareil d'organes permanent,

dispositions relatives à la souveraineté de ses membres, comme les dispositions sur la modalité de prise de décision (l'unanimité selon l'article 5 du Pacte de la SDN) ou l'affirmation de leur indépendance (l'article 10 du Pacte)

l'autonomie, la fonction de coopération⁶⁸³. Du point de vue du rôle de la logique interétatique lors de la création d'une organisation internationale, se dégage un constat important qui est de dire que l'institutionnalisation internationale s'effectue essentiellement par les États (A) et pour les États (B).

A. Une institutionnalisation par les États

La caractéristique la plus spécifique des organisations internationales classiques est incontestablement l'interétatisme. Qualifiées d'« associations d'États »⁶⁸⁴ ou de « groupements d'États »⁶⁸⁵, elles sont considérées traditionnellement comme des « sujets dérivés » des États souverains⁶⁸⁶ (1). Le fait que les organisations internationales soient considérées comme des clubs d'États implique que seuls les États puissent en devenir membres (2).

1. L'interétatisme à l'origine de l'initiative constitutive

Le constat selon lequel les États dominant et contrôlent la création de l'organisation internationale n'est pas contesté. Une organisation internationale se crée toujours par une initiative interétatique. Déjà son acte constitutif – intitulé charte, pacte, convention, statut, constitution, etc., – procède de la volonté des États créateurs⁶⁸⁷. Reflétant la vision état-centrique de l'ordre international, la création de l'organisation internationale confirme effectivement que tout doit inexorablement passer par l'État⁶⁸⁸. Selon P.-M. Dupuy, c'est « la

⁶⁸³ VIRALLY (M.), « Définition et classification des organisations internationales : approche juridique », in *Le concept d'organisation internationale*, G. Abi-Saab (sous la dir.), Unesco, 1980, p. 52

⁶⁸⁴ Voir VIRALLY (M.), *L'Organisation Mondiale*, op. cit., p. 26 ; VERHOEVEN (J.), « l'État et l'ordre juridique international », *RGDIP*, 1978, p. 759 ; BINDSCHELLER (R. C.), « La délimitation des compétences des Nations Unies », *RCADI*, vol. 108, 1963, p. 312.

⁶⁸⁵ DUPUY (P.-M.), KERBRAT (Y.), *Droit international public*, op. cit., p. 27.

⁶⁸⁶ Voir ALLAND (D.), *Droit international public*, PUF, 2000, p. 169 ; WEIL (P.), « Le droit international en quête de son identité... », op. cit., p. 104 ; LAGRANGE (E.), *La représentation institutionnelle...*, op. cit., p. 26.

⁶⁸⁷ R.-J. Dupuy affirme effectivement que la naissance de l'organisation internationale « ne peut être décidée que par des États ». Selon lui, « de ce point de vue, l'organisation apparaît comme un phénomène secondaire par rapport au phénomène étatique ; elle est la créature ; les États sont les créateurs ». Voir DUPUY (R.-J.), « État et Organisation internationale », in *Manuel sur les organisations internationales*, R.-J. Dupuy (sous dir.), Les livres de droit de l'Académie, MNP, 2^{ème} édition, 1998, p. 14.

⁶⁸⁸ Voir ABI-SAAB (G.), « Cours général de droit international public », op. cit., p. 67.

dimension démiurgique de la souveraineté » qui permet à l'État de créer d'autres sujets de droit international⁶⁸⁹.

Ce rôle constitutif du volontarisme et de l'interétatisme a été mis en doute par une conception de l'organisation internationale qui se veut pour une union de l'ensemble de la communauté internationale et non plus exclusivement celle des États. Dans cette perspective d'un dépassement de l'interétatisme, ont été évoquées des références comme l'humanité, les peuples, la communauté internationale, etc. L'exemple cité le plus souvent est sans doute l'Organisation des Nations Unies dont la Charte s'ouvre sur l'expression suivante : « Nous, peuples des Nations Unies ». Il serait certes plus évolutif et souhaitable de voir, dans cette référence faite aux « peuples », une volonté de construire l'organisation internationale comme un ensemble des peuples, et non uniquement des États. Mais malheureusement ce ne serait qu'une interprétation naïve. Car, comme A. Mahiou le constate, « cette référence qui met à l'honneur les peuples s'arrête là, car la suite de la Charte ne se réfère plus qu'à la seule volonté des États, y compris à propos du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes »⁶⁹⁰. Malgré la forte référence aux intérêts communs de la communauté internationale, l'ONU constitue un ensemble interétatique, créé par les États et pour les États, rien que les États⁶⁹¹.

⁶⁸⁹ En ce sens voir DUPUY (P.-M.), « L'unité de l'ordre juridique international... », op. cit., p. 110.

Ce même constat ressort également de l'avis consultatif de la CIJ relatif à la *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*. Référence incontournable de la reconnaissance de la personnalité juridique des organisations internationales, cet avis de 1949 constitue également l'affirmation de l'idée selon laquelle « tout sujet de droit international procède de l'État ».

D'ailleurs, c'est cette base interétatique des organisations internationales qui justifiait pour certains leur réticence à reconnaître une personnalité distincte à une organisation internationale, « intergouvernementale par son origine, intergouvernementale par sa composition, intergouvernementale par ses fonctions » (Voir LAGRANGE (E.), *La représentation institutionnelle...*, p. 25). Toutefois, il convient de préciser que ces deux choses ne sont pas antinomiques. Car, comme l'interétatisme, l'autonomie est également une des caractéristiques du phénomène d'institutionnalisation sur le plan international. Voir VIRALLY (M.), « Définition et classification des organisations internationales : approche juridique », op. cit., p. 52.

⁶⁹⁰ MAHIOU (A.), « Le droit international ou la dialectique de la rigueur et de la flexibilité... », op. cit., p. 153.

Dans le même sens A. Pellet écrit que « la proposition selon laquelle l'Assemblée générale représenterait les 'peuples' du monde n'a qu'un rapport lointain avec la réalité, malgré la phraséologie de la Charte. Elle représente des États ». Voir PELLET (A.), « La formation du droit international dans le cadre des Nations Unies », op. cit., p. 414.

⁶⁹¹ Cependant, cette référence au terme « peuple » n'est pas sans fonction. Elle exprime d'abord la volonté de construire une organisation universelle, qui ne reflète pas seulement les objectifs de ses États fondateurs mais tous les États qui auront adhéré ou même émergé après sa création. Cette référence est également la traduction d'une recherche de la légitime au sein des peuples, comme c'est le cas à l'intérieur de l'État à travers la notion de souveraineté populaire. C'est notamment à travers la revendication d'une capacité représentative de la communauté internationale que l'ONU essaie de fonder sa légitimité en vue de se présenter comme une organisation mondiale ayant une autorité et légitimité universelles. Toutefois, cette image ne trouve pas toujours son équivalence dans la pratique. La légitimité de l'ONU, comme son autorité d'ailleurs, repose largement sur la logique interétatique qui détermine la configuration de la société internationale dont elle n'est que le reflet. À propos du fondement de l'autorité de l'ONU, W. P. Nagan et C. Hammer affirment effectivement que « its institutional authority cannot aspire to more authority than that reposing in the will of the sovereigns

Pour illustrer la permanence de l'interétatisme dans le phénomène d'institutionnalisation internationale, on doit également évoquer une organisation internationale que l'on peut qualifier de « nouvelle génération ». Destinée à la gestion d'une *Zone* proclamée « patrimoine commun de l'humanité », l'Autorité internationale des fonds marins est fondée sur une philosophie supranationale⁶⁹². Contrairement à une organisation internationale classique de coopération, elle privilégie l'idée d'intégration et de cogestion. Toutefois, établie par la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, cette organisation elle-aussi s'appuie sur une base interétatique⁶⁹³. Ainsi, on peut constater que, malgré la proclamation de la *Zone* comme patrimoine commun de l'humanité, l'Autorité n'échappe pas à la règle. C'est la conséquence logique de l'origine conventionnelle de toutes les organisations internationales qu'elles soient de nature interétatique.

2. L'étaticité comme critère d'adhésion à une organisation internationale

Les organisations internationales sont traditionnellement composées d'États et leurs actes constitutifs ne permettent qu'aux États de devenir membre⁶⁹⁴. C'est une conséquence directe de la conception état-centrique de l'ordre international qui ne reconnaît une capacité d'action internationale qu'aux États. Toutefois, dans les sociétés contemporaines, les États ne sont plus les acteurs exclusifs des relations internationales. La montée en puissance d'autres acteurs, ayant une capacité représentative au niveau international, est désormais une réalité reconnue⁶⁹⁵. Considérant que les organisations internationales sont les lieux quasi exclusifs de toute activité internationale, ces nouveaux acteurs cherchent également à s'y introduire.

themselves ». Voir NAGAN (W. P.) et HAMMER (C.), « The changing character of sovereignty in international law and international relations », op. cit., p. 156.

⁶⁹² Dans la Deuxième Partie de ce travail, on va particulièrement s'intéresser à cet aspect supranational de l'*Autorité* dont la philosophie constitutive constitue à cet égard un des exemples du changement dans la logique interétatique de la représentation internationale. Voir *Supra*.

⁶⁹³ En vertu de l'art. 156, par. 2 de la Convention, les États parties à la Convention deviennent *ipso facto* membres de l'*Autorité*. Et selon l'art. 157, « fondée sur le principe de l'égalité souveraine de tous ses membres » (par. 3), « l'Autorité est l'organisation par l'intermédiaire de laquelle les États parties organisent et contrôlent les activités menées dans la *Zone* » (par. 1).

⁶⁹⁴ ABI-SAAB (G.), « La notion d'organisation internationale : essai de synthèse », p. 11. Cependant, on doit préciser que le fait qu'une organisation internationale n'admette que les États comme membres n'empêche pas que des entités autres qu'étatiques puissent participer aux mécanismes institutionnels de l'organisation sous des statuts particuliers. C'est ainsi que les organisations non étatiques, les mouvements de libération ou les territoires autonomes se voient parfois attribuer des statuts auprès des organisations internationales. L'exemple le plus extrême est sans doute l'Organisation internationale du travail (OIT) qui, par sa structure tripartite, permet la représentation des syndicats d'employeurs et de travailleurs. Toutefois, la participation de ces acteurs aux activités des organisations internationales dépend toujours de l'autorisation des États membres.

⁶⁹⁵ Ici, on fait allusion particulièrement à des organisations internationales, des entités infra-étatiques et non étatiques dont la capacité représentative sera analysée en détail à la deuxième partie.

Toutefois, le caractère interétatique des organisations internationales traditionnelles, qui n'acceptent que les États comme membre, constitue un obstacle quasi insurmontable pour ces entités autres qu'étatiques de confirmer leur présence au sein des institutions internationales et d'en devenir membres.

Il a été défendu que cette situation est en train de changer par une nouvelle tendance d'institutionnalisation permettant à d'autres formes d'organisation politique de devenir membre au même titre que les États. Organisation à vocation mondiale, l'OMC constituerait à cet égard l'exemple le plus illustratif de cette institutionnalisation de nouvelle génération. Il semble effectivement que l'OMC soit l'une des rares organisations internationales, et sans doute la plus importante, qui a su anticiper l'évolution des relations internationales qui s'effectuent de plus en plus à travers des entités autres qu'étatiques⁶⁹⁶. En effet, selon l'article XII de l'Accord instituant l'OMC, « [t]out État ou territoire douanier distinct jouissant d'une entière autonomie dans la conduite de ses relations commerciales extérieures » peut devenir membre de l'OMC. C'est en effet grâce à cette disposition qui n'exige pas le critère d'être État souverain que le Taipei Chinois – territoire douanier distinct comprenant Taiwan, Penghu, Kinmen, Matsu – a pu accéder à l'OMC en tant que membre. Toutefois, considérant l'incertitude qui entoure le statut de Taiwan, qualifié par certains comme une entité *quasi-étatique*, et les circonstances politiques qui ont permis son accession à l'OMC⁶⁹⁷, ce seul exemple ne constitue pas véritablement une rupture par rapport à la logique interétatique qui détermine le phénomène d'institutionnalisation sur le plan international.

Ce constat sur le rattachement de l'OMC à l'interétatisme se confirme surtout dans le cas de l'Union européenne (anciennement Communautés européennes) qui est membre fondateur de l'OMC. Au sein de l'OMC, le statut de l'Union européenne est cumulatif, c'est-à-dire qu'elle y siège à côté de ses États membres. Ainsi, la participation de l'Union au fonctionnement de l'OMC se diversifie et ses modalités se déterminent en fonction de la nature de ses

⁶⁹⁶ À ce sujet voir KIEFFER (B.), *L'Organisation mondiale du commerce et l'évolution du droit international. Regards croisés sur le droit et la gouvernance dans le contexte de la mondialisation*, Thèse, Droit international, Université Robert Schuman, Strasbourg III, 2006, p. 141 et s. (thèse raccourcie et publiée sous titre, *L'Organisation mondiale du commerce et l'évolution du droit international public*, Larcier, 2008, 371 p.)

L'auteur écrit effectivement que « [f]lexible et réaliste, le droit de l'OMC anticipe la fin du modèle de l'organisation internationale incarné par la Charte des Nations Unies » selon laquelle « seuls les États peuvent être membres de l'ONU » (p. 142). Selon lui, cette approche d'institutionnalisation qui s'ouvre à d'autres entités qu'États « permet de libérer l'organisation politique des sociétés humaines du rigide carcan étatique » et c'est en ce sens que « l'OMC n'est plus une organisation internationale ou interétatique » (p. 749).

⁶⁹⁷ Sur l'historique du statut de Taiwan voir KIEFFER (B.), *L'Organisation mondiale du commerce et l'évolution du droit international...*, op. cit., pp. 165-177.

compétences⁶⁹⁸. Ce qui nous intéresse ici c'est l'hypothèse selon laquelle la question concernée relèvera des compétences exclusives de l'Union. Dans ce cas, elle représente seule la position de l'Union et vote en son nom.

À première vue, il peut sembler que ce droit de vote de l'Union européenne porte un coup incontestable au monopole du pouvoir de vote et de décision des États qui est sans doute la traduction la plus pure de l'interétatisme. Il est certain que, comme un signe du dépassement de la représentation état-centrique sur le plan international et en tant qu'affirmation de la capacité représentative de l'Union européenne, cette évolution est très significative. Toutefois, elle ne l'est pas pour autant au niveau de l'OMC en raison de la structure état-centrique de cette dernière. Car, selon l'article IX de l'Accord sur l'OMC, quand l'Union européenne exerce son droit de vote, son vote est comptabilisé par rapport au nombre d'États qui sont également membres de l'OMC⁶⁹⁹. Cette disposition se justifie certes par la réticence des États membres de l'Union européenne qui ne souhaitent logiquement pas affaiblir leur poids au sein d'une institution fondée sur le système « un État, un vote ». Mais en tout cas, cela revient aussi à confirmer ce rattachement à l'interétatisme, même d'une organisation internationale qui tente de « libérer l'organisation politique des sociétés humaines du rigide carcan étatique »⁷⁰⁰.

Permettant l'adhésion d'autres entités territoriales que des États, l'OMC constitue sans doute une exception, mais une exception conforme à la règle.

⁶⁹⁸ Il convient ici de préciser que le statut de l'Union dans les organisations internationales dépend de ses compétences qui couvrent soit l'ensemble d'activités de l'organisation dont elle est membre, soit une partie d'entre elles. Dans la première hypothèse, son statut est exclusif impliquant la substitution de ses États dans l'organisation internationale concernée. Alors que dans le deuxième cas, le statut membre de l'Union est additif, cumulatif lui permettant de siéger à côté de ses États membres. Cependant, on doit dire suivant la première hypothèse qu'il est très rare que l'Union européenne se voit attribuer un statut de membre plein et entier, assimilable à celui des États. À ce jour, l'adhésion de l'Union à des organisations régionales de pêche constitue le seul exemple. Pour une analyse approfondie du sujet de la représentation internationale de l'Union européenne au sein des organisations internationales en fonction de l'existence ou non d'une compétence exclusive voir *supra*.

⁶⁹⁹ L'article IX, alinéa 1 se lit ainsi : « [d]ans les cas où les Communautés européennes exerceront leur droit de vote, elles disposeront d'un nombre de voix égal au nombre de leurs États membres qui sont Membres de l'OMC ».

⁷⁰⁰ Tout en jugeant très important l'apport de l'OMC dans le dépassement d'une vision état-centrique de l'institutionnalisation internationale, B. Kieffer regrette lui-même que « l'audace des créateurs de l'OMC se soit arrêtée là ». Car, il reconnaît que « dans son fonctionnement, l'OMC reste une organisation intergouvernementale somme toute assez classique ». Voir KIEFFER (B.), *L'Organisation mondiale du commerce et l'évolution du droit international...* », op. cit., p. 749.

B. Une institutionnalisation pour les États

Selon le point de vue traditionnel, qui est d'ailleurs soutenu encore par beaucoup, les organisations internationales ne sont pas autres choses que des « instruments au service des États »⁷⁰¹, établis en vue de régler institutionnellement et en permanence leurs relations de coopération. Considérées comme « le bras séculier des États qui la composent et l'instrument de leur action »⁷⁰², elles ne sont destinées ainsi et avant tout qu'à poursuivre des finalités interétatiques (1). Cela étant, l'idée de l'ensemble qu'elles véhiculent fait évoluer leur fonction, provoquant un processus d'intégration qui mérite d'être situé par rapport à leur finalités essentiellement interétatiques (2).

1. La coopération et la coexistence : finalités purement interétatiques

L'accroissement incessant des besoins de la communauté internationale et la prise de conscience de la nécessité de la coopération en vue de les réaliser ont provoqué la multiplication des organisations internationales dans des domaines divers de la vie internationale⁷⁰³, commençant d'abord par le secteur de la communication, de la santé puis s'étendant au développement économique et à la sécurité, etc. Mais, il semble que, quels que soient les objectifs spécifiques d'une organisation qui permette de la distinguer d'une autre, le but essentiel de toute institutionnalisation internationale est en somme identique : celui d'assurer la coopération (a) et la coexistence des États (b)⁷⁰⁴. Sans doute, ce but se réalise aujourd'hui par des mécanismes et des fonctions beaucoup plus complexes qu'à l'époque où les premières organisations internationales sont apparues. Mais il semble que ce but demeure encore le même⁷⁰⁵.

⁷⁰¹ CARILLO-SALCEDO (J.-A.), « Droit international et souveraineté des États... », op. cit., p. 130.

⁷⁰² WEIL (P.), « Le droit international en quête de son identité... », op. cit., p. 106. Dans le même sens P. Allott écrit que « *international organizations*, perfected avatars of the state ». Voir ALLOTT (P.) « Reconstituting Humanity - New International Law », *EJIL*, 2002, p. 246.

⁷⁰³ CARILLO-SALCEDO (J.-A.), « Droit international et souveraineté des États... », op. cit., p. 121.

⁷⁰⁴ M. Virally affirme effectivement que « [l]a finalité de toute organisation internationale est le développement de la coopération entre ses membres, dans la poursuite d'intérêts qu'ils estiment avoir en commun et, par conséquent, l'intensification et le renforcement de la solidarité qui les lie ». Voir VIRALLY (M.), « Les relations entre organisations régionales et organisations universelles », in *Régionalisme et universalisme dans le droit international contemporain*, SFDI, Pedone, 1977, p. 154. Dans le même sens voir du même auteur, « La notion de fonction dans la théorie de l'organisation internationale », in *La Communauté internationale, Mélanges offerts à Ch. Rousseau*, Pedone, 1974, p. 283.

⁷⁰⁵ En ce sens, voir CARILLO-SALCEDO (J.-A.), « Droit international et souveraineté des États... », op. cit., p. 117.

a. *L'exigence de coopération comme facteur d'incitation à l'institutionnalisation*

Selon P. Weil, « [l]e droit international ne trouve pas sa finalité en lui-même. Il a été conçu pour répondre à certaines nécessités, pour atteindre certains objectifs – en un mot, pour remplir certaines fonctions »⁷⁰⁶. Ce constat sur le droit international s'adapte également au phénomène d'institutionnalisation. En effet, selon M. Virally,

« [l]a création d'une Organisation internationale n'est jamais un acte gratuit. Elle n'est pas non plus le résultat d'un processus social spontané et irrésistible. Elle est toujours due à la décision réfléchie d'un certain nombre de gouvernements, convaincus que l'organisation amenée à l'existence par leur volonté est le meilleur instrument dont ils peuvent disposer pour atteindre certains objectifs – ou certains 'buts', pour reprendre la terminologie de la Charte des Nations Unies – qu'ils jugent désirables et inaccessibles (ou plus difficilement atteignable) par les moyens de l'action individuelle »⁷⁰⁷.

Ce sont donc les objectifs de chaque organisation internationale qui justifient son existence, sa constitution. Il existe différentes motivations qui justifient la création d'une nouvelle organisation internationale. Mais selon M. Virally, quels que soient les objectifs qui spécifient une organisation et permettent de la distinguer d'une autre, c'est la fonction de coopération qui les caractérise toutes⁷⁰⁸. Toute organisation internationale existe pour satisfaire par des moyens de coopération les besoins communs de l'ensemble du groupe d'États par lequel elle est établie.

Une organisation internationale contribue à la coopération internationale de différentes manières. M. Virally les regroupe sous quatre catégories en ordre croissant par rapport au niveau de coopération. La première est l'harmonisation des politiques et des comportements des États. Dans cette hypothèse, l'organisation internationale se contente de fonctionner comme un lieu de rencontre pour les États afin de prévenir et réduire les collisions entre leurs politiques et comportements. La deuxième, c'est la coordination des politiques et des comportements, qui consiste à rechercher une attitude commune entre les États. La troisième catégorie est la réalisation d'opérations collectives. Dans ce cas, on reste encore au stade *inter-étatique* mais l'organisation internationale fonctionne comme un coordinateur en vue de mener des actions conjointes des États membres. Enfin, la quatrième est la réalisation d'opérations institutionnelles. Ici, on passe véritablement au stade institutionnalisé des actions

⁷⁰⁶ WEIL (P.), « Le droit international en quête de son identité... », op. cit., p. 34.

⁷⁰⁷ VIRALLY (M.), « La notion de fonction dans la théorie de l'organisation internationale », op. cit., p. 282.

⁷⁰⁸ *Idem.*, p. 281 et du même auteur « Définition et classification des organisations internationales : approche juridique », p. 52 ; Dans le même sens, voir également ALLAND (D.), *Droit international public*, op. cit., p. 170.

internationales. C'est l'organisation internationale elle-même qui agit au nom du groupe constituant⁷⁰⁹.

On peut certes défendre que les recherches de coopération existaient et existent encore entre États sans qu'elles soient institutionnalisées. Mais l'intensité des rapports internationaux augmente l'intensité du besoin de coopération et fait apparaître la nécessité d'un cadre permanent. En effet, plus l'interdépendance augmente plus le visage bilatéral de la coopération interétatique s'avère insuffisant et la recherche d'un cadre plus large s'impose, d'où le phénomène d'institutionnalisation internationale.

Grâce aux avantages qu'elle offre aux États, l'institutionnalisation est devenue pour eux non seulement attirante mais également indispensable. Elle contribue d'abord à la permanence des relations de coopération et à l'émergence d'une action collective dont l'efficacité et la légitimité seront sans doute plus renforcées. L'institutionnalisation des relations internationales assure également « la 'socialisation' des acteurs de la scène internationale »⁷¹⁰. En effet, les organisations internationales permettent la démocratisation de la vie internationale par la possibilité de participation égale de nouveaux États à la production normative internationale et à la gestion de la vie commune. Considérée comme « Panthéon des États », l'Assemblée générale des Nations Unies apparaît, par exemple, comme un lieu international de démocratie où la quasi totalité des États existants sont présents et disposent de la possibilité de s'exprimer⁷¹¹. Assurant ainsi la participation la plus large possible en vue d'une fonction délibérative plus démocratique au niveau international, les organisations internationales contribuent au développement de la « diplomatie parlementaire »⁷¹².

Les organisations internationales sont en tout cas des plateformes du « dialogue des souverainetés ». L'institutionnalisation de la coopération sert avant tout à la consolidation des souverainetés et à la gestion des intérêts communs. C'est en ce sens qu'on peut affirmer que le principe de souveraineté qui constituait la base de l'ordre westphalien n'a pas été remis en cause par ce phénomène⁷¹³. On va voir que ce constat se confirme également par la

⁷⁰⁹ Voir VIRALLY M., « La notion de fonction dans la théorie de l'organisation internationale », op. cit., pp. 284-288.

⁷¹⁰ KRULIC (J.), « La revendication de la souveraineté », op. cit., p. 27.

⁷¹¹ Cette contribution de l'institutionnalisation a été particulièrement attirante pour beaucoup de pays du Tiers-monde qui y ont trouvé des refuges contre l'unilatéralisme des grandes puissances et l'« anarchie moyenâgeuse faite de tyrannies étatiques ». SCHELLE (G.), *Précis du droit des gens*, t. II, op. cit., p. 294.

⁷¹² VIRALLY (M.), *L'organisation mondiale*, op. cit., p. 157 et s.

⁷¹³ PELLET (A.), « L'adaptation du droit international... », op. cit., p. 27.

permanence de l'objectif de coexistence comme objectif ultime de toute organisation internationale.

b. La coexistence, un objectif inhérent à la fonction de coopération

La coexistence est l'objectif ultime du système interétatique. Il a été défendu que l'institutionnalisation internationale a considérablement modifié la configuration de la société internationale fondée sur une simple coexistence des États. On va voir que la coopération et la coexistence sont deux finalités inséparables pour les organisations internationales (i), qui, à travers leur fonction de coopération, ne sont destinées en somme qu'à l'assurance de la coexistence des États (ii).

i. La persistance de l'ultime objectif de coexistence dans le phénomène d'institutionnalisation

Selon W. Friedmann, l'institutionnalisation de l'ordre international marque un changement profond dans l'histoire du droit international qui évolue d'un droit de coexistence vers un droit de coopération⁷¹⁴. Considéré comme l'exemple le plus solennel de ce changement de paradigme, la Charte des Nations Unies a constitué, de ce point de vue, un nouveau système dit « onusien » qui s'est substitué au système westphalien, fondé sur le droit de coexistence⁷¹⁵.

Selon A. Mahiou, une telle schématisation serait très simpliste. En fait, malgré les apports considérables de la Charte des NU au développement d'un droit de coopération, les deux modèles coexistent au sein du système onusien. Autrement dit, l'instauration de ce dernier ne

⁷¹⁴ Selon l'auteur, la multiplication des organisations internationales a influencé la configuration de l'ordre juridique international qui a évolué d'un système focalisé uniquement sur la régulation de la coexistence pacifique des États et caractérisé essentiellement par « negative code of rules of abstention » vers un système caractérisé par « positive rules of co-operation ». Voir FRIEDMAN (W.), *The Changing Structure of International Law*, op. cit., p. 62 ; voir également du même auteur, « General Course in Public International Law », *RCADI*, vol. 127, 1969, p. 93.

⁷¹⁵ P. Weil écrit effectivement que la création des Nations Unies qui a, « substitué au 'modèle de Westphalie', caractérisé par la force comme principale source de légitimité, le 'modèle de la Charte'... qui refuse toute légitimité au recours à la force ». Il donne à cet égard l'exemple de l'interdiction du recours à la force, autrement dit la cessation de droit des États à la guerre, considéré auparavant comme expression de leur souveraineté, qui constitue, selon lui, un bouleversement majeur dans la configuration de la société internationale, qualifiée « westphalienne ». Voir WEIL (P.), « Le droit international en quête de son identité... », op. cit., p. 28.

On peut observer cette opposition entre le système de la Charte et le modèle westphalien chez la plupart des auteurs. Voir par exemple CASSESE (A.), *Le droit international dans un monde divisé*, op. cit., p. 168 et s. ; SOREL (J.-M.), « Le rôle du droit international dans le développement du pluralisme (et vice versa) : une liaison moins naturelle qu'il n'y paraît », in *Droit et pluralisme*, L. Fontaine (sous dir.), Bruylant, 2007, p. 79.

signifie pas un dépassement de la société westphalienne dont il comporte des caractéristiques typiques qu'il tâche de sauvegarder⁷¹⁶.

Dans le même sens, R.-J. Dupuy⁷¹⁷ affirme également que ce changement ne se fait pas facilement du jour au lendemain et d'une manière tranchée. Au sein des institutions internationales, qui sont indiscutablement l'expression d'une volonté de coopération, on observe simultanément l'existence d'institutions et d'instruments issus à la fois du « droit relationnel » et du « droit institutionnel »⁷¹⁸. Le développement d'un droit de coopération suit une évolution graduelle, touchant certes de plus en plus des domaines considérés auparavant comme renfermés dans la sphère relationnelle. Mais, comme R.-J. Dupuy l'affirme justement, l'émergence de « l'ordre institutionnel ne s'est pas substituée pas à l'ordre relationnel »⁷¹⁹, au contraire, il a été construit dans le but de faciliter et d'ordonner les relations entre États, qui lui ont d'ailleurs préexisté d'une façon latérale, et qui existent encore car cet ordre institutionnel n'absorbe pas l'intégralité de la vie internationale de l'État souverain⁷²⁰. La dimension institutionnalisée de la vie internationale n'a pas pour but de remplacer la dimension relationnelle traditionnelle. Le rôle principal de la première est de contribuer au bon fonctionnement de la deuxième⁷²¹.

En réalité, ces deux modèles se superposent et coexistent. Malgré les changements considérables qu'a apporté le phénomène d'institutionnalisation au niveau des relations internationales, la logique interétatique y demeure encore⁷²². L'institutionnalisation signifie certes que la vision pluraliste de la notion de souveraineté s'affirme sur sa vision individualiste. Mais cette évolution ne permet pas à elle seule de parler d'une succession d'un

⁷¹⁶ MAHIOU (A.), « Le droit international ou la dialectique de la rigueur et de la flexibilité... », op. cit., p. 42 et 43.

⁷¹⁷ DUPUY (R.-J.), *La communauté internationale entre...*, op. cit., p. 39 et s.

⁷¹⁸ Il constate effectivement « la persistance du droit relationnel dans l'ordre institutionnel ». Voir *Idem.*, p. 62.

⁷¹⁹ *Idem.*, p. 41.

⁷²⁰ *Idem.*, p. 62. Selon N. Bobbio, le système relationnel s'affirme notamment par son effectivité par rapport au système institutionnel. L'auteur constate effectivement que, face au « développement de coopération pacifique et juridique centré sur l'ONU, très légitime mais très peu effectif », persiste « un système de relations interétatiques basé sur les rapports de pouvoir, très peu légitime, mais historiquement effectif ». Voir BOBBIO (N.), *L'État et la démocratie internationale*, Éd. Complexe, 2001, p. 35.

⁷²¹ Cela est sans oublier bien sûr les transformations que l'institutionnalisation entraîne sur la configuration de la société internationale. Ce processus a en effet des effets qui vont au-delà d'un simple objectif de coopération pour impliquer parfois la subordination des États à l'organisation. Selon le niveau du développement de cette coopération, l'organisation internationale peut disposer d'une autorité contraignante à l'égard de ses membres. En ce sens voir DUPUY (R.-J.), *La communauté internationale entre...*, op. cit., p. 39 et p. 62.

⁷²² Selon J.-A. Carrillo-Salcedo, le processus d'institutionnalisation « n'a pas déplacé les États souverains ». C'est en ce sens qu'il affirme que « la société internationale n'a entièrement perdu ni ses principes constitutionnels de souveraineté et d'indépendance des États, ni son caractère essentiellement décentralisé et paritaire, peu institutionnalisé ». Voir CARILLO-SALCEDO (J.-A.), « Droit international et souveraineté des États... », op. cit., p. 125.

modèle à l'autre. Sur le plan pratique, c'est toujours le rapport de forces qui détermine la vie internationale. De ce point de vue, on peut affirmer que le cœur du modèle westphalien reste inchangé⁷²³.

ii. La coexistence n'est possible que par la coopération

Le phénomène d'institutionnalisation est le résultat de l'aveu de l'insuffisance du simple système de coexistence du chacun chez soi pour assurer véritablement la coexistence. En effet, ce n'est pas par hasard que les efforts pour l'institutionnalisation se sont multipliés après les deux guerres mondiales. Considérée comme « point d'orgue » de la coexistence des États⁷²⁴, la période de l'entre deux guerres a permis de comprendre que la coexistence exige un minimum d'organisation politique de la société internationale en l'absence de laquelle les États seront en conflit permanent entre eux comme des individus à l'état de nature⁷²⁵.

Pour les États, l'objectif de coexistence relève avant tout d'une préoccupation de sécurité. La pratique et l'expérience de deux guerres mondiales ont clairement montré que la question de la sécurité ne peut être résolue que d'une manière collective. Cette nécessité d'une solution collective pour la sécurité collective contribue à l'accroissement de l'interdépendance entre les États et met, ainsi, une pression irrésistible sur les États pour la coopération. Comme on peut le constater dans cet exemple, la coopération ne résulte pas toujours du bon vouloir des États, mais apparaît comme une nécessité, une conséquence naturelle de la vie internationale⁷²⁶.

En effet, il est certain que la fonction de chaque organisation internationale est d'abord d'assurer la coexistence des États. Le fameux objectif de coopération n'est, semble-t-il, qu'un

⁷²³ Voir FALK (R.), « The Interplay of Westphalia and Charter Conceptions of International Legal Order », in *International law, a Contemporary Perspective*, R. Falk, F. Kratochwil et S. H. Mendlovitz (sous dir.), 1985, pp. 116-142.

Dans le même sens voir également WEIL (P.), « Le droit international en quête de son identité... », p. 33. Pour illustrer ce constat, l'auteur cite ce passage dans le *Restatement of the law* : « modern international law is commonly dated from the Peace of Westphalia... There have been major changes in that law, but its basic concept and general outlines have remained essentially intact » (American Law Institute, *Restatement of the law, The foreign relations law of the United States*, Saint Paul, 1987, vol. I, p. 19) ; Voir DISTEFANO (G.), *L'ordre international entre légalité et effectivité. Le titre juridique dans le contentieux territorial*, Pedone, 2002, p. 12. L'auteur constate effectivement que l'« institutionnalisation de la Communauté internationale représente elle aussi un héritage sempiternel de la Paix de Westphalie ».

⁷²⁴ DUPUY (P.-M.), « L'unité de l'ordre juridique international... », op. cit., p. 53

⁷²⁵ GOYARD-FABRE (S.), *Les principes philosophiques du droit politique moderne*, op. cit., p. 366.

⁷²⁶ C'est effectivement en ce sens que P. Weil affirme que le droit de la coopération résulte plus d'un « devoir-vivre ensemble » qu'un « vouloir-vivre ensemble ». Voir WEIL (P.), « Le droit international en quête de son identité... », op. cit., p. 50.

meilleur instrument pour mieux assurer cette coexistence. La principale motivation qui pousse les États à coopérer n'est qu'un réflexe naturel de survie. C'est dans cette perspective que la coexistence des États s'affirme comme un objectif inhérent à la fonction de coopération de chaque organisation internationale.

2. Le déclenchement d'un processus d'intégration : dépassement de la logique interétatique ?

Les organisations internationales ont été créées pour mieux assurer la coexistence et la coopération entre les États. Mais, le phénomène d'institutionnalisation a déclenché incontestablement dans la conscience humaine l'idée d'une communauté internationale au-delà de la communauté strictement interétatique. Pour certains, cette idée d'unité, véhiculée dans les activités des organisations internationales, déclenche un processus d'intégration qui risque de modifier le système interétatique. On va d'abord constater la nature de cette intégration (a) pour examiner ensuite ses impacts sur la structure fondamentalement interétatique de la société internationale (b).

a. La nature de l'intégration engendrée

Selon C. F. Alger, il existe deux théories différentes qui expliquent les fonctions de l'organisation internationale. La première est la théorie conflictuelle selon laquelle ce sont toujours les rapports de force entre États qui conditionnent la création de l'organisation internationale et déterminent ensuite le cadre de ses activités⁷²⁷. Quant à la deuxième, c'est la théorie fonctionnaliste qui voit dans le phénomène d'institutionnalisation un processus de désétatisation de certaines activités et fonctions qui sont désormais exécutées par des organisations internationales⁷²⁸. Selon cette approche, toute organisation internationale, qui met en place des mécanismes de prise de décision autonomes, conduit à l'intégration et suppose, par conséquent, un certain détachement de l'interétatisme.

⁷²⁷ C'était surtout la vision des pays socialistes, appliquant la théorie marxiste de lutte de classe sur le plan international. Voir ABI-SAAB (G.), « La notion d'organisation internationale : essai de synthèse », op. cit., p. 19.

Pour une réflexion identique, voir MOROZOV (G.), « La conception socialiste des organisations internationales, in *Le concept d'organisation internationale*, G. Abi-Saab (dir.), pp. 187-208. Pour illustrer ce constat, l'auteur cite L. I. Brejnev qui explique parfaitement cette vision de certains pays : « L'Organisation des Nations Unies n'est ni une sorte de puissance autonome ni une forme de super-gouvernement mondial. Les actions qu'elle entreprend et les positions qu'elle adopte ne font que traduire l'équilibre des forces existant entre les États du globe, la tendance qui, à un moment donné, domine la vie internationale » (p. 196).

⁷²⁸ ALGER (C. F.), « L'organisation internationale vue sous l'angle... », op. cit., p. 131.

Pour certains, la fonction de l'organisation internationale est toujours une fonction d'intégration⁷²⁹. Il est vrai que, parlant même d'une organisation internationale de niveau de coopération le plus bas, en favorisant l'harmonisation des politiques et des comportements des États membres, elle contribue à l'intégration des systèmes de ses membres dans ses domaines d'action.

En ce sens R.-J. Dupuy écrit que l'organisation internationale fonctionne comme un cadre coordinateur. Mais cette fonction n'est pas limitée à la coordination. Selon le niveau de développement de cette coopération, elle peut gagner le pouvoir d'édicter des normes auxquelles se soumettront les États⁷³⁰. Partant, il décrit deux modèles différents d'organisation internationale : « le type coordinateur » et « le type subordonateur ». Selon R.-J. Dupuy, le premier est le modèle classique qui comprend le plus grand nombre d'institutions existantes. Ce type d'organisations internationales se contente d'offrir à ses membres un cadre permanent de coopération et de coordination. Alors que le second suppose, selon lui, une institution dotée d'une autorité superétatique. L'exemple du Conseil de sécurité dans le cadre du chapitre VII de la Charte entre dans ce cas de figure⁷³¹.

W. Friedmann attire également l'attention sur l'émergence de cette dimension verticale de l'ordre juridique international qui est apparue avec le concept d'« intérêts communs » et la notion d'« universalité »⁷³². Il est vrai que le droit international, comme on l'a vu dans le premier titre, n'est plus essentiellement horizontal. Il comporte désormais une dimension verticale dans les domaines où l'existence des intérêts communs, supérieurs exige le dépassement des intérêts particuliers des États. Mais cette verticalisation de l'ordre juridique international est essentiellement substantielle. L'institutionnalisation a certes introduit, à un certain degré, un système d'ordonnement vertical mais elle n'a pas modifié la structure organique de l'organisation politique de la société internationale fondamentalement état-centrique⁷³³.

⁷²⁹ Par exemple, G. Scelle voyait dans la Société des Nations le début d'un fédéralisme universel, une organisation fédérative qui évolue vers « l'organisation superétatique ». Voir SCELLE (G.), *Précis du droit des gens*, t. I, op. cit., p. 246 et s.

⁷³⁰ DUPUY (R.-J.), *La communauté internationale entre...*, op. cit., p. 40.

⁷³¹ *Idem.*, p. 62.

⁷³² FRIEDMANN (W.), *The Changing Structure of International Law*, op. cit., p. 60 et s. ; voir également le cours général du même auteur à l'Académie de La Haye : « General Course in Public International Law », op. cit., p. 93.

⁷³³ W. Friedmann reconnaît lui-même que, même sur le plan substantiel cette intégration n'est pas tout à fait réalisée : « L'une des tâches les plus décisives et les plus difficiles de notre temps consiste à opérer, dans l'esprit des hommes, la substitution d'une allégeance et d'objectifs internationaux suprêmes à l'allégeance et aux

D'ailleurs, pour qualifier une organisation d'organisation d'intégration, il est nécessaire qu'elle satisfasse à certains critères structurels et fonctionnels, par exemple la réalisation de certaines fonctions étatiques essentielles au niveau supranational comme la fonction législative ou judiciaire. À l'heure actuelle, en dehors de l'exemple de l'Union européenne et uniquement dans le domaine d'action relevant de ses compétences exclusives, toutes les organisations internationales sont des organisations de coopération qui fonctionnent essentiellement via les appareils étatiques, laissant ainsi « intacte la structure fondamentale de la société internationale, composée d'États souverains »⁷³⁴.

On a constaté que les organisations internationales s'étudient souvent soit dans une approche conflictuelle et interétatique qui ignore la dynamique créée par l'idée de l'ensemble, soit dans un angle purement fonctionnel, mettant de côté la réalité politique de la vie internationale et la composition interétatique de la communauté internationale. Si la première approche conduit à une définition excessivement réductrice de l'institution internationale, qui ne serait qu'un simple rassemblement d'États souverains, la deuxième, motivée par un objectif internationaliste, survalorise ce modèle existant, ignorant volontairement certaines de ses caractéristiques et faiblesses qui procèdent de la logique interétatique. Pourtant, il semble aujourd'hui que le phénomène d'institutionnalisation internationale est un modèle qui résulte d'un dialogue entre les deux approches. Si la souveraineté des États est une réalité, un certain dépassement de l'état-centrisme, qui se manifeste par la volonté de coopération des États, en est une aussi.

b. Les impacts de l'intégration sur la structure interétatique de la société internationale

Les organisations internationales ont une structure institutionnelle et permanente. C'est en raison de cette caractéristique qu'elles ont été souvent considérées comme concurrentes, voire alternatives de l'État souverain. Sans aborder le sujet de la maîtrise des États sur la structure institutionnelle des organisations internationales que l'on va analyser ultérieurement, il peut être constaté que, quel que soit le niveau d'intégration qu'une organisation réalise, tant que

objectifs nationaux qui ont constitué, pendant des siècles, le ciment essentiel de l'État. Mais ce changement est loin d'être réalisé ». FRIEDMANN (W.), *De l'efficacité des institutions internationales*, A. Colin, 1970, p. 38.

⁷³⁴ VIRALLY (M.), « Définition et classification des organisations internationales... », op. cit., p. 55.

cette intégration reste au plan substantiel, l'interétatisme continuera à demeurer la philosophie constitutive de cette organisation⁷³⁵.

Ce constat s'affirme davantage partant d'une vision pluraliste de la notion de souveraineté des États, qui nous permettra d'échapper à la contrainte inévitable de choisir entre la souveraineté et la solidarité sociale⁷³⁶. En effet, ces deux notions ne sont pas forcément antinomiques dans une société internationale fondamentalement interétatique dans laquelle la sociabilité est exclusivement réservée aux États. Et, si l'organisation internationale promeut essentiellement la solidarité entre les sujets principaux de cette société et défend leur intérêt commun, privilégier la solidarité sociale reviendra à signifier que l'on privilégie la souveraineté, entendue bien sûr dans son sens pluraliste. L'ensemble couvre les unités, ne les tue pas.

Il faut savoir que, à travers les organisations internationales, c'est l'interdépendance entre États qui s'institutionnalise. Et inversement à ceux qui pensent à tort que l'interdépendance des États serait contraire à leur indépendance et, par conséquent, à leur souveraineté, elle n'est que la conséquence naturelle de la logique interétatique. Il est vrai que ces deux termes, l'indépendance et l'interdépendance, appartiennent à deux ordres différents et ils ne sont pas opposés l'un à l'autre. L'interdépendance est un fait – social, économique ou politique –, alors que l'indépendance, dans le sens où on l'utilise par rapport au statut international de l'État souverain, est une fiction juridique, corollaire de sa souveraineté. Vu sous cet angle, le contraire de l'indépendance n'est pas l'interdépendance, mais sera la dépendance. Partant, on peut affirmer que le seul constat de l'accroissement de l'interdépendance entre États, dont l'institutionnalisation n'est qu'un résultat, ne signifie pas, du point de vue juridique, une remise en cause de leur souveraineté.

C'est effectivement en ce sens que le phénomène d'institutionnalisation doit être considéré non seulement compatible avec la souveraineté des États mais également corollaire de la logique interétatique. On a constaté qu'il existe une continuité entre l'ordre institutionnel et l'ordre westphalien. Ce constat nous amène à affirmer que la tension entre l'institutionnalisation internationale et la souveraineté des États n'est pas réelle.

⁷³⁵ À l'heure actuelle, l'Union européenne constitue le seul exemple d'organisation internationale d'intégration, et ceci encore partiellement. En effet, comme on va le voir dans la deuxième partie de cette étude, l'interétatisme est une réalité de l'Union européenne.

⁷³⁶ À propos de la contradiction entre la souveraineté et la solidarité sociale P. Reuter écrit que le droit international « répond à des données contradictoires, la logique contraint de ne retenir qu'une de ces données, on se trouve ainsi privilégier soit la souveraineté (c'est le cas le plus fréquent), soit la solidarité sociale ». Voir REUTER (P.), *Droit international public*, PUF, 7^e éd., 1993, p. 42.

L'institutionnalisation internationale traduit la reconnaissance de l'existence d'une pluralité d'États souverains. En ce sens, elle est l'expression la plus concrète de la logique de la souveraineté des États, établie depuis les traités de Westphalie.

Paragraphe II. La logique interétatique dans la structure institutionnelle de l'organisation internationale

Le deuxième aspect de l'institutionnalisation internationale sur lequel on peut observer l'influence de la logique interétatique est la structure institutionnelle des organisations internationales. C'est en effet dans le respect de la souveraineté des États et suivant une logique interétatique que la constitution des organes, le choix de leurs membres et les critères de leur répartition se déterminent (A). On va voir que les inégalités statutaires qu'il peut y avoir entre États ne contredisent pas cette logique interétatique, qui exige justement que la structure institutionnelle des organisations internationales puisse refléter, le cas échéant, la réalité de l'existence d'une pluralité d'États (B).

A. Une structure institutionnelle état-centrique

Fondée sur « un système représentatif des membres associés »⁷³⁷, la structure institutionnelle des organisations internationales est essentiellement interétatique (1). À côté des organes constitués de représentants d'États, il existe également des organes dits intégrés, composés de fonctionnaires internationaux. C'est à travers ces organes qu'une véritable fonction internationale s'exerce, permettant de supposer un certain dépassement de l'interétatisme dans la structure institutionnelle des organisations internationales (2).

1. Une forte présence de l'interétatisme dans les structures institutionnelles

La participation de l'État à la délibération des décisions à l'intérieur de l'organisation internationale est un droit inhérent à la qualité de membre. Ce droit implique le pouvoir de représentation de l'État, qui est assurée à travers des organes interétatiques des organisations internationales. Il existe deux types d'organe interétatique. Le premier est l'organe plénier qui rassemble la totalité des États membres. Toutes les organisations internationales disposent ce

⁷³⁷ LAGRANGE (E.), *La représentation institutionnelle...*, op. cit., p. 39.

genre d'assemblées plénières, considérées comme lieu de démocratie directe et indispensables pour le respect de la liberté et de la souveraineté des États.

En raison de la complexité croissante de la vie institutionnelle et notamment pour des considérations administratives, techniques et surtout politiques⁷³⁸, les organisations internationales ont également besoin d'organes restreints, composés d'un nombre limité d'États membres. Capables d'agir rapidement et efficacement, ces organes sont nécessaires au fonctionnement des organisations internationales⁷³⁹.

Plénier ou restreint, les organes interétatiques de l'organisation internationale sont composés de représentants des États. Le statut spécifique de ces représentants, notamment la protection et l'immunité dont ils jouissent du fait d'être liés à une institution internationale, les distingue toutefois d'un simple représentant d'État de la diplomatie internationale⁷⁴⁰. La tâche institutionnelle qu'ils assument ne les transforme pas, certes, en fonctionnaires internationaux ou agents propres de l'organisation⁷⁴¹. Toutefois, on peut constater que, du point de vue du statut de ces représentants, il existe une certaine volonté de les rattacher à l'organisation internationale pendant l'accomplissement de leur fonction.

⁷³⁸ Voir REUTER (P.), *Institutions internationales*, PUF, 7^e éd., 1972, p. 278-279 ; COMBACAU (J.), SUR (S.), *Droit international public*, op. cit., p. 732.

⁷³⁹ Cependant, cette composition restreinte de l'organe, qui est bien souvent l'organe exécutif de l'organisation au sein duquel se prennent les décisions importantes, suscite des interrogations sur le respect du principe de l'égalité entre États souverains. Sans entrer au sujet de la commodité des inégalités statutaires entre États à la logique de la souveraineté que l'on va examiner ultérieurement, on peut constater d'une manière générale que deux principes peuvent être avancés pour justifier que la constitution des organes restreints reste rivee à la logique interétatique. Selon le premier principe, il est formellement admis que chaque État membre a le droit de siéger aux organes restreints (LAGRANGE (E.), *La représentation institutionnelle...*, op. cit., p. 123). Ce principe est généralement assuré par le système de rotation qui permet de modifier régulièrement la composition de l'organe restreint par des procédés électifs. Quant au deuxième principe, il suppose que, suivant une idée de « démocratie représentative » (DUPUY (R.-J.), « État et Organisation Internationale », op. cit., p. 17), l'organe restreint représente l'ensemble de l'organisation, donc l'ensemble des États membres : chaque membre se reconnaît dans le tout (LAGRANGE (E.), *La représentation institutionnelle...*, op. cit., p. 124). Selon ce principe, désignés dans les actes constitutifs ou élus suivant un système de rotation par tous les membres, les États qui forment l'organe restreint sont censés agir pour le compte de tous.

Toutefois, cette capacité représentative de l'organe restreint est contestée (LAGRANGE (E.), *La représentation institutionnelle...*, op. cit., p. 55 et s.). Selon un point de vue, c'est un principe fictif, destiné à l'octroi d'une légitimation générale à l'organe restreint. Si l'exercice de certaines compétences de l'organisation est délégué à l'organe restreint, ce n'est pas par un principe découlant de l'idée abstraite de la démocratie représentative mais par un pragmatisme introduit dans l'acte constitutif de l'organisation. En effet, la force des actes de l'organe restreint ne vient pas de sa représentativité mais de la reconnaissance de sa compétence par l'acte constitutif. C'est exactement pareil pour l'organe plénier lorsqu'il prend une décision autrement qu'à l'unanimité. L'obligation qui incombe aux États opposants de respecter la décision prise dérive de leur acceptation lors de la signature de l'acte constitutif en vertu duquel l'organe de l'organisation agit.

⁷⁴⁰ Voir LAGRANGE (E.), *La représentation institutionnelle...*, op. cit., p. 137 et s.

⁷⁴¹ Cela est vrai même pour des représentants d'État auprès des organes restreints, qui est élu ou désigné à l'unanimité par l'organe plénier. *Idem.*, p. 139.

Le meilleur exemple en est l'article 105, par. 2 de la Charte des Nations Unies qui octroie aux représentants des États des privilèges et immunités au même titre que ses propres fonctionnaires. Selon E. Lagrange, c'était en effet la philosophie du Comité des problèmes juridiques à San Francisco, qui a évité le terme « diplomatique » concernant la nature des privilèges et immunités dont jouissent les représentants d'État, rien que pour accentuer la dimension institutionnelle, et non pas interétatique classique, de la fonction exercée par ceux-ci⁷⁴².

La Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies reflète également cette même idée de dire que, dans la mesure où la fonction des représentants des États membres consiste non seulement à représenter un État mais aussi à contribuer à la réalisation de l'intérêt de l'organisation, le statut de ces représentants a un aspect institutionnel⁷⁴³.

Les représentants des États ont donc double fonction : « d'une part, ils représentent un État, d'autre part, ils contribuent à dégager la volonté de l'Organisation »⁷⁴⁴. Il est vrai que la fonction de l'organisation internationale consiste en la recherche et la production d'une volonté propre, générale et nettement distincte des volontés particulières de ses États membres⁷⁴⁵. Pour certains, cette recherche de volonté générale suppose que les représentants des États qui participent à cette fonction de l'organisation au sein de ses propres organes remplissent une fonction internationale et deviennent ainsi des agents internationaux⁷⁴⁶.

C'est à travers la théorie du dédoublement fonctionnel que ce détachement de la fonction de représentants des États de l'individualisme étatique a été défendu⁷⁴⁷. Cette théorie permet certes d'expliquer la nature de la fonction exercée par un membre – que ce soit un représentant d'État ou un fonctionnaire propre de l'organisation – de l'organe d'une

⁷⁴² Rapport du Comité des problèmes juridiques, UNCIO, vol. 13, p. 714.

⁷⁴³ Ce rapport entre le statut des représentants d'État et leur fonction institutionnelle est soulignée par exemple à l'article IV, section 14 de la Convention qui affirme que : « Les privilèges et immunités sont accordés aux représentants des Membres non à leur avantage personnel, mais dans le but d'assurer en toute indépendance l'exercice de leurs fonctions en rapport avec l'Organisation ».

⁷⁴⁴ CAHIER (P.), « Article 105 », in *La Charte des Nations Unies : commentaire article par article*, op., cit., p. 1403.

⁷⁴⁵ VISSCHER (de) (Ch.), « Quelques réflexions sur la règle de l'unanimité dans les organisations internationales », in *Mélanges Ernest Mahaim*, t. II, Sirey, 1935, p. 106.

⁷⁴⁶ ROLIN (H.), « De la volonté générale dans les organisations internationales », in *La technique et les principes du droit public. Études en l'honneur de Georges Scelle*, t. II, LGDJ, 1950, pp. 553-564.

⁷⁴⁷ C'est notamment G. Scelle qui a défendu cette théorie. Voir SCELLE (G.), Précis du droit des gens. t. I, op. cit., p. 55-56 et du même auteur « Le phénomène juridique du dédoublement fonctionnel », in *Rechtsfragen der Internationalen Organisation, Festschrift für H. Wehberg*, Vittorio Klostermann, 1956, pp. 324-342. Pour un exposé général sur la théorie du dédoublement fonctionnel de G. Scelle voir CASSESE (A.), « Remarks on Scelle's Theory of 'Role Splitting' (dedoublement fonctionnel) in International Law », *EJIL*, 1990, pp. 210-231.

organisation internationale, qui agit dans l'intérêt de celle-ci. Toutefois, la pertinence de cette théorie dans l'aspect fonctionnel ne change pas grand chose du point de vue du rôle des États dans la détermination de la structure institutionnelle des organes. Que l'on accepte ou non qu'ils exercent une fonction internationale, ces représentants sont toujours désignés par les États et ils exercent leur fonction dans la dépendance et sous le strict contrôle des États. Quoiqu'ils aient une responsabilité devant l'organisation, les représentants d'État resteront toujours responsables à l'égard des États qu'ils représentent auprès de l'organisation.

2. Un détachement de l'interétatisme à travers les organes intégrés ?

La permanence des organisations internationales et l'existence des fonctions propres à leur fonctionnement interne nécessitent la création d'organes de « caractère bureaucratique »⁷⁴⁸. Caractérisés par la régularité de leur fonctionnement et par leur indépendance et autonomie vis-à-vis des États membres pour « favoriser la recherche de solutions répondant aux besoins de l'ensemble des États membres et de l'organisation elle-même »⁷⁴⁹, ces organes « permettent à l'organisation internationale [...] d'exprimer la volonté propre de l'organisation et d'agir dans son intérêt exclusif »⁷⁵⁰. Qualifiés également de « supranationaux » ou « non étatiques »⁷⁵¹, ces « organes intégrés » sont « composés d'agents bénéficiant d'une totale indépendance à l'égard des États et qui ne dépendent dans l'exercice de leurs fonctions que de l'organisation pour le compte de laquelle ils agissent »⁷⁵².

Comme E. Lagrange l'affirme à juste titre, les organes intégrés qui sont « investis de 'fonctions de caractère exclusivement international' font assurément montre d'un dynamisme, d'un esprit d'initiative qui donnent l'illusion que l'organisation poursuit une politique

⁷⁴⁸ Voir SCHWOB (J.), *Les organes intégrés de caractère bureaucratique dans les organisations internationales*, Bruylant, 1987, 398 p. Voir également LAGRANGE (E.), *La représentation institutionnelle...*, op. cit., pp. 215-258.

⁷⁴⁹ DAILLIER (P.), FORTEAU (M.), PELLET (A.), *Droit international public*, op. cit., p. 696.

⁷⁵⁰ SCHWOB (J.), *Les organes intégrés de caractère bureaucratique...*, op. cit., p. 4.

⁷⁵¹ LAGRANGE (E.), *La représentation institutionnelle...*, op. cit., p. 50.

⁷⁵² SCHWOB (J.), *Les organes intégrés de caractère bureaucratique...*, op. cit., p. 4.

Ici, il convient de faire une distinction entre agent international et fonctionnaire international. Selon l'avis consultatif de la CIJ sur la Réparation des dommages subis au service des Nations Unies, dans le sens le plus large, le terme « agent » comprend « quiconque, fonctionnaire rémunéré ou non, employé à titre permanent ou non, a été chargé par un organe de l'organisation d'exercer, ou d'aider à exercer, l'une des fonctions de celle-ci, bref, toute personne par qui l'Organisation agit » (Rec. CIJ, 1949, p. 177). Alors que le fonctionnaire international se conçoit comme une sous-catégorie de cette définition. Par rapport à un agent international non fonctionnaire, le fonctionnaire international se distingue par le critère de l'exclusivité et par une relative permanence de la fonction qu'il exerce. Voir SCHWOB (J.), *Les organes intégrés de caractère bureaucratique...*, op. cit., p. 10.

propre »⁷⁵³. Toutefois, il existe un certain nombre de points qui mettent en doute l'importance de ce détachement de l'interétatisme. Le premier point consiste à observer que la fonction des organes intégrés est souvent très réduite dans le fonctionnement de l'organisation internationale en faveur des organes interétatiques (a). Le deuxième point concerne le rôle des États membres dans la détermination de la composition des organes intégrés (b).

a. Un rôle secondaire des organes intégrés par rapport aux organes interétatiques

Malgré l'idée d'intégration à laquelle l'adjectif « intégré » peut faire allusion, les fonctions de ces organes ne dépassent jamais le cadre tracé par les buts et les compétences de l'organisation dont ils font partie. Il existe un lien direct entre le rôle des organes intégrés et la nature et les finalités de l'organisation internationale⁷⁵⁴.

Le deuxième facteur qui restreint le rôle des organes intégrés est la place qu'ils occupent généralement dans le fonctionnement de l'organisation internationale. Les organes intégrés sont généralement de nature administrative, destinés uniquement à la fonction de suivre la politique déterminée par les organes interétatiques et d'assurer la continuité des activités de l'organisation. Il existe également des organes de nature judiciaire et consultative⁷⁵⁵. Par conséquent, ces organes intégrés n'ont pratiquement aucune compétence d'exécution. Suivant un équilibre fonctionnel que les États membres souhaitent garder en faveur des organes interétatiques en vue de maîtriser le fonctionnement de l'organisation internationale, les organes intégrés ne sont investis généralement que des compétences de nature administrative ou technique et d'une importance souvent secondaire. Ils n'ont quasiment pas d'aptitude décisionnelle et « ne disposent d'aucune sphère de compétence propre qu'ils pourraient exercer en l'absence de toute instruction des organes interétatiques »⁷⁵⁶.

J. Schwob constate que pour les États, le maintien de cette faiblesse fonctionnelle des organes intégrés des organisations internationales « apparaît comme un moyen d'assurer la primauté de l'interétatisme »⁷⁵⁷. En effet, selon lui, les États membres, ne souhaitant certainement pas

⁷⁵³ LAGRANGE (E.), *La représentation institutionnelle...*, op. cit., p. 170.

⁷⁵⁴ Il sort en effet de l'ouvrage de J. Schwob qu'il y a un rapport entre les typologies des organes intégrés et les finalités fonctionnelles des organisations internationales. Voir SCHWOB (J.), *Les organes intégrés de caractère bureaucratique...*, op. cit., p. 355.

⁷⁵⁵ Il peut y avoir également des organes militaires et techniques mais ils sont généralement de nature occasionnelle et non permanente. À ce sujet voir VIRALLY (M.), *L'Organisation Mondiale*, op. cit., p. 58 et 59.

⁷⁵⁶ SCHWOB (J.), *Les organes intégrés de caractère bureaucratique...*, op. cit., p. 155.

⁷⁵⁷ *Idem.*, p. 177.

perdre leur « prédominance absolue », ne se montrent pas très enthousiastes pour une large autonomie fonctionnelle des organes intégrés qui pourraient concurrencer les organes interétatiques et remettre ainsi en cause leur contrôle sur les actions entreprises⁷⁵⁸. Partageant ce constat, M. Bedjaoui donne l'exemple du Secrétariat de l'ONU qui est le seul organe des Nations Unies à ne pas être autorisé à demander à la CIJ un avis consultatif sur une question juridique concernant son activité. Car, selon lui, les États « redoutent [...] un renforcement politique du Secrétaire général » qui peut échapper, contrairement à l'Assemblée générale et au Conseil de sécurité qu'ils maîtrisent par leur présence, à leur contrôle⁷⁵⁹.

b. Le rôle de la logique interétatique dans le choix des membres des organes intégrés

Les organes intégrés sont composés d'individus indépendants agissant pour le compte de l'organisation et au nom de tous. Effectué en principe en fonction de compétences et de qualifications nécessaires dans la matière, le choix des fonctionnaires indépendants doit avant tout répondre à l'exigence de l'efficacité de l'organe intégré. Alors que dans la pratique d'autres facteurs influencent cette procédure. Selon E. Lagrange, il existe indéniablement une maîtrise des États sur la procédure de nomination des membres des organes intégrés⁷⁶⁰.

L'équilibre politique entre États constitue à cet égard le premier facteur à prendre en considération dans le choix des fonctionnaires internationaux. Sous contrainte de prendre en compte à la fois les prétentions des grandes puissances, en raison soit de leurs privilèges statutaires soit de leur influence politique, et des exigences de rotation en vue de veiller à l'équilibre politique international, le choix de la composition de l'organe s'effectue souvent sous l'influence des États membres. À cet égard, la désignation du Secrétaire général des Nations Unies en est un très bon exemple. Selon l'art. 97 de la Charte, il est nommé par l'Assemblée générale sur recommandation du Conseil de sécurité. Suite à l'exigence de la délégation soviétique lors de la Conférence de San Francisco, cette recommandation du Conseil de sécurité est soumise à l'approbation des membres permanents qui pourront exercer

⁷⁵⁸ *Idem.*, p. 176. Selon l'auteur, cette volonté des États de limiter la fonction des organes qui risquent de leur échapper dans leur fonctionnement est particulièrement flagrante au sein des organisations internationales n'ayant pour but que d'harmoniser les comportements de leurs États membres. Car, dans ces domaines-là, les États souhaitent toujours garder entièrement la maîtrise de toute action internationale qui risque de limiter leur liberté.

⁷⁵⁹ BEDJAOUI (M.), « L'humanité en quête de paix et de développement », op. cit., p. 76.

⁷⁶⁰ LAGRANGE (E.), *La représentation institutionnelle...*, op. cit., p. 221. Au sujet de l'influence des États sur la nomination des fonctionnaires internationaux, voir également SCHWOB (J.), *Les organes intégrés de caractère bureaucratique...*, op. cit., p. 165 et s.

leur droit de veto⁷⁶¹, ce qui fait qu'aucun des membres permanents ne puisse imposer un candidat.

Le principe de représentation géographique équitable en fonction duquel se déterminent souvent les compositions des organes intégrés montre également le rattachement à la logique interétatique⁷⁶². Les fonctionnaires internationaux sont en principe choisis indépendamment de leur nationalité. Cependant, le souci d'une représentation géographique équitable pousse parfois les organisations internationales à prendre en considération le critère de la nationalité⁷⁶³.

Ce constat se confirme déjà et sans exception pour les organisations intergouvernementales classiques, mais aussi pour des organisations comme l'OIT, en principe de nature mixte, et la Commission européenne⁷⁶⁴, considérée comme l'organe supranational par excellence. En effet, suivant la définition du fonctionnaire international, l'article 17 du TUE affirme l'indépendance des membres de la Commission par rapport à leur État de nationalité. Ils ne sont pas les représentants des États dont ils sont ressortissants. Cependant, le souci d'équilibre politique et de répartition géographique, ainsi que la volonté de créer un lien fort entre la politique communautaire et l'opinion publique de leur État de nationalité ont déterminé la philosophie de l'Union européenne sur le choix des membres de la Commission qui s'effectue toujours sur le critère de nationalité⁷⁶⁵.

Selon le par. 4 de l'art. 17 du TUE, jusqu'au 31 octobre 2014, la Commission sera composée d'un ressortissant de chaque État membre. Après cette date, le nombre de membres de la Commission correspondant aux deux tiers du nombre d'États membres, ils seront choisis « selon un système de rotation strictement égale entre les États membres permettant de refléter l'éventail démographique et géographique de l'ensemble des États membres ». Cette

⁷⁶¹ LAGRANGE (E.), *La représentation institutionnelle...*, op. cit., p. 222.

⁷⁶² *Idem.*, p. 252.

⁷⁶³ Cette exigence existe même au sein des organes de nature judiciaire. Par exemple la composition de la Cour internationale de Justice, qui est l'organe judiciaire principal de l'ONU, doit satisfaire, en vertu de l'article 9 de son Statut, cette exigence de représentation géographique équitable. Sur le rôle des États dans la composition des instances judiciaires voir supra.

On peut certes affirmer que la prise en compte de la nationalité des fonctionnaires internationaux est surtout pour objectif d'assurer une représentation la plus large possible de la diversité culturelle, politique, économique, idéologique ou religieuse des organisations internationales. Mais cela revient à reconnaître que l'État, en tant qu'unique critère de détermination de cette diversité, constitue l'organisation politique et sociale de base de la société internationale.

⁷⁶⁴ À ce sujet voir LAGRANGE (E.), *La représentation institutionnelle...*, op. cit., pp. 219-221.

⁷⁶⁵ Pour une réflexion semblable voir STEPHANOU (C. A.), « Le principe d'égalité statutaire des États », in *Le droit de l'Union européenne en principes, liber amicorum en l'honneur de Jean Raux*, Éd. Apogée, 2006, p. 378.

référence à l'égalité des États montre combien il est important de satisfaire l'exigence de représentation des États membres, même au prix de s'éloigner de l'esprit communautaire⁷⁶⁶.

On voit ainsi que, malgré le détachement d'une représentation étatique, il existe même au sein des organes intégrés un souci de représentation proportionnelle de tous les États. Certes, cela ne signifie pas qu'à travers les fonctionnaires internationaux la représentation étatique persiste. Mais rien que la prise en compte du critère de la nationalité montre combien les organisations internationales sont encore attachées à l'interétatisme.

B. Les inégalités statutaires justifiées par la logique interétatique

L'institutionnalisation internationale est fondée sur le principe de l'égalité des États⁷⁶⁷. Son respect constitue indiscutablement la condition *sine quo non* de la création et de la viabilité de toute organisation internationale, y compris les organisations d'intégration comme l'Union européenne⁷⁶⁸.

Le principe de l'égalité n'a pas une définition unique. Selon le terme de A. Cassese, c'est un « concept parapluie » qui englobe différents principes et devoirs⁷⁶⁹. Ce principe est consacré notamment dans la Charte des Nations Unies. Selon son article 2, par. 1, « l'Organisation est

⁷⁶⁶ Ce système de rotation a été proposé pour la première fois dans le *Projet du traité établissant une Constitution pour l'Europe* et fut maintenue dans le traité de Lisbonne. Valéry Giscard d'Estaing, le Président de la Convention sur l'avenir de l'Europe qui a préparé le projet du traité constitutionnel, a lui-même critiqué le maintien de l'idée de l'égalité entre États au sein de la Commission. Selon lui, le véritable critère de sélection devrait « reposer sur la compétence et l'engagement européen, en l'absence de toute considération ethnique. Mais la culture qui s'est développée récemment milite en faveur d'un accès égal de tous les États membres à la Commission. C'est pour cette raison que nous avons inscrit dans la constitution le principe de la rotation égale ». Voir l'article paru dans *Le Monde* du 21 juin 2003, intitulé « M. GISCARD D'ESTAING conteste le principe d'égalité des États au sein de la Commission ».

⁷⁶⁷ Voir KELSEN (H.), « The Principle of Sovereign Equality of States as a Basis for International Organization » *Yale Law Journal*, 1944, vol. 53, pp. 207-220.

⁷⁶⁸ STEPHANOU (C. A.), « Le principe d'égalité statutaire des États », op. cit., p. 373.

⁷⁶⁹ CASSESE (A.), *International Law*, op. cit., p. 48.

Selon la Résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée générale des Nations Unies, intitulée *Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies*, « [t]ous les États jouissent de l'égalité souveraine. Ils ont des droits et des devoirs égaux et sont des membres égaux de la communauté internationale, nonobstant les différences d'ordre économique, social, politique ou d'une autre nature.

En particulier, l'égalité souveraine comprend les éléments suivants ; a) Les États sont juridiquement égaux; b) Chaque État jouit des droits inhérents à la pleine souveraineté; c) Chaque État a le devoir de respecter la personnalité des autres États; d) L'intégrité territoriale et l'indépendance politique de l'État sont inviolables; e) Chaque État a le droit de choisir et de développer librement son système politique, social, économique et culturel; f) Chaque État a le devoir de s'acquitter pleinement et de bonne foi de ses obligations internationales et de vivre en paix avec les autres États ».

fondée sur le principe de l'égalité souveraine de tous ses Membres »⁷⁷⁰. Cette expression de l'« égalité souveraine » est contestée par certains. Selon M.-S. Korowicz, au lieu de l'égalité souveraine, on devait plutôt utiliser « égale souveraineté »⁷⁷¹. De notre point de vue, il est tout à fait compréhensible que les rédacteurs de la Charte n'aient pas retenu l'expression « égale souveraineté » qui aurait porté le risque de signifier que les États ont des pouvoirs et des compétences identiques. Ce n'est pas leur souveraineté, entendue dans le sens d'un ensemble de compétences étatiques et de « pouvoir faire », qui est égale mais c'est leur égalité qui est souveraine, au-dessus de tout. C'est en ce sens que ce principe est l'expression directe de la logique de la souveraineté des États. Si la souveraineté signifie le pouvoir suprême, celui-ci ne peut appartenir sur le plan international qu'à l'ensemble des États. C'est effectivement ce dernier point qu'exprime le terme « égalité », car l'égalité est la reconnaissance de la pluralité.

La particularité du système interétatique est qu'il ne s'agit pas d'une égalité absolue entre ses sujets mais d'une égalité souveraine, qui n'existe que sur le plan juridique. Cette distinction a des impacts qui se manifestent notamment au sein des institutions internationales. En effet, le processus d'institutionnalisation montre que dans l'ordre juridique international l'égalité est un concept relativisé (1), permettant l'introduction des inégalités fonctionnelles, justifiées par la logique interétatique⁷⁷² (2).

1. Un concept d'égalité relativisé

Selon B. Boutros-Ghali, le principe de l'égalité des États exprime au fond l'idée de démocratie internationale qui ne peut être fondée que sur l'idée de liberté⁷⁷³. À l'origine de cette idée de liberté se trouve plus l'influence de la philosophie hégélienne de l'État que celle de l'idée égalitaire de Rousseau. Ce point est important car à la différence de la philosophie

⁷⁷⁰ Pour un commentaire de cette disposition de la Charte voir KOHEN (M.), « Article 2, Paragraphe 1 », in *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article*, op. cit., pp. 399-416.

⁷⁷¹ L'expression de l'égalité souveraine figure premièrement à la Déclaration de Moscou. Elle a été adoptée également à la Conférence de San Francisco dans l'hypothèse que qu'elle « contenait les éléments suivants : 1° les États sont juridiquement égaux ; 2° chaque État jouit du droit inhérent à la pleine souveraineté ; 3° la personnalité de l'État est respecté ainsi que son intégrité territoriale et indépendance politique ; 4° l'État doit, dans l'ordre international, agir en accord fidèle avec ses devoirs et obligations internationaux ». Voir KOROWICZ (M.-S.), *Organisations internationales et souveraineté des États membres*, op. cit., p. 186. Il se réfère à Documents of UN Conference, San Francisco, 1945, vol. VI, Commission I, Doc. 944, I/1/34/1.

⁷⁷² Pour une analyse générale du rapport qui existe entre le principe de souveraineté et l'inégalité voir KINGSBURY (B.), « Sovereignty and Inequality », *EJIL*, 1998, pp. 599-625.

⁷⁷³ BOUTROS-GHALI (B.), « Le principe d'égalité des États et les Organisations Internationales », *RCADI*, vol. 100, 1960, p. 67.

politique de Rousseau qui expose l'égalité entre citoyens comme une chose naturelle, inhérente à l'être-humain, la théorie hégélienne de l'État et du droit pose l'égalité entre États comme un postulat : chaque État agit librement et mérite un minimum de respect parce que c'est un État⁷⁷⁴. Ainsi, le principe de l'égalité exprime une fiction n'étant valable que sur le plan juridique (a) et permettant des aménagements fonctionnels sur le plan pratique (b).

a. Le principe de l'égalité : la fonction égalisatrice d'une fiction juridique dans un monde d'inégalités

Le principe de l'égalité des États est une présomption juridique irréfragable⁷⁷⁵. Les présomptions constituent la base de la plupart des concepts et des notions juridiques que l'on emploie dans le langage juridique. Cela est aussi vrai dans l'ordre juridique international. On interprète les normes internationales et les pratiques des États à partir de présomptions juridiques. Par exemple, le fait que la volonté de l'État soit considérée libre s'impose comme une présomption et non pas comme une réalité de fait observée. En effet, si une entité est considérée juridiquement comme un État souverain, il est automatiquement supposé que cet État est indépendant et que sa volonté est libre⁷⁷⁶. Dans la réalité, elle peut l'être ou ne pas l'être. Mais on ne s'intéresse pas à cette réalité⁷⁷⁷. Il en est ainsi pour d'autres présomptions juridiques de l'ordre juridique international parmi lesquelles on trouve la présomption d'égalité.

⁷⁷⁴ Selon L. Duguit, c'est « sous l'influence des doctrines hégéliennes », que les publicistes allemands « ont posé la personnalité et la volonté souveraine de l'État comme existant en soi et pour soi » (DUGUIT (L.), « Jean-Jacques Rousseau, Kant et Hegel », op. cit., p. 175). C'est effectivement cette idée de liberté qui se trouve à la base de l'idée de l'égalité entre États.

Cependant, R.-J. Dupuy défend que l'idée de l'égalité dans l'ordre international, analysé notamment par Emeric de Vattel, est également influencée par « [l]a philosophie politique qui est à l'origine de la Révolution française, et tout spécialement celle de J.-J. Rousseau, [qui] était convaincue de la nécessité de substituer au système de l'Ancien Régime, établi sur des lois particulières, propres à chacun de groupes ou entités qu'elles concernaient, la loi générale est impersonnelle dont l'objet serait de promouvoir l'égalité entre les citoyens en refusant d'établir entre eux des privilèges ». Voir DUPUY (R.-J.), *La communauté internationale entre...*, op. cit., p. 108.

⁷⁷⁵ La présomption juridique sert à reconnaître l'existence d'un fait sans qu'il soit prouvé. Elle peut être combattue par toute contre preuve s'il s'agit d'une présomption simple ou relative, mais elle est considérée irréfragable, et donc absolue, si elle ne peut être renversée par aucune preuve contraire. Voir CORNU (G.) (sous dir.), *Vocabulaire juridique*, « Présomption », PUF, 9^e éd., p. 624.

⁷⁷⁶ En ce sens, P. Braud affirme que « postuler l'indépendance comme caractéristique fondamentale de la souveraineté entraîne des conséquences précises. C'est parce que l'État est réputé indépendant que sa signature l'engage effectivement lorsqu'il conclut des conventions internationales. Il ne peut alors alléguer aucun 'vice du consentement' qui lui permettrait de se soustraire à ses obligations, quelle que soit l'intensité des pressions exercées sur lui, sur le plan diplomatique, économique ou militaire ». Voir BRAUD (P.), *Penser l'État*, op. cit., p. 37 et 38.

⁷⁷⁷ Un autre exemple est la présomption de la plénitude de la compétence de l'État que l'on a déjà constatée. Voir *infra*. J. Kranz affirme effectivement qu'« [e]n disant que la compétence de l'État est pleine et exclusive, on exprime la présomption d'une capacité juridique (aspect potentiel) qui s'exerce dans la pratique d'une manière diversifiée ». Voir KRANZ (K.), « Notion de souveraineté et le droit international », op. cit., p. 414.

En raison de ce décalage entre l'idée qu'il exprime et la réalité, le principe de l'égalité des États constitue également une fiction. Selon le dictionnaire *Le Petit Robert*, la fiction est un « procédé qui consiste à supposer un fait ou une situation différente de la réalité pour en déduire des conséquences juridiques ». Le principe d'égalité est une fiction car l'existence des inégalités est une réalité⁷⁷⁸. Mais, puisque le principe d'égalité est une fiction juridique, c'est du point de vue formel que l'on analyse son effectivité réelle dans la vie internationale. De ce constat, il s'ensuit que les inégalités factuelles n'ont aucune influence automatique sur le statut juridique international de l'État⁷⁷⁹ : « attaché à la possession de la souveraineté », le principe de l'égalité assure un traitement juridique identique pour tous « sans considération pour l'inégalité effective des niveaux de puissance politique, économique, stratégique ou autre existant entre les États »⁷⁸⁰.

Il est vrai que le principe de l'égalité des États n'existe que dans la mesure où la fiction de la souveraineté des États est valable, c'est-à-dire, non pas en tant que réalité infalsifiable, mais d'une vision pluraliste, interétatique du droit international. De ce point de vue, le rapport du principe de l'égalité avec la souveraineté des États ressemble à celui qui existe entre le principe de l'indépendance et la souveraineté des États. Suivant une analyse purement formelle et du point de vue du droit international, ce sont deux concepts abstraits n'ayant des significations et des valeurs effectives que dans le domaine de validité de la fiction juridique de « la souveraineté des États ». En dehors de cet angle, une telle égalité entre les États n'a jamais existé et n'existera logiquement jamais⁷⁸¹. Donc, il est inutile de révéler les inégalités de fait entre les États afin de remettre en cause ce principe de l'égalité formelle.

Une autre erreur, toujours liée à cette conception erronée du principe de l'égalité, est de considérer certaines différences entre les statuts institutionnels des États comme une remise en cause de ce principe. Au sein des institutions internationales, certains États peuvent en effet disposer de statuts privilégiés en raison de leur différence démographique, géographique

⁷⁷⁸ Voir OST (F.), KERCHOVE (van de) (M.), *De la pyramide au réseau ?...*, op. cit., p. 163.

⁷⁷⁹ P.-M. Dupuy affirme effectivement que, dans le cadre d'une analyse purement formelle et juridique, il ne faut pas « s'arrêter à la distorsion existant entre l'affirmation juridique de l'égalité des États et la réalité effective (économique, stratégique, etc.) de leur profonde inégalité. Ce serait trahir l'objet même du recours à la fiction juridique de l'égalité souveraine auquel il est procédé pour faire que ce qui est sans doute faux dans les faits devienne vrai dans le droit ». Voir DUPUY (P.-M.), « L'unité de l'ordre juridique international... », op. cit., p. 99.

⁷⁸⁰ C'est effectivement en ce sens que le principe de l'égalité est une « fiction constituante ». *Idem.*, p. 201.

⁷⁸¹ D. Schindler affirme effectivement que « [l]e principe d'égalité est un principe négatif. Il doit exclure certains effets de l'inégalité de fait ; mais il ne donne aucun droit à l'égalité de fait ». Voir SCHINDLER (D.), « Contribution à l'étude des facteurs sociologiques et psychologiques du droit international », *RCADI*, vol. 46, 1933, p. 261.

et surtout économique et de pouvoir. Un tel privilège statutaire peut être reconnu en faveur des États puissants comme dans l'exemple du Conseil de sécurité des NU ou en faveur des États démunis suivant le principe de la discrimination positive ayant émergé avec la naissance du droit international du développement. Cette différenciation statutaire entre États membres n'est pas en contradiction avec le principe de l'égalité, entendu dans son sens signifiant que tous les sujets se trouvent juridiquement sur un pied d'égalité⁷⁸².

b. Une approche fonctionnelle engendrant des inégalités statutaires

Selon le concept égalitaire privilégié dans le processus d'institutionnalisation internationale que l'on a qualifié de fiction juridique, les États ne sont donc égaux que devant le droit. Si cette conception de l'égalité compromet « une égale coopération à la réglementation des intérêts de la communauté internationale » à travers notamment les organisations internationales, elle n'implique pas nécessairement « une égale participation à la constitution et au fonctionnement des organes préposés à la gestion de ces intérêts ». Cette définition de l'égalité que l'on trouve dans la *Déclaration des droits et des devoirs des Nations*, adoptée le 11 novembre 1919 par l'Union juridique internationale, conduit à une distinction entre « l'égalité de statut » et « l'égalité fonctionnelle »⁷⁸³. Selon G. Scelle, cette distinction est la reconnaissance du fait qu'un égalitarisme absolu entre États constitue « un obstacle à

⁷⁸² C'est d'ailleurs cela qui explique la popularité de ce principe. En ce sens, R.-J. Dupuy constate que « le principe de l'égalité souveraine des États, [...], présente un intérêt incontestable pour ceux que désavantagent l'exiguïté du territoire, l'insuffisance de la population, la rareté des ressources ou divers autres facteurs ; il leur permet de disposer de l'outillage juridique formel que le droit international met à leur disposition au même titre qu'aux États grands et forts et, aux Nations Unies, ils disposent d'une voix, comme tout un chacun. Sans méconnaître le prix de cette souveraineté formelle pour la conquête ou la récupération de laquelle les pays du Tiers-Monde ont lutté, ils ne sauraient s'en contenter » DUPUY (R.-J.), *La communauté internationale entre...*, op. cit., p. 108.

Dans le même sens F. Demichel défend que le principe d'égalité, considéré comme l'expression de la souveraineté de l'État, constitue « la seule arme juridique de l'État faible contre l'État fort », lui permettant notamment de refuser toute domination militaire et économique des États puissants et de « mener une politique nationale contre des forces internationales (droits de nationaliser, d'exproprier, de répudier des traités léonins) ». Selon l'auteur, « [l]a lutte contre la domination économique passe par le respect de la souveraineté politique et de l'indépendance nationale ». Ce constat reflète une vision du monde qui ne voit dans la société internationale que des « contradictions interimpérialistes entre États capitalistes et socialistes » (Voir DEMICHEL (F.), « Le rôle de la souveraineté dans les relations internationales contemporaines », op. cit., p. 1063). Mais la société internationale actuelle est beaucoup plus hétérogène que l'on pense. Ses objectifs, ses besoins et son développement sont aussi variés qu'on ne peut pas réduire à une lutte de classe continue au niveau international. En tout cas, sur le plan pratique, la souveraineté seule n'est pas capable de garantir de ce qu'on attend d'elle. On a vu à plusieurs fois que l'existence du principe de souveraineté sur le plan juridique et théorique n'a pas pu empêcher les États « forts » d'écraser les faibles.

⁷⁸³ L'art. 3. Cité par BOUTROS-GHALI (B.), « Le principe d'égalité des États et les Organisations internationales », op. cit., p. 30.

l'efficacité pratique du groupement»⁷⁸⁴. En effet, B. Boutros-Ghali affirme que cette conception d'égalité « tend à corriger les excès de l'égalitarisme », en vue de « rétablir l'équilibre entre l'inégalité de fait et l'égalité de droit, entre le respect des responsabilités et la loi du nombre ». Selon lui, c'est en ce sens que le concept égalitaire des organisations internationales doit être interprété d'une manière relative pour permettre une « inégalité fonctionnelle »⁷⁸⁵.

Selon P.-M. Dupuy, cette approche pragmatique implique que le principe de l'égalité puisse être « aménageable ». Elle permet ainsi d'engendrer des différences statutaires ou fonctionnelles entre États comme par exemple le statut de membre permanent dans un organe restreint de l'organisation internationale. Mais, ce principe en tant que fiction juridique est « indérogeable, au sens où ces aménagements ne remettent nullement en cause le principe auquel ils apportent un simple tempérament technique ». Selon lui, c'est effectivement là où se cache le génie de toute fiction juridique⁷⁸⁶.

En effet, cette interprétation fonctionnelle du principe de l'égalité permet que des inégalités fonctionnelles et statutaires entre États s'introduisent sans forcément démentir le formalisme que dégage le postulat fictif de ce principe⁷⁸⁷. Dissociant ainsi le statut juridiquement égal des États de leur faculté de participer aux activités et mécanismes de prise de décision des organisations internationales, la plupart des actes constitutifs n'hésitent pas, on peut le constater, à institutionnaliser des inégalités entre États membres⁷⁸⁸.

⁷⁸⁴ SCELLE (G.), Précis du droit des gens, t. I, op. cit., p. 241.

⁷⁸⁵ BOUTROS-GHALI (B.), « Le principe d'égalité... », op. cit., p. 30 et 32. Dans le même sens voir également CASSESE (A.), *International Law*, op. cit., p. 52-53.

⁷⁸⁶ Voir DUPUY (P.-M.), « L'unité de l'ordre juridique international... », op. cit., p. 309, plus particulièrement la note de bas de page 613.

Même les défenseurs les plus farouches du principe de la souveraineté n'hésitent pas à relever le caractère relativisé de ce principe de l'égalité des États. Par exemple, S. Sur reconnaît que « [l]es États sont virtuellement souverains et égaux, mais, dans leur pratique juridique, ils acceptent un certain nombre d'amodiations qui portent atteinte à la généralité effective du principe ». SUR (S.) Sur, « Quelques observations sur les normes juridiques internationales », op. cit., p. 908.

⁷⁸⁷ E. Lagrange souligne effectivement que ce « formalisme [...] a le mérite de ne pas distordre la réalité : que les États jouissent d'une capacité juridique identique n'empêchent nullement leurs droits et obligations de différer, pour autant que les différences se rattachent à leurs situation ou configuration particulières, et qu'ils y consentent ». Voir LAGRANGE (E.), *La représentation institutionnelle...*, op. cit., p. 58 et s., plus particulièrement p. 61.

⁷⁸⁸ On se limite ici aux inégalités statutaires qui ont été explicitement institutionnalisées, car il existe aussi des formes d'inégalité entre États résultant de leur capacité ou, plus précisément, de leur incapacité matérielle qui limite leur contribution, par conséquent leur influence au sein de l'organisation internationale. C'est le cas souvent chez les États sous-développés qui, par manque de moyen économique, se trouvent en position d'inégalité par rapport aux autres États, considérés pourtant juridiquement égaux. C'est dire que le droit international reconnaît aux États une égale capacité juridique mais non pas une égale possibilité pratique. Pour

Comme exemple, on doit certainement parler du Conseil de sécurité des Nations Unies qui, considérant les missions et les pouvoirs dont il dispose, a suscité et suscite toujours des réactions en raison notamment du statut de certains États qui y siègent. Selon l'article 23 de la Charte, la Chine, les États-Unis, la France, la Royaume-Uni et la Russie sont membres permanents du Conseil. En plus de leur représentation permanente, ces États disposent également d'un droit de veto (art. 27, par. 3), qui leur donne à chacun le pouvoir de bloquer toute résolution ou décision⁷⁸⁹. Ce qui signifie que, alors que les autres États risquent de se voir imposer une décision prise sans leur approbation, ce ne sera jamais le cas pour les cinq membres permanents. C'est effectivement en ce sens qu'il est souvent considéré que, dotés de « super sovereign powers », les membres permanents du Conseil de sécurité exercent leur souveraineté d'une manière moins restreinte que les autres États⁷⁹⁰ et que leur statut privilégié porte « un coup sensible au principe de l'égalité des États »⁷⁹¹. Alors que suivant l'interprétation relativisée du principe de l'égalité que l'on a exposée, le privilège dont disposent les Grandes Puissances dans le système onusien n'est qu'une inégalité fonctionnelle⁷⁹².

2. Les justifications des inégalités

Les rapports de force déséquilibrés et les inégalités de fait entre États sont des réalités de la vie internationale. Mais, « le plus fort n'est jamais assez fort pour être toujours le maître s'il ne transforme sa force en droit et l'obéissance en devoir »⁷⁹³. On a vu qu'une interprétation fonctionnelle du principe d'égalité peut permettre que ces inégalités de fait se transforment en inégalités *de jure* et que les organisations internationales deviennent l'instrument de cette

une réflexion semblable voir COLLIARD (C.-A.), « Quelques réflexions sur la structure et le fonctionnement des organisations internationales », op. cit., pp. 67-79.

⁷⁸⁹ Quoique le système de prise de décision au sein du Conseil soit la majorité qualifiée, pour les décisions autres que sur les questions de procédure, elle doit comprendre le vote de tous les États membres permanents, du moins qu'ils ne s'opposent pas. Pour énumérer quelques questions importantes, nécessitant l'action du Conseil de sécurité (recommandation, résolutions etc.), où le droit de veto donne à cinq Puissances un rôle important, on peut citer notamment l'admission de nouveaux membres (art. 4/2) ; la suspension de l'exercice des droits d'un membre et leur rétablissement (art.5) ; l'exclusion d'un membre (art.6) ; la prise des mesures coercitives, nécessaires au maintien de la paix et de la sécurité internationales dans le cadre des chapitres VI et VII, ainsi que des actions concernant le règlement pacifique des différends (art.94) ; la ratification des amendements à la Charte et de sa modification (art.108 et art.109).

⁷⁹⁰ En ce sens voir notamment NAGAN (W. P.), HAMMER (C.), « The Changing Character of Sovereignty in International Law and International Relations », op. cit., p. 158 ; KOROWICZ (M.-S.), *Organisations internationales et souveraineté des États membres*, op. cit., p. 188 et s., plus particulièrement p. 191.

⁷⁹¹ BOURQUIN (M.), *L'État souverain et l'Organisation internationale*, op. cit., p. 53.

⁷⁹² ROLIN (H.), « De la volonté générale dans les organisations internationales », op. cit., p. 557.

⁷⁹³ ROUSSEAU (J.-J.), *Le contrat social*, Pléiade, t. III, p. 354.

transformation. Mais comment « peut-on reconnaître institutionnellement que certains États ont une situation personnelle qui légitime un traitement préférentiel ? »⁷⁹⁴. Ne serait-ce pas admettre le « *Faustrecht* » qui n'est autre chose que la « négation du droit » ?⁷⁹⁵

La motivation principale de chaque État qui décide d'entrer dans une organisation internationale est de protéger et de promouvoir ses propres intérêts à travers la défense des intérêts communs. Par conséquent, il est tout à fait logique que chaque État demande un statut égal. Toutefois, une application stricte de l'égalité formelle peut parfois avoir des implications négatives dès la naissance de l'organisation internationale. Il est en effet difficilement imaginable qu'un État puissant abandonne sa supériorité de fait pour se trouver sur un pied d'égalité avec un micro-État. Dès la création d'une organisation internationale, cette réalité pèse. Ainsi, pour pouvoir défendre leurs propres intérêts au sein des organisations internationales, les autres États sont pratiquement contraints d'accepter les inégalités statutaires qu'il peut y avoir⁷⁹⁶. Du point de vue juridique, l'inscription de ces inégalités se justifie certes par le consentement des États (a). Mais, leur existence s'explique surtout sur le plan pratique, d'abord comme une nécessité de prendre en considération l'équilibre politique entre États membres (b) et, ensuite, du point de vue de l'efficacité de l'organisation internationale (c).

a. Le consentement

La première réponse qui vient à l'esprit de ceux qui sont farouches défenseurs de la souveraineté absolue et de la liberté inconditionnelle de la volonté des États est celle de dire que c'est leur consentement qui justifie théoriquement la situation privilégiée de certains États. Selon ce point de vue, si les inégalités existent c'est, logiquement, parce que les États les ont acceptées ainsi soit lors de leur entrée dans l'organisation, soit plus tard, par un amendement du traité constitutif de l'organisation. Il s'agit en tout cas d'une question qui

⁷⁹⁴ DUPUY (R.-J.), *Dialectiques du droit international*, op. cit., p. 46.

⁷⁹⁵ SCHELLE (G.), *Précis du droit des gens*, t. I, Préface, op. cit., p. x.

⁷⁹⁶ Voir VIRALLY (M.), « Panorama du droit international contemporain... », op. cit., p. 263. Il convient de préciser qu'il existe des différences statutaires entre États membres dans la quasi-totalité des organisations internationales. D'ailleurs, ce fait n'est pas vraiment lié à une transformation récente de la conception de la souveraineté. L'analyse de L. Sohn montre que déjà en 1946 des exemples d'inégalités de représentation existaient et se justifiaient sans problème du point de vue du principe de la souveraineté. Voir SOHN (L. B.), « Multiple Representation in International Assemblies », *AJIL*, 1946, pp. 71-99. L'auteur affirme effectivement que « [t]he principle 'one state one vote' is [...] not sacrosanct. There have been exceptions in the past, and there is no reason to believe that there will be none in the future » (p. 98).

relève de la capacité contractuelle internationale de l'État qui s'engage librement en vertu de sa souveraineté⁷⁹⁷.

Ici surgit un autre point qui suscite des interrogations par rapport aux exigences du principe de réciprocité. La réciprocité en tant qu'affirmation de la souveraineté des États signifie l'équilibre entre les engagements des États⁷⁹⁸, alors qu'un traité constitutif d'une organisation internationale, qui peut comprendre des dispositions créant des statuts inégalitaires, serait un traité déséquilibré. Comment alors concilier, d'une part, l'exigence d'équilibre et, d'autre part, les inégalités statutaires ? Il est important de préciser que l'équilibre que le principe de réciprocité exige n'est pas un équilibre quant au contenu des engagements des États dans le sens de l'équité. Le principe de réciprocité exige tout simplement que les États aient un égal statut dans un acte d'engagement. Une fois que ce principe est respecté, la question de l'égalité ou de l'équilibre quant au résultat de ce processus ne relève pas forcément de l'exigence de réciprocité mais dépend du marchandage entre les parties⁷⁹⁹. Autrement dit, une interprétation du concept d'égalité entre États dans l'optique du principe de réciprocité suppose que les inégalités statutaires ou, d'une manière générale, juridiques entre États se déterminent non pas suivant un principe d'équité qui s'imposerait en soi⁸⁰⁰, mais dans des engagements qui ont été librement consentis et qui résultent néanmoins de rapports de force et d'inégalités de fait qui existent entre eux. Un traité issu de la relation réciproque de deux États peut naturellement contenir des éléments causant des inégalités. Mais puisque, en vertu du principe de réciprocité, on supposera que ce traité a été librement consenti par les parties contractantes, ces inégalités seront justifiées par le principe de l'égalité lui-même. Partant, on peut affirmer que, en tant que garant de l'égalité de la volonté des États, la réciprocité apparaît

⁷⁹⁷ En effet, selon E. Decaux « la souveraineté prime l'égalité : un État peut renoncer à l'égalité 'en vue de situations particulières' [...] mais il ne peut sans doute pas accepter la contrainte extérieure ! Dans le premier cas, l'inégalité de fait rendrait l'égalité juridique inutile, voire néfaste. Mais dans le second cas, l'inégalité juridique est imposée à un État : ce n'est pas lui qui renonce 'librement' à la réciprocité, c'est l'autre partie qui le contraint. En fait, la frontière entre les deux notions est fragile : l'inégalité trouve facilement des alibis ». Voir DECAUX (E.), *La réciprocité en droit international*, op. cit., p. 21-22.

⁷⁹⁸ *Idem.*, p. 18.

⁷⁹⁹ *Idem.*, p. 56 et s. Selon E. Decaux, la réciprocité « implique d'abord la reconnaissance de l'altérité, mais aussi la recherche de l'équilibre avec l'autre. Il ne s'agit pas seulement d'une balance des intérêts ou des forces. La réciprocité présente en elle-même un élément de la justice qui correspond à la définition classique du droit – *suum cuique tribuere*. La grande idée de la réciprocité, c'est qu'en l'absence d'un tiers arbitre, c'est par la dialectique juridique des obligations que doit s'établir la justice commutative » (p. 344). Selon lui, c'est en ce sens que la réciprocité est « un principe qui assure la coexistence des États » (p. 345).

⁸⁰⁰ On entend par l'équité, la nécessité de « traiter de manière égale les choses égales et de manière inégale les choses inégales », selon la fameuse sentence qu'on attribue à Aristote.

comme un moyen d'enregistrer les inégalités de fait et de les justifier du point de vue juridique⁸⁰¹.

b. Une nécessaire prise en considération de l'équilibre politique entre États

Dans son avis consultatif relatif à la *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, la Cour internationale de Justice souligne clairement que « les Nations Unies sont une Organisation politique, ayant une mission politique d'un caractère très important »⁸⁰². Cette nature politique des organisations internationales se manifeste, on l'a vu, à chaque occasion ; au sujet de l'admission d'un nouveau membre, dans la structure organique de l'organisation et aussi au sujet de l'équilibre politique entre États membres qui conduit parfois à une inégalité statutaire. L'idée de départ de cette approche est de dire que les États sont égaux juridiquement, non pas politiquement.

Il est vrai que les organisations internationales sont avant tout des institutions politiques qui doivent prendre en compte l'équilibre politique entre États et la structure politique internationale. On peut même dire que la viabilité d'une organisation internationale dépend essentiellement de sa capacité à respecter les inégalités de fait existant entre États et de les réconcilier avec le principe de l'égalité souveraine.

La prise en considération de l'équilibre politique entre États est importante dès la naissance de l'organisation internationale pour que celle-ci ne soit pas une initiative mort-née. En effet, comme l'expérience de la SDN l'a montré, l'absence de certaines grandes puissances pour des raisons politiques conduit l'organisation à l'échec. C'est pourquoi il est tout à fait logique et parfois bien nécessaire que les rapports de force et les conflits politiques qui marquent la vie internationale trouvent leur reflet dans la structure et les activités des organisations internationales qui ne peuvent pas s'isoler du monde dans lequel elles se trouvent et qu'elles sont censées guider. La structure d'une organisation interétatique doit être le reflet de cet équilibre de pouvoirs du moment de sa création.

⁸⁰¹ En ce sens, on peut se référer à E. Lagrange qui constate justement que « [l]e consentement aux inégalités statutaires est en lui-même l'expression d'inégalités 'naturelles' ». Voir LAGRANGE (E.), *La représentation institutionnelle...*, op. cit., p. 62.

⁸⁰² *CIJ Rec.*, 1949, p. 179.

Les inégalités statutaires entre États sont donc la traduction de « l'équilibre existant à un moment donné entre les forces en présence »⁸⁰³. Selon M. Virally, la Charte de l'ONU repose également sur un système d'équilibres : l'équilibre entre l'organisation et les États membres, l'équilibre entre grandes puissances et l'équilibre entre grandes puissances et les autres membres⁸⁰⁴. Issu de l'équilibre politique qui existe sur la scène internationale, ce système d'équilibres constitue la reconnaissance notamment du fait que la politique internationale a été toujours dominée par les grandes puissances et que la paix internationale passe par la réalisation d'un minimum d'entente et d'équilibre entre elles.

Il est vrai que, sur la scène internationale, c'est toujours dans une sorte de « balance of power » que la recherche de la paix s'est effectuée⁸⁰⁵. Pour les États, tout repose sur la convenance de mettre en balance les forces et de garantir les situations acquises par l'établissement de contrepoids⁸⁰⁶. Cette volonté des États fait souvent que les organisations internationales deviennent l'instrument du maintien du *statu quo* politique qui a existé au moment de leur création. Créée tout de suite après la Seconde Guerre mondiale, l'ONU, plus particulièrement son Conseil de sécurité, en constitue à cet égard l'exemple le plus significatif. La composition de cet organe, avec ses cinq membres permanents qui disposent du droit de veto, reflète la situation géopolitique de l'après-guerre⁸⁰⁷. Depuis, la montée en puissance des perdants de la Seconde Guerre mondiale, notamment de l'Allemagne et du

⁸⁰³ De BRICHAMBAUT (M. P.), DOBELLE (J.-F.), COULÉE (F.), *Leçons de droit international public*, op. cit., p. 25.

⁸⁰⁴ VIRALLY (M.), *L'Organisation Mondiale*, op. cit., p. 102 et s.

⁸⁰⁵ Cette recherche d'équilibre politique existe depuis la Paix de Westphalie et continue d'être une des conditions importantes et nécessaires du maintien de la paix et de la sécurité. La naissance de l'ONU n'a fait que reconnaître cette réalité qui est de considérer les grandes puissances comme gardien de la paix et de la sécurité internationales. Cela nous montre que malgré son apport sur le plan du développement de la coopération, l'institutionnalisation internationale continue à porter les marques du système interétatique établi depuis les traités de Westphalie (Voir GROSS (L.), « The peace of Westphalia, 1648-1948 », op. cit., p. 21 et 27).

Ce qui est toutefois regrettable c'est que cette recherche d'équilibre reste encore la motivation principale de l'institutionnalisation internationale qui doit être pourtant destinée à la poursuite des objectifs dans l'intérêt non seulement des États mais aussi pour les intérêts de l'humanité toute entière, y compris et surtout ceux qui ne sont pas représentés par les États.

⁸⁰⁶ Voir HINSLEY F.H., *Sovereignty*, op. cit., p. 199; JACKSON (R. H.), *Quasi-states: Sovereignty, International Relations and the Third World*, Cambridge, 1990, p. 23.

⁸⁰⁷ La mise en place de la Société des Nations, issue de l'idéalisme wilsonien, constitue la première tentative de création d'un système ordonné de coexistence des États. Comme la première, la deuxième – ONU – reste destinée à maintenir le *statu quo* qui existait au sein de la communauté des États lors de la création de l'organisation. Fondée au plan juridique sur des principes égalitaires, l'ONU demeure néanmoins inégalitaire respectant la composition politique déséquilibrée entre États. Voir OST (F.), KERCHOVE (van de) (M.), *De la pyramide au réseau ?...*, op. cit., p. 164. Voir également WALLERSTEIN (I.), « The New World Disorder: If the States Collapse, can the Nations be United ? », in *Between Sovereignty and Global Governance, The United Nations, the State and Civil Society*, A. J. Paolini, A. P. Jarvis et C. Reus-Smit (sous dir.), 1998, p. 174 et s.

Japon, et des pays du tiers monde n'a pas eu d'effet permanent sur la composition du Conseil de sécurité⁸⁰⁸.

Bien sûr, on ne peut pas attribuer à la Charte la faute de créer des déséquilibres entre États, qui lui préexistaient. Elle n'a fait que les enregistrer dans un cadre juridique. Mais en le faisant, elle a en même temps légalisé et renforcé les situations privilégiées.

c. Le souci d'efficacité de l'organisation internationale

On a constaté que les inégalités statutaires entre États, qui se manifestent notamment au sein des organes restreints, découlent d'une approche fonctionnelle du principe de l'égalité. Parmi les réflexions qui justifient ces inégalités fonctionnelles, deux groupes se distinguent par l'adhésion qu'ils recueillent dans la doctrine. Selon le premier, le statut privilégié de certains États se justifie dans une logique de représentation qui consiste à dire que ces États ont été choisis et investis d'un statut privilégié par les autres États pour les représenter⁸⁰⁹. On voit ici une transposition de l'idée de la démocratie représentative à l'ordre juridique international. On avait constaté que les nécessités fonctionnelles exigent la création des organes restreints dans lesquels ne sont représentés qu'un nombre limité d'États. Cependant, la base interétatique de toute institutionnalisation ainsi que le principe de l'égalité des États exigent en même temps que le pouvoir appartienne, au sein de l'organisation internationale, à l'ensemble des États et non à quelques-uns seulement. Selon G. Feuer, ces deux exigences ne peuvent être simultanément satisfaites que si les membres de l'organe restreint sont « élus par l'organe plénier, ou bien qu'il agisse par la délégation de celui-ci ». Ce système engendre une conception de l'égalité qu'il qualifie de démocratique, permettant ainsi l'existence de certaines inégalités entre États⁸¹⁰.

Considérant l'antagonisme qui règne en permanence dans les rapports interétatiques, on doit dire à propos de cette théorie de la représentation que la justesse de cette interprétation excessivement fictive peut difficilement être confirmée. En effet, dire que l'État, siégeant en permanence à l'organe restreint, représente l'ensemble des intérêts des États, du moins de sa région, est une pure fiction. L'expérience nous montre que ce n'est qu'à travers la défense de

⁸⁰⁸ On a dit effet permanent car on va voir au titre suivant que les changements géopolitiques, économiques et stratégiques influent d'une certaine manière la composition du Conseil de sécurité grâce au système de rotation.

⁸⁰⁹ BOUTROS-GHALI (B.), « Le principe d'égalité... », op. cit., p. 33.

⁸¹⁰ FEUER (G.), « Nations Unies et Démocratie », in *Le Pouvoir*, Mél. G. Burdeau, 1977, pp. 1075-1077. Selon l'auteur, seul le principe de l'égalité démocratique peut empêcher la constitution d'un système oligarchique.

ses propres intérêts et dans la mesure de leur chevauchement avec les intérêts généraux qu'un État peut être représentatif.

Selon le deuxième groupe, l'existence des inégalités statutaires vient du souci d'effectivité de l'organisation internationale. Cette approche pragmatique estime que si « [l]es grands États bénéficient d'une situation privilégiée » au sein des organisations internationales, c'est « en raison de leur situation personnelle dans la société inter-étatique »⁸¹¹. J. Kranz constate effectivement que, alors qu'en principe « [l]es différences concernant le potentiel économique, militaire, démographique ou territoriale des États [...] restent sans effet direct pour le statut de l'État en droit international, [...] elles ne sont pas sans importance pour les possibilités réelles de l'exercice des compétences de chaque État et pour son rôle international »⁸¹². Cet impact des différences matérielles des États sur le rôle qu'ils jouent sur la scène internationale est particulièrement visible au sein des organisations internationales.

Dans leur fonctionnement, les organisations internationales s'appuient généralement sur la capacité matérielle de leurs États membres. Elles ont besoin de la contribution économique, politique, militaire des États pour atteindre leurs objectifs. Cette contribution peut varier d'un État à l'autre en fonction de leur propre capacité matérielle. Cette différenciation de contribution entre États membres peut également engendrer des différences statutaires entre eux. Ces différences varient naturellement en fonction de la nature, des buts et du fonctionnement de l'organisation internationale en question : la contribution économique des États pour des organisations économiques comme le FMI, la situation démographique des États pour le Conseil de l'Union européenne⁸¹³ et la puissance économique, politique et militaire pour la composition du Conseil de sécurité de l'ONU.

Les inégalités de fait se transforment en inégalité statutaire notamment au sein des institutions ou des organes opérationnels, destinés à des activités demandant des ressources financières, militaires, etc. Il s'agit généralement des organes restreints des organisations internationales qui ne peuvent admettre que la représentation de certains États. Le Conseil de sécurité des

⁸¹¹ BOUTROS-GHALI (B.), « Le principe d'égalité... », op. cit., p. 34.

⁸¹² KRANZ (J.), « Notion de souveraineté et le droit international », op. cit., p. 418. Dans le même sens R.-J. Dupuy écrit que « Nul ne songe à contester que ceux qui ont un rôle particulier à jouer, à raison de leur puissance notamment, dans l'exécution des décisions de l'organisation, se voient attribuer des responsabilités spéciales ». Voir DUPUY (R.-J.), *Dialectiques du droit international*, op. cit., p. 46.

⁸¹³ MESTRE (C.), « Conseil de l'Union européenne », in *Encyclopédie Dalloz*, Répertoire de droit communautaire, mars 2011, par. 86 et s.

Nations Unies constitue à cet égard le meilleur exemple⁸¹⁴. E. Lagrange affirme que la représentation permanente de certains membres au sein des organes restreints est une question d'efficacité de l'organisation internationale⁸¹⁵. Selon elle, admettre que « soient toujours personnellement représentés tous ceux sans qui l'organisation serait inefficace », est une conséquence naturelle d'une approche politiquement réaliste⁸¹⁶. Si une organisation internationale à vocation mondiale comme l'ONU se donne pour objectif de maintenir la paix et la sécurité internationales, il est primordial que soit assurée la participation directe des États les plus actifs et influents de la scène internationale⁸¹⁷.

Ce souci d'efficacité est également visible dans le fonctionnement du système de rotation au sein du Conseil de sécurité. Ce système vise a priori à réduire le problème de représentation des États causé par la composition restreinte de cet organe. Il permet à tous les États membres d'y être désignés et d'y assurer ainsi une meilleure représentativité de l'ensemble au sein de l'organe en question. Le premier paragraphe de l'article 23 de la Charte pose deux critères pour le choix de membres non-permanents du Conseil. Il demande certes que la désignation du membre non permanent se fasse dans le respect d'une « répartition géographique équitable ». Mais il exige surtout que soit déterminante la contribution de l'État à la réalisation des objectifs de l'organisation. Ainsi, on peut constater que le privilège d'être représenté au sein du Conseil de sécurité est reconnu surtout aux États qui disposent d'une

⁸¹⁴ Il est vrai qu'au sein de l'Assemblée générale, il n'existe pas d'inégalités de droit malgré les inégalités de fait entre États dans le domaine économique, politique ou démographique – sauf peut-être que la contribution financière des États membres change –. Selon P.-M. Dupuy, le système onusien offre à cet égard l'exemple d'« une tentative de conciliation et d'équilibre précaire entre ces exigences [représentativité, égalité, efficacité] partiellement contradictoires : à l'Assemblée générale, organe 'démocratique' par excellence, puisque tous les membres y sont représentés et que chacun dispose d'une voix, fait pendant le Conseil de sécurité, organe restreint, au sein duquel chacun des cinq grands possède une possibilité blocage (droit de veto) ». Voir DUPUY (P.-M.), KERBRAT (Y.), *Droit international public*, op. cit., p. 192.

⁸¹⁵ LAGRANGE (E.), *La représentation institutionnelle...*, op. cit., p. 58 et s.

⁸¹⁶ *Idem.*, p. 124.

Dans son avis consultatif sur l'*Interprétation de l'article 3, paragraphe 2 du traité de Lausanne*, la Cour permanente de Justice internationale s'appuie également sur ce point de vue. La CPJI, condamnant le vote majoritaire qui risquerait de ne pas comprendre le consentement « nécessaire » des grandes Puissances et défendant l'unanimité pour ce qui concerne les décisions sur des questions concernant la paix internationale, donne en même temps l'explication nécessaire qui justifie l'introduction des inégalités statutaires entre États membres. Selon la Cour, ce n'est que « par le consentement unanime des Puissances qui le composent » que les décisions de l'Organisation « peuvent avoir l'autorité dont elles ont besoin. [...] D'autre part, il serait difficilement concevable que des résolutions sur des questions affectant la paix du monde puissent être prises contre la volonté de ceux, parmi les Membres du Conseil, qui, tout en y étant en minorité, devraient, à raison de leur situation politique, en supporter pour la plus grande partie le poids et les conséquences ». Voir Publication de la CPJI, 1925, Série B, p. 29.

⁸¹⁷ G. Berlia constate effectivement que « le gouvernement international, le pouvoir exécutif sont assurés par ceux qui détiennent la plus grande force et seule cette force qu'ils détiennent justifie, même si du point de vue éthique la chose est regrettable, le gouvernement international qu'ils assurent ». Voir BERLIA (G.), « La doctrine de Georges Scelle, étude de quelque thèmes », op. cit., p. 391.

certaine influence et capacité matérielle sur le plan international. Ainsi, la mise en place de ce système de rotation reflète parfaitement le souci de l'organisation internationale de s'adapter à la configuration politique et aux circonstances changeantes de la société internationale en vue de rester fonctionnelle et efficace⁸¹⁸.

Selon E. Lagrange, cette exigence de respecter la configuration politique de la société internationale a entraîné l'apparition d'une nouvelle catégorie entre membres permanents et non-permanents d'un organe restreint : les « membres semi-permanents »⁸¹⁹. Ceci n'est pas un statut juridique mais une situation qui apparaît *de facto* en fonction des choix ou des élections répétitifs en faveur de certains États. C'est ainsi que le Brésil a siégé au Conseil de sécurité des Nations Unies pendant dix-neuf ans depuis 1946, soit presque un tiers de l'existence de l'Organisation mondiale. Un autre géant régional, le Japon, malgré son admission tardive en 1956, y a siégé pendant vingt ans. Ces quelques exemples montrent nettement le poids des différences matérielles des pays et leur transformation en inégalités de droit au sein des organisations internationales.

Comme J. Verhoeven le constate, une organisation internationale, c'est « un instrument que contrôlent les États, certains plus que d'autres au demeurant »⁸²⁰. On a essayé de montrer la pertinence de la logique interétatique à la fois dans la philosophie constitutive et la structuration des organisations internationales. Dans ces aspects-là, on peut affirmer que l'institutionnalisation internationale ne signifie pas la fin de la logique interétatique. Au contraire, elle est son affirmation et sa consolidation. Il faut se demander maintenant si cette logique interétatique, en tant que traduction du principe de la souveraineté des États, reste encore déterminante une fois que l'organisation internationale existe. Dans cette perspective, il convient d'analyser maintenant les conséquences de la logique interétatique sur le fonctionnement de l'organisation internationale.

⁸¹⁸ Il est vrai que l'institution d'un système de rotation est l'expression à la fois de l'existence de profondes inégalités entre États et de la nécessité de les réconcilier par rapport à la souveraineté des États. Puisque la non représentation de certains États porte atteinte au principe de l'égalité des États, le bon fonctionnement de ce système de rotation et la prise en compte des changements dans la configuration de la société internationale sont très importants pour la légitimité et l'efficacité de l'organisation internationale. Voir LAGRANGE (E.), *La représentation institutionnelle...*, op. cit., p. 63.

⁸¹⁹ *Idem.*, p. 70.

⁸²⁰ VERHOEVEN (J.), « Considération sur ce qui est commun... », op. cit., p. 140.

Section II. La logique interétatique dans le fonctionnement de l'organisation internationale

La logique interétatique, qui a déterminé la création et la structure institutionnelle des organisations internationales, marque également leur fonctionnement. On a affirmé qu'il serait erroné d'opposer les États membres à l'organisation internationale, qui ne représente en somme qu'un ensemble constitué d'États. En effet, dans la mesure où une collectivité ne peut exister qu'à travers les individualités, une organisation internationale ne pourra se détacher réellement de ses composants que sont les États. À cet égard, on peut affirmer que la logique institutionnelle qu'engendre l'institutionnalisation internationale s'identifie largement à la logique interétatique. Mais le maintien de la logique interétatique n'empêche qu'il puisse y avoir une tension entre, d'une part, les exigences de la logique interétatique et, d'autre part, les intérêts particuliers des États membres.

Il est vrai que la réconciliation des exigences particulières des États membres avec les exigences de la vie collective institutionnelle est la principale difficulté qui se pose au sein d'une organisation internationale. M. Virally constate effectivement que le développement de l'organisation internationale s'effectue toujours dans « une tension entre les exigences de sa fonction – trouvant leur source dans la reconnaissance de la part de ses membres de certains intérêts communs – et les résistances qu'y opposeront certains d'entre eux en vue de protéger d'autres intérêts, qui leur sont propres et qu'ils légitiment par l'invocation de leur souveraineté »⁸²¹.

Cette tension entre la logique institutionnelle, qui s'identifie comme la logique interétatique, et la logique de la souveraineté de l'État est particulièrement visible sur deux fronts. Il s'agit, d'une part, de l'autonomie fonctionnelle des organisations internationales (Paragraphe I) et, d'autre part, de leur autorité sur les États membres (Paragraphe II).

Paragraphe I. L'autonomie fonctionnelle des organisations internationales comme traduction de la logique interétatique

Le concept de fonction constitue un critère qui marque toute la vie institutionnelle des organisations internationales. Pour ne parler que de quelques exemples illustratifs, on peut évoquer notamment la reconnaissance de leur personnalité juridique et l'affirmation des

⁸²¹ VIRALLY (M.), « La notion de fonction... », op. cit., p. 296.

compétences implicites qui sont toutes les deux expliquées sous ce concept de fonction⁸²². Il s'agit donc d'un concept qui détermine largement le débat sur l'autonomie des organisations internationales.

L'autonomie des organisations internationales est la conséquence logique de l'existence d'un appareil d'organes distinct des États membres⁸²³. L'objet de notre analyse sera limité à l'examen de la nature de cette autonomie afin d'appréhender les incidences du phénomène d'institutionnalisation sur la logique de la souveraineté et de montrer ainsi la tension qui peut exister entre la logique interétatique, traduisant l'intérêt collectif, et la logique de la souveraineté de l'État qui privilégie le volontarisme étatique.

Dans la mesure où la création de l'organisation internationale correspond à une sorte de rencontre des volontés, ou proprement dit, des intentions concordantes, dès le début, ce facteur de volontarisme est déjà très limité. Une fois l'organisation internationale apparue, le rôle de la volonté individuelle de chaque État se voit encore réduit en faveur d'une volonté commune, constituée par l'ensemble des États parties. Ainsi, on assiste à un dépassement de l'individualisme étatique dans le fonctionnement de l'organisation internationale. Ce dépassement s'avère nécessaire à la fois pour la réalisation de l'intérêt commun (A) et pour l'efficacité de l'organisation (B).

A. Une autonomie fonctionnelle nécessaire à la réalisation de l'intérêt commun

Le constat d'une forte présence de la logique interétatique dans la structure institutionnelle des organisations internationales ne signifie pas que celles-ci sont dépourvues de toute autonomie fonctionnelle par rapport à leurs États membres. Motivée par l'objectif de la réalisation de l'intérêt commun, l'autonomie des organisations internationales s'affirme d'abord par la reconnaissance d'une personnalité juridique distincte (1). On va voir ensuite que l'extension des pouvoirs des organisations internationales, qui leur assure une certaine autonomie fonctionnelle vis-à-vis de leurs créateurs, se justifie également par cet objectif de réalisation de l'intérêt commun (2).

⁸²² En effet, on parle bien souvent de la « personnalité fonctionnelle » (DUPUY (P.-M.), KERBRAT (Y.), *Droit international public*, op. cit., p. 2002), de la « compétence fonctionnelle » (DUPUY (R.-J.), *La communauté internationale entre...*, op. cit., p. 72) ou encore de l'« autonomie fonctionnelle » (*idem.*, p. 79) des organisations internationales.

⁸²³ Voir VIRALLY (M.), « Définition et classification des organisations internationales... », op. cit., p. 54.

1. Le détachement de l'organisation internationale de ses États membres

On a constaté que la structure actuelle des organisations internationales correspond à « un système représentatif des membres associés »⁸²⁴. Cela dit, les organisations internationales ne sont pas de simples plates-formes où les États essaient de concilier leurs propres intérêts. Pour employer les termes de R.-J. Dupuy, une organisation internationale « ne saurait être assimilée à un simple cadre offert à la rencontre de ses membres ; c'est un univers organique et normatif »⁸²⁵. Elle se distingue notamment par le fait qu'elle dispose d'un lieu d'administration distinct, d'organes permanents et d'agents propres, de privilèges et d'immunités, de pouvoirs d'autorégulation, etc.

Ce détachement de l'organisation internationale de ses États membres a été rapidement confirmé par la jurisprudence internationale. Dans son avis consultatif sur la *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, la Cour internationale de Justice a clairement indiqué que

« La Charte ne s'est pas bornée à faire simplement de l'Organisation créée par elle un centre ou s'harmoniseraient les efforts des nations vers les fins communes définies par elle (article premier, par. 4). Elle lui a donné des organes ; elle lui a assigné une mission propre. Elle a défini la position des Membres par rapport à l'organisation en leur prescrivant de lui donner pleine assistance dans toute action entreprise par elle (article 2, par. 5), d'accepter et d'appliquer les décisions du Conseil de Sécurité, en autorisant l'Assemblée générale à leur adresser des recommandations, en octroyant à l'Organisation une capacité juridique, des privilèges et immunités sur le territoire de chacun de ses Membres, en faisant prévision d'accords à conclure entre l'organisation et ses Membres »⁸²⁶.

De ce fait, la Cour a conclu que l'Organisation est « placée, à certains égards, en face de ses Membres ». Ce détachement de l'organisation internationale de ses États membres est souligné d'une manière encore plus explicite dans la version anglaise de cet avis qui se lit comme suit : « Organization [...] occupies a position in certain respects in detachment from its Members »⁸²⁷.

⁸²⁴ LAGRANGE (E.), *La représentation institutionnelle...*, op. cit., p. 39.

⁸²⁵ DUPUY (R.-J.), *La communauté internationale entre...*, op. cit., p. 52.

⁸²⁶ CIJ Rec., 1949, p. 178 et 179. Sur le rôle important de la CIJ pour l'affermissement de l'autonomie de l'ONU voir DUPUY (R.-J.), *La communauté internationale entre...*, op. cit., p. 76 et s.

⁸²⁷ L'avis consultatif *précité* de la CIJ, Rec. 1949, p. 179.

À la différence d'une simple conférence diplomatique, conçue comme « une juxtaposition d'États » et « dépourvue d'une volonté propre »⁸²⁸, l'organisation internationale dispose donc d'une personnalité internationale, indispensable à la réalisation de ses buts⁸²⁹. La possession d'une personnalité internationale implique que l'organisation internationale possède certaines capacités juridiques⁸³⁰ et qu'elle jouisse d'une certaine autonomie interne et externe par rapport à ses États membres⁸³¹.

Cependant, ce détachement est partiel et relatif. L'existence de la personnalité juridique de l'organisation internationale ne signifie pas qu'elle est complètement détachée du groupe qui l'a créée. Pour expliquer ce propos, on va se référer au concept d'intérêt commun dont la compréhension s'effectue encore, au sein des organisations internationales classiques, à travers la logique interétatique⁸³².

⁸²⁸ DUPUY (R.-J.), *La communauté internationale entre...*, op. cit., p. 77.

⁸²⁹ L'avis consultatif *précité* de la CIJ, Rec. 1949, p. 178.

⁸³⁰ Selon P.-M. Dupuy et Y. Kerbrat, il s'agit notamment du droit de conclure des traités avec des États membres, des États tiers ou d'autres organisations ; du droit de légation passive et active (des missions permanentes) ; du droit de présenter des réclamations internationales ; et de l'autonomie financière. Voir DUPUY (P.-M.), KERBRAT (Y.), *Droit international public*, op. cit., p. 203 et 204.

⁸³¹ Selon M. C. Ciciriello, l'organisation internationale disposera d'une autonomie interne « à partir du moment où elle sera en mesure, d'imposer le respect de son propre ordre juridique aux États membres basé sur le principe de la légalité, d'exprimer sa volonté autonome par rapport à celle des États membres sur la base d'un processus décisionnel de majorité et de financer ses propres activités par le biais d'un système autonome autre que celui des États membres qui sont toujours considérés individuellement ».

Quant à son autonomie externe, l'organisation internationale doit jouir, selon elle, « d'une autonomie vis-à-vis des États membres dans la gestion de ses propres relations internationales, en ayant la capacité d'instaurer des rapports internationaux autonomes avec les autres sujets de l'ordre, de se placer dans un rapport paritaire par rapport aux autres sujets internationaux et d'être capable de se placer comme centre autonome d'imputation de situations juridiques actives et passives en son nom et pour son propre compte, assumant ainsi la responsabilité internationale de ses propres actes et comportements. La capacité à conclure des accords internationaux en son propre nom et pour son propre compte, la participation à la vie des autres organisations internationales en tant qu'observateur ou membre comme c'est actuellement le cas pour la Communauté européenne, l'exercice du pouvoir de délégation actif et passif, la capacité à ester en justice auprès des juridictions internationales et d'activer les mécanismes de solutions des différends à l'égard d'autres sujets internationaux, doivent être considérées comme étant des manifestations significatives de cette autonomie ». Voir CICIRIELLO (M. C.), « Les organisations non gouvernementales sujets de droit international: un problème ouvert », in *International Law: New Actors, New Concepts - Continuing Dilemmas, Liber Amicorum Boidar Bakoti*, B. Vukas et T. Šošić, MNP, 2010, p. 108 et 109.

⁸³² Cependant, on tient à préciser que, par cette identification du groupe d'États dans l'acte de l'organisation, on ne défend pas que le fonctionnement de l'organisation soit de nature conventionnelle, comme le suppose P. Weil. Au sujet du caractère contraignant des actes des organisations internationales, P. Weil écrit en effet : « Là encore, pourtant, l'attache conventionnelle est indéniable. Sociologiquement et politiquement, d'abord, puisque derrière les organisations ce sont les États qui agissent : les organisations servent d'instrument – et parfois de parapluie et de couverture – à l'action des États. Mais aussi juridiquement, puisque le pouvoir normatif des organisations ne s'exerce qu'en vertu, et dans la limite, de leur acte constitutif, lequel n'est autre chose qu'un traité multilatéral ». Voir WEIL (P.), « Le droit international en quête de son identité... », op. cit., p. 153.

Certes, que ce soit pendant la prise de décision au sein de l'organisation internationale ou que ce soit au moment de l'entrée en vigueur de la décision prise, le consentement des États est déterminant. Toutefois, selon E. Lagrange, cela « ne certifie pas que l'acte adopté soit de nature conventionnelle » (p. 260). Le rôle du consentement de l'État « n'anéantit pas [...] l'existence hypothétique de la personne morale » (p. 261). Car,

Il convient d'abord d'évoquer deux acceptations générales : la première est de dire que la fonction principale de toute organisation internationale est la réalisation de l'intérêt commun ; et la deuxième suppose que chaque État cherche, par son entrée dans une organisation internationale, à promouvoir ses propres intérêts. Ces deux propositions, qui semblent être en contradiction, dévoilent parfaitement la nature de ce rapport très intime qui existe entre l'intérêt commun recherché par l'organisation internationale et les intérêts particuliers des États membres. Du point de vue de la persistance de la logique interétatique, il existe deux conclusions fondamentales à tirer de ce rapport. Premièrement, si l'intérêt commun n'inclut pas forcément les intérêts particuliers des États membres avec lesquels il se trouve parfois en opposition, il ne les ignore pas non plus dans la mesure où il ne résulte en fin de compte que de leur harmonisation. Deuxièmement, malgré l'illusion que le terme « commun » peut créer, le concept d'intérêt commun privilégié au sein des organisations internationales classiques est essentiellement état-centrique⁸³³. La référence à laquelle le terme « commun » renvoie est la collectivité composée d'États membres. C'est au nom et pour le compte de la collectivité d'États membres que l'organisation internationale agit. L'action de l'organisation, c'est l'action collective. C'est effectivement en ce sens que l'affirmation de l'autonomie de l'organisation internationale n'est que la traduction de la logique de la souveraineté des États.

2. L'extension des pouvoirs des organisations internationales

Le sujet de l'extension des pouvoirs des organisations internationales est le deuxième argument qui justifie que celles-ci doivent avoir une certaine autonomie fonctionnelle pour la réalisation de l'intérêt commun.

On a en effet affirmé que la capacité des organisations internationales « à s'adapter à des circonstances ou des tâches nouvelles » est un facteur déterminant pour leur autonomie

selon elle, la non-« imputation des actes à la collectivité tout entière » conduirait « à réduire l'organisation à une succession de groupement d'États » (p. 269). Voir LAGRANGE (E.), *La représentation institutionnelle...*, op. cit.

⁸³³ Il est vrai que, avec l'émergence de notions unificatrices comme communauté internationale, humanité etc., l'adjectif « commun » tend à dépasser une signification strictement état-centrique pour impliquer une plus large compréhension du terme « intérêt ». Toutefois, ce changement est encore très limité. On va voir dans la deuxième partie de ce travail qu'il n'existe que quelques rares organisations internationales qui puissent privilégier un large concept d'intérêt. Pour une très grande partie des organisations internationales, les références comme la communauté internationale ou l'humanité n'ont quasiment aucun effet réel dans leur fonctionnement. Ceci en raison soit de leur raison d'être essentiellement état-centrique, soit de la maîtrise de leurs membres qui ne pensent en premier qu'à leurs intérêts, soit de l'approche totalisatrice qui voit dans l'intérêt de l'État l'expression de l'intérêt général, l'intérêt de tous.

fonctionnelle⁸³⁴. Du point de vue de la tension qui peut exister entre une approche individualiste qui privilégie la souveraineté de l'État et l'approche pluraliste privilégiant l'intérêt de l'ensemble des États, c'est-à-dire la logique de la souveraineté des États, une telle extension peut être révélatrice quand elle s'effectue d'une manière indépendante de la volonté des États membres, sans leur consentement (b). Mais, pour mieux comprendre cette tension qui anime et détermine le fonctionnement des organisations internationales, on va d'abord évoquer brièvement les principes restrictifs qui régissent leurs compétences (a).

a. L'approche restrictive

La question des compétences des organisations internationales est régie par deux principes fondamentaux : le principe d'attribution et le principe de spécialité. Selon le premier, l'organisation internationale ne disposant pas de la souveraineté, elle n'est dotée que de compétences attribuées par ses États membres. Quant au principe de spécialité, il exige que ces compétences attribuées soient exercées spécifiquement pour atteindre les buts qui leur ont été expressément assignés par les États membres⁸³⁵.

On peut constater que ces deux principes privilégient une interprétation restrictive des compétences des organisations internationales en vue de préserver la volonté des États membres contre une éventuelle tentative des organisations internationale de se soustraire à leur contrôle⁸³⁶. Pour souligner ce facteur étatique dans la détermination des compétences des organisations internationales, G. Cahin attire l'attention sur le fait qu'il s'agit d'une

⁸³⁴ Voir VIRALLY (M.), *L'Organisation Mondiale*, op. cit., p. 210.

⁸³⁵ La CIJ a plusieurs fois évoqué ce principe de spécialité qui détermine les compétences des organisations internationales. On peut mentionner par exemple son avis consultatif du 8 juillet 2006, donné suite à la demande de l'OMS sur la *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un État dans un conflit armé* : « ...les organisations internationales sont des sujets de droit international qui ne jouissent pas, à l'instar des États, de compétences générales. Les organisations internationales sont régies par le 'principe de spécialité', c'est-à-dire dotées par les États qui les créent de compétences d'attribution dont les limites sont fonction des intérêts communs que ceux-ci leur donnent pour mission de promouvoir ».

Partant, la Cour conclut que « reconnaître à l'OMS la compétence de traiter de la licéité de l'utilisation des armes nucléaires – même compte tenu de l'effet de ces armes sur la santé et l'environnement – équivaldrait à ignorer le principe de spécialité ; une telle compétence ne saurait en effet être considérée comme nécessairement impliquée par la Constitution de l'Organisation au vue des buts qui ont été assignés à cette dernière par ses États membres » (par. 25).

Pour une analyse du principe de spécialité dans la doctrine, voir notamment CHAUMONT (C.), « La signification du principe de spécialité dans les organisations internationales », in *Problèmes de droit des gens. Mélanges offerts à H. Rolin, Pedone*, 1964, pp. 55-66 ; KOLB (R.), « Du domaine réservé. Réflexions sur la théorie de la compétence nationale », *RGDIP*, 2006, p. 618-620.

⁸³⁶ LAGRANGE (E.), *La représentation institutionnelle ...*, op. cit., p. 45.

attribution des compétences et non plus d'un transfert⁸³⁷ qui puisse conduire, comme c'est le cas dans l'exemple de l'Union européenne, à une dépossession des États de ces compétences. En effet, dans le cas des organisations internationales classiques, les compétences attribuées sont des compétences concurrentes, partagées et exercées avec et en même temps que les États membres. Cette compétition, qui existe non seulement entre l'organisation internationale et ses États membres mais aussi entre ces derniers⁸³⁸, dévoile parfaitement la tension qui peut exister entre les conceptions individualiste et pluraliste de la souveraineté.

La notion de souveraineté se trouve en effet au cœur du débat sur les compétences des organisations internationales⁸³⁹. Les États s'opposent à une autonomie des organisations internationales dans la détermination de leurs compétences d'abord parce que la possession de la compétence de sa compétence est un critère distinctif de l'État qui dispose seul de la souveraineté. Mais c'est surtout parce que les États sont parfaitement conscients du fait que, malgré la base volontaire de toute organisation internationale, celles-ci peuvent échapper à leur contrôle pendant la réalisation des objectifs « communs » qui ne correspondent pas toujours à leurs priorités particulières⁸⁴⁰. Ainsi, pour pouvoir rester maître du jeu, les États membres sont en général en faveur d'une interprétation restrictive des compétences des organisations internationales⁸⁴¹, sauf si leurs intérêts particuliers s'y prêtent.

Toutefois, les besoins de la société internationale changent. Suivant ces changements, la nature de la fonction des organisations internationales doit également évoluer et s'adapter aux nouvelles circonstances et situations⁸⁴².

⁸³⁷ Voir CAHIN (G.), « Rapport », in *Les compétences de l'État en droit international*, op. cit., p. 35.

⁸³⁸ P.-M. Dupuy constate effectivement que « [q]uoi qu'ils partagent par principe un certain nombre d'objectifs à la réalisation desquels a correspondu la création même de l'organisation internationale dont ils sont ou aspirent à être membres, les États n'abandonnent pas pour autant leurs préoccupations particulières. C'est dire que la compétition interétatique ne s'arrête pas aux portes de l'organisation mais se poursuit en son sein ». Voir DUPUY (P.-M.), KERBRAT (Y.), *Droit international public*, op. cit., p. 181.

⁸³⁹ SAROOSHI (D.), *International Organizations and Their Exercise of Sovereign Powers*, Oxford, 2005, p. 7.

⁸⁴⁰ En ce sens, voir PELLET (A.), « Cours général : le droit international... », op. cit., p. 53. Partant d'un point de vue semblable, R.-J. Dupuy constate également que « les États souverains qui entrent dans l'organisation ne s'y décident que sous la pression des besoins collectifs mais, une fois dans le système institutionnalisé, ils tentent de freiner autant que possible l'essor de l'organisation, à reprendre, en fait, une part des compétences qu'ils lui ont transférées ». Voir DUPUY (R.-J.), *La communauté internationale entre...*, op. cit., p. 42.

⁸⁴¹ C'est le point de vue de la conception état-centrique de la société internationale qui exige que « les compétences d'une organisation internationale [soient] interprétées dans un sens restrictif puisque la société internationale est constituée d'États souverains ». Voir BINDSCHELLER R. C., « La délimitation des compétences des Nations Unies », op. cit., p. 321.

⁸⁴² En ce sens, P. Daillier, M. Forteau et A. Pellet affirment effectivement : « De manière explicite ou implicite, toutes les organisations internationales reçoivent les pouvoirs de décision nécessaires pour atteindre les objectifs fixés par leur charte constitutive, garantir la continuité de leur fonctionnement et permettre leur adaptation aux

b. Une nécessaire adaptation des pouvoirs de l'organisation internationale

Cette exigence d'adaptation se traduit par un phénomène d'extension des compétences des organisations internationales, qui consiste à réinterpréter leur dispositif institutionnel sans recourir de nouveau au consentement de leurs États membres⁸⁴³. Ce phénomène a deux façades : la première apparaît comme un approfondissement de leur capacité d'action dans des domaines qui ont été déjà considérés comme les leurs ; la deuxième implique un élargissement de leur champ d'action qui s'étend désormais à des domaines nouveaux⁸⁴⁴.

Cet élargissement des pouvoirs des organisations internationales a été conceptualisé par la théorie des pouvoirs implicites (ou impliqués). Selon l'avis consultatif de la CIJ sur la *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, cette théorie signifie que des compétences nécessaires à la réalisation des buts de l'organisation ou à son fonctionnement doivent être considérées comme possédées par l'organisation même si elles ne sont pas expressément énoncées dans son traité constitutif⁸⁴⁵.

Il est vrai que, même si les compétences des organisations internationales sont, en général, explicitement énumérées et délimitées dans leur traité constitutif, ceux-ci sont « énoncés d'une manière suffisamment lâche et indéterminée pour laisser aux organes une grande liberté d'action »⁸⁴⁶. À ce sujet, on peut évoquer notamment l'exemple du Conseil de sécurité des

changement de circonstances ou de situations internationales ». DAILLIER (P.), FORTEAU (M.), PELLET (A.), *Droit international public*, op. cit., p. 407.

⁸⁴³ Il est vrai qu'il ne s'agit pas d'une réelle modification de l'acte constitutif de l'organisation internationale, qui nécessitera souvent de « recourir à la procédure difficile, longue et aléatoire de l'amendement ou de la révision », mais d'une adaptation des pouvoirs de l'organisation internationale aux circonstances et situations nouvelles qui sont en rapport avec sa finalité, par une interprétation évolutive mais non contradictoire de ses compétences par rapport à son acte constitutif déterminé par les États membres. Voir VIRALLY (M.), *L'Organisation Mondiale*, op. cit., p. 212.

⁸⁴⁴ R.-J. Dupuy donne à cet égard l'exemple des Nations Unies qui, « [e]xploitant toutes les possibilités offertes par la terminologie aussi généreuse qu'imprécise du préambule et des dispositions sur les principes et les buts de la Charte, [...] ont constamment attiré dans leur champ de réglementation des matières qui ne relevaient jusque-là que de l'action individuelle des États dans l'ordre relationnel ». Voir DUPUY (R.-J.), *La Communauté internationale entre...*, op. cit., p. 73.

⁸⁴⁵ C.I.J. Rec. 1949, p. 182. D'ailleurs, on doit attirer l'attention sur cette fonction consultative de la CIJ, organe des Nations Unies, qui peut permettre d'interpréter d'une manière évolutive le pouvoir de l'Organisation sans que ses États membres puissent intervenir.

⁸⁴⁶ CAHIN (G.), « La notion de pouvoir discrétionnaire appliquée aux organisations internationales », *RGDIP*, 2003, p. 542.

On peut constater que, c'est généralement la « pratique subséquente » des organes et les « accords *ad hoc* » des États membres qui se trouvent à l'origine de l'interprétation extensive. Cependant, on doit noter que R. Kolb les examine comme une voie distincte d'extension des pouvoirs par rapport à la théorie des pouvoirs impliqués. Voir KOLB (R.), « Du domaine réservé. Réflexions sur la théorie de la compétence nationale », op. cit., p. 622.

Nations Unies dont le pouvoir a été considérablement amplifié dans les années 90 par une large interprétation de la Charte, notamment de son chapitre VII⁸⁴⁷.

Selon R.-J. Dupuy, cette interprétation évolutive des compétences de l'organisation internationale fait naître une notion de compétence qu'il qualifie de « fonctionnelle ». Cette notion se dégage de la « combinaison de la spécialité des compétences et des pouvoirs implicites »⁸⁴⁸. Suivant donc l'avis consultatif de la CIJ de 1949, la reconnaissance de l'existence des pouvoirs implicites de l'organisation internationale se justifie comme une nécessité fonctionnelle.

Cette approche fonctionnelle exige que les pouvoirs des organisations internationales se déterminent en fonction de leur finalité. C'est une conséquence naturelle que chaque organisation dispose des compétences nécessaires à la réalisation de ses buts. Ainsi, comme leur fonction évolue suivant les circonstances changeantes, leurs pouvoirs eux aussi devront s'interpréter d'une manière évolutive.

Cette interprétation évolutive des pouvoirs de l'organisation internationale implique sans doute le risque, pour un État membre, de voir le pouvoir de l'organisation accroître sans son consentement. Mais, en même temps, il est primordial pour une organisation internationale de trouver un équilibre juste entre le respect de la volonté de chacun de ses membres (les intérêts particuliers) et l'exigence de l'efficacité (l'intérêt commun). Instituée pour la promotion de l'intérêt commun, ce n'est pas vraiment un dilemme insurmontable pour l'organisation internationale. Il résulte de la nature de toute organisation internationale que l'intérêt commun est l'expression de l'intérêt de chacun. Mais l'inverse n'est pas toujours vrai. Si l'efficacité de l'organisation et, par conséquent, l'intérêt de tous l'exigent, l'individualisme s'efface devant le sens collectif.

Cela dit, il ne faut pas y voir un dépassement de l'interétatisme. Bien au contraire, c'est la logique interétatique (souveraineté des États) qui l'emporte sur la logique étatique (souveraineté de l'État). Comme M. Virally l'affirme à juste titre, une interprétation extensive

⁸⁴⁷ M. Chemillier-Gendreau évoque plus particulièrement l'affaire *Lockerbie* dans laquelle le Conseil a demandé, comme une instance judiciaire, l'extradition de deux suspects vers les États-Unis (Rés. 731 du 21 janvier 1992) et la création de deux Tribunaux ad hoc. Voir CHEMILLIER-GENDREAU (M.), « Le droit international entre volontarisme et contrainte », op. cit., p. 100 et s.

Dans la même perspective, on peut également mentionner la contribution très active de l'ONU au processus de la décolonisation et ses interventions humanitaires qui, bien que toute intervention soit expressément interdite par l'article 2/7 de la Charte, ont été justifiées par sa tâche de maintenir la paix et la sécurité internationales.

⁸⁴⁸ DUPUY (R.-J.), *La Communauté internationale entre...*, op. cit., p. 72.

des pouvoirs des organisations internationales qui « met bien en lumière la valeur normative de la finalité fonctionnelle, [...] s'appuie, en même temps, sur la volonté des États, source de tous les pouvoirs de l'Organisation »⁸⁴⁹.

B. Une autonomie fonctionnelle nécessaire à l'efficacité de l'organisation internationale

Le souci d'efficacité de l'organisation internationale nous offre une autre perspective de réflexion sur la tension qui peut exister entre, d'une part, l'individualisme étatique, exprimé à travers la souveraineté de l'État, et, d'autre part, la logique interétatique en tant que traduction de la souveraineté des États.

Malgré l'affirmation de l'existence d'une personnalité distincte des organisations internationales et leur détachement de leurs membres, elles se trouvent dans une position de dépendance vis-à-vis d'eux dans leur fonctionnement. Ce rattachement aux États se confirme déjà lors de l'adoption des décisions au sein des organes exécutifs des organisations internationales qui se composent, on l'a vu, de représentants d'États. De la même manière, une fois les décisions prises par l'organisation internationale – souvent privée de mécanismes et de moyens nécessaires –, leur exécution et réalisation dépendent encore largement des États⁸⁵⁰.

Ce rapport de dépendance montre qu'il ne peut pas exister véritablement de rivalité entre les organisations internationales et leurs États membres. Il est vrai que les organisations internationales ne peuvent fonctionner d'une manière efficace qu'à travers leurs membres et grâce à leur contribution. Dans toutes les étapes de leur fonctionnement, elles ont besoin des États⁸⁵¹. C'est pourquoi elles ont intérêt à avoir un profil de membres puissants et stables. Ce qui explique d'ailleurs leur encouragement en faveur de l'indépendance et de l'autonomie de leurs États membres, bref, en faveur de leur souveraineté.

Mais ce facteur d'État souverain, qui conditionne considérablement l'efficacité des organisations internationales, peut tourner en défaveur de leur fonctionnement, conduisant parfois à un blocage du système. Un tel risque apparaît surtout quand ce rattachement de

⁸⁴⁹ VIRALLY (M.), « La notion de fonction... », op. cit., p. 298.

⁸⁵⁰ BINDSCHEDLER (R.-L.), « La délimitation des compétences des Nations Unies », op. cit., p. 341.

⁸⁵¹ R.-J. Dupuy affirme effectivement que c'est une vision simpliste de voir dans l'organisation internationale le déclin de la souveraineté des États : « une organisation intergouvernementale a besoin d'États effectifs, capables de coopérer en son sein et de mettre en œuvre les décisions qu'ils auront prises en commun ». Voir DUPUY (R.-J.), « Le dédoublement du monde », *RGDIP*, 1996, p. 316.

l'organisation internationale à ses membres est très fort, comme c'est le cas notamment lorsque l'unanimité est exigée pour la prise de décisions (1). Pour surmonter ce risque de blocage et doter ainsi l'organisation internationale d'une certaine autonomie fonctionnelle, nécessaire à son efficacité, le dépassement de la règle de l'unanimité s'est imposé (2).

1. La règle de l'unanimité comme affirmation de l'individualisme étatique

R.-J. Dupuy constate justement que « [l]orsqu'ils créent des organisations de coopération, les États veulent qu'elles ne fonctionnent qu'avec leur accord »⁸⁵². Dans cette perspective, l'unanimité apparaît pour eux comme le moyen le plus sûr de « conserver le dernier mot », en tant qu'expression de leur souveraineté⁸⁵³. Considérée longtemps comme la conséquence logique et nécessaire du principe de souveraineté, la règle de l'unanimité est la traduction la plus pure du volontarisme et constitue en ce sens le résidu de la conception individualiste de la souveraineté⁸⁵⁴.

Dans la mesure où elle permet à tous les membres d'avoir le droit d'influencer la délibération des décisions, la règle de l'unanimité est considérée comme le reflet d'un système de démocratie directe⁸⁵⁵. À ce constat, qui a certes une part de vérité, quelques objections peuvent néanmoins être formulées. Premièrement, force est de constater que la démocratie n'est pas un système de finalité qui exigerait, d'une manière ou de l'autre, l'accord de chaque participant, comme le suppose la règle de l'unanimité. La démocratie est d'abord et avant tout l'exigence de la libre participation de tous les intéressés au processus de prise de décision. La question de savoir si la volonté de chacun d'eux, ayant participé librement à la discussion et à la délibération des décisions, trouve ou non sa place dans les décisions prises relève d'une autre problématique. La démocratie ne signifie donc pas l'unanimité.

Deuxièmement, il est certain que le système de vote de l'OMC, qui privilégie la règle d'« un État, une voix », peut être considérée comme plus démocratique qu'une procédure

⁸⁵² DUPUY (R.-J.), *La communauté internationale entre...* », op. cit., p. 70.

⁸⁵³ TAVERNIER (P.) « Souveraineté de l'État et qualité de membre de l'OTAN et de l'Union européenne », *Rev. d'analyse juridique de l'actualité internationale*, accessible en ligne : <http://www.ridi.org/adi/200104a1.htm>, p. 3.

⁸⁵⁴ C'est d'ailleurs sous l'influence de cette conception de la souveraineté que le droit international a été considéré comme un droit naturellement et logiquement unanime. En effet, L. Henkin écrivait que « [i]nternational law... is made by 'unanimity', not by majority vote ». Voir HENKIN (L.), « International law: politics, values, and functions. General course », op. cit., p. 45.

⁸⁵⁵ Voir par exemple DUPUY (R.-J.), « L'organisation internationale et l'expression de la volonté générale », op. cit., p. 536.

délibérative fondée sur les inégalités statutaires entre États membres, comme celle qui existe au sein de Nations Unies, et surtout au Conseil de sécurité. Mais, il faut admettre que, dans une organisation internationale comme l'ONU, qui regroupe la quasi-totalité des États existants et qui a une tâche principale de maintien de la paix et de la sécurité internationales, tâche qui est susceptible de créer des divergences entre États membres, le maintien de la règle de l'unanimité risque de conduire au blocage du système et au dysfonctionnement de l'organisation.

Fondée sur un tel système « démocratique », la Société des Nations (SDN) avait effectivement souffert de cette règle de l'unanimité⁸⁵⁶ qui permettait à chaque État de disposer du droit de veto et de la possibilité de bloquer la prise de toute décision qu'il aurait jugé contraire à ses propres intérêts⁸⁵⁷. Ce problème persiste encore au sein du système onusien, concernant spécifiquement le fonctionnement du Conseil de sécurité. Bien que le mode de prise de ses décisions soit défini dans la Charte comme majoritaire (art. 27/2), le fait que les cinq Membres permanents du Conseil disposent d'un droit de veto (art. 27/3) crée en quelque sorte un système unanimitaire⁸⁵⁸, capable de rendre le fonctionnement et l'efficacité de l'Organisation vulnérable aux blocages politiques⁸⁵⁹.

L'unanimité peut paraître, certes, comme le procédé le plus adéquat à la délibération d'une véritable décision collective. Mais, comme Ch. de Visscher le constate, il est évident que, cette « décision unanime, loin de traduire un intérêt collectif, ne soit dans la réalité des choses

⁸⁵⁶ Selon P.-M. Dupuy et Y. Kerbrat, cette « technique unanimitaire [...] avait largement contribué à l'échec de la Société des Nations ». DUPUY (P.-M.), KERBRAT (Y.), *Droit international public*, op. cit., p. 192.

Le maintien de la règle de l'unanimité dans la SDN montre clairement le rattachement des États à leur individualité. En effet, lors de la création de la Société des Nations, Ch. De Visscher évoque l'existence d'une volonté de limiter la règle de l'unanimité seules aux questions qui mettent en jeu la souveraineté des membres, c'est-à-dire aux « décisions qui entraînent pour eux des engagements nouveaux, non prévus non impliqués » dans l'acte constitutif de l'organisation. Voir VISSCHER (de) (Ch.), « Quelques réflexions sur le règle de l'unanimité... », op. cit., p. 116. Mais cette proposition faite par la délégation colombienne n'est pas été retenue par les autres États qui croyaient, à tort, que le respect à leur souveraineté passait absolument dans le maintien de la règle de l'unanimité.

⁸⁵⁷ Si l'on ne peut pas dire que le système unanimitaire était l'unique raison de son échec, il en était néanmoins une des principales raisons. Sur ce sujet, voir NAGAN (W. P.) HAMMER (C.), « The Changing Character of Sovereignty in International Law and International Relations », op. cit., p. 154.

⁸⁵⁸ R.-J. Dupuy constate à juste titre que « [l]'exigence d'une unanimité aboutit à faire de chacun le porteur exclusif de la volonté générale et, ainsi, le système se trouve faussé par la résurgence d'une démocratie directe, celle des privilégiés qui composent le Conseil ». Selon lui, dans cette configuration, ces États disposant du droit de veto « agissent davantage en souverain qu'en représentants ». Voir DUPUY (R.-J.), *Dialectiques du droit international*, op. cit., p. 51.

⁸⁵⁹ Selon H. Ruiz-Fabri, ce même risque existe également pour l'OMC : « une organisation qui fonctionne sur le principe du consensus pour ses décisions [elle] est vulnérable aux blocages politiques ». Voir RUIZ FABRI (H.), « Le règlement des différends au sein de l'OMC : naissance d'une juridiction, consolidation d'un droit », in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^e siècle, Mélanges en l'honneur de P. Kahn*, Litec, 2000, p. 327.

que l'expression d'une transaction momentanée entre des intérêts individuels divergents »⁸⁶⁰. De plus, comme on vient de l'affirmer, il n'est pas toujours facile et possible d'arriver à un tel compromis entre tous les États membres dans une organisation internationale comprenant la quasi-totalité des États existants, ayant chacun des intérêts bien différents à défendre. Ainsi, l'exigence de l'unanimité devient l'expression de la résistance de l'État à l'idée de collectivité.

Il est tout à fait normal que les États membres souhaitent que l'organisation internationale reste subordonnée à leur volonté et qu'elle prenne la décision qu'ils auraient prise individuellement. Mais, en même temps, ils savent bien que chaque institutionnalisation demande un minimum d'autonomie fonctionnelle et, par conséquent, un certain détachement de l'individualité des membres pour pouvoir développer l'esprit collectif et la solidarité entre eux.

2. Le dépassement de la règle de l'unanimité, affirmation de la logique interétatique

Caractérisée par la constitution d'organes collectifs permanents et par la reconnaissance d'une personnalité distincte, l'organisation internationale se détache, on l'a dit, de la procédure traditionnellement individualiste des conférences diplomatiques. Justifiés par l'exigence de solidarité et d'efficacité qu'implique logiquement la vie institutionnelle⁸⁶¹ (a), le dépassement de la règle de l'unanimité et l'avènement des systèmes majoritaires contribuent à cet égard à ce processus de détachement des organisations internationales des individualités de leurs membres. Mais ce détachement est relatif dans la mesure où la logique interétatique continue à dominer le fonctionnement des organisations internationales (b).

a. Le souci d'efficacité justifiant le rejet de l'unanimité

On a constaté qu'une application stricte de la règle de l'unanimité, considérée comme l'attribut et le garant de la souveraineté des États et de leur égalité, risquait de nuire au fonctionnement des organisations internationales. Cette prise de conscience des « effets

⁸⁶⁰ VISSCHER (de) (Ch.), « Quelques réflexions sur la règle de l'unanimité dans l'organisation internationale », op. cit., p. 107.

⁸⁶¹ DUPUY (R.-J.), *Dialectiques du droit international*, op. cit., p. 75.

paralysants de la technique unanime »⁸⁶² a poussé les États à admettre la nécessité d'un système de prise de décision parfois autre qu'unanime. Liée au souci d'efficacité de l'organisation internationale qui est censée défendre efficacement l'intérêt commun, la méthode majoritaire a ainsi trouvé de plus en plus d'application au sein des organisations internationales.

La nature et le domaine d'activité des organisations internationales sont des facteurs qui déterminent la préférence en faveur de la règle de l'unanimité ou en faveur du système majoritaire. Il est vrai que le choix du système de vote est différent dans chaque organisation internationale. Il peut même varier d'un organe à l'autre à l'intérieur d'une même organisation. Le choix s'effectue toujours en fonction des objectifs et de la composition de chaque organe donné⁸⁶³. Il convient de citer à cet égard l'exemple du Conseil de sécurité des Nations Unies au sein duquel le choix du vote majoritaire se justifie surtout par le caractère exécutif de cet organe. Investi de « la responsabilité principale du maintien de la paix et de la sécurité internationales »⁸⁶⁴, le Conseil doit fonctionner d'une manière efficace et rapide, et dans un état d'esprit qui privilégie plus l'idée de gouverner que celle d'ordonner. Ce souci d'efficacité justifie ainsi non seulement le mode de prise de décision majoritaire mais également, à certains égards, l'exigence du vote affirmatif de cinq membres permanents sans lesquels l'efficacité de la décision prise serait remise en cause.

Le niveau d'intégration et de solidarité atteint par une organisation internationale influe également sur le choix du système de vote. En ce sens, Ch. de Visscher constate justement que les règles procédurales relatives au mode de prise de décision « sont toujours hautement révélatrices du degré du développement atteint par l'organisation corporative, en tant qu'elles attestent chez les éléments composants une disposition plus ou moins accentuée à subordonner les intérêts particuliers à la poursuite du but social »⁸⁶⁵.

En effet, dans son opinion individuelle, jointe à l'avis consultatif de la CIJ du 7 juin 1955, relatif à la *Procédure de vote applicable aux questions touchant les rapports et pétitions relatifs au Territoire du Sud-Ouest africain*, le juge E. Lauterpacht écrivait que « le rejet de la règle de l'unanimité » dans le système onusien est l'expression d'une volonté délibérée de

⁸⁶² DUPUY (P.-M.), KERBRAT (Y.), *Droit international public*, op. cit., p. 192.

⁸⁶³ Voir l'avis consultatif de la CIJ du 7 juin 1955, relatif à la *Procédure de vote applicable aux questions touchant les rapports et pétitions relatifs au Territoire du Sud-Ouest africain*, Rec. CIJ, 1955, p. 75.

⁸⁶⁴ L'article 24/1 de la Charte.

⁸⁶⁵ VISSCHER (de) (Ch.), « Quelques réflexions sur le règle de l'unanimité... », op. cit., p. 108-109.

promouvoir l'esprit de la collectivité. Il précisait que « [l']importance de la majorité requise pour la validité des décisions d'un corps politique constitué n'est pas une simple question de commodité technique ou d'évaluation mathématique. Elle est l'expression de la conception politique sur laquelle se fonde l'organisation ». Selon lui, c'est effectivement en ce sens que le mode de prise de décision à la majorité est « conforme à la structure de l'organisation des Nations Unies conçue comme entité existant en quelque sorte indépendamment de ses Membres et dotée d'une personnalité propre »⁸⁶⁶.

Dans la mesure où elle permet de surmonter le risque de blocage lié à l'exigence de l'unanimité, la prise de décision à la majorité est, certes, avantageuse pour l'efficacité de l'organisation. Cependant, ce système ne peut être efficace et viable dans une organisation internationale que « si les États membres de cette dernière acceptent de subordonner leur volonté à celle de la majorité »⁸⁶⁷. Comme R.-J. Dupuy le constate très justement, « ce n'est pas seulement en modifiant les modes de votations qu'on parviendra à fortifier entre [les États] une solidarité dont ces modes ne peuvent en réalité n'être que la traduction »⁸⁶⁸. Il faut que les États croient à l'action collective et adhèrent à la logique institutionnelle.

À cet égard, l'exemple du refus français, en 1966, de se soumettre à une décision prise à la majorité par le Conseil des Ministres des Communautés européennes est illustratif. Le passage progressif du vote à l'unanimité au vote à la majorité qualifiée était prévu par le traité de Rome à partir de 1966. Privilégiant une « approche intergouvernementale », la France s'est opposée à ce que la décision soit prise à la majorité lorsque celle-ci porterait sur des « intérêts très importants ». Ainsi, elle a refusé, pendant sept mois, de siéger au Conseil des ministres pour mettre une pression politique sur les autres États et sur la Commission. Cette crise a été résolue par un compromis, dit « compromis de Luxembourg », signé le 30 janvier 1966, qui prévoyait que :

« Lorsque, dans les cas de décisions susceptibles d'être prises à la majorité sur proposition de la Commission, des intérêts très importants d'un ou plusieurs partenaires sont en jeu, les membres du Conseil s'efforceront, dans un délai raisonnable, d'arriver à des solutions qui pourront être adoptées par tous les

⁸⁶⁶ *Traduction officielle*, Rec. CIJ, 1955, p. 108.

⁸⁶⁷ DUPUY (P.-M.), KERBRAT (Y.), *Droit international public*, op. cit., p. 193.

⁸⁶⁸ DUPUY (R.-J.), « L'organisation internationale et l'expression de la volonté générale », op. cit., p. 538.

membres du Conseil, dans le respect de leurs intérêts mutuels et de ceux de la Communauté »⁸⁶⁹.

N'ayant pas modifié le traité qui prévoyait, dans de nombreux cas, le vote à la majorité qualifiée⁸⁷⁰, ce compromis a eu toutefois une force politique privilégiant le consensus entre États⁸⁷¹. Cet exemple affirme, certes, que les États sont toujours sensibles au sujet de leur participation aux décisions prises touchant à leurs intérêts vitaux. Mais, la préférence en faveur des systèmes majoritaires montre en même temps que, chaque fois que la défense de l'intérêt collectif l'exige, le souci d'efficacité emporte sur les individualités.

De la même manière que la différenciation statutaire entre États membres, le choix du mode de prise de décision est également fonctionnel et déterminé en fonction de la nature et des buts de chaque organisation donnée.

b. La compatibilité du système majoritaire avec la logique de la souveraineté

À l'occasion de l'analyse de la composition inégalitaire des organes restreints, on a constaté qu'une différenciation statutaire entre États membres dans leur représentation au sein de certains organes de l'organisation internationale ou dans leur participation aux délibérations des décisions n'était pas incompatible avec le principe de l'égalité souveraine des États. Les raisons justifiant cette « renonciation à l'idée d'une représentation strictement égalitaire et universelle » justifient également l'abandon de l'unanimité⁸⁷². La composition des organes restreints des organisations internationales montre effectivement que le principe d'« un État, une voix » n'est pas indérogeable.

Au même titre que les décisions prises par un organe restreint que l'on a déjà évoquées, le risque qu'implique le vote à la majorité n'est pas négligeable pour un « État membre ». Au

⁸⁶⁹ Ces informations ont été retirées du site Internet de l'Union européenne : http://europa.eu/legislation_summaries/glossary/luxembourg_compromise_fr.htm.

⁸⁷⁰ « [...] le compromis, qui n'est qu'une déclaration politique des ministres des affaires étrangères ne pouvant modifier le traité n'a pas empêché le Conseil de prendre ses décisions conformément au traité instituant la Communauté européenne [...]. De plus, le vote à la majorité qualifiée a progressivement été étendu à de nombreux domaines, de sorte que la majorité qualifiée est désormais devenue la règle et l'unanimité l'exception. Le compromis de Luxembourg subsiste même si, dans la pratique, il peut être simplement évoqué sans pour autant pouvoir bloquer le processus décisionnel ». Voir *ibid.*

Sur la nature juridique du compromis de Luxembourg et ses impacts sur les modes d'adoption des décisions au sein de l'Union voir MESTRE (C.), « Conseil de l'Union européenne », op. cit., par. 102 et s.

⁸⁷¹ Au sujet du consensus comme une mode de prise des décisions, voir SUY (E.), « Rôle et signification du consensus dans l'élaboration du droit international », *Le droit international à l'heure de sa codification. Études en l'honneur de R. Ago*, A. Giuffrè Editore, 1987, t. I, pp. 521-542.

⁸⁷² VISSCHER (de) (Ch.), « Quelques réflexions sur le règle de l'unanimité... », op. cit., p. 109.

moment de sa participation à la création d'une organisation internationale ou de son entrée ultérieure, l'État a, plus ou moins, la maîtrise de la situation et la liberté de décider librement en fonction des engagements inscrits dans le traité constitutif. Mais suivant une interprétation évolutive de ses objectifs et pour des raisons liées à son efficacité fonctionnelle, une organisation internationale peut prendre un chemin contraire à l'intention individuelle de chaque membre. Ainsi, une fois qu'il est membre, il risque de voir sa liberté piégée dans cette organisation internationale dans laquelle les décisions seront prises à la majorité et même la révision de l'acte constitutif peut se faire à la majorité, c'est-à-dire éventuellement sans son approbation⁸⁷³. Dans cette hypothèse, l'absence de consentement de l'État membre ne pourra lui fournir un alibi pour ne pas se conformer aux décisions prises.

La Cour internationale de Justice a eu, à plusieurs reprises, l'occasion de se prononcer sur ce point. Dans son avis consultatif relatif aux *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, elle a clairement indiqué que

« ...lorsque le Conseil de sécurité adopte une décision aux termes de l'article 25 conformément à la Charte, il incombe aux États Membres de se conformer à cette décision, notamment aux membres du Conseil de sécurité qui ont voté contre elle et aux Membres des Nations Unies qui ne siègent pas au Conseil. Ne pas l'admettre serait priver cet organe principal des fonctions et pouvoirs essentiels qu'il tient de la Charte »⁸⁷⁴.

Plus récemment encore, dans son avis consultatif du 22 juillet 2010 sur la *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo*, elle a affirmé que « les résolutions du Conseil de sécurité peuvent être contraignantes à l'égard de tous les États Membres [...], que ceux-ci aient ou non participé à leur formulation »⁸⁷⁵.

Ce risque, qui existe pour un État membre de voir l'organisation échapper à son contrôle et, voire même, de lui imposer des obligations imprévues lors de son adhésion, peut susciter des interrogations sur la compatibilité du vote à la majorité avec le principe de souveraineté. En effet, M. Virally constatait à propos du caractère obligatoire des décisions des organisations internationales que, si la décision est prise par un organe plénier intergouvernemental à l'unanimité, il n'y a pas de problème parce que les États sont à la fois auteurs et destinataires de

⁸⁷³ C'est le cas par exemple pour la Charte des Nations Unies. Selon son article 108, le vote et la ratification de deux tiers des membres de l'Assemblée générale seront suffisants pour son amendement.

⁸⁷⁴ CIJ Recueil 1971, par. 116, p. 54.

⁸⁷⁵ Avis consultatif sur la *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo*, CIJ Rec., 2010, par. 94, p. 34.

la décision. Le problème vient exclusivement lorsque la décision est prise à la majorité ou par un organe restreint⁸⁷⁶.

Selon E. Lagrange, dire que l'unanimité est la seule règle qui soit compatible avec la souveraineté des États est « une proposition aussi répandue que fautive »⁸⁷⁷. Les systèmes majoritaires peuvent en effet se justifier parfaitement du point de vue de la souveraineté de l'État. Le consentement que l'État a librement donné au moment de son entrée dans l'organisation internationale est, à cet égard, l'argument le plus convaincant qui peut justifier l'imposition d'une décision prise sans son approbation. Il est vrai que, si le système majoritaire est en quelque sorte l'affirmation de l'effacement de l'intérêt individuel devant l'intérêt collectif⁸⁷⁸, comme Ch. de Visscher le constate, cet effacement est relatif car il est volontairement consenti⁸⁷⁹.

Il convient de préciser également que cet effacement de l'individualisme étatique ne signifie en aucune manière un dépassement du rôle central de l'État. Dans la vie institutionnelle, la logique interétatique est encore présente, pour deux raisons. Premièrement, l'organisation internationale agit essentiellement au nom et pour le compte des États. Et deuxièmement, l'esprit collectif dont le système de vote majoritaire est issu, se définit toujours par rapport aux États. L'effacement de leurs intérêts particuliers n'est possible que pour l'intérêt de l'ensemble, un ensemble encore exclusivement interétatique. Le système majoritaire constitue en tout cas le triomphe de la logique interétatique face à une logique étatique, individualiste et traduite par la règle de l'unanimité.

Motivée à la fois par la réalisation de l'intérêt commun et par le souci de l'efficacité, l'affirmation de l'autonomie fonctionnelle de l'organisation internationale est la traduction du dépassement de l'individualisme étatique. Mais cela ne signifie pas que l'État a disparu dans l'organisation. Dans sa conception classique, l'organisation internationale représente la collectivité constituée exclusivement d'États et elle n'existe que par les États et pour les États. Donc la logique interétatique y persiste.

⁸⁷⁶ Voir VIRALLY (M.), *L'organisation mondiale*, op. cit., p. 180.

⁸⁷⁷ LAGRANGE (E.), *La représentation institutionnelle...*, op. cit., p. 269.

⁸⁷⁸ C'est d'ailleurs en ce sens que certains voient dans l'avènement des systèmes majoritaires un élément de supranationalité. Voir par exemple BINDSCHELLER (R. C.), « La délimitation des compétences des Nations Unies », op. cit., p. 313.

⁸⁷⁹ VISSCHER (de) (Ch.), « Quelques réflexions sur le règle de l'unanimité... », op. cit., p. 110.

Paragraphe II. L'autorité de l'organisation internationale découlant de la logique interétatique

La souveraineté, interprétée à la lumière des principes que l'Assemblée générale des Nations Unies a notamment énoncé dans de nombreuses résolutions⁸⁸⁰, signifie en particulier la liberté pour les États de choisir leur système politique, social, économique et culturel. Cette liberté ne peut être limitée par aucune intervention extérieure, sans le consentement de l'État. Comme la *Commission internationale de l'intervention et de la souveraineté des États* le souligne⁸⁸¹, même les fervents défenseurs de la souveraineté admettent que cette liberté des États n'est pas absolue et n'implique en aucun cas une liberté de faire ce qu'ils veulent. Les conditions de l'exercice des compétences souveraines des États ont radicalement changé depuis 1945. Elle est limitée et conditionnée par des obligations découlant des normes impératives et par les exigences de la vie commune.

Dans cette évolution de la compréhension de la notion de souveraineté, le rôle de l'institutionnalisation internationale a été sans doute considérable. Traduisant la prééminence de la logique interétatique sur la logique de la souveraineté de l'État, les organisations internationales ont contribué à l'affermissement de l'idée selon laquelle la liberté des États peut être subordonnée aux exigences de la vie internationale et de l'intérêt collectif. Ce processus, qui correspond en quelque sorte au recul de l'individualisme étatique face à l'esprit collectif et qui dévoile ainsi la tension qui peut exister entre la logique interétatique et celle de la souveraineté de l'État, est particulièrement visible dans les débats sur le domaine réservé (A) et sur l'existence d'un droit d'intervention des organisations internationales (B).

A. Le domaine réservé comme un champ d'opposition entre l'organisation internationale et l'État membre

Dans le *Dictionnaire de droit international public* de J. Salmon, le domaine réservé est défini comme le « [d]omaine d'activités dans lequel l'État, n'étant pas lié par le droit international, jouit d'une compétence totalement discrétionnaire et, en conséquence, ne doit subir aucune immixtion de la part des autres États ou des organisations internationales »⁸⁸². Ce concept

⁸⁸⁰ Voir notamment la résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée générale des Nations Unies, relative aux *Principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies*.

⁸⁸¹ Voir le Rapport de la Commission, intitulé « Responsabilité de protéger », 2001, (accessible en ligne : http://www.er.uqam.ca/nobel/k14331/jur7635/instruments/Rapport-de-la-Commission.Resp_de_Proteger.pdf). p. 8 et 9.

⁸⁸² *Op. cit.*, p. 356.

résulte de l'idée consistant à dire qu'il existe un noyau dur du pouvoir étatique que nul ne peut toucher. Selon ce concept, certains domaines, concernant directement la nature même de l'État, ne sauraient être sujet d'une quelconque limitation ou réglementation au niveau international⁸⁸³.

La notion de domaine réservé est consacrée dans la Charte des Nations Unies au paragraphe 7 de l'article 2. Selon cette disposition, il s'agit « des affaires qui relèvent essentiellement de la compétence nationale d'un État ». Par cette formulation, on voit que le domaine réservé est un critère qui permet de tracer nettement la frontière entre l'externe (international) et l'interne (national), ce dernier étant réservé à la compétence discrétionnaire de l'État. Le concept du domaine réservé met clairement l'accent sur « le caractère plein et exclusif de la compétence de l'État » et s'affirme ainsi comme une notion « inséparable de celle de souveraineté »⁸⁸⁴.

Assimilant les notions de domaine réservé et de pouvoir discrétionnaire⁸⁸⁵, S. Jovanovic affirme effectivement que « la souveraineté est fondamentale pour expliquer le pouvoir discrétionnaire ». Selon lui, « [l]es compétences des États sont en principe discrétionnaires en raison précisément de la souveraineté. En effet, il est dans la nature de l'État de posséder la liberté dans l'exercice des pouvoirs. C'est ainsi que généralement les juridictions internationales qualifient les compétences discrétionnaires comme 'inhérentes à la souveraineté' ». Toutefois, il précise que « [l]a souveraineté explique pourquoi la compétence est discrétionnaire, mais son caractère se détermine en fonction de la réglementation »⁸⁸⁶.

Cette définition est partagée généralement par la jurisprudence et la doctrine internationales. Voir par exemple l'avis consultatif de la CPJI du 7 février 1923, relatif aux *Décrets de nationalité promulgués en Tunisie et au Maroc*, Publications de la Cour, série B, n°2, p. 23-24 ; l'article 1^{er} de la résolution du 29 avril 1954 adoptée par l'institut de droit international, Session d'Aix-en-Provence, *AIDI*, 1954-II, p. 292.

En ce qui concerne la doctrine voir BASDEVANT (J.), « Règles générales du droit de la paix », op. cit., p. 611 ; ROUSSEAU (Ch.), « L'indépendance de l'État dans l'ordre international. Cours de droit international public », *RCADI*, t. 73, 1948, p. 237 ; CHAUMONT (C.), « Recherches du contenu irréductible du concept de souveraineté internationale de l'État », op. cit., p. 125 ; ARANGIO-RUIZ (G.), « Le domaine réservé. L'organisation internationale et le rapport entre droit international et droit interne », *RCADI*, vol. 225, 1990, p. 49 et s. ; KRANZ (J.), « Notion de souveraineté et le droit international », op. cit., p. 426 ; CAHIN (G.), « La notion de pouvoir discrétionnaire appliquée aux organisations internationales », p. 537.

⁸⁸³ Voir KOLB (R.), « Du domaine réservé. Réflexions sur la théorie de la compétence nationale », op. cit., p. 606.

⁸⁸⁴ KRANZ (J.), « Notion de souveraineté et le droit international », op. cit., p. 426.

⁸⁸⁵ JOVANOVIC (S.), *Restriction des compétences discrétionnaires des États en droit international*, Pedone, 1988, p. 95. Pour une prise de position identique voir l'avis consultatif de la CPJI du 7 février 1923, relatif aux *Décrets de nationalité promulgués en Tunisie et au Maroc*, Publications de la Cour, série B, n°2, p. 24.

⁸⁸⁶ JOVANOVIC (S.), *Restriction des compétences discrétionnaires...*, op. cit., p. 123.

En effet, il n'existe pas des matières réservées par nature à la compétence exclusive de l'État⁸⁸⁷. Le contenu du domaine réservé est évolutif et dépend de l'état de réglementation internationale⁸⁸⁸. Liée à des considérations politiques, sociales ou encore économiques et souvent variables en fonction des changements conjoncturels, l'appréciation de l'étendue du domaine réservé est donc relativisée⁸⁸⁹. Le rôle des organisations internationales est sans doute important dans cette évolution de la signification du domaine réservé (1) dont le contenu concret ne cesse de diminuer sous l'influence du processus d'institutionnalisation (2).

1. Le domaine réservé : « une notion relationnelle »

Le domaine réservé est un argument régulièrement invoqué par les États pour se mettre à l'abri des interventions venant des organisations internationales. R. Kolb considère effectivement que cette notion est essentiellement issue d'une « crainte politique » de l'État qui se sent menacé par des actions des organisations internationales⁸⁹⁰. Il s'agit

⁸⁸⁷ ARANGIO-RUIZ (G.), « Le domaine réservé... », op. cit., p. 320 et s.

⁸⁸⁸ En effet, selon l'article 1^{er} de la résolution de l'Institut de droit international, l'« étendue du domaine réservé dépend du droit international et varie suivant son développement », *résolution précitée, AIDI*, 1954-II, p. 292.

Ce constat explique d'ailleurs l'imprécision du contenu concret du concept du domaine réservé. Déjà en 1925, N. Politis écrivait que « le droit international reconnaît l'existence d'un domaine réservé » mais, « il en ignore le contenu ». Voir POLITIS (N. S.), « Le problème des limitations de la souveraineté... », op. cit., vol. 6, p. 48. En ce sens, voir également JOVANOVIĆ (S.), *Restriction des compétences discrétionnaires...*, op. cit., p. 140. Selon lui, le contenu du domaine réservé est évolutif et dépend de l'état de rapports sociaux à un moment donné. Il ressort des analyses récentes sur cette notion que ce constat est toujours valable en droit international.

⁸⁸⁹ Cette relativité du domaine réservé résulte largement de la nature politique du processus de sa détermination concrète. En ce sens voir CHAUMONT (C.), « Recherches du contenu irréductible du concept de souveraineté internationale de l'État », op. cit., p. 125 et s. ; BOURQUIN (M.), *L'État souverain et l'Organisation internationale*, op. cit., p. 24 et s. ; ARANGIO-RUIZ (G.), « Le domaine réservé... », op. cit., p. 317 ; KOLB (R.), « Du domaine réservé... », op. cit., p. 629.

Selon J. Kranz, cet aspect politique de la question relativise la notion de domaine réservé dont la détermination n'est pas liée qu'au niveau du développement du droit international mais aussi à l'appréciation individuelle de chaque État qui s'attribue le droit de déterminer la catégorie de compétences dont l'exercice relèvera de son domaine réservé. Ainsi, l'auteur affirme qu'« il n'existe pas un domaine réservé commun à tous les États, mais seulement le domaine réservé d'un État concret, à un moment donné et dans un contexte donné ». Voir KRANZ (J.), « Notion de souveraineté et le droit international », op. cit., p. 427.

À cet égard, on doit constater que l'article 2, par. 7 de la Charte n'aide pas vraiment à résoudre ce risque de relativité. Déjà, la formulation de cette disposition est très vague. En absence d'une autorité pour tracer la ligne entre les compétences exclusives des États et celles qui ne le sont pas, l'interprétation de cette article risque d'engendrer des divergences entre, d'une part, un organe des Nations Unies se voyant compétent dans une affaire donnée, et d'autre part, l'État prétendant que cette affaire concerne son domaine réservé.

Au sujet de la relativité du contenu du domaine réservé, on doit également dire que tout dépend du procédé technique que l'on privilégiera dans la détermination des compétences exclusives de l'État. Il existe à cet égard deux attitudes possibles : soit on privilégie un procédé négatif et conclut que toutes les matières qui ne sont pas réglées par le droit international entrent dans le domaine réservé de l'État ; soit on privilégie un procédé positif et arrive à la conclusion de dire que le domaine réservé comprend uniquement les matières qui sont délibérément laissées par le droit international à l'exercice exclusif de l'État. À ce sujet voir KOLB (R.), « Du domaine réservé... », op. cit., pp. 603-607.

⁸⁹⁰ *Idem.*, p. 625.

particulièrement des actions que l'on peut qualifier de supranationales, ayant des effets directs sur les sujets internes de l'État. G. Arangio-Ruiz affirme effectivement que l'objet de la clause du domaine réservé est de protéger les États contre des actions supranationales des organismes internationaux qui « sont censés ne pas pénétrer en s'interposant de façon directe entre l'État, d'une part, et ses sujets ou ses fonctionnaires, d'autre part »⁸⁹¹. L'argument du domaine réservé constitue donc pour l'État une « présomption » de liberté à laquelle il recourt souvent pour s'opposer à des actions supranationales de l'organisation internationale, des actions qui risquent de le court-circuiter⁸⁹².

Ainsi conçue, la notion de domaine réservé se présente comme un outil qui permet à l'État de délimiter les compétences de l'organisation internationale et d'affirmer ainsi sa souveraineté face à elle⁸⁹³. Mais, ce constat sur l'opposition entre l'organisation internationale et l'État membre a une autre conséquence logique qui est de dire que l'émergence du concept de domaine réservé est, en même temps, la traduction d'un recul de la conception de la souveraineté absolue. Car, en essayant de préserver pour lui un domaine de compétences intangibles, l'État reconnaît en même temps que sa liberté n'est pas inconditionnelle, surtout dans la vie institutionnelle.

Il est vrai que, au sujet de la modération de la liberté des États, la contribution du phénomène d'institutionnalisation internationale est indiscutable. Les organisations internationales ont apporté des limitations considérables aux compétences des États, considérées auparavant comme relevant de leur domaine réservé. L'irruption des organisations internationales a même modifié la nature de l'État. Comme F. Chaltiel l'écrit, « l'État est devenu *État membre* », qui ne peut plus être considéré comme un État souverain traditionnel⁸⁹⁴.

Si le domaine réservé est un critère de « délimitation des compétences d'organisations internationales »⁸⁹⁵, l'inverse est tout aussi vrai. Ainsi, l'évolution en matière de compétences d'organisations internationales influe sur la compréhension du domaine réservé et détermine à son tour les limites du pouvoir discrétionnaire de l'État. C'est en ce sens que R. Kolb le

⁸⁹¹ ARANGIO-RUIZ (G.), « Le domaine réservé... », op. cit., p. 391.

⁸⁹² Selon R. Kolb, par cette clause, l'État dit à l'organisation : « souviens-toi que tu n'est pas un super-État ; sache te tenir dans tes sphères de compétence et n'oublie pas de nous lâcher par ailleurs les baskets. Sois attentive quand tu étends tes pouvoirs par des interprétations extensives et téléologiques ». Voir KOLB (R.), « Du domaine réservé... », op. cit., p. 625 et p. 628.

⁸⁹³ Voir KRANZ (J.), « Notion de souveraineté et le droit international », op. cit., p. 427 ; KOLB (R.), « Du domaine réservé... », op. cit., p. 629 ; CHALTIEL (F.), *La souveraineté de l'État...*, op. cit., p. 96.

⁸⁹⁴ CHALTIEL (F.), « Contribution à la théorie juridique du statut de l'État membre de l'Union européenne : l'exemple français », op. cit., p. 163 et 164.

⁸⁹⁵ KOLB (R.), « Du domaine réservé... », op. cit., p. 599.

qualifie de « notion relationnelle », reflétant la « recherche d'un équilibre entre les forces centrifuges (souveraineté des États membres) et les forces centripètes (pouvoirs des organisations internationales afin de mener à bien leurs tâches d'intérêt collectif) »⁸⁹⁶. Cet équilibre change sans cesse en faveur des organisations internationales qui se montrent, selon J.-A. Carillo-Salcedo, comme l'expression d'un « effort de canalisation progressive des compétences exclusives des États souverains, pour les faire exister au moyen d'une coordination suffisante », un effort qui résume d'ailleurs « toute l'histoire du droit international et toute l'évolution de celui-ci »⁸⁹⁷.

2. L'amenuisement du domaine réservé

L'existence d'un pouvoir discrétionnaire confère à l'État une liberté d'appréciation dans l'exercice de ses compétences nationales⁸⁹⁸. Mais ce pouvoir ne doit être, en aucune manière, interprété comme synonyme de pouvoir arbitraire. Selon S. Jovanovic, dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'État, il existe un certain nombre de « restrictions [qui] sont nécessaires afin d'empêcher l'arbitraire et de protéger l'intérêt général »⁸⁹⁹. L'auteur les regroupe sous deux catégories⁹⁰⁰. La première comprend des restrictions découlant de la technique juridique du droit international. Il s'agit notamment de l'obligation de l'État d'exercer ses compétences d'une manière raisonnable et de bonne foi⁹⁰¹, ainsi que dans le cadre de la légalité⁹⁰².

Mettant de côté ces restrictions qui sont généralement applicables en matière de compétences, on va s'intéresser particulièrement à la deuxième catégorie de restrictions qui montre le

⁸⁹⁶ *Idem.*, p. 601.

⁸⁹⁷ CARILLO-SALCEDO (J.-A.), « Droit international et souveraineté des États... », op. cit., p. 133-134. L'auteur se réfère à BEDJAOUI (M.), « Introduction générale », in *Droit international. Bilan et perspectives*, op. cit., p. 1 et s.

⁸⁹⁸ À propos de l'existence d'un pouvoir discrétionnaire, il faut sans doute évoquer le point de vue de G. Scelle. Il convient de préciser d'emblée qu'il refuse la notion de domaine réservé comme d'ailleurs celle de souveraineté, liée l'une à l'autre. Selon lui, contrairement à ce que la notion de domaine réservé suppose, « il n'y a pas de compétence absolument discrétionnaire. Ces deux mots sont une contradiction logique. Une compétence est une création du droit positif. Elle comporte un pouvoir, une permission ou une obligation. Il y a toujours norme dans l'institution de compétence. Parler de compétence absolument discrétionnaire, c'est-à-dire que le pouvoir juridique sort du droit, entre dans le domaine de non-droit, ce qui est à la fois impossible et contradictoire ». Voir SCELLE (G.), « Critique du soi-disant domaine de 'compétence exclusive' », *Revue de droit international et de législation comparée*, 1933, pp. 365-394, plus particulièrement p. 381.

⁸⁹⁹ JOVANOVIĆ (S.), *Restriction des compétences discrétionnaires...*, op. cit., p. 219.

⁹⁰⁰ *Idem.*, p. 136 et s.

⁹⁰¹ *Idem.*, p. 156 et s.

⁹⁰² G. Cahin affirme effectivement que le pouvoir discrétionnaire « ne saurait s'exercer que dans le cadre de la légalité ». Voir CAHIN (G.), « La notion de pouvoir discrétionnaire appliquée aux organisations internationales », op. cit., p. 599.

caractère évolutif du contenu du domaine réservé. Il s'agit des restrictions qui résultent des facteurs sociaux et de l'évolution de la communauté internationale⁹⁰³. Il est vrai que les changements structurels de l'ordre international ont considérablement modifié la compréhension des affaires internes relevant traditionnellement du domaine réservé de l'État⁹⁰⁴. Issu de l'amplification de l'interdépendance entre États et de leurs coopérations⁹⁰⁵, il existe incontestablement un mouvement permanent dans le sens de l'amenuisement du domaine réservé. On doit certainement parler à cet égard de l'évolution en matière de droits de l'homme (a), qui a généré, pour certains, un besoin de réinterprétation de la souveraineté étatique (b).

a. L'exclusion des droits de l'homme du domaine réservé

Au sujet des restrictions apportées au pouvoir discrétionnaire de l'État, « [l]'exclusion – indiscutable – des droits de l'homme du domaine réservé des États »⁹⁰⁶ doit être citée sans doute comme l'exemple le plus illustratif de ce mouvement continu. Dans sa résolution relative à *La protection des droits de l'homme et le principe de non-intervention dans les affaires intérieures des États*, l'Institut de droit international a effectivement affirmé que « les droits de l'homme, bénéficiant désormais d'une protection internationale, cessent d'appartenir à la catégorie des affaires qui relèvent essentiellement de la compétence nationale des États »⁹⁰⁷.

Cependant, il est important de préciser la nature et l'origine de cette « protection internationale » pour pouvoir évaluer son apport du point de vue de la logique interétatique.

⁹⁰³ Voir JOVANOVIĆ (S.), *Restriction des compétences discrétionnaires...*, op. cit., p. 139. L'auteur cite l'évolution de la communauté internationale, l'interdépendance des États, et l'affermissement de l'intérêt général comme des « facteurs qui rendent nécessaire une relativisation des pouvoirs des États et un développement de la légalité ». Selon lui, « les restrictions des pouvoirs discrétionnaires, qui résultent d'une nécessité sociale, [...] ont pour fonction de dire ce qui est inacceptable ». C'est en ce sens qu'elles expriment « une opinion sociale ». Ainsi, « [e]lles prohibent ce qui est considéré comme inacceptable dans la communauté internationale, ou bien elles prescrivent une certaine finalité sociale que doivent les États en exerçant leurs libertés ».

⁹⁰⁴ Voir PETERS (A.), « Le droit d'ingérence et le devoir d'ingérence – vers une responsabilité de protéger », *Revue de droit international et droit comparé*, 2002, p. 292 et s.

⁹⁰⁵ C. Chaumont constate que, « [d]ans le monde contemporain, l'intensité variable sans doute, mais très forte tout de même, des relations internationales, ne permet plus de maintenir des 'tabous' par matières, ce qui est la méthode du 'domaine réservé' ». L'auteur ajoute d'ailleurs que « [l]a souveraineté de l'État ne peut pas être sauvegardée par une pareille méthode, et la meilleure preuve en est que, dans la pratique des Nations Unies, la notion de domaine réservé n'a été qu'une digue en papier sans efficacité pratique ». Voir CHAUMONT (C.), « La signification du principe de spécialité dans les organisations internationales », in *Problèmes de droit des gens. Mélanges offerts à H. Rolin, Pedone*, 1964, p. 61.

⁹⁰⁶ DAILLIER (P.), FORTEAU (M.), PELLET (A.), *Droit international public*, op. cit., p. 493

⁹⁰⁷ Session de Saint-Jacques-de-Compostelle de 1989, *AIDI*, 1989, vol. II, p. 338.

On doit d'emblée dire que les droits de l'homme ne peuvent plus être considérés comme un concept imposé. Leur universalité est désormais un fait consenti par tous les États⁹⁰⁸. Cette universalité a été atteinte notamment par la multiplication des traités internationaux en matière de protection internationale des droits de l'homme que les États ont librement consentis. Mais, les conséquences juridiques de ces obligations conventionnelles dépassent aujourd'hui le cadre classique bilatéral que suppose normalement un traité international. Les obligations des États pour le respect des droits de l'homme sont désormais de nature *erga omnes*⁹⁰⁹ et existent indépendamment de leur engagement international⁹¹⁰. Il est en effet admis qu'en commettant de graves violations des droits de l'homme, les États violent en même temps leurs obligations internationales de nature *erga omnes*⁹¹¹.

La conséquence de la reconnaissance de la nature *erga omnes* de ces obligations est que l'État qui agit en leur violation ne peut se soustraire à sa responsabilité internationale en prétendant que ce domaine est exclusivement de son ressort. Les États ne possèdent plus pleinement cet attribut considéré traditionnellement comme fondamental de leur souveraineté qu'est le droit de non ingérence dans les affaires internes⁹¹².

b. Une réinterprétation de la souveraineté étatique à travers la logique interétatique

Pour certains, cette évolution en matière de droits de l'homme a considérablement modifié la nature du droit international⁹¹³. Selon P. Weil, elle conduit indéniablement à « un recul

⁹⁰⁸ En ce sens voir TAVERNIER (P.), « Réussite ou échec 40 ans après l'adoption des pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme ? », in *Droit international et diversité des cultures juridiques*, J.-M. Thouvenin, C. Tomuschat (sous dir.), SFDI, Pedone, 2008, pp. 413-419.

⁹⁰⁹ Selon la célèbre formule de la CIJ qu'elle a utilisée dans l'affaire de *Barcelona Traction*, il s'agit des « obligations des États envers la communauté internationale dans son ensemble [...]. Par leur nature même, [elles] concernent tous les États. Vu l'importance des droits en cause, tous les États peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à ce que ces droits soient protégés ». CIJ, Rec. 1970, arrêt du 5 février 1970, par. 33, p. 32.

⁹¹⁰ Voir l'article 1^{er} de la résolution précitée de l'Institut de droit international, *AIDI*, 1989, vol. II, p. 338.

⁹¹¹ BOISSON de CHAZOURNES (L.), CONDORELLI (L.), « De la 'responsabilité de protéger', ou d'une nouvelle parure pour une notion déjà bien établie », *RGDIP*, 2006, p. 13.

⁹¹² Voir l'article 2 de la résolution précitée de l'Institut de droit international. Voir également CARILLO-SALCEDO (J.-A.), « Droit international et souveraineté des États... », op. cit., p. 66.

⁹¹³ J.-A. Carrillo-Salcedo écrit que « la protection internationale des droits de l'homme » constitue un « élargissement du droit international » qui a modifié sa nature. Selon lui, le droit international reste, certes « un système interétatique », mais régit désormais « les rapports entre la puissance publique et les particuliers qui dépendent de son autorité ». *Idem.*, p. 67.

Dans le même sens, F. Crépeau défend qu'il s'agit de la reconnaissance de « la prééminence de la dignité humaine sur la raison d'État [qui] est aujourd'hui reconnue comme pierre angulaire de l'ordre juridique international ». Voir CRÉPEAU (F.), « Mondialisation, pluralisme et souveraineté ; l'Etat démocratique redéployé ou l'exigence de légitimation de l'action collective », in *Le partenariat de l'Union Européenne avec les pays tiers, conflits et convergences*, M.-F. Labouz (sous dir.), Bruylant, 2000, p. 19.

spectaculaire de la compétence nationale exclusive des États et, en partant, de leur souveraineté »⁹¹⁴.

Il est vrai que de nombreux auteurs ont défendu la nécessité d'une relecture de la notion de souveraineté à la lumière de l'évolution en matière de droits de l'homme et de droit humanitaire. C'est dans cette perspective que A. Peters parle d'« humaniser » le principe de la souveraineté. Selon elle, le respect des droits de l'homme est devenu le critère de la souveraineté qui implique incontestablement la responsabilité de protéger⁹¹⁵. Ce point de vue correspond exactement à celui que développe le Rapport de la *Commission internationale de l'intervention et de la souveraineté des États*. Dans ce Rapport, intitulé « la responsabilité de protéger », la souveraineté est clairement « considérée comme responsabilité »⁹¹⁶. En effet, pour la Commission, la source de la responsabilité de l'État de protéger ses populations ne doit être recherchée ni dans les traités ni dans la coutume mais dans la souveraineté : la responsabilité de protéger est inhérente à la souveraineté⁹¹⁷.

Le principe de la responsabilité de protéger suppose que les États aient l'obligation et le devoir d'assurer la protection de leurs populations⁹¹⁸. Cette obligation s'impose à eux non seulement à l'égard de leurs populations mais également vis-à-vis de la communauté internationale⁹¹⁹.

Ainsi conçu, le principe de la responsabilité restreint sans doute « la traditionnelle liberté – ou marge d'appréciation – dont disposent les États dans l'exercice de leur souveraineté »⁹²⁰. Cette juxtaposition des notions de souveraineté et de responsabilité est indiscutablement novatrice du point de vue de la compréhension de la notion de souveraineté. Vu sous cet angle, on ne peut que partager le constat de L. Boisson de Chazournes et de L. Condorelli qui considèrent ce concept de la responsabilité de protéger comme « une brillante invention

⁹¹⁴ WEIL (P.), « Le droit international en quête de son identité... », op. cit., p. 116.

⁹¹⁵ PETERS (A.), « Humanity as the A and Ω of Sovereignty », *EJIL*, 2009, p. 513 et s. Pour une réévaluation du principe de la souveraineté à la lumière du développement dans le domaine de droits de l'homme voir REISMAN (W. M.), « Souveraineté et droits de l'homme dans le droit international contemporain », op. cit., p. 243 et s.

⁹¹⁶ Par. 1.35, p. 9.

⁹¹⁷ THOUVENIN (J.-M.), « Genèse de l'idée de responsabilité de protéger », in *La responsabilité de protéger*, SFDI, Pedone, 2008, p. 30.

⁹¹⁸ *Idem.*, p. 27 et s.

⁹¹⁹ Cette responsabilité des États vis-à-vis de la communauté internationale a été rappelée, pour la première fois, par le Conseil de sécurité dans sa résolution 1970(2011) concernant les violations des droits de l'homme en Libye.

⁹²⁰ DAILLIER (P.), « La 'responsabilité de protéger', corollaire ou remise en cause de la souveraineté ? », in *La responsabilité de protéger*, SFDI, Pedone, 2008, p. 41.

diplomatique »⁹²¹ en vue de ménager deux principes qui apparaissaient contradictoires : l'un est la souveraineté de l'État qui implique une liberté de faire ; l'autre est le principe de l'humanité qui conditionne cette liberté⁹²².

Cette réinterprétation de la notion de souveraineté a eu des impacts sur le principe de non-intervention. L'évolution en matière de droits de l'homme, dont la protection est désormais une obligation de nature *erga omnes*, a également nécessité une réinterprétation de l'article 2, par. 7 de la Charte des Nations Unies⁹²³.

B. Le droit d'intervention autoritaire de l'organisation internationale découlant de la logique interétatique

L'existence d'un « droit d'intervention autoritaire »⁹²⁴ de l'ONU est un sujet de controverse. La résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée générale des Nations Unies, relative aux Principes

⁹²¹ BOISSON de CHAZOURNES (L.), CONDORELLI (L.), « De la 'responsabilité de protéger', ou d'une nouvelle parure pour une notion déjà bien établie », op. cit., p. 12. Toutefois, les auteurs considèrent que, en l'absence des instruments et des outils nécessaires à la mise en œuvre du principe de la responsabilité de protéger et à la dépolitisation de l'intervention menée même par le Conseil de sécurité, cette invention demeure comme « une réforme de caractère linguistique » qui ne change concrètement pas grand chose (p. 16 et 17).

L. Weerts attire également l'attention sur ce changement de vocabulaire en vue d'éviter les oppositions à l'existence d'un droit d'intervention. Voir WEERTS (L.), « De la souveraineté à la responsabilité entre fiction et 'effet de réel' », in *Droit du pouvoir, pouvoir du droit, Mélanges offerts à J. Salmon*, Bruylant, 2007, p. 719. Sur ce sujet voir également KHERAD (R.), « Du droit d'ingérence à la responsabilité de protéger », in *Les droits de l'homme : une nouvelle cohérence pour le droit international ?*, Pedone, 2008, pp. 297-308, plus particulièrement, pp. 300-303.

⁹²² Pour montrer la nécessité de réconcilier ces deux principes, Kofi Annan, le Secrétaire général des Nations Unies, attire très justement l'attention sur la question suivante : « si l'intervention humanitaire constitue effectivement une atteinte inadmissible à la souveraineté, comment devons-nous réagir face à des situations comme celles dont nous avons été témoins au Rwanda ou à Srebrenica et devant des violations flagrantes, massives et systématiques des droits de l'homme, qui vont à l'encontre de tous les principes sur lesquels est fondée notre condition d'êtres humains ? ».

La réponse qu'il donne par la suite ne laisse aucune ambiguïté. Selon lui, « aucun principe juridique - même pas celui de la souveraineté - ne saurait excuser des crimes contre l'humanité. Lorsque de tels crimes sont commis et que les moyens pacifiques pour y mettre fin ont été épuisés ». Voir *Rapport du Millénaire du Secrétaire général des Nations Unies*, intitulé « Nous le peuple : le rôle des Nations Unies au XXI^e siècle », Doc. A/54/2000, 27 mars 2000, par. 217-219.

⁹²³ BERİŞ (H. E.), *Küreselleşme Çağında Egemenlik : Ulusal Egemenliğin Yeni Sınırları (La Souveraineté à l'ère de la Mondialisation : Les nouvelles limites de la souveraineté nationale)*, Lotus, 2006, p. 209. L'auteur affirme que le fondement de cette exigence n'est pas extérieur à la Charte. Rien que son article 55, par. 3 justifie que l'évolution en matière de droits de l'homme soit prise en considération.

⁹²⁴ L'expression empruntée de DAILLIER (P.), « La 'responsabilité de protéger', corollaire ou remise en cause de la souveraineté ? », op. cit., p. 41.

Sous ce titre, on s'intéressera plus particulièrement à l'hypothèse d'une intervention militaire à des fins humanitaires sans consentement de l'État. Donc, on va exclure les opérations de maintien de la paix et les interventions humanitaires qui sont en principe menées sur l'accord des États intéressés et entreprises en cas problèmes extrêmes et urgents ayant une ampleur qui dépasse les capacités d'un État en situation de faiblesse ou de défaillance. Il est vrai que ces types d'interventions, qui sont d'ailleurs menées souvent avec le consentement de l'État destinataire, ne sont pas étrangers au système international et, ne constituent pas, a priori, une atteinte

du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies, interdit formellement toute intervention, directe ou indirecte, d'un État ou d'un groupe d'États dans les affaires relevant de la compétence nationale d'un autre État. L'histoire des relations internationales ne manque, certes, pas d'exemple d'interventions des États dans les affaires internes d'autres États⁹²⁵. Fondés souvent sur des prétextes protecteurs évoquant les droits des minorités et les droits humanitaires, ces actes portaient atteinte sans doute à la souveraineté que S. Krasner qualifie de « westphalienne ». Selon ce modèle, aucun acteur extérieur ne doit intervenir dans les relations entre gouverneur (État) et gouverné (citoyen). Toutefois, l'auteur explique avec des exemples anciens et récents que ce principe n'a jamais été réellement respecté. C'est d'ailleurs en ce sens qu'il considère que la souveraineté westphalienne n'est qu'une « organized hypocrisy »⁹²⁶.

Malgré les exemples d'interventions, cette pratique n'a jamais été entérinée par le droit international⁹²⁷, qualifié par R.-J. Dupuy de « relationnel »⁹²⁸. Considéré comme une des conséquences principales du respect dû à la souveraineté de l'État⁹²⁹, ce principe de non-intervention demeure encore valable dans le cadre des relations entre États. Toutefois, on doit se demander si on peut arriver, partant de cette interdiction qui concerne spécifiquement les rapports d'État à État, à une interdiction générale et inconditionnelle de l'intervention⁹³⁰. Force est de constater qu'une interdiction inconditionnelle reviendrait à privilégier une « conception radicale et extensive de la non-intervention »⁹³¹ à laquelle on ne peut pas s'attacher aveuglement au détriment des droits de l'homme que certains États violent à l'intérieur de leurs frontières⁹³². La résolution 2625 (XXV) rappelle elle-même que ce

au principe de l'égalité souveraine des États. En ce sens voir DAILLIER (P.), « La 'responsabilité de protéger'... », op. cit., p. 42 et 43 et p. 53 et s. Sur l'évolution historique de ces opérations voir BEN ACHOUR (R.), « Les opérations de maintien de la paix », in *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article*, op. cit., pp. 265-283.

⁹²⁵ THOUVENIN (J.-M.), « Genèse de l'idée de responsabilité de protéger », op. cit., p. 32-33.

⁹²⁶ Voir KRASNER (S. D.), *Sovereignty Organized Hypocrisy*, op. cit., p. 73 et s. et 105 et s.

⁹²⁷ THOUVENIN (J.-M.), « Genèse de l'idée de responsabilité de protéger », op. cit., p. 34.

⁹²⁸ Voir DUPUY (R.-J.), *La communauté internationale entre...*, op. cit.

⁹²⁹ VIRALLY (M.), « Une pierre d'angle qui résiste au temps... », op. cit., p. 185.

⁹³⁰ J. Kranz défend qu'« [e]n droit international, l'intervention signifie, toujours et par définition, un acte illicite, interdit par le principe juridique de non-intervention. Par conséquent, il n'existe pas d'intervention légale, comme il n'existe pas d'agression légale ». Voir KRANZ (J.), « Réflexions sur la souveraineté », op. cit., p. 210.

⁹³¹ THIERRY (H.), « Le droit d'ingérence n'existe pas », in *La France, l'Europe et le Monde, Mélanges en l'honneur de Jean Charpentier*, 2008, p. 236. Comme le titre de son article l'indique, l'auteur rejette le concept d'un soi-disant « droit d'ingérence ». Il propose pour le remplacer le concept de « responsabilité de protéger » qu'il qualifie comme un « concept plus modéré et égalitaire » (p. 233 et s.).

⁹³² Comme P. Daillier, M. Forteau et A. Pellet l'affirment, c'était effectivement cette « exclusion – indiscutable – des droits de l'homme du domaine réservé des États [qui] a conduit certains auteurs et certains États à proposer

principe de non-intervention « ne devra pas être interprété comme affectant les dispositions de la Charte relatives au maintien de la paix et de la sécurité internationales ». Il est vrai que si la non-intervention est un principe cardinal du système de la Charte, un droit d'intervention collective est, en même temps, reconnu par celle-ci⁹³³.

En effet, on va voir que l'intervention armée n'est pas une mesure absolument exclue⁹³⁴. Mais le recours à une telle mesure est soumis à des conditions précises, résultant de la logique interétatique. Cette logique interétatique prend corps dans la notion de communauté internationale qui constitue d'abord un critère d'appréciation quant aux conséquences des violations des droits de l'homme et du droit humanitaire qui génèrent la nécessité d'intervenir (1). Cette notion devient ensuite l'expression de l'exigence d'une action collective en cas d'intervention (2) et elle permet enfin de traduire le droit d'intervention comme la prééminence de la logique de la souveraineté des États sur la logique de la souveraineté de l'État (3).

1. Du droit d'intervention de la communauté internationale

Face aux violations graves des droits de l'homme et du droit humanitaire, la communauté internationale ne peut pas rester indifférente. Deux raisons l'expliquent : premièrement, comme les États à l'égard de leurs populations, la communauté internationale a également une responsabilité de protéger (a) ; deuxièmement, ces violations constituent pour elle une menace qu'elle a logiquement le droit de faire cesser (b).

la consécration d'un devoir ou d'un droit d'ingérence (ou d'intervention) humanitaire ». Voir DAILLIER (P.), FORTEAU (M.), PELLET (A.), *Droit international public*, op. cit., p. 493.

⁹³³ C. Tomuschat écrit à propos de l'intervention humanitaire que si les conditions sont rassemblées, elle est non seulement une action moralement soutenable mais aussi une action juridiquement justifiée. Ce qui signifie qu'il existe en droit international un fondement juridique autorisant l'intervention humanitaire. Voir TOMUSCHAT (C.), « Secession and Self-determination », in *Secession. International Law Perspectives*, M. G. Kohen (éd.), Cambridge, 2006, p. 42.

⁹³⁴ En ce sens voir le *Rapport du Millénaire du Secrétaire général*, intitulé « Nous le peuple : le rôle des Nations Unies au XXI^e siècle ». Dans son rapport, Kofi Annan, affirme que « [l']intervention armée doit toujours demeurer le dernier recours mais, face à des massacres, c'est une possibilité qu'il ne faut pas écarter ». Doc. A/54/2000, 27 mars 2000, par. 219.

a. *La responsabilité de la communauté internationale de protéger les populations civiles*

La responsabilité de protéger que l'on a évoquée plus haut est une obligation qui incombe non seulement à l'État mais également à la communauté internationale⁹³⁵. En effet, dans le *Rapport du Groupe de personnalités de haut niveau sur les menaces, les défis et le changement*, la responsabilité de protéger est considérée comme une « nouvelle norme prescrivant une obligation collective internationale de protection »⁹³⁶. L'existence de ces deux aspects de l'obligation de protéger a été également soulignée dans le *Document final du sommet mondial de 2005* selon lequel

« [c]'est à chaque État qu'il incombe de protéger ses populations du génocide, des crimes de guerre, du nettoyage ethnique et des crimes contre l'humanité [...] ».

[i]l incombe également à la communauté internationale, dans le cadre de l'Organisation des Nations Unies, de mettre en œuvre les moyens diplomatiques, humanitaires et autres moyens pacifiques appropriés, conformément aux Chapitres VI et VIII de la Charte, afin d'aider à protéger les populations du génocide, des crimes de guerre, du nettoyage ethnique et des crimes contre l'humanité »⁹³⁷.

Cette responsabilité de la communauté internationale est inhérente à la nature *erga omnes* et impérative de l'obligation. En effet, l'article 1^{er} commun aux Conventions de Genève de 1949 avait déjà indiqué clairement que les États ont non seulement l'obligation de « respecter » mais également de « faire respecter » les prescriptions des conventions qui sont des normes impératives. Il s'en suit logiquement que, en cas des violations graves des droits de l'homme et du droit humanitaire, l'intervention est un devoir pour la communauté internationale⁹³⁸.

⁹³⁵ Voir THOUVENIN (J.-M.), « Genèse de l'idée de responsabilité de protéger », op. cit., p. 32 et s. ; SZUREK (S.), « Responsabilité de protéger, nature de l'obligation et responsabilité internationale », « Responsabilité de protéger, nature de l'obligation et responsabilité internationale », in *La responsabilité de protéger*, SFDI, Pedone, 2008, p. 98 et s. Voir également le Discours du Secrétaire général des Nations Unies, B. Boutros-Ghali, à l'ouverture de la Conférence mondiale sur les droits de l'homme, à Vienne. Tout en rappelant la responsabilité des États de protéger les individus, il n'exclut pas cependant la possibilité d'une action internationale « lorsque les États s'avèrent indignes de cette mission, lorsqu'ils contreviennent aux principes fondamentaux de la Charte et lorsque, loin d'être protecteurs de la personne humaine, ils en deviennent les bourreaux ». Selon lui, « [d]ans de telles circonstances, c'est à la Communauté internationale de prendre le relais des États défaillantes ». Discours prononcé le 14 juin 1993, A/CONF.157/22.

⁹³⁶ Rapport intitulé « Un monde plus sûr : notre affaire à tous », Doc. A/59/565, 2 décembre 2004, par. 203.

⁹³⁷ Rés. A/60/L.1 de l'Assemblée générale de l'ONU, par. 138 et par. 139.

⁹³⁸ Et non plus une action « tolérée » par le droit international comme certains le suggèrent pour la rendre légitime. Voir par exemple M. Bachelet qui écrit que « [c]'est en raison de l'intolérance de certains États qu'on tolère l'intervention humanitaire ». BACHELET (M.), *L'ingérence écologique*, Éd. Frison-Roche, Paris, 1995, p. 227.

La communauté internationale doit réagir si l'État en question ne veut ou ne peut plus assurer la protection de ses populations face au risque du génocide, des crimes de guerre, du nettoyage ethnique et des crimes contre l'humanité⁹³⁹. Donc, la responsabilité de la communauté internationale est subsidiaire⁹⁴⁰ mais existe.

b. Le droit de la communauté internationale de se protéger de la menace résultant des violations des droits de l'homme et du droit humanitaire

Le *Rapport du Groupe de personnalités de haut niveau sur les menaces, les défis et le changement* affirme que les violations massives et graves des droits de l'homme et du droit humanitaire, comme le crime de génocide ou les nettoyages ethniques, constituent « une menace pour la sécurité internationale »⁹⁴¹.

Selon G. Arangio-Ruiz, dans la détermination de l'existence d'une menace contre la communauté internationale, le critère est « *international concern* ». C'est sous ce concept général qu'il regroupe les raisons justifiant l'action de l'organisation. Il affirme que la clause du domaine réservé, qui peut être invoquée dans le cadre de l'article 2, par. 7 de la Charte, ne peut être écartée par l'action de l'ONU que si la question est de « nature interétatique »⁹⁴². L'auteur constate effectivement que l'argument de l'exception à l'article 2/7 est avancé chaque fois que

« la question ou la situation présente des 'répercussion' extérieures ou internationales, qu'elle touche ou affecte les intérêts d'un ou plusieurs 'autres' États, qu'elle détermine ou est susceptible de déterminer une 'friction' entre

⁹³⁹ Il est effectivement souligné dans le *Rapport du Groupe de personnalités de haut niveau sur les menaces, les défis et le changement* qu'« il est de plus en plus admis que, si c'est aux gouvernements souverains qu'il incombe au premier chef de défendre leurs propres citoyens contre ce type de catastrophe, cette responsabilité devrait être assumée par la communauté internationale lorsque les gouvernements en question ne peuvent pas ou ne veulent pas assurer cette protection ». Voir « Un monde plus sûr : notre affaire à tous », Doc. A/59/565, 2 décembre 2004, par. 201.

⁹⁴⁰ Voir PETERS (A.), « Le droit d'ingérence et le devoir d'ingérence – vers une responsabilité de protéger », op. cit., p. 298.

⁹⁴¹ Rapport intitulé « Un monde plus sûr : notre affaire à tous », Doc. A/59/565, 2 décembre 2004, par. 200.

⁹⁴² Selon lui, la deuxième condition à laquelle est soumise l'action de l'ONU est le respect du principe de la non-immixtion dans la sphère interindividuelle-nationale. Cette condition s'ajoute à la première et la complète dans la mesure où elle est destinée à préserver la nature interétatique de la question qui a généré l'action de l'Organisation. Voir ARANGIO-RUIZ (G.), « Le domaine réservé... », op. cit., p. 354 et s.

Comme on l'a déjà précisé, selon ce principe, les organismes internationaux « sont censés ne pas pénétrer en s'interposant de façon directe entre l'État, d'une part, et ses sujets ou ses fonctionnaires, d'autre part » (p. 391). Cependant, on tient à préciser qu'une telle action interindividuelle-nationale de l'ONU n'est pas complètement prohibée. Elle est bien possible mais elle n'est permise qu'à l'existence du consentement de l'État concerné (p. 371). Puisque cette hypothèse du consentement justifierait automatiquement l'action de l'Organisation par rapport à l'article 2, par. 7 de la Charte, elle est exclue de notre analyse.

États ou un préjudice pour leurs ‘relations amicales’, éventuellement qu’elle constitue une ‘menace’ ou un ‘danger’, actuel ou potentiel, pour ‘la paix et la sécurité internationales’ »⁹⁴³.

Il est vrai que l’existence « des effets internationaux, des prolongements extérieurs d’une situation donnée » a été souvent évoquée comme critère déterminant de l’étendue du domaine réservé et, par conséquent, de la limite du principe de non-intervention⁹⁴⁴. Selon S. Jovanovic, c’est ainsi que les Nations Unies « se reconnaissent compétentes pour agir [...] dans les matières que les États voulaient à l’origine se réserver l’exclusivité, telles les matières des droits de l’homme, de la décolonisation, de la non-discrimination raciale »⁹⁴⁵.

Cependant, il convient de préciser que l’existence des effets internationaux ne se mesure pas nécessairement par rapport à des conséquences concrètes comme le flux d’immigration, l’insécurité des frontières, etc. Les actes de violations qui n’ont aucun prolongement extraterritorial peuvent également constituer une menace contre la paix et la sécurité internationales⁹⁴⁶.

2. L’intervention comme une action nécessairement collective de la communauté internationale

En raison du risque d’instrumentalisation politique qu’elle comporte⁹⁴⁷, l’intervention ne peut être justifiée que dans le cadre d’une action collective menée par l’ensemble de la communauté internationale. La nature collective de l’intervention est une condition nécessaire à la fois pour sa légalité et pour sa légitimité⁹⁴⁸. On va voir que, ayant une capacité représentative de la communauté internationale, les Nations Unies offrent à cet égard un cadre

⁹⁴³ ARANGIO-RUIZ (G.), « Le domaine réservé... », op. cit., p. 345.

⁹⁴⁴ Voir JOVANOVIC (S.), *Restriction des compétences discrétionnaires...*, op. cit., p. 98.

⁹⁴⁵ *Ibid.*

⁹⁴⁶ PETERS (A.), « Le droit d’ingérence et le devoir d’ingérence... », op. cit., p. 298.

⁹⁴⁷ D’ailleurs, comme J.-M. Thouvenin le constate, cet aspect politique de l’intervention constitue l’obstacle le plus important à sa reconnaissance unanime comme un principe du droit positif. Voir THOUVENIN (J.-M.), « Genèse de l’idée de responsabilité de protéger », op. cit., p. 25. On peut constater d’ailleurs que cet aspect fortement politique de l’intervention demeure encore même si elle s’effectue par des organisations internationales légitimes comme l’ONU. À ce sujet voir JOVANOVIC (S.), *Restriction des compétences discrétionnaires...*, op. cit., p. 98 et 99.

⁹⁴⁸ Considérées souvent comme une atteinte à la souveraineté et à l’indépendance des États, les interventions militaires sont vues comme l’expression d’un nouvel impérialisme visant toujours les États faibles. En ce sens voir DEMICHEL (F.), « Le rôle de la souveraineté... », op. cit., p. 1055 et s.

A. Cassese souligne également ce risque d’instrumentalisation qui peut conduire à un « humanitarisme impérialiste ». Voir CASSESE (A.), « Y a-t-il un conflit insurmontable entre souveraineté des États et justice pénale internationale ? », in *Crimes internationaux et juridictions internationales*, A. Cassese et M. Delmas-Marty (sous dir.), 2002, p. 25.

précieux (a). Ce critère de l'action collective de la communauté internationale permettra également d'apprécier la possibilité d'une intervention en dehors du cadre onusien (b).

a. L'ONU en tant qu'unique cadre légal d'une action collective

Actuellement, il n'existe aucune base juridique permettant à un État d'intervenir unilatéralement dans un autre État⁹⁴⁹. La mise en œuvre de ce devoir d'intervenir ne peut se faire que dans le cadre d'une action collective, entreprise au nom de la communauté internationale⁹⁵⁰.

Il est vrai que la communauté internationale est une référence qui figure sans exception dans toutes les déclarations justifiant une intervention sans le consentement de l'État en question⁹⁵¹. Toutefois, seule une référence à cette notion ne suffit pas à elle seule pour que l'intervention soit légale et légitime. L'État ou un groupe d'États n'a pas le droit d'agir au nom de la communauté internationale. Celle-ci est constituée de l'ensemble des États et ne peut être représentée légitimement que par les Nations Unies, l'organisation comprenant la quasi-totalité des États existants. Si on admet que l'ONU est le représentant légitime de la communauté internationale dont la responsabilité de protéger est reconnue, on doit accepter logiquement que cette organisation dispose d'« un droit d'intervention autoritaire, non fondé sur le consentement du destinataire »⁹⁵².

⁹⁴⁹ Même la nature *erga omnes* de l'obligation qu'un État manquerait par ses violations graves des droits de l'homme et du droit humanitaire n'autorise les autres États, envers lesquels cette obligation est due, de recourir à la force. Voir l'article 5(c) de la résolution de l'*Institut de droit international*, relative aux *obligations et droits erga omnes en droit international*. Session de Cracovie, 2005.

⁹⁵⁰ Voir WEERTS (L.), « De la souveraineté à la responsabilité entre fiction et 'effet de réel' », op. cit., p. 722.

⁹⁵¹ Voir BERİŞ (H. E.), *Küreselleşme Çağında Egemenlik : Ulusal Egemenliğin Yeni Sınırları (La Souveraineté à l'ère de la Mondialisation : Les nouvelles limites de la souveraineté nationale)*, op. cit. p. 210.

⁹⁵² DAILLIER (P.), « La 'responsabilité de protéger', corollaire ou remise en cause de la souveraineté ? », op. cit., p. 41. Du point de vue de la reconnaissance de l'existence d'un droit d'intervention de l'ONU, il est extrêmement important de souligner la fonction de cette capacité représentative de la communauté internationale. En effet, contrairement à ce que l'on peut supposer logiquement dans une organisation internationale, le fondement juridique du droit d'intervention de l'ONU ne se trouve pas forcément dans l'engagement de ses États membres. Ce propos prend son sens dans la reconnaissance d'une telle autorité de l'ONU même à l'égard des États non membres pour lesquels la Charte des Nations Unies s'impose par son caractère constitutionnel. En ce sens voir DUPUY (P.-M.), « The Constitutional Dimension of the Charter of the United Nations Revisited », *Max Planck yearbook of United Nations law*, vol. 1, 1997, pp. 1-33 ; MONACO (V. R.), « Le caractère constitutionnel des actes constitutifs des organisations internationales », in *La Communauté Internationale, Mélanges offertes à Ch. Rousseau*, Pedone, 1974, pp. 153-172.

En tant qu'organe exécutif, le Conseil de sécurité se voit attribuer, à ce sujet, une responsabilité et un pouvoir d'agir⁹⁵³. Dans son rapport du Millénaire, le Secrétaire général des Nations Unies, Kofi Annan, a affirmé effectivement que « le Conseil de sécurité a le devoir moral d'agir au nom de la communauté internationale »⁹⁵⁴. Ce devoir du Conseil a été également souligné par le *Rapport du Groupe de personnalités de haut niveau sur les menaces, les défis et le changement*. Qualifiant la responsabilité de protéger de « nouvelle norme prescrivant une obligation collective internationale de protection », ce rapport a clairement désigné le Conseil de sécurité comme la seule autorité internationale capable de réaliser cette obligation « en autorisant une intervention militaire en dernier ressort, en cas de génocide et d'autres tueries massives, de nettoyage ethnique ou de violations graves du droit international humanitaire »⁹⁵⁵.

Selon L. Boisson de Chazournes et L. Condorelli, considérées comme une menace pour la paix et la sécurité internationales, ces violations relèvent effectivement du chapitre VII de la Charte et « déclenchent ce que l'article 24 appelle la 'responsabilité principale' [...] du Conseil de sécurité, qui doit alors s'acquitter de ces 'devoirs' [...] pour maintenir et rétablir la paix, en faisant donc cesser ce qui la met en péril »⁹⁵⁶. Ainsi, il a été reconnu que, si les mesures coercitives non militaires, que le Conseil de sécurité peut prendre conformément aux chapitres VI et VIII de la Charte, ne parviennent pas à mettre un terme aux violations graves des droits de l'homme et du droit humanitaire, il peut recourir au chapitre VII et mener une action militaire collective⁹⁵⁷.

⁹⁵³ P. Daillier, M. Forteau et A. Pellet attirent l'attention très justement sur le fait que « [c]'est la première fois, dans l'histoire de l'humanité, qu'un organe politique à l'échelon universel est en droit d'imposer ses vues à des États souverains dans le domaine le plus important des relations internationales ». Voir DAILLIER (P.), FORTEAU (M.), PELLET (A.), *Droit international public*, op. cit., p. 409.

⁹⁵⁴ Voir le *Rapport du Millénaire du Secrétaire général* précité, Doc. A/54/2000, 27 mars 2000, par. 219.

⁹⁵⁵ Rapport intitulé « Un monde plus sûr : notre affaire à tous », Doc. A/59/565, 2 décembre 2004, par. 203.

⁹⁵⁶ Voir BOISSON de CHAZOURNES (L.), CONDORELLI (L.), « De la 'responsabilité de protéger', ou d'une nouvelle parure pour une notion déjà bien établie », op. cit., p. 13.

Sur le rôle du Conseil de sécurité pour la sécurité collective voir DUPUY (P.-M.), KERBRAT (Y.), *Droit international public*, op. cit., p. 667 et s.

⁹⁵⁷ En ce sens, voir le paragraphe 139 du *Document final du sommet mondial de 2005* : « Il incombe également à la communauté internationale, dans le cadre de l'Organisation des Nations Unies, de mettre en œuvre les moyens diplomatiques, humanitaires et autres moyens pacifiques appropriés, conformément aux Chapitres VI et VIII de la Charte, afin d'aider à protéger les populations du génocide, des crimes de guerre, du nettoyage ethnique et des crimes contre l'humanité. Dans ce contexte, nous sommes prêts à mener en temps voulu une action collective résolue, par l'entremise du Conseil de sécurité, conformément à la Charte, notamment son Chapitre VII, au cas par cas et en coopération, le cas échéant, avec les organisations régionales compétentes, lorsque ces moyens pacifiques se révèlent inadéquats et que les autorités nationales n'assurent manifestement pas la protection de leurs populations contre le génocide, les crimes de guerre, le nettoyage ethnique et les crimes contre l'humanité ». Rés. A/60/L.1 de l'Assemblée générale de l'ONU.

Cependant, on doit préciser que le Conseil de sécurité ne dispose pas en permanence d'un corps d'intervention ou d'un état-major. Pour l'exécution de ces décisions prises dans le cadre du chapitre VII, soit il appelle les États membres à contribuer à une coalition internationale d'intervention, soit il les autorise à prendre des mesures nécessaires en vue de protéger les populations civiles⁹⁵⁸. Dans cette deuxième hypothèse, les États agissant sous le mandat de l'ONU et au nom de la communauté internationale, leur action reste toujours collective.

b. L'hypothèse d'une intervention militaire en dehors du cadre onusien

On a dit qu'en cas de violations graves des droits de l'homme et du droit humanitaire, seule une action collective peut justifier l'intervention militaire et que le Conseil de sécurité est le seul organisme apte à s'acquitter de cette tâche au nom de la communauté internationale. Cela étant, il existe d'autres organisations, notamment régionales, qui sont également investies d'une certaine responsabilité du maintien de la sécurité dans leurs régions. Sans entrer dans les détails du rôle de ces organisations régionales pour le maintien de la paix et de la sécurité internationales et du rapport qu'elles doivent entretenir avec l'ONU, on va évoquer deux cas de figure relevant d'une éventuelle intervention militaire sans autorisation du Conseil de sécurité.

Le premier est la reconnaissance explicite du droit d'intervention d'une organisation internationale dans son acte constitutif. L'Acte constitutif de l'Union africaine, adopté le 11 juillet 2000, constitue à cet égard le seul exemple. Dans son article 4(h), il est explicitement reconnu que l'Union dispose d'un « droit [...] d'intervenir dans un État membre sur décision de la Conférence, dans certaines circonstances graves, à savoir : les crimes de guerre, le génocide et les crimes contre l'humanité »⁹⁵⁹. Considérant que la Conférence de l'Union africaine « prend ses décisions par consensus ou, à défaut, à la majorité des deux tiers des

Dans le même sens voir le *Rapport du Groupe de personnalités de haut niveau sur les menaces, les défis et le changement* précité, par. 200.

⁹⁵⁸ C'était en effet le cas, récemment, dans l'affaire libyenne dans laquelle le Conseil de sécurité a autorisé les États membres « à prendre toutes mesures nécessaires, nonobstant le paragraphe 9 de la résolution 1970 (2011), pour protéger les populations et zones civiles menacées d'attaque en Jamahiriya arabe libyenne, y compris Benghazi, tout en excluant le déploiement d'une force d'occupation étrangère sous quelque forme que ce soit et sur n'importe quelle partie du territoire libyen ». Rés. 1973 (2011), par. 4.

⁹⁵⁹ Selon P. Daillier, M. Forteau et A. Pellet, cet exemple d'introduction explicite du droit de l'intervention dans le droit positif est l'« aboutissement remarquable » de l'évolution que l'on a évoqué précédemment en matière de protection des droits de l'homme. Voir DAILLIER (P.), FORTEAU (M.), PELLET (A.), *Droit international public*, op. cit., p. 494.

États membres »⁹⁶⁰, on peut certes estimer que la décision d'intervention puisse être prise même sans le consentement spécifique de l'État en question.

Toutefois, il existe deux objections qui excluent l'hypothèse d'une intervention militaire sans consentement de l'État destinataire, ni l'autorisation du Conseil de sécurité. La première objection consiste à dire que, introduit volontairement dans l'acte constitutif de l'organisation, c'est toujours l'acceptation de l'État membre qui attribue à l'organisation un tel pouvoir. Ainsi, l'intervention de l'organisation serait consentie, d'avance, par l'État visé par l'action. La deuxième objection est l'autorisation indispensable du Conseil de sécurité même si un tel droit d'intervention est ouvertement reconnu à une organisation régionale. En effet, l'article 53 de la Charte affirme clairement qu'« aucune action coercitive ne sera entreprise en vertu d'accords régionaux ou par des organismes régionaux sans l'autorisation du Conseil de sécurité »⁹⁶¹. L'intervention humanitaire n'est légale donc qu'avec l'autorisation du Conseil de sécurité⁹⁶².

Cela dit, une deuxième hypothèse d'intervention non autorisée par le Conseil de sécurité a été envisagée. Celle-ci consiste en l'action d'une organisation internationale ou d'un groupe d'État qui agira au motif que le Conseil se montre incapable d'accomplir sa fonction de veiller la paix et la sécurité internationales. L'intervention de l'OTAN en Yougoslavie nous fournit sans doute l'exemple le plus illustratif d'une telle hypothèse.

Tout en constatant que la situation au Kosovo constituait une menace à la paix et à la sécurité internationales, le Conseil de sécurité, paralysé par les vetos systématiques de la Russie et de la Chine, n'a pourtant pas autorisé explicitement les États membres à prendre des mesures militaires à l'égard de la Yougoslavie⁹⁶³. Malgré cela, les pays membres de l'OTAN ont lancé des frappes aériennes entre mars et juin 1999 au motif que la référence faite au chapitre VII, notamment dans les résolutions 1199 et 1203 du Conseil, les habilitait implicitement à recourir à la force⁹⁶⁴.

Saisie par la Yougoslavie (Serbie-et-Monténégro), la Cour internationale de Justice a dû se prononcer sur la *Licéité de l'emploi de la force* des membres de l'OTAN. Fortement

⁹⁶⁰ L'article 7 de l'Acte constitutif.

⁹⁶¹ On tient à préciser que les cas d'exception mentionnés dans l'article n'incluent pas l'hypothèse d'une intervention militaire en raison des violations graves des droits de l'homme et du droit humanitaire.

⁹⁶² SIMMA (B.), « NATO, the UN and the Use of Force : Legal Aspects », *EJIL*, 1999, p. 5.

⁹⁶³ Voir notamment les résolutions 1160, 1199 et 1203 (1998) du Conseil de sécurité.

⁹⁶⁴ À ce sujet voir DUPUY (P.-M.), KERBRAT (Y.), *Droit international public*, op. cit., pp. 681-683.

préoccupée par la situation au Kosovo, elle a néanmoins affirmé que « dans les circonstances actuelles, cet emploi soulève des problèmes très graves de droit international »⁹⁶⁵. Ce point de vue reflète également l'opinion générale dans la doctrine internationale selon laquelle l'intervention militaire de l'OTAN en Serbie, sans autorisation préalable du Conseil de sécurité, constitue une violation de la Charte et, par conséquent, du droit international⁹⁶⁶. B. Simma estime en ce sens qu'une mince ligne rouge sépare l'action de l'OTAN de la légalité. C'est l'autorisation du Conseil de sécurité⁹⁶⁷.

Toutefois, on a vu mainte fois que, malgré sa responsabilité d'« agir dans l'intérêt universel de la communauté internationale », le Conseil de sécurité, soumis « à la logique hégémonique du privilège de quelques-uns »⁹⁶⁸, risque de se trouver paralysé par le veto de grandes puissances, motivé par leurs intérêts particuliers stratégiques, politiques et économiques. Ce défaut du Conseil de sécurité a poussé les défenseurs des droits de l'homme à développer une possibilité d'intervention en cas de blocage du Conseil. À travers l'intervention de l'OTAN au Kosovo, A. Cassese a traduit cette tendance naissante au sein de la communauté internationale, qui est de dire que, dans certaines conditions, un groupe d'États peut entreprendre, de façon légitime, une action militaire sans autorisation du Conseil de sécurité. Selon lui, pour cela, « il faudrait ;

que des violations massives des droits de l'homme, équivalentes à des crimes contre l'humanité, se produisent sur le territoire d'un État ;

que cet État soit capable de mettre fin à ces violations ou, s'il en est lui-même l'auteur, qu'il refuse de se conformer aux résolutions des Nations Unies ou d'autres organisations internationales ;

que le Conseil de sécurité se montre incapable d'agir autrement qu'en déplorant les massacres et en qualifiant la situation de 'menace contre la paix' ;

que tous les efforts en vue d'une solution pacifique du conflit aient été épuisés sans succès ; que l'action armée ait été décidée par un groupe d'États (et non

⁹⁶⁵ Rec. CIJ, Ordonnances du 2 juin 1999, par. 15 et 16.

⁹⁶⁶ SIMMA (B.), « NATO, the UN and the Use of Force : Legal Aspects », op. cit., p. 1 et s. ; CASSESE (A.), « Ex iniuria ius oritur : Are We Moving Towards International Legitimation of Forcible Humanitarian Countermeasures in the World Community ? », *EJIL*, 1999, p. 23 et s. ; ABI-SAAB (G.), « Interview », *HEI Echo – Journal de l'Institut Universitaire des Hautes Études Internationales*, n°15, été 1999 ; FALK (R.), « Humanitarian Intervention After Kosovo », in *L'ordre juridique international, un système en quête d'équité et d'universalité, Liber Amicorum Georges Abi-Saab*, MNP, 2001, pp. 177-198.

Cependant, on tient à préciser que malgré son illégalité, cette action de l'OTAN se justifiait, pour une grande partie de la doctrine, sur le plan moral. En plus des sources doctrinales qui viennent d'être citées, voir également PETERS (A.), « Le droit d'ingérence et le devoir d'ingérence... », op. cit., p. 302.

⁹⁶⁷ SIMMA (B.), « NATO, the UN and the Use of Force : Legal Aspects », op. cit., p. 1 et s.

⁹⁶⁸ DUPUY (P.-M.), KERBRAT (Y.), *Droit international public*, op. cit., p. 677.

par un État agissant seul) avec l'assentiment ou l'absence d'opposition d'une majorité d'États membres des Nations Unies ;

qu'enfin l'action soit strictement limitée dans le temps et l'espace à son objet qui est de mettre fin à une situation humanitaire intolérable »⁹⁶⁹.

Cependant, il faut dire que cette argumentation, qui peut certes se justifier dans le cadre du droit international général et qui présente, à cet égard, un vif intérêt⁹⁷⁰, doit être reçue avec prudence. En effet, en l'absence d'un mécanisme de contrôle international, le risque du recours à la force, d'une manière arbitraire et suivant des considérations et appréciations subjectives des États intervenants, reste très élevé.

Il est certes possible de justifier et de condamner les interventions humanitaires à partir d'arguments juridiques ou d'ordre moral. Mais cette question est politique et la réponse doit être politique.

3. Le droit d'intervention comme la prééminence de la logique interétatique sur la logique de la souveraineté de l'État

La coexistence pacifique des États est l'objectif fondamental de l'ordre juridique international marqué par la logique interétatique. Cet objectif implique un devoir négatif d'abstention et de non-intervention que le droit international impose traditionnellement aux États en vue du maintien et de la défense de cette logique interétatique⁹⁷¹. Toutefois, la pratique montre qu'une vision de l'ordre juridique international, constitué d'États isolés et privilégiant une conception de la souveraineté qui sacralise le territoire étatique, ne peut plus suffire pour le maintien de la paix et de la sécurité internationales. On a constaté en effet que certains actes commis à l'intérieur d'un État, comme les actes de génocide, les nettoyages ethniques, les crimes de guerre, peuvent mettre gravement en péril la sécurité internationale. La défense de la souveraineté des États ne s'effectue plus dans l'affirmation de l'individualisme étatique et de leur pouvoir absolu à l'intérieur de leurs frontières. Il existe aujourd'hui d'autres valeurs à

⁹⁶⁹ Voir CASSESE (A.), « Ex iniuria ius oritur : Are We Moving Towards... », op. cit., p. 23 et s., plus spécifiquement p. 27. Le passage traduit et formulé par H. Thierry, « Réflexions sur le 'droit d'ingérence humanitaire' », in *L'ordre juridique international, un système en quête d'équité et d'universalité*, Liber Amicorum Georges Abi-Saab, MNP, 2001, p. 221.

⁹⁷⁰ Voir DUPUY (P.-M.), KERBRAT (Y.), *Droit international public*, op. cit., p. 683 et 684.

⁹⁷¹ FRIEDMANN (W.), *The Changing Structure of International Law*, op. cit., p. 60 et s. ; voir également le cours général du même auteur à l'Académie de La Haye : « General Course in Public International Law », op. cit., p. 92.

défendre, comme les droits de l'homme, la démocratie, la liberté, la sécurité collective, etc., dont la protection concerne directement l'objectif du maintien de la paix et de la sécurité internationales⁹⁷².

Cela dit, il importe de se demander ce que signifie réellement le maintien de la paix et de la sécurité internationales. Il s'agit essentiellement du maintien de la stabilité de la configuration politique actuelle de l'ordre international, c'est-à-dire du maintien du système interétatique, tel qu'il existe. Il est vrai que, à travers la protection des droits de l'homme, c'est le système interétatique qui est protégé⁹⁷³. Tant que les actes d'agression et violations ne menacent pas la sécurité internationale, ils continuent à être considérés comme relevant des affaires intérieures de l'État. La non-intervention dans les affaires internes étant le principe, l'ONU ne peut intervenir en effet que si la gravité de la situation atteint un niveau qui pourra mettre en danger la sécurité et la stabilité de l'ordre juridique interétatique⁹⁷⁴.

Cet intérêt de la communauté internationale vis-à-vis de ce qui se passe à l'intérieur de l'État crée inévitablement une confrontation entre les exigences de la vie collective et les « égoïsmes souverains »⁹⁷⁵. C'est justement là où se cache le génie de la notion de communauté internationale. Selon S. Jovanovic, la restriction du pouvoir discrétionnaire de l'État et, par conséquent, de sa souveraineté présuppose en effet une idée de profit de la communauté internationale⁹⁷⁶. Il en est ainsi dans l'hypothèse d'une dérogation exceptionnelle au principe de non-intervention par l'intervention de la communauté internationale qui visera essentiellement à assurer la coexistence des États. Chaque fois que les exigences de la souveraineté de l'État affrontent celles de la logique interétatique, ce sont les secondes qui l'emportent sur les premières.

⁹⁷² Voir SAROOSHI (D.), *International Organizations and Their Exercise of Sovereign Powers*, op. cit., p. 10.

⁹⁷³ En effet, force est de constater que, malgré une certaine consécration des droits de la personne dans des textes internationaux, le statut de l'individu est toujours incertain en droit international. La reconnaissance internationale des droits des individus n'ayant pas modifié automatiquement la nature fondamentalement interétatique de l'ordre juridique international, ses priorités demeurent toujours déterminées par la logique interétatique.

⁹⁷⁴ On écarte ici les facteurs politiques et stratégiques qui peuvent éventuellement, et sans doute très souvent, influencer l'appréciation de l'ONU et plus particulièrement celle des États membres du Conseil de sécurité.

⁹⁷⁵ DAILLIER (P.), « La 'responsabilité de protéger'... », op. cit., p. 43.

⁹⁷⁶ JOVANOVIC (S.), *Restriction des compétences discrétionnaires...*, op. cit., p. 139.

Chapitre II : La logique interétatique et la juridiction internationale

Hobbes écrivait que « [t]out pouvoir judiciaire est par essence attaché à la souveraineté »⁹⁷⁷. Dans la théorie moderne du droit international, l'État, unique titulaire de la souveraineté, a été considéré comme l'incarnation unique de la force judiciaire. Si ce monopole étatique de la justice, qui découle d'une conception absolue de la souveraineté, est désormais rompu avec l'apparition des juridictions internationales⁹⁷⁸, la logique de la souveraineté continue encore à influencer sur la notion de juridiction internationale mais cette fois dans sa forme pluraliste, c'est-à-dire comme une souveraineté non plus étatique mais une souveraineté qui appartient à l'ensemble des États. Vu sous cet angle, loin d'être incompatible avec cette logique de la souveraineté des États, l'existence de la juridiction est, au contraire, « le critère décisif du fait que la société interétatique constitue un véritable ordre juridique »⁹⁷⁹.

La juridictionnalisation internationale est un phénomène relativement récent. Si on ne prend en compte que les formes véritablement institutionnalisées, on peut même dire que c'est un phénomène du XX^e siècle, qui s'est accentué surtout durant la deuxième moitié de ce siècle. Comme la création d'une institution internationale de nature politique, celle de la juridiction internationale est également fondée sur cette même logique interétatique. La juridiction internationale ne se réalisant toujours pas dans un niveau supra-étatique, elle est loin d'entraîner la disparition de la souveraineté des États. Le phénomène de la juridictionnalisation internationale est encore largement déterminé par cette logique de la souveraineté (Section I).

Adopter tout de suite une vision de la juridiction internationale contre la souveraineté des États peut donc être trompeur. Certes, on peut légitimement défendre que la juridictionnalisation de l'ordre juridique international a une fonction restrictive face aux revendications souverainistes et apporte des limitations considérables à l'unilatéralisme et à l'individualisme des États. Il est vrai que par leur nature indépendante dans leur fonctionnement et composition et en raison du caractère obligatoire de leurs décisions, les institutions judiciaires internationales ont une force transcendante dans leur rapport avec les États. Mais en raison de certaines caractéristiques de l'ordre juridique international dominé par la logique interétatique, ce rapport reste assez fragile et susceptible d'être affaibli, voire

⁹⁷⁷ HOBBS (T.), *Le Léviathan*, Sirey, 3^{ème} éd., 1983, p. 257.

⁹⁷⁸ ASCENSIO (H.), « La notion de juridiction internationale en question », in *La juridictionnalisation du droit international*, SFDI, Pedone, 2003, p. 180.

⁹⁷⁹ LEBEN (C.), « La juridiction internationale », *Droits*, 1989, p. 143 et s.

anéanti par un simple acte unilatéral. Sous pression de ces particularités de l'ordre juridique international et conscient de cette réalité de la société interétatique, le juge international ne peut exercer sa fonction judiciaire que dans des conditions restreintes et d'une manière très prudente (Section II).

Section I : Une juridictionnalisation limitée en raison de la logique de la souveraineté des États

Du point de vue du recul de l'approche individualiste de la souveraineté, le rapport entre la juridiction internationale et les États constitue un exemple particulièrement démonstratif. Il convient de constater d'emblée que ce rapport reste encore antagonique dans la mesure où les États n'ont pas naturellement de sympathie à l'égard d'une autorité extérieure qui veut les juger et leur imposer des décisions obligatoires. Mais cet antagonisme entre les États et la juridiction internationale ne signifie pas une incompatibilité irréductible. Quoique le juge international exerce sa fonction judiciaire dans une totale indépendance et autonomie par rapport aux États, l'exercice de la juridiction internationale est déterminée à tous les niveaux par la logique interétatique (Paragraphe I).

Il est vrai que la logique de la souveraineté des États est particulièrement manifeste dans le domaine de la juridiction internationale. Malgré l'existence de certains contre-arguments liés à l'accroissement de la juridictionnalisation et à l'émergence de concepts qui engendrent la responsabilité objective des États, il semble que le consensualisme demeure encore l'élément décisif de la réalisation de la juridiction internationale (Paragraphe II).

Paragraphe I. Une juridiction internationale soumise au volontarisme étatique

La fonction judiciaire n'est pas inhérente à l'ordre juridique international. Comme tous les autres moyens pacifiques de règlement des différends, le recours à la juridiction internationale est une voie volontaire que les États sollicitent à leur gré. Ce rôle relativisé de la juridiction internationale par le volontarisme étatique influence, d'une part, son niveau

d'institutionnalisation dans l'ordre juridique international (A), et détermine, d'autre part, le fondement de son exercice qui est, à l'image de la société interétatique, consensuel⁹⁸⁰ (B).

A. Une institutionnalisation limitée dans un système d'auto-régulation

À propos de la place de la juridiction internationale dans l'ordre juridique international, A. Pellet affirme que « [f]ondamentalement, le droit international est un droit sans juge »⁹⁸¹. Dans son modèle traditionnel du droit international que R.-J. Dupuy qualifie de « modèle relationnel », chaque État est le gardien de ses propres droits⁹⁸². Dans son cours à l'Académie de La Haye, G. Abi-Saab constate également que le système juridique international « est un système normatif mais non organique ; un système qui opère par l' 'autorégulation' et l' 'auto-ajustement' des États »⁹⁸³. Il attire l'attention sur le préfixe « auto » qui exprime, selon lui, une caractéristique bien particulière de cet ordre juridique, également omniprésente dans le domaine de la justice au niveau interétatique. Dans la même perspective, P.-M. Dupuy et Y. Kerbrat écrivent que

« [d]ans une société décentralisée, dont chacun des sujets primaires (les États) possède une égale souveraineté et détient qui plus est le pouvoir de créer le droit comme d'en interpréter la substance, il est assez logique que le 'droit de propre justice' ou 'de se faire justice à soi-même' soit reconnu à tous »⁹⁸⁴.

Concernant les moyens d'un État de se faire justice à lui-même, le recours individuel aux contre-mesures vient sans doute en premier. Considérées comme « une manifestation [...] du principe fondamental de l'auto-appréciation et du relativisme qui caractérisent le système international »⁹⁸⁵, les contre-mesures « traduisent [le] défaut d'organisation [...] d'un système

⁹⁸⁰ M. Mohammed Bedjaoui, Président de la Cour internationale de Justice, dans une conférence organisée au cours de la session de Lisbonne de l'Institut de Droit international, en 1995, a dit en effet que « la fonction judiciaire internationale est... à l'image de la société dont elle a vocation à régler les différends : elle est consensuelle ». Voir « Discours à l'occasion du 50^{ème} anniversaire de l'Organisation des Nations Unies et de la Cour internationale de Justice », *AIDI*, 1995, vol. 66, t. II, p. 74.

⁹⁸¹ PELLET (A.), « Renforcement du rôle de la CIJ », in *Quel droit internationale pour le 21^{ème} siècle ?*, Y. Sandoz (sous dir.), Bruylant, 2007, p. 135.

⁹⁸² DUPUY (R.-J.), *La communauté internationale entre...*, op. cit., p. 46. Voir également TOMUSCHAT (C.), « Obligations arising... », op. cit., p. 353.

⁹⁸³ ABI-SAAB (G.), « Cours général de droit international public », op. cit., p. 67.

⁹⁸⁴ DUPUY (P.-M.), KERBRAT (Y.), *Droit international public*, op. cit., p. 562.

⁹⁸⁵ WEIL (P.), « Le droit international en quête de son identité... », op. cit., p. 368.

dans lequel n'existent ni juridiction obligatoire ni exécution institutionnelle des obligations »⁹⁸⁶.

Il est vrai que l'ordre juridique international, dans lequel chaque État demeure à la fois « juge et autorité d'exécution de sa propre cause », est caractérisé par l'absence de sanction organisée⁹⁸⁷. À l'origine de cette absence, que J.-A. Carillo-Salcedo considère comme une des causes les plus importantes de la faiblesse du système international⁹⁸⁸, se trouve sans doute le principe de la souveraineté dans sa conception absolue. Selon cette conception, il relève du pouvoir discrétionnaire de l'État de déterminer librement ce qui est dans son droit, d'où son refus de remettre ce pouvoir, d'une manière permanente et irréversible, à une autorité tierce, fût-elle de nature judiciaire.

Un autre exemple de liberté que les États détiennent dans ce domaine d'« auto-justice » et dont ils ne souhaitent toujours pas se déposséder au profit du juge international est leur liberté d'« auto-interprétation » du droit applicable dans leurs relations réciproques. Selon C. Leben, il existe souvent un conflit entre l'interprétation du droit international exercée par les institutions judiciaires et l'auto-interprétation des États qui veulent imposer chacun leur manière de voir le droit international selon leurs propres intérêts⁹⁸⁹. À cet égard, l'idée d'un juge international, qui dit objectivement le droit applicable à la place des États, se heurte à la volonté égoïste de ces derniers qui veulent imposer, comme J. Combacau écrit,

« l'établissement d'un ordre dans lequel ceux sont eux qui confrontent des faits légalement pertinents aux règles desquelles ils tirent leur signification juridique : chaque État atteste celle-ci pour lui-même, sans plus de pouvoir d'imposer aux autres la signification qu'il attribue subjectivement à un fait que tout autre n'a le pouvoir de lui imposer la sienne »⁹⁹⁰.

⁹⁸⁶ COMBACAU (J.), SUR (S.) *Droit international Public*, op. cit., p. 219.

⁹⁸⁷ R.-J. Dupuy attire l'attention en effet sur l'individualisme et le relativisme qui existent en matière des réactions et des sanctions internationales contre les faits illicites. Il écrit : « Dans l'ordre international, son hétérogénéité n'a pas permis, jusqu'ici, de doter les organes de la société internationale globale du monopole de la violence légitime. La paix reste donc subordonnée à la sagesse des gouvernants, non à la crainte de l'intervention d'un pouvoir mondial chargé d'appliquer la coercition à l'agresseur. L'organisation internationale, lors même qu'elle en semble dotée sur le papier, ne peut la mettre en œuvre faute d'accord entre ses membres ». Voir DUPUY (R.-J.), *La communauté internationale entre...*, op. cit., p. 151.

⁹⁸⁸ CARILLO-SALCEDO (J.-A.), « Droit international et souveraineté des États... », op. cit., p. 104.

⁹⁸⁹ LEBEN (C.), « La juridiction internationale », op. cit., p. 151-152. Il écrit que « [l]e juge international est amené à défendre la juridicité de l'ordre international là où l'État tend spontanément à accentuer les aspects anarchiques de celui-ci jusqu'à l'anomie totale » (p. 151).

⁹⁹⁰ COMBACAU (J.), « Le droit international : bric-à-brac ou système ? », op. cit., p. 97 et 98. L'auteur ajoute qu'en droit international c'est encore très rare que ce pouvoir soit attribué par les États à une autorité extérieure, judiciaire ou politique.

Partant de ce constat sur l'absence du juge international, C. Leben considère que l'ordre juridique international dans sa configuration traditionnelle n'est pas vraiment un système ordonné mais un système an-archique⁹⁹¹. En effet, selon lui, l'existence de la juridiction internationale est « le critère décisif du fait que la société interétatique constitue un véritable ordre juridique »⁹⁹². Pour les partisans de cette conception, « la 'justiciabilité des différends' par un 'tiers impartial' constitue le critère hors duquel on ne peut pas identifier un ensemble normatif ainsi qu'un ordre juridique »⁹⁹³. C. Leben écrit effectivement que « si un ordre juridique peut exister sans Législateur (autre que les sujets de droit eux-mêmes) ni Exécutif (s'imposant par la force à ses sujets), il ne peut exister sans une forme de Juge apte à se prononcer sur l'interprétation des règles primaires et le règlement des litiges »⁹⁹⁴. Dans une société, l'idée de la justice ne peut être établie que par l'application des lois par un juge objectif. C'est, en effet, le juge qui assure l'édification et la force du droit permettant ainsi « d'échapper à l'intersubjectivité absolue de l'univers juridique international »⁹⁹⁵.

Il est vrai que malgré certains progrès qualitatifs et quantitatifs réalisés au niveau de la normativité internationale – on pense surtout aux concepts de *jus cogens* et des obligations *erga omnes* – qui ont apporté des limitations considérables à l'intersubjectivité de l'ordre juridique internationale⁹⁹⁶, l'absence de mécanismes juridictionnels adéquats constitue l'obstacle majeur devant l'objectivation de cet ordre juridique⁹⁹⁷. L'efficacité du droit international, qui conditionne, comme le constate très justement J. Charpentier, son utilité⁹⁹⁸, passe sans doute par l'institutionnalisation de cet ordre juridique, plus particulièrement, de la justice internationale.

Malgré la multiplication des institutions judiciaires durant la deuxième moitié du XX^e siècle, la juridiction internationale demeure encore un domaine peu institutionnalisé. Ce résultat est

⁹⁹¹ Selon C. Leben, vu l'existence même modérée des institutions judiciaires et leur autorité reconnue quand elles sont saisies, il n'est pas tout à fait un système anarchique non plus. Ce serait plutôt « un système anarchique tempéré ». Voir LEBEN (C.), « La juridiction internationale », op. cit., p. 146.

⁹⁹² Idem., p. 144.

⁹⁹³ DUPUY (P.-M.), « L'unité de l'ordre juridique... », op. cit., p. 461.

⁹⁹⁴ LEBEN (C.), « La juridiction internationale », op. cit., p. 146.

⁹⁹⁵ DUPUY (P.-M.), « L'unité de l'ordre juridique... », op. cit., p. 461.

⁹⁹⁶ Voir *infra*.

⁹⁹⁷ Par exemple, la protection des droits de l'homme au niveau international est un domaine relativement bien règlementé par les normes internationales, en grande partie, impératives. Mais, comme M. Delmas-Marty le constate, ce développement reste théorique. Il n'est pas encore soutenu, à l'échelle mondiale, par les mécanismes institutionnels de mise en œuvre et de contrôle. Voir DELMAS-MARTY (M.), « Plurijuridisme et mondialisation, vers un pluralisme ordonné », in *Le Plurijuridisme*, J.-L. Bergel (sous dir.), Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2005, p. 357.

⁹⁹⁸ CHARPENTIER (J.), « Réflexions sur l'utilité du droit international », in *État, société et pouvoir à l'aube du 21^e siècle, Mélanges en l'honneur du Professeur F. Borella*, Presses universitaires de Nancy, 1999, p. 57.

en grande partie dû à la conception de la souveraineté absolue selon laquelle la soumission de l'État à une cour ou à un tribunal international était inconcevable. Il est certain que cette approche a aujourd'hui évolué. Le principe de la souveraineté des États n'est plus considéré comme un obstacle devant la juridiction internationale et incompatible avec l'idée de la justiciabilité des différends interétatiques. En outre, les États se montrent de plus en plus favorables au règlement juridictionnel de leurs différends internationaux dans une société internationale marquée par des fractures politiques et des inégalités de fait⁹⁹⁹. La prolifération des juridictions internationales, surtout spécialisées, est une preuve de l'existence de ce mouvement en faveur du recours à la juridiction internationale.

Toutefois, il existe toujours, de la part des États, une certaine résistance au phénomène de l'institutionnalisation de la juridiction internationale. Il n'y a toujours pas d'institution internationale judiciaire dont la compétence soit obligatoire et universelle indépendamment de l'acceptation ou de la saisine des États¹⁰⁰⁰. Cela montre bien que le volontarisme étatique, lié intimement à cette notion de souveraineté, constitue toujours un élément très déterminant pour le développement de la juridiction internationale et pour son institutionnalisation. Le niveau d'institutionnalisation de la juridiction internationale reflète aujourd'hui, à l'image de la société internationale actuelle, les traits inhérents à un ordre juridique international, fondé sur le volontarisme étatique. Si le principe de la souveraineté des États n'exclut plus l'idée de la justiciabilité des différends interétatiques, celui-ci permet toujours aux États de refuser d'être attiré devant un tiers¹⁰⁰¹ ou, s'il accepte la juridiction du juge international, de décider les conditions d'une juridiction internationale adaptée. Cette réalité nous amène à faire le constat selon lequel le passage de la logique de la souveraineté de l'État à celle des États reste encore limité au niveau de la juridiction internationale.

Il convient maintenant de répondre la question de savoir si cette nature classique de l'ordre juridique international a changé avec la juridictionnalisation du droit international qui a désormais évolué vers un « droit institutionnel » doté d'institutions judiciaires permanentes.

⁹⁹⁹ ORAISON (A.), « Réflexions sur 'l'organe judiciaire principal des Nations Unies' (Stratégies globales et stratégies sectorielles de la Cour internationale de Justice », *RBDI*, 1995, p. 397.

¹⁰⁰⁰ Voir *supra*.

¹⁰⁰¹ CARILLO-SALCEDO (J.-A.), « Droit international et souveraineté des États... », *op. cit.*, p. 79.

B. La juridiction internationale est consensuelle

Dans le modèle traditionnel de la justice interétatique, chaque État est le gardien de ses propres droits et intérêts¹⁰⁰². L'institutionnalisation de la juridiction internationale ne modifie pas véritablement cette réalité. C'est toujours à celui qui se considère lésé qu'il incombe de décider de l'invoquer et de soumettre son litige à la juridiction internationale. De ce point de vue, les États en droit international sont comme des individus en droit interne privé. Dans les deux ordres juridiques, les institutions judiciaires ont besoin d'être sollicitées pour intervenir. Mais, la différence de la juridiction internationale est que « [p]our qu'une procédure de règlement d'un différend puisse être mise en marche, il est nécessaire d'obtenir le consentement non seulement de la victime, mais également de l'État qui a enfreint le droit »¹⁰⁰³ (1). Même après la saisine d'une instance judiciaire, ce principe consensualiste reste encore influent dans certaines étapes de l'exercice de la fonction judiciaire (2).

1. Le fondement consensuel du recours à la juridiction internationale

En raison du fondement consensuel de la juridiction internationale, le recours à une instance judiciaire internationale n'est valablement possible qu'avec l'accord de toutes les parties concernées¹⁰⁰⁴. Un tel recours consensuel suppose d'abord qu'une compétence soit attribuée à l'instance judiciaire internationale par les États parties au litige (a). Ensuite, il est également exigé que cette juridiction soit valablement saisie dans le respect du principe consensualiste (b).

a. L'attribution et la délimitation de la compétence

Le principe selon lequel en l'absence de règle attribuant à une institution internationale une compétence celle-ci reste incompétente, est un principe tout aussi valable pour les institutions judiciaires. La juridiction internationale n'existe que si les États ont accepté et attribuée une compétence à une instance judiciaire internationale.

¹⁰⁰² *Idem.*, p. 105 ; TOMUSCHAT (C.), « Obligations arising... », op. cit., p. 353.

¹⁰⁰³ ECONOMIDÈS (C. P.), « L'obligation de règlement pacifique des différends internationaux : une norme fondamentale tenue à l'écart », in *Paix, développement, démocratie, Amicorum Discipulorumque Liber B. Bouros-Ghali*, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 411.

¹⁰⁰⁴ GUILLAUME (G.), *La Cour internationale de Justice à l'aube du XXI^e siècle, le regard d'un juge*, Pedone, 2003, p. 22.

Concernant les modes d'attribution de cette compétence, il existe plusieurs possibilités suivant différentes juridictions internationales. Une institution judiciaire internationale peut être rendue compétente sur la base d'une disposition du traité constitutif de cette institution judiciaire que les États acceptent lors de la signature de celui-ci. Cette clause peut être facultative ou obligatoire pour tous les États qui souhaitent devenir parties¹⁰⁰⁵. Les traités internationaux peuvent également contenir des dispositions spécifiques conférant la compétence à une instance judiciaire pour des litiges internationaux qui relèvent de ces traités. Il est également possible que les États attribuent cette compétence ultérieurement par un compromis conclu entre eux après la naissance du litige concernant uniquement ce différend. Un tribunal international n'est donc compétent que si les volontés des États s'accordent ou coïncident. C'est en tout cas la réciprocité, principe ultime du consensualisme, qui est la règle de base.

Le même principe exige également que cette compétence soit exercée « dans les termes où elle a été acceptée » par les États¹⁰⁰⁶. Ce sont toujours les États qui délimitent l'étendue de cette compétence. Cette délimitation (*ratione materiae*, *ratione personae* ou *ratione temporis*) est faite, d'abord, d'une manière générale lors de la signature de l'acte constitutif de l'institution judiciaire en cause, et ensuite, si l'acte constitutif le permet, d'une manière individuelle, par chaque État concerné, par des déclarations unilatérales ou des accords bilatéraux. Pour les institutions judiciaires spécialisées comme le Tribunal international du droit de la mer ou la Cour pénale internationale, leur compétence est déjà délimitée par leurs traités constitutifs que les États déterminent librement. C'est surtout dans le cas de la Cour internationale de Justice que les États ressentent le besoin de délimiter chacun la compétence de la Cour. Les États peuvent accepter, d'une manière générale, la juridiction obligatoire de la Cour. Mais, puisque le champ d'action de cette institution judiciaire couvre l'ensemble des questions internationales, les États hésitent à accepter, d'une manière imprévisible pour tout différend interétatique, la juridiction obligatoire de la Cour. De ce fait, pour élargir le nombre

¹⁰⁰⁵ Pour la Cour internationale de Justice et le Tribunal international du droit de la mer, la reconnaissance de leur compétence est facultative pour les États parties à leurs actes constitutifs. Dans le cas de la CIJ, en vertu du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut, les États acceptent ou non la juridiction obligatoire de la Cour. Pour ce qui concerne le Tribunal international du Droit de la Mer, selon la Convention des Nations Unies sur le Droit de la Mer de 1982, établissant le TIDM, le recours à la justice est obligatoire pour les États parties, mais ils ont la liberté de choix parmi les différentes procédures judiciaires (art. 286 et s.). Selon les articles 20 et 21 du Statut du Tribunal, sa juridiction n'est obligatoire que pour les États ayant exprimé leur choix en faveur de ce Tribunal. Tandis que pour la Cour pénale internationale (art. 12/1) et l'Organe de règlement des différends de l'OMC, l'acceptation de la juridiction est obligatoire et automatique pour tous les États parties.

¹⁰⁰⁶ Voir l'arrêt du 14 juin 1938 relatif à l'affaire des *Phosphates du Maroc*. Publications de la CPJI, Série AB, n° 74, p. 23.

d'États acceptant cette clause de la juridiction obligatoire, une possibilité de formuler des réserves a été prévue dans le Statut. Les États qui acceptent la juridiction obligatoire de la CIJ ont ainsi tendance à la limiter par des réserves excluant les différends relatifs à certains domaines qu'ils estimeront librement non justiciables.

Quant à la typologie des réserves, elle n'est pas limitée. La réserve la plus courante concerne généralement les différends relevant de la juridiction nationale. La conservation de la souveraineté étatique est le but essentiel¹⁰⁰⁷. Les États vont même au-delà de cette réserve en incluant également dans leur déclaration que la détermination des affaires relevant la compétence nationale sera faite par eux-mêmes. À cet égard, la déclaration des États-Unis de 1946 est un bon exemple. Cette déclaration exclut de la compétence de la Cour « des différends relatifs à des affaires qui relèvent essentiellement de la compétence nationale des États-Unis d'Amérique selon la détermination par les États-Unis d'Amérique [as determined] »¹⁰⁰⁸. Par cette réserve automatique, l'État essaie de se réserver le droit d'apprécier lui-même si les différends portés devant la Cour relèvent ou non de sa compétence nationale. On peut certes soutenir que malgré le principe du consentement à la juridiction, une fois que l'affaire est portée devant la Cour, ce n'est pas les États parties qui décident de la compétence de la CIJ. La Cour a la compétence de sa compétence et, en cas de contestation, c'est elle qui décide¹⁰⁰⁹. Mais cela n'empêche qu'une telle formulation assez imprécise sur le contenu de la réserve risque de vider le sens de l'acceptation de la juridiction obligatoire¹⁰¹⁰.

¹⁰⁰⁷ KOROWICZ (M.-S.), *Organisations internationales et souveraineté des États membres*, op. cit., p. 224.

¹⁰⁰⁸ La formulation est connue comme « l'amendement Connally », du nom du sénateur américain ayant déposé la proposition d'amendement. Cet exemple de formulation est suivi en 1947 par la France et ensuite par les autres États.

¹⁰⁰⁹ On peut se demander d'ailleurs, en cas d'une telle réserve automatique semblable, si la Cour peut écarter cette réserve suivant le principe établi dans le droit des traités par la jurisprudence de la Cour et par l'article 36 de la Convention de Vienne de 1969, à savoir une réserve ne doit pas être incompatible avec l'objet et le but du traité. La détermination du but de la juridiction obligatoire et de l'incompatibilité de la réserve avec celui-ci s'avère une tâche très délicate et compliquée pour la Cour. Elle doit s'acquitter sa fonction en vertu de son Statut tout en respectant au principe consensualiste. Toutefois, pour certains juges de la Cour, il est tout à fait normal que la Cour puisse « apprécier la légalité des divers éléments de la déclaration » qui doit logiquement être conforme au Statut en vertu duquel elle a été faite et existe. Voir l'opinion dissidente du juge Armand-Ugon dans l'affaire de l'*Interhandel* opposant la Suisse aux États-Unis, *Exceptions préliminaires*, arrêt du 21 mars 1959, Rec. CIJ, 1959, p. 91 et l'opinion individuelle du juge Lauterpacht dans l'affaire relative à *Certains emprunts norvégiens* opposant la France à la Norvège, arrêt du 6 juillet 1957, Rec. CIJ, 1957, pp. 46-47.

¹⁰¹⁰ Comme le Juge Lauterpacht constate très justement, « il n'est plus question de juridiction obligatoire, si, après qu'un différend s'est élevé et après qu'il a été soumis à la Cour, l'État défendeur à le droit de décider si la Cour est compétente ». Voir l'opinion individuelle du Juge Lauterpacht dans l'affaire relative à certains emprunts norvégiens opposant la France à la Norvège, arrêt du 6 juillet 1957, Rec. CIJ, 1957, p. 47. Voir également ABI-SAAB (G.), « De l'évolution de la Cour internationale. Réflexions sur quelques tendances récentes », *RGDIP*, 1992, p. 276 et 277. L'auteur se réfère à l'article de Sir Humphrey Waldock (« The Decline

Ainsi, force est de constater qu'en raison du fondement consensualiste de la juridiction internationale, toute instance judiciaire internationale, même celles qui sont dites plus institutionnalisées et contraignantes ont besoin, d'une manière ou d'une autre, d'une attribution de compétence réciproque des États concernés. Malgré une institutionnalisation considérable, la juridiction internationale « conserve [encore] certains traits de la procédure arbitrale par son assise consensualiste »¹⁰¹¹.

b. La saisine de la juridiction internationale

La saisine est définie, dans le *Dictionnaire de droit international public* de J. Salmon, comme un simple « acte introductif d'instance portant une affaire devant une juridiction »¹⁰¹². Ainsi conçue, la saisine est une question purement technique et elle doit être distinguée de la compétence. Mais, dans l'ordre juridique international, l'existence de la compétence *ratione materiae* et *ratione personae* des tribunaux internationaux ne signifie pas que ceux-ci ont l'« aptitude légale à connaître [d'office] d'une affaire contentieuse ». Pour attribuer ce « pouvoir de juger » ou activer la compétence déjà attribuée, il faut que l'instance judiciaire internationale soit valablement saisie¹⁰¹³.

De ce constat, il y a deux conclusions à tirer. Premièrement, la saisine possède un lien direct avec la question de la compétence en ce sens qu'elle active cette dernière. En effet, dans l'ordre juridique international, le terme « saisine » doit être entendu non seulement comme un simple acte procédural mais comme un acte de complément nécessaire à la compétence d'une instance judiciaire internationale pour connaître d'une affaire. La jurisprudence de la CIJ confirme également que la saisine, basée sur le principe du consentement comme la compétence, n'est pas qu'un simple acte introductif mais un acte complémentaire à la compétence de la Cour. Dans son arrêt du 15 février 1995 concernant l'affaire de la *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn*, la Cour précise en effet que

« [...] comme acte introductif d'instance, la saisine est un acte de procédure autonome par rapport à la base de compétence invoquée; et, à ce titre, elle est

of the Optional Clause », 32 BYBIL 1955-1956, p. 244) qui attire l'attention justement sur cette « explosion des réserves attachées aux déclarations, allant parfois jusqu'à anéantir totalement le but de ces déclarations » (p. 277).

¹⁰¹¹ GELAS (H.), *Procédure contentieuse internationale et souveraineté étatique*, Thèse, Paris II, 2004, p. 561.

¹⁰¹² SALMON (J.) (sous dir.), *Dictionnaire de droit international public*, op. cit., p. 1017.

¹⁰¹³ COMBACAU (J.), SUR (S.) *Droit international Public*, op. cit., p. 27.

régie par le Statut et le Règlement de la Cour. La Cour ne saurait cependant connaître d'une affaire tant que la base de compétence considérée n'a pas trouvé son complément nécessaire dans un acte de saisine: de ce point de vue, la question de savoir si la Cour a été valablement saisie apparaît comme une question de compétence »¹⁰¹⁴.

Il s'agit donc d'une habilitation concrète donnée par un État à une instance judiciaire sans laquelle la compétence de celle-ci ne serait pas complète. Ainsi, si la validité de la saisine dépend de l'existence d'un titre de compétence, la compétence de la juridiction dépend, à son tour, de l'existence d'une saisine valide. Une saisine effective est celle qui est faite à une juridiction déjà compétente. C'est en ce sens que la saisine signifie « activer cette compétence »¹⁰¹⁵.

La deuxième conclusion qu'il faut tirer de cette particularité de la saisine dans l'ordre juridique international découle de ce lien direct avec la question de la compétence. Puisque la saisine « doit [...] être regardée comme partie intégrante de la compétence », les mêmes exigences consensuelles qui déterminent la compétence sont également recherchées en ce qui concerne le mode de saisine¹⁰¹⁶. De ce fait, le principe du consentement à la juridiction « conditionne [la saisine de la juridiction] au même titre qu'il conditionne la compétence de la juridiction »¹⁰¹⁷. La validité d'une saisine effective dépend aussi de l'existence du consentement des États concernés dans l'affaire.

Dans l'ordre juridique international, il existe traditionnellement deux modes de saisine possibles. Le premier est la saisine par un compromis commun des parties. Ce mode de saisine est sans aucun doute consensuel. Quant au deuxième, il s'agit de la saisine unilatérale. Ce mode de saisine ne peut produire valablement des effets juridiques pour l'État attrait devant la juridiction que si le consentement de ce dernier y est donné à l'avance par l'acceptation de la juridiction obligatoire. Ce consentement préalable des États à la juridiction

¹⁰¹⁴ CIJ Rec., 1995, par. 43, p. 23. Sur ce sujet voir WEIL (P.), « Compétence et saisine : un nouvel aspect du principe de la juridiction consensuelle », in *Theory of international law at the threshold of the 21st century, Essays in honour of K. Skubiszewski*, Kluwer Law International, 1996, p. 847.

¹⁰¹⁵ FORTEAU (M.), « La saisine des juridictions interétatiques à vocation universelle (CIJ et TIDM) », in *La saisine des juridictions internationales*, H. Ruiz-Fabri et J.-M. Sorel (sous dir.), Pedone, 2006, p. 46.

¹⁰¹⁶ WEIL (P.), « Compétence et saisine... », op. cit. p. 842. C'est également la conclusion de la CIJ dans l'affaire de la *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn*. CIJ Rec., 1995, par. 43, p. 23.

¹⁰¹⁷ FORTEAU (M.), « La saisine des juridictions interétatiques... », op. cit., p. 45.

obligatoire « opère ainsi sur la saisine à la manière d'un accord implicite »¹⁰¹⁸. Donc, on pense que la saisine dite unilatérale est aussi, au fond, consensuelle.

Tout ceci pour dire que le principe de la juridiction consensualiste détermine le système de saisine, laissant cette liberté complètement aux États. De la même manière que l'attribution d'une compétence, l'acte de saisine est aussi une décision politique de l'État requérant qui rend l'affaire justiciable et autorise l'instance judiciaire, pour sa part et dans les limites de la requête mais d'une manière cette fois définitive, de juger le litige interétatique en cause. L'habilitation de la juridiction internationale est complétée par la saisine d'une manière définitive parce que, même si le juge international possède déjà une compétence par l'acceptation de la juridiction obligatoire, tant qu'il n'est pas saisi par une des parties, cette compétence n'a pas de sens. Par l'acceptation de la clause facultative de juridiction obligatoire, l'État perd, certes, le contrôle du choix du recours au juge face aux États ayant accepté la même clause. Il risque de se voir attiré devant le juge par une requête unilatérale sans son consentement spécifique concernant le litige en cause. Mais, par cette acceptation de la juridiction obligatoire, la compétence du juge international ne devient pas pour autant automatique. Le système d'auto-saisine n'existe pas dans l'ordre juridique international. Pour le juge international, il faut toujours qu'il soit saisi de l'affaire au moins par une des parties au litige.

Le système de saisine, constituant ainsi une autre particularité de la juridiction internationale consensuelle, montre parfaitement l'impact du principe de la souveraineté des États sur la relativité de l'ordre juridique international, dépourvu des mécanismes objectifs du contrôle de la légalité des conduites étatiques¹⁰¹⁹.

2. Le principe du consensualisme et l'exercice de la juridiction internationale

Selon R.-J. Dupuy, l'arbitrage est le modèle typique du règlement des différends du droit relationnel¹⁰²⁰ dans la mesure où c'est une procédure qui nécessite inconditionnellement les accords des États en litige dans toutes ses étapes ; pour la saisine, pour désigner les arbitres et le droit applicable. L'établissement des tribunaux internationaux permanents, qui ont des statuts préétablis et des juges élus indépendamment des États parties au litige, est sans doute

¹⁰¹⁸ *Idem.*, p. 46.

¹⁰¹⁹ DUPUY (P.-M.), « L'unité de l'ordre juridique international... », *op. cit.*, p. 461.

¹⁰²⁰ DUPUY (R.-J.), *La communauté internationale entre...*, *op. cit.*, p. 47.

une évolution considérable par rapport à la juridiction arbitrale. Cependant, au sein de la juridiction internationale permanente, une certaine logique de la juridiction arbitrale est encore présente en raison notamment de la volonté des États de relativiser les conséquences d'une juridiction permanente et d'arbitraliser la procédure devant ces tribunaux. Comme dans l'arbitrage, les États souhaitent que le principe du consensualisme soit respecté par les tribunaux internationaux non seulement pour les questions de compétence et de saisine mais également pendant tout l'exercice de la fonction judiciaire¹⁰²¹.

Concernant la présence de cette logique consensualiste dans l'exercice de la fonction judiciaire par les institutions permanentes, le système du juge *ad hoc* et la constitution des chambres *ad hoc* sont particulièrement significatifs (a). Il y a lieu également d'examiner à cet égard l'effet relatif du jugement des institutions judiciaires internationales, qui est dépourvu de la force obligatoire pour les autres États et en dehors du cas qui est décidé (b).

a. L'intervention des États dans la composition organique des instances judiciaires

Les institutions judiciaires internationales sont composées des juges qui sont élus d'avance et indépendamment des affaires qui leur ont été apportées. Ainsi, contrairement à la juridiction arbitrale, leur composition organique ne change pas, en principe, selon la volonté des États parties. Par conséquent, ce groupe limité de juges, rassemblé sans doute pour leur qualité individuelle mais aussi dans le but d'assurer « la représentation de principaux systèmes juridiques du monde et une répartition géographique équitable »¹⁰²², risque naturellement de ne pas comprendre un juge pour chaque État. Dans ce cas, les États parties ont la possibilité de nommer un juge. Ce droit constitue sans doute une intervention dans la composition organique de l'institution judiciaire.

Selon l'article 31 du Statut de la Cour internationale de Justice, « [s]i la Cour ne compte sur le siège aucun juge de la nationalité des parties, chacune de ces parties peut procéder à la désignation d'un juge » qui y siègera lors du jugement de cette affaire. La même possibilité est également prévue à l'article 17 du Statut du Tribunal international du droit de la mer.

¹⁰²¹ FORTEAU (M.), « La saisine des juridictions interétatiques... », op. cit., p. 48. Pour une analyse approfondie sur ce sujet, voir également GELAS (H.), *Procédure contentieuse internationale et souveraineté étatique*, op. cit.

¹⁰²² Le paragraphe 2 de l'article 2 du Statut du TIDM et l'article 9 du Statut de la CIJ.

Il est évident que les juges, permanents ou *ad hoc*, qui composent ces cours internationales sont indépendants des États dont ils portent la nationalité. Ils y sont nommés pour représenter et défendre l'intérêt de toute la communauté internationale et non pas uniquement celui des États dont ils sont ressortissants. Il a été souvent dit d'ailleurs que la tâche du juge *ad hoc*, comme celle des autres, ne consiste pas à plaider comme un avocat de la partie qui l'a désigné ou dont il est ressortissant mais à veiller simplement à ce que les arguments de celle-ci soient correctement entendus et pris en considération par la Cour. À cet égard, la présence d'un juge de la nationalité de l'État partie au litige, qui connaît sans doute de près les particularités du terrain et de l'affaire présentée devant la Cour, a été considérée comme une voix enrichissante pour celle-ci¹⁰²³.

Cependant, il faut reconnaître que la nomination du juge par l'État partie est un système archaïque et hérité de la logique purement consensuelle de la juridiction arbitrale. En tant que traduction du volontarisme étatique et, en quelque sorte, outil pour les États d'intervention à la procédure de la juridiction, ce système du juge *ad hoc* met à mal l'image de la juridiction internationale permanente, coincée entre l'arbitrage et une véritable juridiction institutionnalisée¹⁰²⁴.

Un autre exemple de consensualisme qui affecte la juridiction internationale institutionnalisée est sans doute la possibilité pour les États de demander l'institution des chambres spéciales ou *ad hoc*, composées de juges, certes membres de la Cour, mais choisis avec l'accord des États parties au litige. Ces derniers peuvent également s'entendre sur un certain nombre d'éléments concernant le déroulement du jugement¹⁰²⁵. Là encore, le principe du consensualisme devance encore une fois l'institutionnalisation et rapproche la juridiction exercée par les Cours internationales du règlement arbitral qui est caractérisé lui aussi par la liberté qu'il laisse aux États parties au litige de choisir les juges, la procédure à suivre et le droit applicable.

¹⁰²³ THIERRY (H.), « Au sujet du juge ad hoc », in *Liber Amicorum in memoriam of Judge José Maria Ruda*, Kluwer Law International, 2000, p. 285 s.

¹⁰²⁴ En attirant l'attention sur le fait qu'aucun juge ad hoc « ne s'est jamais prononcé contre l'État à l'origine de sa nomination », R.-J. Dupuy écrit que le système du juge *ad hoc* symbolise le volontarisme étatique et le consensualisme qui y est toujours présent. Voir DUPUY (R.-J.), *La communauté internationale...*, op. cit., p. 64. Voir également THIERRY (H.), « Au sujet du juge ad hoc », op. cit., pp. 285-289.

¹⁰²⁵ Une telle possibilité est prévue à l'article 26 du Statut de la Cour internationale de Justice. L'article 28 permet aux États parties de choisir même le lieu d'exercice de fonction de ces chambres. L'article 15, par. 2 et l'article 36, par. 1 du Statut du Tribunal international du droit de la mer prévoient également la même possibilité de constitution des chambres spéciales ou *ad hoc* dont les membres sont désignés par le Tribunal avec l'assentiment des Parties.

Considéré comme « une exception [considérable] à la pleine souveraineté de la Cour sur son fonctionnement interne »¹⁰²⁶, le système du juge *ad hoc* et la constitution des chambres *ad hoc* sont donc deux indices qui montrent que les États se gardent encore d'une véritable institutionnalisation de la juridiction internationale¹⁰²⁷. Conditionnés par un consensualisme interétatique, même les tribunaux internationaux permanents souffrent encore de l'absence d'un véritable statut institutionnalisé leur assurant face aux États une existence objective, parfaitement détachée des parties¹⁰²⁸.

b. L'effet relativisé de la juridiction pour les États tiers

En raison du fondement consensuel de la juridiction internationale, les effets de l'exercice de la fonction judiciaire sont minimisés¹⁰²⁹ pour les États qui ne sont pas parties au litige à l'issue duquel cette juridiction est exercée.

Selon le principe de la juridiction consensuelle, une instance judiciaire ne peut pas prendre de décisions qui touchent ou affectent les droits et les intérêts juridiques des États qui ne sont pas parties à l'affaire en cause. Ce principe, sur lequel repose la compétence de la juridiction internationale est nettement souligné par la CIJ en 1954. Dans l'affaire de l'*Or monétaire pris à Rome en 1943*, la Cour s'est en effet déclaré incompétente pour se prononcer sur une question concernant un intérêt de l'Albanie qui n'était pas partie au procès¹⁰³⁰. Suivant toujours le même principe, la Cour a reconnu, dans l'affaire du *Timor oriental*, qu'elle n'était pas en mesure de rendre une décision touchant aux intérêts juridiques d'un État, en occurrence l'Indonésie, qui n'avait pas consenti à la juridiction de la Cour dans cette affaire¹⁰³¹.

¹⁰²⁶ CARREAU (D.), *Droit international*, op. cit., p. 576. Selon l'auteur, la nomination du juge *ad hoc* aux instances judiciaires internationaux permanents est « une institution [qui] représent[e] une survivance de l'arbitrage » (p. 577).

¹⁰²⁷ DECAUX (E.), *Droit international public*, op. cit., p. 329.

¹⁰²⁸ Voir COMBACAU (J.), SUR (S.) *Droit international Public*, op. cit., p. 26 et 27.

¹⁰²⁹ Minimisés parce que l'on ne peut pas dire que ces effets sont absolument inexistant. En effet, chaque jugement peut, logiquement, avoir des conséquences objectives à l'égard d'autres sujets du droit international. Par exemple, les décisions judiciaires sur les questions de délimitation frontalière ont des conséquences qui dépassent le rapport entre les États parties au litige. Il se peut également que certaines décisions judiciaires, qui contribuent à l'identification du droit applicable à d'autres États, servent la référence concernant ces États tiers.

¹⁰³⁰ CIJ Rec., 1954, p. 32.

¹⁰³¹ CIJ Rec., 1995, p. 102. Pour une analyse comparée de ces deux arrêts de la Cour du point de vue du principe du consentement à la juridiction, voir JOUANNET (E.), « Le principe de l'Or monétaire. À propos de l'arrêt de la Cour du 30 juin 1995 dans l'affaire du Timor Oriental », *RGDIP*, 1996, pp. 673-713, plus particulièrement p. 683.

Ce même principe de la juridiction consensuelle permet également aux États tiers d'échapper à la nature obligatoire des décisions prises par une juridiction internationale sans leur consentement. Selon ce principe, énoncé à l'article 59 du Statut de la Cour internationale de Justice, ainsi qu'au paragraphe 2 de l'article 296 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982 concernant toutes les procédures judiciaires énumérées dans la Convention, la décision des instances judiciaires internationales « n'est obligatoire que pour les parties en litige et dans le cas qui a été décidé »¹⁰³².

L'examen de la jurisprudence de la Cour internationale de Justice montre que la Cour est très attentive à ce sujet¹⁰³³. Bien évidemment, dans la pratique, la portée de la jurisprudence de la Cour, qui a une « qualité directive considérable » dans l'identification et l'interprétation de la substance des normes applicables, dépasse le formalisme prévu à l'article 59 du Statut¹⁰³⁴. Mais, en dehors de cet effet purement normatif de la jurisprudence internationale en tant que « moyens auxiliaires de détermination [objective] des règles de droit¹⁰³⁵ », les composants concrets d'une décision, comme les éléments de preuve ou les raisons qui ont motivé le jugement de la Cour, ne peuvent pas être servis dans un autre litige opposant deux parties différentes¹⁰³⁶.

Ceci est sans doute dû à la logique consensualiste qui gouverne encore l'exercice de la fonction judiciaire au niveau international. Les États ne veulent pas se voir imposer des décisions qui ont été prises par des autorités, fussent-elles judiciaires, sans leur consentement.

Paragraphe II. Un certain dépassement de la juridiction consensuelle ?

On a constaté qu'en raison du fondement consensuel de toute juridiction internationale, l'exercice de la fonction judiciaire par les instances internationales dépend du consentement des États. Il a été soutenu que ce facteur consensualiste aurait été remis en cause sur deux

¹⁰³² Sur ce sujet voir BRANT (L. N. C.), *L'autorité de la chose jugée en droit international public*, LGDJ, 2003, p. 143 ss.

¹⁰³³ Par exemple l'arrêt de la CIJ du 11 juin 1998 sur les *exceptions préliminaires* relatives à l'affaire de la *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria*, CIJ Rec., 1998, par. 28.

¹⁰³⁴ Voir BRANT (L. N. C.), *L'autorité de la chose jugée...*, op. cit., particulièrement p. 155 et s.

¹⁰³⁵ D'ailleurs, l'article 38 (d) précise lui-même que cette fonction de la jurisprudence doit être interprétée « sous réserve de la disposition de l'Article 59 ».

¹⁰³⁶ Dans son arrêt du 16 décembre 2007 concernant l'*Interprétation des arrêts 7 et 8 relative à l'affaire de l'Usine de Chorzow*, la Cour permanente de Justice internationale constate en effet que « le but de l'article 59 est [...] d'éviter que des principes juridiques admis par la Cour dans une affaire déterminée soient obligatoires pour d'autres États ou d'autres litiges ». Publications CPJI Serie A, n°13, p. 21.

fronts ; d'abord, par le système de juridiction obligatoire qui permettra la saisine d'une instance judiciaire sans le consentement spécifique de tous les États concernant le litige en cause (A), et ensuite, par l'émergence des concepts du droit impératif et des obligations *erga omnes* dont la violation attribuerait automatiquement une compétence aux instances judiciaires internationales (B).

A. La juridiction obligatoire est-elle antinomique avec le principe du consentement à la juridiction ?

La question de savoir si la juridiction obligatoire est antinomique au principe du consentement à la juridiction internationale se pose particulièrement concernant la juridiction de la Cour internationale de Justice dont la compétence n'est pas obligatoire mais générale couvrant l'ensemble des questions juridiques internationales. Cette largeur du champ d'action de la Cour provoque chez les États une réticence à son égard, d'où le caractère facultatif de l'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour¹⁰³⁷.

Considérée comme « une sorte de blanc-seing »¹⁰³⁸ donné aux autres États, la juridiction obligatoire procède d'un accord préalable de l'État qui accepte que la Cour internationale puisse être saisie par une requête individuelle d'une des parties et sans son accord spécial concernant le différend¹⁰³⁹. Il a été soutenu que cette acceptation préalable de l'État de soumettre à la juridiction de la Cour « ses différends à venir, dont on ne pouvait prévoir ni la nature, ni la gravité », constituait un abandon de la souveraineté dans le domaine de la juridiction internationale¹⁰⁴⁰. Cette approche, découlant d'une conception absolue de la notion de souveraineté, considère que même l'idée de la juridiction internationale constitue un recul pour la souveraineté de l'État. Mais cette conception est dépassée. Le principe de la souveraineté qui se définit désormais dans une logique pluraliste n'exclut pas que les différends interétatiques soient justiciables avec l'accord des États. C'est en effet par rapport à ce dernier point, le principe consensuel, qu'il faut situer le concept de la juridiction obligatoire.

¹⁰³⁷ Le par. 2 de l'art. 36 du Statut de la CIJ.

¹⁰³⁸ BEDJAOUI (M.), « Discours à l'occasion du 50^e ... », op. cit., p. 74.

¹⁰³⁹ CIJ Rec., Affaire *Nottebohm*, Liechtenstein c. Guatemala, *Exceptions préliminaires*, arrêt du 18 novembre 1953, p. 122.

¹⁰⁴⁰ GIRAUD (E.), « Le rejet de l'idée de souveraineté... », op. cit., p. 255.

Une idée de la juridiction autoritaire, transposée du modèle du droit interne, n'est pas compatible avec l'ordre juridique international dans son état actuel¹⁰⁴¹. Ceci pour deux raisons principales ; d'une part, la société internationale est composée d'États souverains, et d'autre part, contrairement aux droits étatiques, le droit international qui régit cette société interétatique est censé résoudre les différends entre États plus pacifiquement que d'une manière autoritaire. C'est pourquoi, il n'y a toujours pas eu une institution judiciaire qui exerce véritablement une « fonction de juger » dans le sens que l'on entend en droit interne¹⁰⁴².

Pour les États, l'obligation pure et simple de soumettre leurs différends à la CIJ ne constitue pas la règle mais l'exception. Et cette exception ne modifie en aucune manière le principe du consentement à la juridiction¹⁰⁴³. En effet, en raison du principe du consentement à la juridiction, la juridiction de la Cour n'est pas obligatoire pour tous les États et de la même manière. D'abord, il faut savoir que la clause de la juridiction obligatoire n'est pas acceptée par tous les États. Comme il a été indiqué à l'article 36/2 du Statut, c'est une clause facultative que les États décident librement d'accepter ou non par une déclaration. Cette déclaration est un acte unilatéral ayant pour but de créer un lien consensuel et d'entrer dans des rapports bilatéraux avec d'autres États acceptant la même clause. Toujours suivant ce même principe du consentement à la juridiction, et sous l'obligation de respecter certaines conditions formelles¹⁰⁴⁴, cette acceptation préalable de l'État peut être également retirée à tout moment par lui. La réciprocité, principe ultime du consensualisme, y est donc toujours présente¹⁰⁴⁵.

Ensuite, en raison de la possibilité de réserves, même pour les États ayant accepté la juridiction obligatoire, il n'est pas certain que cette obligation ne soit pas écartée¹⁰⁴⁶. Selon le paragraphe 3 de l'article 36 du Statut, l'État est totalement libre dans la formulation de ses

¹⁰⁴¹ ASCENSIO (H.), « La notion de juridiction internationale en question », op. cit., p. 166.

¹⁰⁴² Voir VERHOEVEN (J.), « À propos de la fonction de juger en droit international public », op. cit., p. 447 et s. Selon l'auteur, toute juridiction internationale fonctionne encore sur des techniques arbitrales. Aucune d'entre elles n'exprime un « pouvoir judiciaire » qui existera en soi. Ceci est également vrai pour la CIJ. La seule particularité qui la distingue par rapport aux autres instances judiciaires est qu'elle est « compétente à l'égard de tous et en toutes matières ».

¹⁰⁴³ VERHOEVEN (J.), « À propos de la fonction de juger en droit international public », op. cit., p. 449.

¹⁰⁴⁴ Sur ce sujet, voir la jurisprudence de la CIJ dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, CIJ Rec., 1984, arrêt du 26 novembre 1984, par. 59 et 60

¹⁰⁴⁵ En effet, l'article 36/2 du Statut exige clairement une réciprocité. Voir également DECAUX (E.), *La réciprocité en droit international*, op. cit., p. 80.

¹⁰⁴⁶ STEIGER (H.), « Plaidoyer pour une juridiction internationale obligatoire », op. cit., p. 819.

réerves jointes à la déclaration d'acceptation de la juridiction obligatoire¹⁰⁴⁷. Il ressort de la même disposition du Statut que le principe de réciprocité s'applique également pour les réserves, mais cette fois d'une manière optionnelle, ce qui permet que l'État défendeur puisse également évoquer les réserves émises par l'État demandeur¹⁰⁴⁸. Ainsi, à cause de ce risque de déclarations divergentes des États, la compétence de la Cour ne couvre pas forcément les mêmes catégories de différend et, ainsi, l'acceptation de la juridiction obligatoire peut devenir insignifiante.

La Convention européenne pour le règlement pacifique des différends de 1957 est un exemple de l'attribution de la compétence sans réserve. Pour les États parties à cette Convention, il existe une obligation inconditionnelle de soumettre leurs différends d'ordre juridique à la Cour internationale de Justice. Cette Convention ne concerne que les membres du Conseil de l'Europe qui l'ont ratifiée¹⁰⁴⁹. La convention ne prévoit pas de réserves mais, son article 28 laisse aux États la possibilité de choisir un autre moyen de résoudre leur différend que de le soumettre à la Cour. Cette clause d'exception affirme, encore une fois mais d'une autre manière, la nature consensualiste du recours à la juridiction internationale.

Enfin, il convient de préciser également que, même si tous les États acceptent la juridiction obligatoire d'un tribunal international, à cause du système de saisine qui laisse toujours le choix aux États, l'acceptation de la juridiction obligatoire ne signifierait pas que la juridiction internationale pourrait s'exercer automatiquement. Elle serait toujours dépendante de la sollicitation des États qui activeront, par leur saisine, la compétence de l'instance judiciaire. Sur ce dernier point, l'exemple de l'Organe de règlement des différends (ORD) de l'OMC est

¹⁰⁴⁷ On doit d'ailleurs constater qu'il existe chez les États, ayant accepté la juridiction obligatoire de la CIJ, une forte tendance à émettre des réserves dans le but d'empêcher les situations non désirées et de mauvaises surprises. Sur ce sujet voir GHARBI (F.), « Le déclin des déclarations d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour internationale de justice », *Les Cahiers de droit*, vol. 43, 2002, pp. 433-502, et particulièrement p. 482. Cette attitude rend difficile la tâche de la CIJ qui perd d'effort et de temps pour établir sa compétence et limite considérablement son rôle.

¹⁰⁴⁸ Dans son arrêt du 21 mars 1959 (exceptions préliminaires) relatif à l'affaire *Interhandel*, la CIJ a clairement précisé en effet que, concernant les réserves jointes aux déclarations d'acceptation de la juridiction obligatoire, le principe de réciprocité était un élément à évoquer éventuellement par la partie défenderesse. Elle a déclaré : « [l]a réciprocité en matière de déclarations portant acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour permet à une partie d'invoquer une réserve à cette acceptation qu'elle n'a pas exprimée dans sa propre déclaration mais que l'autre partie a exprimée dans la sienne ». CIJ Rec, 1959, p. 23.

Dans l'affaire du *Plateau continental de la mer Égée*, la partie défenderesse, la Turquie, a en effet justifié l'incompétence de la CIJ sur l'argument de l'existence d'une réserve faite par l'État requérant, la Grèce. CIJ Rec., 1978, par. 39, p. 17.

Voir également GHARBI (F.), « Le statut des déclarations d'acceptation... », op. cit., p. 235 et s.

¹⁰⁴⁹ Jusqu'en décembre 2011, seulement 14 États ont ratifié cette Convention. L'information est accessible sur le site internet du Conseil de l'Europe :

<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=023&CM=8&DF=&CL=FRE>.

illustratif. Puisque tous les États membres de l'OMC acceptent automatiquement la juridiction de l'ORD¹⁰⁵⁰, ce mécanisme a été considéré comme une forme de juridiction obligatoire¹⁰⁵¹. Pour illustrer ce propos, H. Ruiz Fabri souligne trois caractéristiques de cette juridiction. D'abord, une fois attirés devant l'ORD, les États n'ont pas de « possibilités de blocage de la procédure ». Ensuite, cette procédure de juridiction « débouche [...] sur des décisions contraignantes dont la technique d'adoption (dite de consensus négatif) rend illusoire tout rejet ». Et enfin, « l'exécution des décisions n'est pas laissée au libre arbitre des parties, à la fois parce que des délais sont prévus, parce que l'organisation doit être informée de ses termes et parce que les mesures susceptibles d'être adoptées en réplique à une inexécution sont encadrées »¹⁰⁵². Toutefois, ce mécanisme judiciaire ne fonctionne pas d'une manière automatique et nécessite la saisine d'au moins un État partie. En tout état de cause, compétent dans un domaine qui provoque, par rapport aux conséquences d'une décision de la CIJ, peu de soucis de souveraineté de la part des États, l'ORD et sa juridiction obligatoire ne constituent pas vraiment un critère de jugement sur l'évolution de la nature des juridictions internationales.

Parlant spécifiquement de l'exemple de la CIJ, si la juridiction obligatoire constitue un pas en avant par rapport au principe consensualiste de la juridiction internationale, le caractère facultatif de cette clause et la possibilité des réserves la réconcilient largement avec le consensualisme dont cette disposition de la convention est, par excellence, une marque. À l'origine de cette volonté de réconciliation se trouve sans doute le souci de respecter le principe de la souveraineté des États¹⁰⁵³. Le fondement consensuel de la juridiction obligatoire montre parfaitement la soumission de la juridiction internationale à la volonté des États.

¹⁰⁵⁰ Il convient de préciser cependant que le caractère de juridiction internationale de l'Organe de règlement des différends de l'OMC est un sujet de controverse dans la doctrine. Certains préfèrent qualifier ce mécanisme comme « un mode de règlement quasi juridictionnel », « la couleur et le goût de la juridiction, mais pas la juridiction au sens strict », « le mécanisme à mi-chemin entre l'arbitrage et le règlement judiciaire », « mécanisme de conciliation », « quasi-juridiction en juridictionnalisation progressive », etc. Voir par exemple RUIZ FABRI (H.), « Le règlement des différends au sein de l'OMC : naissance d'une juridiction, consolidation d'un droit », op. cit., p. 303 et s. ; SANTULI (C.), « Qu'est-ce qu'une juridiction internationale ? Des organes répressifs internationaux à l'ORD », *AFDI*, 2000, pp. 58-81 ; CANAL-FORGUES (É.), *Le règlement des différends à l'OMC*, Bruylant, 2003, p. 25.

¹⁰⁵¹ Idem., p. 31 et s.

¹⁰⁵² RUIZ FABRI (H.), « La contribution de l'Organisation Mondiale du Commerce à la gestion de l'espace juridique mondial », in *La mondialisation du droit*, E. Loquin et C. Kessedjian (sous dir.), Litec, 2000, p. 356-357.

¹⁰⁵³ CHALTIEL (F.), *La souveraineté de l'État et l'Union Européenne...*, op. cit., p. 97.

B. Existe-t-il une juridiction internationale non-consensuelle en fonction de la nature de l'obligation violée ?

Si le consensualisme demeure *a priori* le principe dominant dans le domaine de la juridiction internationale, le sujet des obligations impératives des États et de leur responsabilité objective vis-à-vis de toute la communauté internationale peut susciter des interrogations sur la validité d'un tel principe. Dans le but d'analyser les effets des obligations impératives et de leur violation sur la compétence de la juridiction internationale, il semble plus approprié que l'on opère une distinction entre la juridiction internationale purement interétatique dont, considérant la nature et l'étendue de ses compétences, la CIJ constitue l'unique exemple sur le plan international (1), et la juridiction internationale réalisée au nom de la communauté internationale (2).

1. La pratique conservatrice de la CIJ au sujet du fondement consensuel de sa compétence

La jurisprudence de la Cour internationale de Justice montre que concernant la juridiction internationale purement interétatique, quelle que soit la nature de l'obligation violée, le principe consensualiste ne souffre aucune exception¹⁰⁵⁴.

Selon la jurisprudence de la CIJ dans l'affaire du Timor oriental (Portugal c. Australie) et dans l'affaire des Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Rwanda), ni l'opposabilité *erga omnes* ni la nature impérative de la règle dont la reconnaissance de la violation constitue la base de l'affaire soumise aux soins de la CIJ ne peuvent à elles seules fonder sa compétence.

Tout d'abord concernant la violation d'une obligation *erga omnes*, la Cour a nettement distingué la question de la compétence et la nature de l'obligation violée. Dans l'affaire du *Timor oriental*, quoi qu'elle ait constaté que les droits dont la violation est évoquée découlent d'un principe essentiel du droit international, considéré de nature *erga omnes*, elle s'est déclarée incompétente en raison de l'absence du consentement d'un État¹⁰⁵⁵. Elle a estimé que

« l'opposabilité *erga omnes* d'une norme et la règle du consentement à la juridiction sont deux choses différentes. Quelle que soit la nature des

¹⁰⁵⁴ DUPUY (P.-M.), KERBRAT (Y.), *Droit international public*, op. cit., p. 643.

¹⁰⁵⁵ Il s'agit de l'Indonésie qui n'était pas partie dans l'affaire. Mais la Cour a estimé que, puisque les droits et obligations de cet État constitueront l'objet même de cette affaire, elle ne pourra pas décider sans le consentement de celui-ci à sa juridiction. CIJ Rec., arrêt du 30 juin 1995, par. 34.

obligations invoquées, la Cour ne saurait statuer sur la licéité du comportement d'un État lorsque la décision à prendre implique une appréciation de la licéité du comportement d'un autre État qui n'est pas partie à l'instance. En pareil cas, la Cour ne saurait se prononcer, même si le droit en cause était *erga omnes* »¹⁰⁵⁶.

C'est pour la même raison que l'article 3 de la résolution de l'Institut de Droit international sur « les obligations *erga omnes* en droit international » rappelle la nécessité d'un lien juridictionnel préalable entre l'État qui est l'auteur de la violation d'une obligation *erga omnes* et l'État auquel cette obligation est due¹⁰⁵⁷. Toutefois, à l'article 4 de la même résolution, relatif à la participation d'un État victime à une procédure judiciaire déjà ouverte contre l'État accusé de la violation, il existe une imprécision portant sur l'exigence de l'existence d'un lien juridictionnel¹⁰⁵⁸. Il semble que cette condition ne soit plus recherchée, d'où l'intérêt de cet article 4¹⁰⁵⁹.

Quant à la question de la compétence des juridictions internationales dans une affaire relevant d'une norme impérative, le point de vue de la Cour est toujours de distinguer la question de compétence et le fond de droit. Ainsi, même en cas de la violation d'une norme impérative, la question de compétence est résolue par la règle classique, c'est-à-dire par rapport à l'existence du consentement de l'État¹⁰⁶⁰.

En effet, après avoir rappelé sa position sur l'absence de lien entre sa compétence et la nature *erga omnes* de l'obligation violée, la CIJ a clairement précisé, dans son arrêt du 3 février 2006, relatif à l'affaire *Activités armées sur le territoire du Congo (Congo c. Rwanda)*, qu'

« il en va de même quant aux rapports entre les normes impératives du droit international général (*jus cogens*) et l'établissement de la compétence de la Cour : le fait qu'un différend porte sur le respect d'une norme possédant un tel caractère, [...], ne saurait en lui-même fonder la compétence de la Cour pour en connaître. En vertu du Statut de la Cour, cette compétence est toujours fondée sur le consentement des parties. »¹⁰⁶¹

¹⁰⁵⁶ Arrêt *précit.*, par. 29. Voir également l'opinion dissidente de M. Skubiszewski, par. 49-58, pp. 289 s.

¹⁰⁵⁷ Annuaire de l'IDI, Session de Cracovie, 2006, vol. 71-2, p. 288. Selon E. Suy, cette exigence du lien juridictionnel, affirmant ainsi « le caractère 'primitif' de la juridiction internationale », montre qu'au sujet des mécanismes de sanction en cas de violation d'une obligation *erga omnes*, la nature de l'obligation n'apporte rien. Voir son intervention aux séances plénières de la même session de l'IDI, p. 99.

¹⁰⁵⁸ *IDI*, Session de Cracovie, 2006, vol. 71-2, p. 288.

¹⁰⁵⁹ Selon l'explication du Rapporteur, ce droit doit être reconnu un lien juridictionnel existe ou non. *Idem.*, p. 128.

¹⁰⁶⁰ GUILLAUME (G.), « *Jus cogens* et souveraineté », *op. cit.*, p. 134.

¹⁰⁶¹ CIJ Rec., 2006, par. 64

En tant que sujet souverain du droit international, l'État bénéficie de l'immunité juridictionnelle qui signifie que, quelque soit la nature de la norme violée, il ne peut pas être poursuivi devant les juridictions d'un autre État. Le système international ne reconnaît pas la compétence universelle ni pour les juridictions nationales ni internationales en fonction de la nature de la norme violée ou de la gravité des violations commises.

2. La saisine de la juridiction internationale par le Conseil de sécurité sans le consentement de l'État

Alors que le principe consensualiste ne souffre aucune exception concernant la juridiction internationale purement interétatique, il existe une exception formée par la pratique du Conseil de sécurité des Nations Unies, considéré comme agissant au nom de la communauté internationale dans le domaine du maintien de la paix et de la sécurité internationales¹⁰⁶².

On a constaté qu'une saisine effective de la juridiction internationale n'est possible qu'avec le consentement des États parties au litige, soit d'une manière commune avec un compromis des parties, soit sur l'action unilatérale d'un État à l'encontre de l'État ou des États ayant accepté la juridiction obligatoire. En dehors de ce mode traditionnel qui nécessite le consentement des États, un autre mode de saisine est récemment apparu : le déclenchement d'un processus judiciaire par l'action du Conseil de sécurité à l'encontre d'un ou des États n'ayant pas explicitement consenti cette juridiction. Il ne s'agit donc pas ici d'une saisine unilatérale de la juridiction internationale déjà habilitée par l'État à l'encontre duquel la requête a été engagée, mais d'une juridiction imposée à lui sans qu'il ait antérieurement ou ultérieurement accepté la juridiction de l'instance saisie.

Ce mode de saisine est exceptionnel et est apparu avec l'émergence de la notion de communauté internationale et la criminalisation du droit international¹⁰⁶³. L'idée d'un droit intransgressible et commun à toute l'humanité a permis d'écarter l'écran étatique devant

¹⁰⁶² Il est ici lieu de préciser que le pouvoir du Conseil de sécurité d'intervenir aux différends interétatiques selon le chapitre VI de la Charte ne peut pas être considéré comme une autre exception du principe consensualiste de la juridiction internationale. Il est unanimement admis que ce pouvoir du Conseil est limité de recommander aux États de soumettre leurs différends à la juridiction de la Cour internationale de Justice. Sur ce sujet et pour quelques exemples de référence voir MOMTAZ (D.), « Article 36 », in *La Charte des Nations Unies, Commentaire article par article*, J.-P. Cot, A. Pellet, M. Forteau (sous la dir.), op. cit., p. 1104 et 1105.

¹⁰⁶³ Voir Voir BEDJAOUÏ (M.), « L'humanité en quête de paix et de développement... », t. 325, op. cit., p. 111 et s.

l'impunité de certains crimes contre l'humanité mettant en danger la paix et la sécurité internationales¹⁰⁶⁴.

Le premier exemple de cette pratique est la création, en 1993, du Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie par le Conseil de sécurité afin de poursuivre et de juger les présumés responsables de violations graves du droit international humanitaire sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis le 1^{er} janvier 1991¹⁰⁶⁵. Ensuite, en 1994, le Tribunal pénal international pour le Rwanda a été institué par le Conseil de sécurité pour juger les personnes présumées responsables d'actes de génocide ou d'autres violations graves du droit international humanitaire¹⁰⁶⁶. Créés dans le cadre de l'article 29 de la Charte comme des organes subsidiaires du Conseil de sécurité, ces Tribunaux *ad hoc* sont instaurés par de simples résolutions du Conseil de sécurité agissant en vertu du chapitre VII. Ce sont donc des juridictions internationales¹⁰⁶⁷ imposées par le Conseil de sécurité sans rechercher le consentement des États concernés.

Cette exception au principe consensualiste de la juridiction internationale a été ensuite institutionnalisée. À la Convention de Rome, instituant la Cour pénale internationale (CPI), une possibilité de saisir la Cour à l'encontre d'un État non-partie au Statut de cette juridiction a été donnée au Conseil de sécurité.

En effet, selon l'article 13/b du Statut de la CPI, le Conseil de sécurité est habilité, dans le cadre de ses compétences en vertu du chapitre VII de la Charte, à recourir à la CPI pour demander une enquête, s'il constate l'existence d'« une situation dans laquelle un ou plusieurs de ces crimes paraissent avoir été commis ». Il ressort du paragraphe 2 de l'article 2 du Statut qu'en cas de la saisine de la Cour par le Conseil de sécurité, la condition d'être partie au Statut ne sera pas recherchée pour l'État dont la responsabilité est relevée pour la commission des crimes sur son territoire et/ou par un de ses ressortissants.

¹⁰⁶⁴ Il est vrai que le développement de la juridiction pénale internationale, qui trouve ses racines dans le respect des droits de l'homme, est considéré comme un changement révolutionnaire du point de vue du concept classique de la souveraineté étatique. Voir NAGAN (W. P.), HAMMER (C.), « The Changing Character of Sovereignty... », op. cit., p. 160 et s.

¹⁰⁶⁵ Rés. 827(1993) du Conseil de sécurité.

¹⁰⁶⁶ Rés. 955(1994) du Conseil de sécurité.

¹⁰⁶⁷ Malgré leur statut d'organe subsidiaire d'un organe politique comme le Conseil de sécurité, ces Tribunaux *ad hoc* « jouissent de l'indépendance nécessaire à l'exercice de leur fonction judiciaire même vis-à-vis de l'organe qui les a institués » et doivent être considérés comme des véritables institutions judiciaires. Voir CONDORELLI (L.), VILLALPANDO (S.), « Les Nations Unies et les juridictions pénales internationales », in *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article*, J.-P. Cot, M. Forteau, A. Pellet (sous dir.), Economica, 3^{ème} éd., 2005, pp. 218-221.

Cette disposition du Statut, créant un rapport direct entre la Cour pénale internationale et le Conseil de sécurité qui agit en vertu du chapitre VII de la Charte¹⁰⁶⁸, élargit la compétence *ratione personae* de la Cour. En effet, selon la logique consensualiste, la compétence de la CPI ne peut concerner que des crimes commis par des ressortissants d'un État partie ou sur son territoire. Mais, grâce au caractère objectif des compétences du Conseil de sécurité dans le domaine du maintien de la paix et de la sécurité internationales, la Cour pénale internationale se voit habilitée à exercer une activité judiciaire universelle, même à l'égard des États qui n'ont pas accepté la juridiction de celle-ci¹⁰⁶⁹.

Comme P. Weckel le constate, cette possibilité de saisine prévue au Statut de Rome « marque la continuité de la juridiction permanente avec les deux tribunaux *ad hoc* »¹⁰⁷⁰. Grâce à cette possibilité, le Conseil de sécurité « n'aurait plus besoin de créer des tribunaux *ad hoc* »¹⁰⁷¹ en cas de commission de crimes contre l'humanité.

Il convient de souligner encore une fois que cette exception au principe consensualiste est directement liée à la nature des obligations violées dont la protection dépasse les intérêts individuels des États et concerne toute la communauté internationale. En conséquence, si cette pratique exceptionnelle du Conseil de sécurité est contraire au principe de la juridiction consensuelle, elle ne l'est pas à celui de la souveraineté des États. Le but ultime de ce dernier est essentiellement la sauvegarde du système interétatique, tel qu'il existe actuellement. Même si on peut penser que ce but ne peut être atteint qu'à travers un système qui garantira l'indépendance et l'immunité judiciaire de chaque État membre de cette communauté, une mise en œuvre excessive de ces principes protecteurs peut devenir, au contraire, incompatible avec l'intérêt général et, par conséquent, avec le but de la sauvegarde du système interétatique lui-même. Par conséquent, il pourrait être nécessaire que l'intérêt individuel s'efface face à l'intérêt de tous et que la souveraineté de l'État soit sacrifiée pour la défense de la souveraineté des États. L'imposition de la juridiction internationale s'appuie donc sur le même raisonnement que les obligations découlant des normes impératives du droit international.

¹⁰⁶⁸ *Idem.*, p. 228.

¹⁰⁶⁹ Sur les arguments justifiant la saisine de la CPI par le Conseil de sécurité dans l'affaire du Darfour voir par exemple le *Rapport de la Commission internationale d'enquête sur le Darfour* au Secrétaire générale des Nations Unies (Commission de A. Cassese), par. 571 et s. Voir également DELMAS-MARTY (M.), *Les forces imaginantes du droit II. Le pluralisme ordonné*, Seuil, 2006, p. 222 et 223.

¹⁰⁷⁰ WECKEL (P.), « La Cour pénale internationale. Présentation générale », *RGDIP*, 1998, p. 989.

¹⁰⁷¹ CONDORELLI (L.), VILLALPANDO (S.), « Les Nations Unies et les juridictions pénales internationales », *op. cit.*, p. 228. Voir également BERKOVICZ (G.), *La place de la Cour pénale internationale dans la société des États*, L'Harmattan, 2005, p. 242.

D'ailleurs, bien que pour la CIJ, organe judiciaire principal de l'ONU, une possibilité d'auto-saisine ne soit pas prévue, il n'en est pas ainsi pour son organe exécutif. Le Conseil de sécurité peut, voire doit, se saisir quand il constate une atteinte à la sécurité et à la paix internationales¹⁰⁷². Il va de soi que le Conseil de sécurité, doté d'un large pouvoir d'appréciation et de possibilités d'action, allant de simples recommandations jusqu'à l'intervention militaire, puisse créer, comme une « mesure spéciale »¹⁰⁷³ destinée au maintien de la paix et de la sécurité internationales, des tribunaux *ad hoc* sans consentement des États parties.

Section II. Un rôle limité des institutions judiciaires dans un système interétatique

Malgré le principe consensualiste qui leur permet de contrôler l'exercice de la fonction judiciaire au niveau international, les États restent assez sceptiques à l'égard de l'idée de la juridiction internationale, qui, une fois saisie, sort de leur contrôle et risque d'exercer une certaine contrainte. De ce fait, dans le système juridique international actuel, constatent P.-M. Dupuy et Y. Kerbrat, « le recours au juge constitue encore une exception »¹⁰⁷⁴. Ceci est largement dû aux réticences des États à l'égard de la juridiction internationale (Paragraphe I). Cette forte présence de la logique interétatique, qui conditionne la saisine des institutions judiciaires, a également des impacts sur leur fonctionnement (Paragraphe II).

Paragraphe I. Les réticence des États à l'égard de la juridiction internationale

Pour empêcher de se voir imposer des décisions obligatoires d'une autorité judiciaire indépendante, les États essaient au maximum de ne pas externaliser le processus de règlement de leurs différends interétatiques et de garder leur liberté de choix en la matière (A). Cette attitude réticente des États s'amplifie significativement suite à des décisions non satisfaisantes pour des États qui expriment, par divers actes, des réactions méfiantes à l'égard de la juridiction internationale (B).

A. La juridiction internationale : un moyen de règlement des différends peu sollicité

¹⁰⁷² ASCENSIO (H.), « Article 33 », op. cit., p. 1056 et 1057.

¹⁰⁷³ La création du TPIY est qualifiée ainsi par le Conseil de sécurité au préambule de sa résolution 827(1993).

¹⁰⁷⁴ DUPUY (P.-M.), KERBRAT (Y.), *Droit international public*, op. cit., p. 632.

On a constaté que l'ordre juridique international suppose traditionnellement un système d'auto-régulation et d'auto-ajustement dans lequel chaque État reste libre de décider de la réponse qu'il entend donner à l'atteinte portée à ce qu'il estime être ses droits dans une situation donnée. Si l'interdiction du recours à des moyens non-pacifiques a limité, à certains égards, cette liberté des États et renforcé la place de la juridiction internationale (1), les États apprécient toujours librement l'opportunité d'un recours au juge international par rapport aux autres moyens possibles de règlement des différends interétatiques (2).

1. La portée de l'obligation des États de recourir à des moyens pacifiques pour le règlement de leurs différends

Le recours à des moyens pacifiques pour le règlement des différends interétatiques est une obligation internationale des États. Apportée par le système de la Charte¹⁰⁷⁵, cette obligation est désormais devenue coutumière¹⁰⁷⁶. Quant à la portée de cette obligation, il faut savoir qu'il s'agit d'une obligation de caractère général qui s'applique avec le principe du libre choix¹⁰⁷⁷. Si les États souhaitent résoudre leurs différends, ils ont ainsi la liberté de choisir le moyen qui leur semble bon entre différentes possibilités pacifiques de règlement des différends.

De ce constat, on peut déduire premièrement que cette obligation ne signifie pas que les États doivent obligatoirement résoudre leurs différends avec les autres États. Ce qui est obligatoire pour les États c'est de recourir à des moyens pacifiques pour le règlement de leurs différends. Ainsi, si le recours aux moyens pacifiques est une obligation, le règlement des différends reste encore et naturellement facultatif pour les États.

Deuxièmement, il faut savoir que le recours à la juridiction internationale n'est pas le seul moyen pacifique possible. Celui-ci figure parmi les autres moyens pacifiques du règlement des différends interétatiques et il est ni prioritaire ni supérieur par rapport aux autres moyens. L'État est libre de choisir l'un ou l'autre, ou encore plusieurs simultanément.

¹⁰⁷⁵ Selon le par. 3 de l'art. 2 de la Charte des Nations Unies, « les Membres de l'Organisation règlent leurs différends internationaux par des moyens pacifiques, de telle manière que la paix et la sécurité internationales ainsi que la justice ne soient pas mises en danger ».

¹⁰⁷⁶ ECONOMIDÈS (C. P.), « L'obligation de règlement pacifique des différends internationaux... », op. cit., p. 406.

¹⁰⁷⁷ Voir ASCENSIO (H.), « Article 33 », in *La Charte des Nations Unies, Commentaire article par article*, J.-P. Cot, A. Pellet, M. Forteau (sous dir.), op. cit., pp. 1047-1060 ; ECONOMIDÈS (C. P.), « L'obligation de règlement pacifique des différends internationaux... », op. cit., pp. 409-410.

Le paragraphe 1 de l'article 33 de la Charte affirme cette liberté laissée à l'État :

« Les parties à tout différend dont la prolongation est susceptible de menacer le maintien de la paix et de la sécurité internationales doivent en rechercher la solution, avant tout, par voie de négociation, d'enquête, de médiation, de conciliation, d'arbitrage, de règlement judiciaire, de recours aux organismes ou accords régionaux, ou par d'autres moyens pacifiques de leur choix »¹⁰⁷⁸.

Les articles 279 et 280 de la Convention sur le droit de la mer se réfèrent également à cette liberté des États qu'aucune disposition de la Convention ne pourra affecter¹⁰⁷⁹. Cela étant, une lecture du paragraphe 2 de l'article 33 de la Charte¹⁰⁸⁰ à la lumière de l'article 36¹⁰⁸¹ permet de penser qu'il peut exister une limitation à cette liberté. En effet, ces dispositions de la Charte, affirmant le rôle principal du Conseil de sécurité en matière du maintien de la paix et de la sécurité internationales, lui attribuent ainsi le pouvoir d'intervenir, s'il le juge nécessaire, au différend interétatique¹⁰⁸².

Par cette intervention du Conseil, la liberté des États de résoudre ou non leurs différends interétatiques disparaît et le règlement de ces différends devient une obligation pour les États. Toutefois, cette éventuelle intervention du Conseil de sécurité n'aura pas d'impact sur la liberté que les États possèdent dans le choix des modes de règlement. Le pouvoir du Conseil de sécurité se limite à « inviter » les États à résoudre leurs différends par les moyens pacifiques et à « recommander » ceux qu'il juge appropriés pour le litige en cause¹⁰⁸³. Par

¹⁰⁷⁸ Il faut dire encore que cette liste des procédures n'est pas exhaustive. Les États ont le loisir de choisir d'autres modes de règlement.

¹⁰⁷⁹ Article 279 : Obligation de régler les différends par des moyens pacifiques

« Les États Parties règlent tout différend surgissant entre eux à propos de l'interprétation ou de l'application de la Convention par des moyens pacifiques conformément à l'Article 2, paragraphe 3, de la Charte des Nations Unies et, à cette fin, doivent en rechercher la solution par les moyens indiqués à l'Article 33, paragraphe 1, de la Charte. »

Article 280 : Règlement des différends par tout moyen pacifique choisi par les parties

« Aucune disposition de la présente partie n'affecte le droit des États Parties de convenir à tout moment de régler par tout moyen pacifique de leur choix un différend surgissant entre eux à propos de l'interprétation ou de l'application de la Convention. »

¹⁰⁸⁰ Paragraphe 2 de l'article 33 :

« Le Conseil de sécurité, s'il le juge nécessaire, invite les parties à régler leur différend par de tels moyens. »

¹⁰⁸¹ Article 36 de la Charte :

« 1. Le Conseil de sécurité peut, à tout moment de l'évolution d'un différend de la nature mentionnée à l'Article ou d'une situation analogue, recommander les procédures ou méthodes d'ajustement appropriées.

2. Le Conseil de sécurité devra prendre en considération toutes procédures déjà adoptées par les parties pour le règlement de ce différend.

3. En faisant les recommandations prévues au présent Article, le Conseil de sécurité doit aussi tenir compte du fait que, d'une manière générale, les différends d'ordre juridique devraient être soumis par les parties à la Cour internationale de Justice conformément aux dispositions du Statut de la Cour. »

¹⁰⁸² ASCENSIO (H.), « Article 33 », op. cit., p. 1056 et s. Voir également MOMTAZ (D.), « Article 36 », op. cit., p. 1091-1017.

¹⁰⁸³ GUILLAUME (G.), *La Cour internationale de Justice à l'aube du XXI^e siècle*, op. cit., p. 12 et s.

conséquent, une résolution du Conseil de sécurité qui recommande, conformément au paragraphe 3 de l'article 36, aux États de soumettre leurs différends juridiques à la juridiction de la Cour internationale Justice ne peut pas être considérée comme une obligation¹⁰⁸⁴. Les États ont toujours la liberté de choix quant aux modes de règlement qu'ils vont suivre en vue de résoudre leurs différends interétatiques.

2. La place de la juridiction internationale parmi d'autres moyens pacifiques

Selon M. Bedjaoui, le principe de la juridiction consensuelle est « la conséquence naturelle et inévitable de la conception actuelle des relations internationales ». Suivant ce principe, ajoute-t-il,

« [I]es États restent attachés à la liberté politique et diplomatique dont ils disposent pour régler leurs différends selon leurs intérêts propres et selon les circonstances. Ils veulent seulement voir ouvertes toutes les procédures existantes en matière de règlement pacifique des différends »¹⁰⁸⁵.

En effet, en raison de la liberté dont les États disposent dans le choix de résoudre ou non leurs différends ou encore de recourir à tel ou tel autre mode de règlement pour le faire, la juridiction internationale reste dépendante de la sollicitation des États¹⁰⁸⁶. Selon P. Weil, en recourant au règlement judiciaire, les États font un choix libre qui découle de leur souveraineté¹⁰⁸⁷. Selon lui, les États exercent leur souveraineté en choisissant « tel mode de règlement de préférence à tel autre, ou parallèlement à tel autre, et lui assignent l'étendue qu'ils estiment appropriée à leurs intérêts et aux circonstances »¹⁰⁸⁸.

¹⁰⁸⁴ Voir MOMTAZ (D.), « Article 36 », op. cit., p. 1104 et 1105. D. Momtaz examine à cet égard la résolution 22 du Conseil de sécurité du 9 avril 1947, relative à l'affaire de l'incident survenu dans le détroit de Corfou. Cette résolution est le seul exemple où le Conseil de sécurité recommande aux Parties de saisir la Cour internationale de Justice. Bien que la Cour soit saisie de cette affaire, l'auteur précise que ni les opinions individuelles de juges jointes à l'arrêt du 25 mars 1948 de la Cour, ni la doctrine qui s'est prononcée sur cette affaire n'admettent que la recommandation du Conseil de sécurité puisse être considérée comme obligatoire pour les États.

¹⁰⁸⁵ BEDJAOUI (M.), « Discours à l'occasion du 50^e anniversaire... », op. cit., p. 74 et p. 77.

¹⁰⁸⁶ Faisant allusion à cette dépendance de la juridiction internationale, l'ancien Président de la CIJ, M. Bedjaoui, écrit en effet que « [l]a crédibilité de la Cour comme organe principal et comme moyen éminent de solution pacifique des différends est donc largement entre les mains des États ». Voir BEDJAOUI (M.), « L'humanité en quête de paix et de développement... », op. cit., t. 325, p. 92.

¹⁰⁸⁷ L'auteur écrit en effet qu'en raison du fondement consensuel de la juridiction internationale, le recours à celle-ci n'est pas « l'expression négative d'un sacrifice mais l'expression positive d'un choix souverain ». WEIL (P.), « Compétence et saisine : un nouvel aspect du principe de la juridiction consensuelle », op. cit., p. 843.

¹⁰⁸⁸ *Ibid.*

Il est vrai que, comme chaque préférence vers un autre mode de règlement, la décision de saisir la juridiction internationale est la conséquence d'un choix libre, « motivé, selon l'occurrence, par des facteurs fluides de nature diplomatique, économique, historique, politique ou même psychologique »¹⁰⁸⁹. La politique des États à l'égard de la juridiction internationale varie donc en fonction des circonstances politiques changeantes, de la matière sur laquelle le différend porte, de l'appréciation de l'État sur l'efficacité de la procédure de la juridiction internationale concernée¹⁰⁹⁰ et de la perception des risques de l'État sur le sort de la décision finale, etc. C'est en ce sens que M. Bedjaoui parle de la « psychologie » des États qui joue un rôle très important dans la saisine de la juridiction internationale¹⁰⁹¹. Le comportement des États est semblable, à cet égard, à celui des plaideurs en droit interne¹⁰⁹².

On peut également constater que la nature hautement politique des différends interétatiques influence fortement le choix des États¹⁰⁹³. L'existence d'un aspect politique des différends freine, dans la pensée des États, la préférence vers un règlement judiciaire¹⁰⁹⁴. Il est vrai qu'en choisissant le recours à la juridiction, les États perdent, en grande partie, leur maîtrise sur la procédure du règlement des différends¹⁰⁹⁵. Une fois sa compétence établie, le juge international peut en effet sortir du cadre de solution souhaitée par les États parties et appliquer le droit qui peut apporter un résultat pas forcément prévisible par eux¹⁰⁹⁶. En cas d'un différend de nature politique, l'engagement dans la voie judiciaire représente donc pour

¹⁰⁸⁹ BEDJAOUI (M.), « L'humanité en quête de paix et de développement.. », op. cit, t. 325, p. 92.

¹⁰⁹⁰ Il est vrai que la question de l'efficacité de la juridiction internationale est un élément important pour son attractivité aux yeux des États. Sur l'efficacité des juridictions internationales voir PELLET (A.), « Remarques sur l'(in)efficacité de la Cour internationale de Justice et d'autres juridictions internationales », in *Le procès international*, Liber Amicorum Jean-Pierre COT, Bruylant, 2009, pp. 193-213.

¹⁰⁹¹ BEDJAOUI (M.), « L'humanité en quête de paix et de développement.. », op. cit, t. 325, p. 90 et s. G. Guillaume, un autre ancien Président de la CIJ, constate également cette psychologie des États et écrit que « les États, avant d'accepter l'intervention d'un tiers dans un différend, s'interrogent sur le sens dans lequel celui-ci risque de se prononcer. La perspective d'obtenir une décision favorable encourage certainement un État à accepter le recours à tierce partie, tandis que les risques de perdre l'en éloignent ». Voir GUILLAUME (G.), *La Cour internationale de Justice à l'aube du XXI^e siècle*, op. cit., p. 4.

¹⁰⁹² *Idem*, p. 22.

¹⁰⁹³ H. Steiger constate à juste titre que, chez les États, la conception des différends internationaux est plus politique que juridique. L'aspect juridique d'un litige occupe une place secondaire et ne s'impose qu'en cas de non solution par les moyens politiques. Voir STEIGER (H.), « Plaidoyer pour une juridiction internationale obligatoire », op. cit., p. 824.

¹⁰⁹⁴ Quoi qu'une instance judiciaire internationale ne puisse être saisie que des différends d'ordre juridique et qu'elle ait l'obligation de traiter les aspects juridiques d'une affaire soumise, il va de soi que chaque différend international ait en même temps un aspect politique important et parfois très sensible pour les États parties. Cet argument est régulièrement avancé, par exemple, devant la Cour internationale de Justice par les États qui voulaient empêcher que la Cour, une fois saisie, examine tels ou tels aspects de l'affaire. Voir *supra*.

¹⁰⁹⁵ Voir CORTEN (O.), KLEIN (P.), « L'efficacité de la justice internationale au regard des fonctions manifestes et latentes du recours à la Cour internationale de Justice », in *Justice et Juridictions Internationales*, R. Ben Achour et S. Laghmani (sous dir.), Pedone, 2000, p. 38 et 53.

¹⁰⁹⁶ Voir LACHARRIÈRE (G.), *La politique juridique extérieure*, Economica, 1983, pp. 172-175.

l'État un risque de conséquences politiques indésirables¹⁰⁹⁷. Ainsi, au risque de se voir imposer d'une décision judiciaire définitive et obligatoire, « [l]es États considèrent très clairement le règlement judiciaire comme fort peu adapté à leurs exigences [et] optent alors la plupart du temps pour l'utilisation de moyens leur permettant d'aboutir – si possible – à des transactions politiques »¹⁰⁹⁸.

Il est vrai que, malgré une demande croissante des États envers la juridiction internationale, dont témoigne une institutionnalisation progressive dans ce domaine, c'est encore « l'idéologie de la primauté de la politique » qui règne au sujet du règlement pacifique des différends internationaux¹⁰⁹⁹. Le recours de l'État à la justice internationale est encore considéré « comme un ultime appel ou comme un atout supplémentaire dans une négociation parallèle difficile »¹¹⁰⁰ ou encore comme « un moyen de pression exercé par une partie contre une autre pour l'amener à un règlement politique estimé préférable à une décision judiciaire »¹¹⁰¹.

C'est donc le recours à la diplomatie, accompagnée, si possible, de l'exercice de la contrainte à l'égard de l'État en litige, qui semble être la solution préférée des États¹¹⁰². Après l'interdiction du recours à la force et des menaces armées, il ne reste pour les États que les moyens de contrainte économiques et politiques. Cependant, seuls les États puissants qui disposent de ce genre d'instruments contraignants. À cet égard, il ne serait pas erroné de soutenir que le recours à une instance judiciaire est la solution choisie surtout par les États faibles pour résoudre leurs différends entre eux et avec les États forts. Pour affirmer ce propos qui reflète la croyance générale dans la doctrine, l'ancien Président de la Cour internationale

¹⁰⁹⁷ D'ailleurs, il convient de préciser que l'inquiétude de l'État de son introduction devant une juridiction internationale ne s'explique pas uniquement par les conséquences juridiques d'une éventuelle décision défavorable. Rien que la saisine d'une juridiction internationale à l'encontre d'un État peut représenter pour celui-ci une déformation de sa réputation internationale ou créer ensuite des conséquences politiques indésirables pour lui.

¹⁰⁹⁸ CONDORELLI (L.), « L'autorité de la décision des juridictions internationales permanentes », in *La juridiction internationale permanente*, SFDI, Pedone, 1987, p. 286.

¹⁰⁹⁹ STEIGER (H.), « Plaidoyer pour une juridiction internationale obligatoire », op. cit., p. 829.

¹¹⁰⁰ GUILLAUME (G.), *La Cour internationale de Justice à l'aube du XXI^e siècle*, op. cit., p. 7.

¹¹⁰¹ BEDJAOUI (M.), « Discours à l'occasion du 50^e anniversaire... », op. cit., p. 74. Voir également VERHOEVEN Joe, « À propos de la fonction de juger en droit international public », in *Fonction de juger et pouvoir judiciaire, Transformations et déplacements*, P. Gérard, F. Ost, M. van de Kerchove (sous dir.), Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1983, p. 452 ; STEIGER (H.), « Plaidoyer pour une juridiction internationale obligatoire », op. cit., p. 821 ; CORTEN (O.), KLEIN (P.), « L'efficacité de la justice internationale... », op. cit., p. 67.

¹¹⁰² Il convient de préciser qu'en droit international se faire justice soi-même est considéré comme un droit reconnu des États. Selon J.-A. Carillo-Salcedo, c'est un « paradoxe qui touche à l'essence du droit international puisqu'il exige la soumission des États souverains à ses normes, tout en admettant, du fait du caractère irréductible de la souveraineté, leur droit de se faire justice eux-mêmes. Voir CARILLO-SALCEDO (J.-A.), « Droit international et souveraineté des États... », op. cit., p. 8.

de Justice, G. Guillaume, écrit qu'« entre le faible et le fort, la seule règle de droit imposée par une autorité indépendante pourrait [...] transformer une égalité de droit en égalité de fait »¹¹⁰³.

C'est en effet en ce sens que la juridiction obligatoire semble contribuer à la protection des États les plus faibles contre lesquels les États puissants pourraient difficilement admettre d'apporter le litige devant une instance judiciaire internationale en préférant logiquement de se servir de leur puissance économique et diplomatique. Mais les États ne se montrent pas très enthousiastes au sujet de la juridiction obligatoire¹¹⁰⁴. D'abord, pour la plupart des États, l'acceptation préalable et obligatoire en faveur de la juridiction internationale, sans connaître l'objet même du différend, est une limitation à leur liberté de choix qu'ils veulent absolument préserver¹¹⁰⁵. La tendance actuelle qui n'est pas très favorable à la juridiction obligatoire, justifie ce propos¹¹⁰⁶. L'obligation d'accepter la juridiction internationale ne constitue pas la règle mais l'exception¹¹⁰⁷.

On a d'ailleurs affirmé que l'acceptation facultative de la juridiction obligatoire de la CIJ a été souvent accompagnée d'un certain nombre de réserves limitant la compétence de la Cour. En cas d'une telle attribution de compétence effectuée par avance uniquement pour certains litiges, la question de la détermination de la compétence de la Cour internationale pose énormément de problèmes. Les États, qui sont traduits devant la CIJ par la saisine unilatérale d'un autre État, contestent constamment la compétence de la Cour. C'est aussi pour cette

¹¹⁰³ GUILLAUME (G.), *La Cour internationale de Justice à l'aube du XXI^e siècle*, op. cit., p. 3. Il ajoute ensuite que cette tendance n'est pas infalsifiable. En fonction des circonstances particulières et de la nature de la relation entre eux, il existe, écrit-il, de nombreux cas où les États parties à un litige le remettent tout de suite au soin du juge international sans user la contrainte. Mais, en tout cas, il s'agit d'un choix libre de l'État qui agit toujours dans le souci de l'équilibre politique et de rapport de force.

¹¹⁰⁴ À l'heure actuelle, seuls soixante-six États ont fait des déclarations reconnaissant comme obligatoire la juridiction de la Cour internationale de Justice. Et, il faut reconnaître que les États puissants n'ont pas une attitude exemplaire à ce sujet. Parmi les cinq États membres permanents du Conseil de sécurité des Nations Unies, il n'y a que le Royaume-Uni qui figure dans cette liste. Voir sur ce sujet BEDJAOUI (M.), « Discours à l'occasion du 50^e anniversaire... », op. cit., p. 77 et CONDORELLI (L.), « L'autorité de la décision des juridictions internationales permanentes », op. cit., p. 285.

¹¹⁰⁵ G. Guillaume constate que ce souci des États « explique à la fois les réserves apportées par de nombreux États à leur déclaration d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour internationale de Justice, et le succès restreint des traités comportant à l'avance un engagement général de recours à tierce partie sans échappatoire aucune ». Selon lui, ceci explique également l'attirance de l'arbitrage international pour les États qui ressentent la nécessité du recours à une tierce pour le règlement d'un différend. Voir GUILLAUME (G.), *La Cour internationale de Justice à l'aube du XXI^e siècle*, op. cit., p. 5 et 7.

¹¹⁰⁶ Voir *supra*.

¹¹⁰⁷ STEIGER (H.), « Plaidoyer pour une juridiction internationale obligatoire », op. cit., p. 819. Face à cette réticence des États, certains parlent même de l'échec de la juridiction obligatoire. Voir, par exemple, LEBEN (C.), « La juridiction internationale », op. cit., p. 147. Selon lui, la raison principale de cet échec est « le refus délibéré de la quasi-totalité des États de sortir du modèle d'anarchie tempérée qui régit la société internationale » (p. 148).

raison que « les États jugent souvent que le plus simple est de ne point accepter de tels engagements généraux et de manifester la sympathie qu'ils peuvent avoir pour le règlement par des juges ou des arbitres cas par cas, au fur et à mesure que les occasions se présentent »¹¹⁰⁸.

La juridiction internationale institutionnalisée est un moyen de règlement des différends peu sollicité par rapport aux autres¹¹⁰⁹. À l'inverse de la diplomatie internationale ou des contremesures, le recours à la justice n'est toujours pas le coup de cœur des États pour le règlement de leurs différends¹¹¹⁰. Mais, si le domaine d'action de la juridiction internationale reste encore très réduit, ce n'est pas parce que les mécanismes judiciaires adéquats sont absents ou, comme M.-S. Korowicz écrit à propos de la CIJ, à cause de l'absence des juristes les plus hautement qualifiés pour s'acquitter de cette tâche. Ceci est principalement dû, comme il ajoute tout de suite, au « manque de confiance des États »¹¹¹¹.

B. Une attitude réactive des États face à la juridiction internationale

Si, par leur choix de moyens de règlement des différends généralement défavorable aux institutions judiciaires internationales, les États expriment déjà une réticence à l'égard de l'idée de la juridiction internationale, cette méfiance des États est parfois encore plus visible après la saisine de la juridiction internationale qui ne satisfait pas toujours tous les États. C'est ainsi que l'on observe des réactions communes à un certain nombre d'États créant ainsi une tendance générale chez eux (1) ou des réactions individuelles qui expriment un certain désengagement du choix de la juridiction internationale (2).

¹¹⁰⁸ LACHARRIÈRE (G.), *La politique juridique extérieure*, op. cit., p. 163.

¹¹⁰⁹ Voir STEIGER (H.), « Plaidoyer pour une juridiction internationale obligatoire », op. cit., p. 821 ; CONDORELLI (L.), « L'autorité de la décision des juridictions internationales permanentes », op. cit., p. 284 ; LEBEN (C.), « La juridiction internationale », op. cit., p. 146.

¹¹¹⁰ Le recours à la juridiction internationale reste néanmoins un instrument important pour les États qui sont conscients du fait qu'il faut souvent combiner plusieurs méthodes pour résoudre les problèmes interétatiques. Dans son *Opinion individuelle* jointe à l'*Affaire de la Mer Egée*, le Juge M. Lachs constate en effet cette réalité : « Il existe à l'évidence des différends que seules les négociations permettent de résoudre, la nature du problème et les mesures envisagées ne laissant aucun autre choix. Mais il en est aussi beaucoup que l'on résoudrait plus facilement en combinant diverses méthodes. Le caractère souvent inhabituel des problèmes que doivent affronter les États de nos jours oblige à utiliser le plus d'instruments et à se réserver le plus de voies possible pour résoudre les questions complexes et souvent multidimensionnelles qui se posent. Il y a souvent avantage à utiliser plusieurs méthodes, ensemble ou successivement. Il ne faut donc voir aucune incompatibilité entre les divers instruments et tribunaux dont les États peuvent user, car ils se complètent les uns les autres. » (CIJ Rec., 1978, p. 52).

¹¹¹¹ KOROWICZ (M. S.), *Organisations internationales et souveraineté des États membres*, op. cit., p. 229.

1. Des réactions communes à un groupe d'États

Des réactions qui expriment une méfiance généralisée de la part des États apparaissent généralement suite à des décisions judiciaires non satisfaisantes pour une certaine catégorie d'États (a). Toujours liée à ce sentiment de défiance des États, la volonté d'arbitraliser la CIJ par le recours à des Chambres *ad hoc* exprime également une attitude réactive des États à l'égard de la juridiction internationale permanente (b).

a. La manifestation d'une méfiance généralisée des États

Comme réaction commune à une certaine catégorie d'États, la méfiance à l'égard de la juridiction internationale est essentiellement liée à l'orientation idéologique des États. En fonction de leur situation socio-économique et de leur positionnement politique, les États ont une tendance à « politiser » la juridiction internationale et à déterminer leur rapport avec celle-ci suivant leur choix politique.

L'exemple le plus connu d'une telle méfiance généralisée à l'égard d'une institution internationale judiciaire est le refus systématique des États socialistes, observé dans le passé, de reconnaître la compétence de la CIJ. Considérée par eux « trop bourgeoise », la juridiction de la Cour n'était pas tellement populaire chez ces États. En dehors de cet exemple, il existe deux tendances majeures qui expriment, chaque fois qu'elles s'affrontent, une certaine défiance à l'égard de cette institution : l'une est dite « tiers-mondiste », accusant la Cour d'être occidentale, l'autre « occidentale », critiquant cette fois la Cour d'être « trop orientée vers les pays du tiers-monde »¹¹¹². Ce genre de réactions généralisées a été surtout observé suite à des décisions judiciaires non satisfaisantes pour une catégorie d'États. Il existe deux affaires très marquantes de l'histoire de la Cour internationale de Justice.

La première est l'affaire du *Sud-Ouest africain* pour laquelle la Cour a été saisie en 1960 par L'Éthiopie et le Liberia contre l'Afrique du Sud. Après un premier arrêt en 1962 portant sur les questions préliminaires, la Cour a rendu son arrêt au fond en 1966. Sans entrer dans les détails de cette affaire, qui a suscité beaucoup de réactions chez les États comme dans la doctrine et qui a été qualifiée de « malheureuse »¹¹¹³, « tragique » ou encore comme un

¹¹¹² CARREAU (D.), *Droit international*, op. cit., p. 589.

¹¹¹³ PELLET (A.), « Le glaive et la balance, Remarques sur le rôle de la CIJ en matière de maintien de la paix et de la sécurité internationales », in *International Law at a Time of Perplexity, Essays in Honour of Shabtai Rosenne*, MNP, 1989, p. 559

« désastre »¹¹¹⁴¹¹¹⁵, force est de constater que l'arrêt de 1966 a semé la méfiance chez les États, surtout du Tiers monde¹¹¹⁶. Critiquée, par ces derniers, d'être conservatrice¹¹¹⁷ et d'agir comme un « tribunal arbitral », la Cour a connu, après cette affaire, une période de quasi-inactivité juridique et dû réaliser « un changement d'attitude » prenant en compte les mouvements contemporains de la scène internationale¹¹¹⁸.

Cette volonté d'ouverture a ensuite trouvé son reflet jurisprudentiel, notamment dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*. L'arrêt de 1986 prononcé dans cette affaire marque, comme A. Pellet écrit, « une étape-clé dans la vie de la Cour »¹¹¹⁹. Après cet arrêt, la Cour devient très attractive aux yeux des États du tiers-monde qui voient que, grâce au recours à la juridiction internationale, même un petit État peut faire condamner une super-puissance. Un tel résultat était sans doute impensable par les autres moyens de règlement des différends. Ensuite, les années qui suivent cet arrêt constituent pour la Cour une période d'activité très chargée, surtout des affaires apportées par des États qui étaient très réservés à l'égard de la Cour.

Mais cet arrêt est aussi très démonstratif au sujet de la politique changeante et tendancielle des États à l'égard de la Cour. Alors que cet arrêt signifie pour les États du tiers-monde un « regain de confiance », pour certains autres, il a déclenché une défiance globale¹¹²⁰. N'étant pas apprécié par les États occidentaux, notamment par les États-Unis, cet arrêt de la Cour a aussi créé chez eux une méfiance à l'égard de la Cour qui est accusée cette fois d'être « tiers-mondiste » et de faire du « militantisme juridique ».

On peut constater que ce genre de réactions méfiantes à l'égard de la juridiction internationale se nourrit notamment des tensions politiques d'un monde divisé. M. Bedjaoui, constate en effet que « le règlement judiciaire est mieux supporté, et même plus recherché, lorsque l'atmosphère internationale est moins tendue. La contre-épreuve est fournie par le fait que c'est pendant les périodes de fortes tensions internationales de la guerre froide que la Cour a

¹¹¹⁴ ABI-SAAB (G.), « De l'évolution de la Cour internationale... », op. cit., p. 278.

¹¹¹⁵ Pour d'autres exemples des réactions et des critiques de la part des États et de la doctrine voir FISCHER (G.), « Les réactions devant l'arrêt de la Cour internationale de Justice concernant le Sud-Ouest Africain », *AFDI*, 1966, pp. 144-154.

¹¹¹⁶ ABI-SAAB (G.), « De l'évolution de la Cour internationale... », op. cit., p. 277 s.

¹¹¹⁷ DECAUX (E.), *Droit international public*, op. cit., p. 328.

¹¹¹⁸ ABI-SAAB (G.), « De l'évolution de la Cour internationale... », op. cit., p. 280.

¹¹¹⁹ PELLET (A.), « Conseil devant la Cour internationale de Justice – Quelques impressions », in *L'évolution du droit international, Mélanges offertes à Hubert Thierry*, Pedone, 1998, p. 346, note de bas de page 5.

¹¹²⁰ *Ibid.*

été privée d'affaires et qu'elle n'a pu remplir son office »¹¹²¹. Il écrit également qu'en plus de la chute du Mur de Berlin, symbolisant la fin de l'ordre mondial bipolaire, « d'autres murs de prévention contre la Cour, dressés dans l'esprit des dirigeants du monde, commencent de tomber » et qu'en conséquence on peut constater concernant le début des années 90 que la Cour n'a été jamais autant sollicitée par les États. Cette sympathie des États pour l'idée de la juridiction internationale, en général, et pour la compétence de la Cour, en particulier, est sans doute liée à « l'adhésion psychologique plus généralisée au droit international applicable » par les États et à leur sentiment de confiance, surtout des pays du Tiers-monde, à l'égard de la Cour¹¹²². En effet, vu le nombre d'affaires soumises à la juridiction de la CIJ, on peut constater que cette dernière connaît depuis deux décennies un regain de confiance de la part de tous les États¹¹²³.

b. L'arbitralisation de la juridiction permanente

Comme on l'a constaté au sujet de la place de la juridiction internationale parmi d'autres moyens pacifiques de règlement des différends, la juridiction internationale n'est pas toujours le moyen le plus sollicité par les États. S'ils souhaitent néanmoins recourir aux modes juridictionnels, l'arbitrage est encore leur premier choix en raison de sa flexibilité et de sa nature adaptable aux exigences des États de déterminer tout le processus. Il est vrai qu'avec un règlement fixe et une composition des juges prédéterminée, la juridiction internationale permanente est une voie rigide qui ne permet pas aux États d'intervenir aux procédures de jugement.

C'est précisément pour cette raison, et pour rendre la CIJ plus attractive aux yeux des États¹¹²⁴ qu'on a senti, à la fin des années soixante-dix, le besoin d'inclure la possibilité de créer les chambres *ad hoc*. Des chambres peuvent alors être instituées au sein de la Cour pour connaître uniquement d'une affaire déterminée. Grâce à ce système, considéré par le Professeur P.-M. Dupuy comme le signe de l'« accroissement du consensualisme

¹¹²¹ BEDJAOUI (M.), « Discours à l'occasion du 50^e anniversaire... », op. cit., p. 74-75.

¹¹²² *Idem.*, p. 73.

¹¹²³ Entre 1986 et 2011, une cinquantaine d'affaires contentieuses ont été inscrites à la juridiction de la Cour et selon son dernier Rapport annuel adressé à l'Assemblée générale des Nations Unies, le nombre d'affaires pendantes s'élève au quatorze à la date du 31 juillet 2011.

¹¹²⁴ ABI-SAAB (G.), « De l'évolution de la Cour internationale... », op. cit., p. 287 s.

manifesté »¹¹²⁵, même si la Cour conserve formellement le dernier mot, les États qui apportent leur litige devant la Cour peuvent désormais débattre avec le président de la Cour du nombre et de l'identité des juges qui composeront cette chambre¹¹²⁶.

Considérée comme un pas de plus vers l'arbitralisation de la Cour, cette modification a été critiquée car elle comporte le risque de réduire la CIJ à une Cour permanente d'arbitrage, au service de la volonté des États¹¹²⁷. L'attitude des États dans le tout premier exemple de cette institution a d'ailleurs justifié ce souci. Formée en 1982 dans l'affaire de la *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine* entre le Canada et les États-Unis, la première Chambre ad hoc a démontré « [l]a volonté des États, notamment occidentaux, de garder la main sur la justice internationale »¹¹²⁸. Ces deux États ont essayé de constituer une chambre purement occidentale « reflét[ant] fidèlement la philosophie des parties en litige »¹¹²⁹.

G. Abi-Saab considère l'attitude de ces États comme méfiante, voire hostile, à l'égard du caractère universaliste de la Cour¹¹³⁰. Accrue tout de suite après les critiques « tiers-mondistes » des pays occidentaux, cette expérience a, en effet, montré la défiance des États à l'égard d'une Cour internationale, composée de quinze juges provenant de toutes les parties du monde et, par conséquent, de juges qui ne voient pas les choses de la même manière que les États parties au litige¹¹³¹.

Au sujet de l'arbitralisation de la CIJ en tant que réaction méfiante des États, il est également nécessaire d'évoquer le système du juge *ad hoc*. Comme on l'a précisé au sujet de l'intervention des États dans la composition organique des instances judiciaires, les États

¹¹²⁵ DUPUY (P.-M.), *Droit international public*, 9^{ème} éd., p. 630 (ce constat ne figure pas dans la dernière édition de cet ouvrage, réédité avec la contribution de Y. Kerbrat).

¹¹²⁶ Le paragraphe 2 de l'article 26 du Statut de la CIJ. Depuis l'introduction de ce système, l'institution d'une chambre ad hoc a été demandée par les États six fois dans cinq différentes affaires. Pour plus d'information voir le site d'internet de la Cour : <http://www.icj-cij.org/court/index.php?p1=1&p2=4>.

¹¹²⁷ ABI-SAAB (G.), « De l'évolution de la Cour internationale... », op. cit., p. 288. Dans le même sens voir également CHEMILLIER-GENDREAU Monique, « La Cour internationale de Justice entre politique et droit », *Le Monde Diplomatique*, Novembre 1996, p. 10 ; DECAUX (E.), *Droit international public*, op. cit., p. 329.

¹¹²⁸ CHEMILLIER-GENDREAU Monique, « La Cour internationale de Justice entre politique et droit », op. cit., p. 10 et 11. L'auteur se réfère également aux réactions très vives de certains juges qui voyaient dans cette maladresse heureusement évitée des États un « risque de détournement d'une justice indépendante et universelle ».

¹¹²⁹ CARREAU (D.), *Droit international*, op. cit., p. 590.

¹¹³⁰ ABI-SAAB (G.), « De l'évolution de la Cour internationale... », op. cit., p. 288.

¹¹³¹ CARREAU (D.), *Droit international*, op. cit., p. 590. L'auteur semble être favorable à la constitution des « chambres régionales », au sein de la Cour internationale de Justice, composées des juges en fonction de l'appartenance géographique et juridique des États parties au litige pour mieux répondre leurs éventuels soucis à l'égard de la Cour.

parties à une affaire devant la CIJ qui ne comptent pas de juge de leur nationalité disposent, en vertu des paragraphes 2 et 3 de l'article 31 du Statut de la Cour, de la faculté de désigner un juge *ad hoc* pour l'affaire qui les concerne. Quoiqu'elle soit justifiée par sa « fonction d'expertise » dans un contexte de la société interétatique divisée et diversifiée, la possibilité des États parties au litige de désigner un juge ayant un lien est également « [r]évélatrice de la méfiance initiale des États »¹¹³² à l'égard de cette institution. Ce système du juge *ad hoc* a été également considéré comme rassurant pour certains États à l'égard d'une institution jugée par eux « lointaine »¹¹³³.

2. Des réactions individuelles

On peut analyser les réactions individuelles des États sous deux catégories. La première est la pratique contestataire de l'État à l'égard d'une juridiction internationale saisie sans son consentement explicite concernant l'affaire en cause (a). Le deuxième type de réactions concerne particulièrement la juridiction de la Cour internationale de Justice. Il existe des exemples où l'État, mécontent d'une décision de la Cour ou de sa saisine sans son consentement, recourt à l'arme du retrait de son acceptation préalable de la juridiction obligatoire de la Cour (b).

a. La contestation de la juridiction

La première réaction d'un État qui se voit introduit involontairement devant une juridiction internationale est de contester la compétence de cette institution judiciaire. Puisque cette dernière ne peut pas être valablement saisie sans le consentement de toutes les parties au litige, l'État qui ne souhaite pas porter l'affaire devant la juridiction internationale, cherche catégoriquement à se désengager de l'acceptation de la juridiction obligatoire. Pour ce faire, il est très courant que les États recourent aux réserves qu'ils ont préalablement émises.

Cette politique de contestation de la compétence de la juridiction internationale est assez habituelle devant la Cour internationale de Justice qui se voit souvent dans l'obligation d'examiner d'abord les questions préliminaires comme la question de compétence ou de

¹¹³² ASCENSIO (H.), « La notion de juridiction internationale en question », op. cit., p. 170.

¹¹³³ THIERRY (H.), « Au sujet du juge *ad hoc* », op. cit., p. 289.

recevabilité. Mais, comme on le sait, la Cour a la compétence de sa compétence. Malgré les éventuelles contestations de la part des États sur sa compétence, c'est elle qui décide.

Mais, si la décision qu'elle prend sur cette question ne satisfait pas l'État contestataire, ou même bien avant que cette question ne soit abordée par la Cour, celui-ci peut décider de ne pas comparaître devant elle. Comme un autre exemple d'attitude réactive des États, la politique de non-comparution a été plusieurs fois exercée par les États : l'Islande dans l'affaire des pêcheries contre le Royaume-Uni (1972), la France dans l'affaire des essais nucléaires (1973), la Turquie dans l'affaire de la mer Egée (1976), l'Iran dans l'affaire du personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran (1979), les Etats-Unis dans la deuxième phase de l'affaire du Nicaragua (1985).

En admettant que ces décisions « comport[ent] à l'évidence des conséquences négatives pour une bonne administration de la justice », la Cour a toutefois souligné « qu'en aucun cas la non-participation d'une partie à la procédure ou à une phase quelconque de celle-ci ne saurait affecter la validité de son arrêt »¹¹³⁴. Une fois que la Cour s'est déclarée compétente, la déclaration de non participation ou de retrait de l'acceptation de la juridiction obligatoire est sans incidence sur sa compétence et sa décision serait obligatoire pour toutes les parties¹¹³⁵.

Cependant, les États recourent à cette politique de non-comparution comme un moyen de défense, surtout quand l'État défendeur se trouve juridiquement en difficulté concernant cette affaire. Comme M. Bedjaoui le constate, « dans la situation de non-comparution, c'est quasiment consciemment que la Cour redouble de vigilance, protège l'absent ». C'est d'ailleurs pour cette raison qu'il critique la Cour d'avoir protégé l'absent dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua* dans laquelle les États-Unis avaient refusé de comparaître devant la Cour¹¹³⁶.

Il peut également arriver que les États contestent la juridiction internationale en refusant d'exécuter ses décisions. Il n'est pas très rare que l'État manifeste son mécontentement à l'égard d'une décision prise par une exécution lente ou de mauvais gré. Mais cette réaction des États ne prend la forme d'une contestation délibérée de la juridiction qu'assez

¹¹³⁴ L'arrêt du 27 juin 1986 relatif à l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*, CIJ Rec., 1986, par. 27.

¹¹³⁵ COLLIARD (C.-A.), « La non-comparution », in *La juridiction internationale permanente*, SFDI, Pedone, 1987, pp. 167-190, plus particulièrement p. 188 et s.

¹¹³⁶ BEDJAOUI (M.), « L'humanité en quête de paix et de développement.. », op. cit, t. 325, p. 104.

rarement¹¹³⁷. Puisqu'il peut affecter l'image internationale de l'État, un refus total d'exécution des décisions judiciaires reste une réaction exceptionnelle. Dans l'histoire de la Cour internationale de Justice, il existe néanmoins deux affaires dans lesquelles les Parties condamnées ont refusé d'exécuter les arrêts de la Cour. La première est celle du *Détroit de Corfou* où l'Albanie a refusé de payer les dommages et intérêts attribués au Royaume-Uni par la Cour dans son arrêt du 15 décembre 1949. Le deuxième exemple est l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua* dans laquelle les États-Unis, qui n'avaient d'ailleurs pas comparu dans la deuxième phase du jugement devant la CIJ, ont ensuite refusé l'exécution de l'arrêt de la Cour du 27 juin 1986.

b. Le retrait de l'acceptation de la juridiction obligatoire de la CIJ

On avait souligné que l'acceptation de la juridiction obligatoire de la CIJ était un acte volontaire et unilatéral de l'État. Certains États l'acceptent, certains autres non. Aujourd'hui, moins d'un tiers d'États existants (soixante-six États exactement) ont accepté la juridiction obligatoire de la CIJ, et parmi les cinq membres permanents du Conseil de sécurité, le Royaume-Uni est le seul pays qui reconnaît la juridiction obligatoire de la Cour. Cette attitude réticente des États puissants renforce les hésitations d'autres États pour attribuer d'avance une compétence générale¹¹³⁸. Si cette popularité insuffisante de la clause de la juridiction obligatoire ne signifie pas que ce système est caduc, elle dévoile parfaitement une certaine méfiance qui existe chez les États.

Si on peut également considérer, à certains égards, que la non acceptation de la juridiction obligatoire est aussi une attitude qui exprime, par sa nature préventive, une certaine méfiance à l'égard de la Cour, la manifestation la plus évidente d'une telle méfiance est sans doute la dénonciation d'une acceptation qui a été déjà faite. En raison de son fondement volontaire, les États peuvent décider, à tout moment, de se désengager de leur acceptation. Cette dénonciation de l'acceptation de la juridiction obligatoire doit être entendue comprenant à la fois le non renouvellement des déclarations d'acceptation qui ont été faites pour une durée déterminée et leur retrait par les États. Pourtant, c'est sans doute ce dernier qui constitue une dénonciation brutale et réactive de la part des États.

¹¹³⁷ Voir AZAR (A.), *L'exécution des décisions de la Cour internationale de Justice*, Bruylant, 2003, 329 p.

¹¹³⁸ VERHOEVEN (J.), « Le droit, le juge et la violence », *RGDIP*, 1987, p. 1199.

Le recours par les États à une telle arme de retrait se produit généralement après une saisine non souhaitée ou une décision non satisfaisante de la Cour. Quant les États pensent que « trop d'intérêts politiques de premier plan (les fameux intérêts vitaux) sont en cause »¹¹³⁹, ils n'hésitent pas à se désengager de leur acceptation de la juridiction obligatoire.

À cet égard, on peut citer deux exemples de retrait : le retrait français et le retrait américain. D'abord la France. À l'occasion de l'affaire des essais nucléaires et suite à des ordonnances rendues par la CIJ le 22 juin 1973, elle a retiré sa déclaration d'acceptation du 20 mai 1966 par une notification adressée au secrétaire général de l'ONU le 10 janvier 1974. Ensuite les États-Unis, contestant l'arrêt du 26 novembre 1984 de la Cour, qui s'est déclarée compétente dans l'affaire du Nicaragua, ont retiré, le 7 octobre 1985, leur déclaration d'acceptation du 26 août 1946.

Ces deux retraits constituent des réactions manifestant clairement une méfiance à l'égard de la CIJ. Comme des « mauvais joueurs »¹¹⁴⁰ qui se retirent du jeu parce qu'ils perdent, ces deux États ont retiré leurs acceptations suite à des décisions de la Cour qui n'ont pas été appréciées par eux. Ces signes de protestation montrent la méfiance des États à l'égard du juge international, dès que ce dernier se saisit des affaires touchant de trop près à des sujets considérés par eux d'importance politique primordiale.

L'élément le plus important à retenir à propos de la juridiction internationale est que, dans l'ordre juridique international, « le recours au juge constitue encore une exception » et « demeure de toute façon subordonné à l'assentiment des États »¹¹⁴¹. Comme Ch. Rousseau le constate, une image de la juridiction internationale copiée de l'exemple de la justice interne ne serait qu'une illusion condamnée à la déception. Il écrit à juste titre qu'il ne faut pas « sous-estimer la force de résistance des souverainetés » des États qui recherchent souvent d'autres solutions au règlement de leurs différends que le recours aux institutions judiciaires ou refusent de s'incliner devant une décision judiciaire ou encore n'hésitent pas à retirer leur

¹¹³⁹ VIRALLY (M.), « Le champ opératoire du règlement judiciaire international », *RGDIP*, 1983, pp. 281-314, plus particulièrement p. 309. Dans le même sens voir CONDORELLI (L.), « Des lendemains qui chantent pour la justice internationale », in *Le droit internationale au service de la paix, de la justice et du développement*, *Mélanges M. Virally*, Pedone, 1991, p. 206.

¹¹⁴⁰ CHEMILLIER-GENDREAU (M.), « La Cour internationale de Justice entre politique et droit », op. cit., p. 10-11.

¹¹⁴¹ DUPUY (P.-M.), KERBRAT (Y.), *Droit international public*, op. cit., p. 632.

acceptation de la juridiction obligatoire¹¹⁴². Toutes ces données qui conditionnent la saisine de la juridiction internationale deviennent également des éléments à prendre en considération pour le juge international même dans l'exercice de sa fonction.

Paragraphe II. Des restrictions dans l'exercice de la fonction judiciaire

Dans l'ordre juridique international actuel, en raison du fondement consensualiste de la juridiction internationale et de la réticence des États, le rôle de la juridiction internationale est déjà très limité¹¹⁴³. Cette logique interétatique, qui caractérise ainsi l'institutionnalisation de la juridiction internationale et détermine son champ d'action, détermine également le fonctionnement des institutions judiciaires internationales. Son impact est visible d'abord sur un plan concret. Elle agit sur les conditions formelles de la réalisation de la fonction judiciaire, qui se traduisent comme des restrictions institutionnelles ou des insuffisances matérielles (A). Ensuite, elle constitue une source de prudence et d'auto-limitation chez les juges internationaux qui sont effectivement conscients de cette particularité de l'ordre juridique international dominé par la logique interétatique (B).

A. Une réalisation de la fonction judiciaire dans des conditions restreintes et marquées par un interétatisme sous-jacent

La logique interétatique a deux conséquences importantes sur les conditions de réalisation de la fonction judiciaire. La première est la subsidiarité de la juridiction internationale qui est particulièrement liée aux domaines de compétence des institutions judiciaires internationales. L'internationalisation de certains domaines, considérés auparavant comme relevant des affaires internes des États et de leur compétence exclusive, déclenche chez eux une certaine résistance à l'égard de leur juridictionnalisation au niveau international. À cet égard, le cas de

¹¹⁴² ROUSSEAU (Ch.), « Crise de la justice internationale ? », in *Le juge et le droit public, Mélanges Offerts à M. Waline*, LGDJ, 1974, t.1, pp. 259-265, plus particulièrement p. 264.

¹¹⁴³ Pour résumer les causes de cette limitation que l'on vient d'évoquer, on peut se référer à l'analyse de D. Carreau sur l'exemple de la Cour internationale de Justice. Selon lui, il y a principalement trois différentes catégories des raisons qui limitent le rôle de la Cour internationale. La première comprend les raisons politiques qui peuvent être expliquées comme la défiance des États à l'égard de la juridiction de la Cour, les tentatives de politisation de la Cour, etc. La deuxième est constituée par des raisons techniques qui concernent les questions sur la composition de la Cour, l'indépendance de ses juges et la durée de ses jugements. Enfin la troisième, elle comprend des raisons que l'auteur qualifie juridiques qui signifient que la Cour reste une instance judiciaire peu sollicitée par les États en raison du principe consensualiste. Voir CARREAU (D.), *Droit international*, op. cit., pp. 589-591.

la Cour pénale internationale est particulièrement démonstratif parce que, d'une part, elle agit dans un domaine de juridiction traditionnellement réservé aux sphères étatiques et, d'autre part, sa subsidiarité est clairement formulée dans les dispositions de son traité constitutif (1). La deuxième conséquence de cet interétatisme sous-jacent est l'absence, semble-t-il volontaire, de certains moyens indispensables à la réalisation effective de la fonction judiciaire (2).

1. La subsidiarité de la juridiction internationale : le cas de la Cour Pénale Internationale

À la lumière de la juridictionnalisation du droit pénal international on peut constater que, si la résistance des États ne peut arrêter complètement ce processus d'institutionnalisation, elle peut considérablement limiter son champ d'action, poussant ainsi la juridiction internationale dans un rôle subsidiaire par rapport aux juridictions nationales (a). Agissant ainsi dans une dimension à la fois internationale et nationale, la juridiction pénale internationale se trouve souvent coincée entre l'objectif de rendre la justice et celui de la sauvegarde du système international. Ainsi, comme le résultat d'un souci d'effectivité au regard de l'objectif du maintien de la stabilité internationale, la juridiction internationale se place dans un rôle subsidiaire par rapport à la politique (b).

a. Une subsidiarité institutionnelle par rapport aux juridictions nationales

Il ressort de l'article 17 de son Statut que la juridiction de la Cour pénale internationale est « subsidiaire » par rapport aux juridictions internes des États parties¹¹⁴⁴. Il faut examiner cette subsidiarité de la juridiction de la Cour par rapport à sa fonction « complémentaire des juridictions pénales nationales », inscrite dans le Préambule ainsi qu'au premier article de son Statut.

Ce principe de complémentarité signifie que la Cour n'intervient qu'en cas d'incapacité ou de manquement délibéré de la justice nationale. La Cour ne peut se saisir d'une affaire que lorsque les tribunaux et les structures nationales, ayant la compétence d'enquêter et de poursuivre, n'ont pas la volonté ni la capacité de mener des enquêtes et d'engager des

¹¹⁴⁴ Il y a lieu de préciser que cette priorité donnée aux juridictions nationales doit être distingué de l'obligation de l'épuisement des recours internes. Celui-ci est une règle de nature coutumière qui s'applique pour toute juridiction internationale. Voir la jurisprudence de la Cour internationale de Justice dans l'affaire *Interhandel*, CIJ Rec., 1959, p. 27.

poursuites. À ces deux conditions qui engagent la compétence de la CPI, une troisième peut s'ajouter : l'absence d'action volontaire de l'État. Comme le Bureau du Procureur l'indique dans sa *Communication relative à certaines questions de politique générale concernant le Bureau du Procureur*, « il peut arriver que l'absence d'action de la part d'un État se révèle être le mode d'action le plus approprié ». Dans ce dernier cas, la Cour agit, selon cette communication de stratégie du Bureau du procureur, en fonction des particularités des faits, privilégiant éventuellement une « division du travail » avec l'État intéressé¹¹⁴⁵.

Pour justifier cette subsidiarité de la CPI par rapport aux juridictions nationales, quelques arguments peuvent être avancés. Elle peut être expliquée d'abord par la capacité pratiquement limitée de la Cour. Certes, il s'agit d'une institution judiciaire internationale qui bénéficie de l'appui économique et matériel d'un grand nombre d'États et qui est composée des personnes hautement qualifiées et spécialistes dans leur domaine. Mais, vu le nombre d'affaires susceptibles d'être apportées devant elle, ces effectifs s'avèrent très faibles. En outre, la CPI est naturellement moins bien placée par rapport aux instances nationales qui ont la proximité et la facilité d'accès aux éléments de preuve et aux témoignages.

En raison de sa capacité matérielle très limitée, la Cour a une tendance à interpréter ce principe de complémentarité d'une manière extensive. Elle suit ainsi une « stratégie pragmatique »¹¹⁴⁶ qui consiste à encourager les États à assumer leur responsabilité et à s'acquitter de leurs obligations en agissant eux-mêmes contre de tels crimes¹¹⁴⁷. Elle rappelle d'abord aux autorités étatiques « qu'il est du devoir de chaque État de soumettre à sa juridiction criminelle les responsables de crimes internationaux ». Selon ce principe, énoncé également dans le Préambule du Statut de Rome et sur lequel le système de complémentarité est d'ailleurs fondé¹¹⁴⁸, l'exercice de la compétence nationale contre de tels crimes est une obligation pour les États et ne constitue pas un droit discrétionnaire dont ils peuvent décider librement de faire usage ou non. Suivant toujours la même stratégie pragmatique en raison de sa capacité limitée, si la Cour se voit dans l'obligation d'agir elle-même, elle « favorise les

¹¹⁴⁵ Le document est accessible depuis le site d'internet officiel de la CPI. Voir le page 5.

¹¹⁴⁶ Voir BAKKER (C. A. E.), « Le principe de complémentarité et les 'auto-saisines' : un regard critique sur la pratique de la Cour pénale internationale », *RGDIP*, 2008, pp. 361-378.

¹¹⁴⁷ Dans sa *Communication relative à certaines questions de politique générale concernant le Bureau du Procureur*, ce dernier déclare clairement que sa stratégie principale sera d'encourager les États d'assumer leur responsabilité en la matière. Voir p. 6.

¹¹⁴⁸ CPI, Bureau du Procureur, *Communication relative à certaines questions de politique générale concernant le Bureau du Procureur*, p. 5. Le document est accessible depuis le site d'internet officiel de la CPI.

voies susceptibles d'aboutir à des procès devant la Cour d'un nombre limité de personnes accusées de porter la plus grande responsabilité »¹¹⁴⁹.

Si la juridiction de la CPI est d'une nature complémentaire et subsidiaire, c'est également en raison du souci de respecter la souveraineté judiciaire des États qui a caractérisé la création de ce premier exemple de juridiction pénale internationale permanente. La juridiction de la Cour pénale internationale est, comme celle de toutes les autres institutions judiciaires internationales, consensuelle et dépendante de l'approbation des États jaloux de leur souveraineté judiciaire. L'absence d'une telle condition dans les exemples des Tribunaux pénaux internationaux ad hoc pour l'Ex-Yougoslavie et le Rwanda justifient également ce facteur de volontarisme. Créés par le Conseil de sécurité des Nations Unies sans l'approbation des États concernés, ces tribunaux avaient la possibilité de se saisir de personnes même si elles sont déjà poursuivies par les mécanismes judiciaires internes de ces États. Par conséquent, contrairement à la Cour pénale internationale, la juridiction de ces Tribunaux jouissait d'une primauté sur la juridiction interne. À l'inverse, la CPI n'intervient qu'en cas d'inactivité ou d'inefficacité des instances judiciaires nationales.

Il a été soutenu que cette reconnaissance de la « souveraineté judiciaire » des États parties donnait clairement à ceux-ci la possibilité de « mettre en échec la compétence de la Cour »¹¹⁵⁰. Il est vrai que la pratique des États pour lesquels des enquêtes ont été ouvertes par la Cour justifie ce souci.

Concernant d'abord l'affaire du Darfour déferée par le Conseil de sécurité, bien qu'une cour spéciale pour juger les responsables présumés des événements au Darfour ait été mise en place par le gouvernement soudanais, les enquêtes de la Cour ainsi que de nombreux rapports internationaux, notamment des rapports des Nations unies¹¹⁵¹ et d'ONG internationales¹¹⁵², ont révélé que cette cour ne s'occupait que de quelques affaires sans lien avec la gravité des crimes commis au Darfour et que les autorités soudanaises manquaient de volonté pour engager des enquêtes ou des poursuites sur les crimes internationaux qui font l'objet des procédures devant la Cour.

¹¹⁴⁹ BAKKER (C. A. E.), « Le principe de complémentarité et les 'auto-saisines'... », op. cit., p. 374.

¹¹⁵⁰ BEDJAOU (M.), « L'humanité en quête de paix et de développement.. », op. cit, t. 325, p. 118 et 119.

¹¹⁵¹ Voir *Rapport de la Commission internationale d'enquête sur le Darfour*, op. cit.

¹¹⁵² Voir notamment le rapport de l'Amnesty internationale, intitulé « Soudan (Darfour). Personne auprès de qui porter plainte », accessible sur le site d'Internet de l'organisation à l'adresse suivante : <http://www.amnesty.org/fr/library/info/AFR54/138/2004> (plus particulièrement p. 33 et s.).

Quant aux autres enquêtes qui ont été ouvertes suite à des demandes des gouvernements des pays eux-mêmes dont les crimes présumés ont été commises sur le territoire¹¹⁵³, on peut logiquement espérer que l'entente entre les instances nationales et la CPI soit bonne et que le principe de complémentarité serve vraiment l'intérêt de la justice. Cependant, des exemples de manœuvres gouvernementales destinées à l'instrumentalisation de la juridiction de la CPI pour des fins politiques montrent que ce n'est pas le cas¹¹⁵⁴.

b. Une subsidiarité fonctionnelle par rapport à la politique

La subsidiarité de la fonction judiciaire qu'exerce la Cour pénale internationale par rapport à la politique est particulièrement visible dans le rapport qui existe entre la Cour et le Conseil de sécurité des Nations Unies¹¹⁵⁵.

Grâce au système de saisine ouvert au Conseil de sécurité, ce dernier a déjà la possibilité de participer activement à la fonction judiciaire que la Cour pénale internationale exerce. Ce rôle « fondamental »¹¹⁵⁶ que le Conseil de sécurité joue dans l'activité de la Cour se trouve encore renforcé par l'article 16 du Statut de la Cour qui lui permet d'empêcher, pour une durée déterminée, l'exercice de la fonction judiciaire de la Cour. Selon cet article, intitulé « sursis à enquêter ou à poursuivre »,

« [a]ucune enquête ni aucunes poursuites ne peuvent être engagées ni menées en vertu du présent Statut pendant les douze mois qui suivent la date à laquelle le Conseil de sécurité a fait une demande en ce sens à la Cour dans une résolution adoptée en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies; la demande peut être renouvelée par le Conseil dans les mêmes conditions ».

Grâce à cette disposition qui a été introduite « pour répondre aux craintes de certains États que l'exercice de la compétence de la Cour puisse entraver l'action du Conseil de sécurité dans le maintien de la paix et de la sécurité internationales »¹¹⁵⁷, un organe politique d'une

¹¹⁵³ Il s'agit de l'Ouganda, de la République démocratique du Congo, de la République centrafricaine et du Kenya.

¹¹⁵⁴ Voir BIBAS (B.), CHICON (E.), « Puissances et impuissances de la CPI. Des ambiguïté de la notion de complémentarité », accessible sur Internet à l'adresse suivante : <http://www.mouvements.info/Puissances-et-impuissances-de-la.html>. C'est d'ailleurs à la lumière de ce risque d'instrumentalisation que M. Bedjaoui considère le principe de subsidiarité comme un obstacle devant la consolidation de la justice pénale internationale. Voir BEDJAOUI (M.), « L'humanité en quête de paix et de développement... », op. cit., t. 325, p. 118-119.

¹¹⁵⁵ Voir BEDJAOUI (M.), « L'humanité en quête de paix et de développement... », op. cit., t. 325, p. 126 et s.

¹¹⁵⁶ Voir WECKEL (P.), « La Cour pénale internationale. Présentation générale », op. cit., p. 990.

¹¹⁵⁷ CONDORELLI (L.), VILLALPANDO (S.), « Les Nations Unies et les juridictions pénales internationales », op. cit., p. 230.

institution internationale qu'est le Conseil de sécurité se voit ainsi habilité à donner des instructions à une institution judiciaire créée par une convention internationale¹¹⁵⁸. Cette relation inhabituelle est encore plus surprenante en sachant que le Conseil de sécurité ne possède un tel pouvoir ni pour la Cour internationale de Justice, un organe de l'ONU comme lui, ni pour les Tribunaux pénaux internationaux *ad hoc* que lui-même a créés.

Cette disposition du Statut montre clairement qu'un organe politique international a la possibilité de bloquer, « pour des raisons également politiques identifiées de manière discrétionnaire »¹¹⁵⁹, l'activité judiciaire d'une instance internationale. Cette « possibilité d'ingérence politique dans l'activité judiciaire »¹¹⁶⁰ de la Cour risque de la remettre, par conséquent, dans un rôle secondaire par rapport à d'autres moyens de règlement des différends, surtout à ceux qui sont de nature politique.

La pratique a d'ailleurs justifié ce souci d'ingérence politique. « [A]gissant en vertu du chapitre VII de la Charte », le Conseil de sécurité a adopté, en 2002, la résolution 1422 (2002) et demandé à la Cour pénale internationale, conformément à l'article 16 de son Statut, de ne pas engager ni mener des enquêtes. Cette demande du Conseil de sécurité, renouvelée en juin 2003 par la résolution 1487, accorde l'immunité au personnel des États non parties de la CPI qui participent aux missions établies ou autorisées des Nations unies pendant une durée renouvelable de douze mois.

Du fait de la généralité de sa formulation, des doutes concernant l'adaptation de cette résolution du Conseil de sécurité au but de maintien de la paix et de la sécurité internationales son apparus ; elle a été considérée comme une instrumentalisation de l'article 16, orchestrée par les États-Unis en vue de garantir l'immunité de ses ressortissants¹¹⁶¹. D'ailleurs, malgré leurs efforts pour obtenir le renouvellement de cette résolution en 2004, les États-Unis ont retiré la résolution lorsqu'ils n'ont pas pu obtenir suffisamment de votes au Conseil de sécurité.

¹¹⁵⁸ Ce rapport, justifiable sans doute par la responsabilité objective du Conseil de sécurité en matière de la paix et de la sécurité internationales, reste néanmoins surprenant en raison du fait qu'au sein du Conseil de sécurité, il peut avoir des États non parties au Statut de la CPI, d'ailleurs il en existe même parmi les membres permanents, qui auront la possibilité de décider sur la juridiction de cette institution.

¹¹⁵⁹ CONDORELLI (L.), VILLALPANDO (S.), « Les Nations Unies et les juridictions pénales internationales », *op. cit.*, p. 230.

¹¹⁶⁰ *Ibid.*

¹¹⁶¹ Voir BEDJAOU (M.), « L'humanité en quête de paix et de développement... », *op. cit.*, t. 325, pp. 123-125 ; CONDORELLI (L.), VILLALPANDO (S.), « Les Nations Unies et les juridictions pénales internationales », *op. cit.*, pp. 232-234. Voir également les réactions de divers organisations non gouvernementales après l'adoption de ces résolutions. À titre d'exemple, celle de la Coalition pour la Cour pénale internationale peut être citée : <http://www.iccnw.org/?mod=home>.

Ce premier exemple du recours à l'article 16 du Statut a ainsi montré que, cette disposition « scélérate », qui n'a « aucune utilité pratique » et qui « jette le discrédit sur l'indépendance de la Cour », n'est qu'un cynisme dépassé, qui défend à tort, sous prétexte du maintien de la stabilité du système international, la primauté de la politique sur la réalisation juridique d'une morale internationale¹¹⁶².

2. L'absence des moyens nécessaires pour une juridiction efficace

Les institutions judiciaires dépendent de l'appui qu'elles trouvent auprès des États¹¹⁶³. Créées par des traités internationaux, leur existence dépend déjà des États. On a constaté que, en raison du fondement consensualiste de la juridiction internationale, c'est surtout concernant leur sollicitation qu'elles ont besoin de la confiance et de l'attachement psychologique des États envers elles. Mais, même après leur saisine pour le règlement d'un différend, elles restent encore dépendantes des États dans leur fonctionnement. Puisqu'elles ne disposent pas de force de police qui leur soit propre ni suffisamment de moyens pour rassembler les éléments de preuves et de témoignages, elles ont besoin de la coopération matérielle des États (a). De la même manière, au défaut d'un système supraétatique d'exécution forcée, l'exécution de leurs décisions dépend largement de la volonté des États (b).

a. La dépendance des instances judiciaires envers la coopération des États : l'écran étatique devant la juridiction internationale

En raison de son caractère consensualiste, la juridiction internationale entre États rassemble plutôt à une juridiction dans le domaine du droit privé. De la même manière qu'un juge qui traite une affaire entre personnes privées, les juges internationaux dépendent tous des demandes et des éléments de preuves exposés par les États parties dans l'affaire en cause. Dans ce domaine de juridiction purement interétatique, la contribution des États est primordiale à la réalisation de la justice. Cela étant, puisque les instances judiciaires interétatiques ne peuvent pas obliger les États à coopérer, pour prendre leurs décisions, elles se contenteront des informations mises à leur disposition par les États parties.

¹¹⁶² PELLET (A.), « Pour la Cour pénale internationale quand même! Quelques remarques sur sa compétence et sa saisine », *L'Observateur des Nations Unies*, n° 5, 1998, p. 162.

¹¹⁶³ PELLET (A.), « Remarques sur l'(in)efficacité de la Cour internationale de Justice... », op. cit., p. 211.

Cependant, concernant la juridiction pénale internationale, la tâche du juge international est toute différente. C'est lui-même qui doit procéder à ses enquêtes et à sa recherche des preuves en vue de dévoiler la vérité et de prendre la décision juste. Les instances judiciaires internationales n'ont ni force de police, ni suffisamment d'effectifs pour l'exécution des actes nécessaires à une bonne réalisation de la justice comme rassembler des éléments de preuves, convoquer les témoins, effectuer des perquisitions ou des saisies et arrêter des personnes accusées ou exécuter les décisions qu'elles prendront. Il est donc évident qu'elles n'ont pas d'autre choix que de solliciter les moyens étatiques. L'appui des États est à cet égard indispensable au fonctionnement des instances internationales¹¹⁶⁴. C'est pourquoi, dans ce domaine de juridiction, cette exigence de coopération indispensable n'est pas subordonnée au bon vouloir des États mais elle leur est imposée comme une obligation.

Concernant l'origine de cette obligation, il convient d'examiner deux exemples d'institution de nature différente. Le premier exemple est le Tribunal pénal international *ad hoc* pour l'Ex-Yougoslavie (TPIY) et le Tribunal pénal international *ad hoc* pour le Rwanda (TPIR). Créés tous les deux par le Conseil de sécurité des Nations Unies, ces Tribunaux doivent s'appuyer nécessairement sur la coopération des États. En vertu de leurs résolutions constitutives et de leurs statuts¹¹⁶⁵, les États sont tenus à l'obligation d'apporter leur collaboration à ces tribunaux. Concernant ces deux exemples, on peut constater que l'obligation de coopération qui incombe à tous les États découle des résolutions du Conseil de sécurité qui agit en vertu du chapitre VII de la Charte des Nations Unies.

Le deuxième exemple est la Cour pénale internationale. En vertu du chapitre IX de son Statut (art. 86 et s.), les États sont également tenus à l'obligation de coopérer avec la Cour s'ils sont sollicités par elle. Mais puisque, contrairement aux Tribunaux pénaux internationaux *ad hoc* que l'on vient d'examiner, le Statut de la CPI est de nature conventionnelle, cette obligation de coopération ne concerne que « les États parties ». Toutefois, il existe une exception concernant les affaires apportées à la Cour par le Conseil de sécurité. Dans une telle hypothèse, la CPI tient sa compétence non pas du consentement des États mais, comme les

¹¹⁶⁴ Le Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie souligne en effet l'importance de cette coopération des États à propos de l'arrestation des personnes fugitives : « Contrairement aux autorités judiciaires nationales, le Tribunal n'a pas de force de police ni le pouvoir de procéder à des arrestations. Il ne peut se passer de la coopération d'autres instances – notamment de celle des gouvernements nationaux et des forces internationales basées dans la région – pour arrêter les accusés encore en fuite ». Voir son site Internet <http://www.icty.org/sid/10010> (15 octobre 2010).

¹¹⁶⁵ Le paragraphe 4 de la résolution 827 (1993) et l'article 29 du Statut pour le TPIY ; le paragraphe 2 de la résolution 955 (1994) et l'article 28 du Statut pour le TPIR.

Tribunaux *ad hoc*, de l'action du Conseil de sécurité. Ainsi, la coopération devient obligatoire pour tous les États, même ceux qui ne sont pas parties au Statut de la CPI.

Cependant, la pratique nous montre que, malgré son caractère obligatoire, le refus de coopération est un problème assez régulier pour les institutions judiciaires. Sur son site Internet, le Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie déplore ainsi le manque de coopération des États :

« Pendant ses premières années d'existence, le Tribunal a rencontré de grandes difficultés pour obtenir l'arrestation et le transfert des fugitifs. Des États tels que la République fédérale de Yougoslavie (Serbie et Monténégro), l'entité de Republika Srpska en Bosnie-Herzégovine, ou encore la République de Croatie, ont refusé de rechercher, d'incarcérer ou de transférer les accusés pour qu'ils soient jugés à La Haye. À maintes reprises, en effet, les autorités ont protégé les fugitifs et ont montré un mépris flagrant pour les ordonnances du Tribunal. »¹¹⁶⁶

Le TPIY a ainsi saisi maintes fois l'ONU pour se plaindre du « défaut de coopération effective de la Serbie et Monténégro »¹¹⁶⁷.

C'est également le cas de la CPI qui dénonce, depuis décembre 2007 auprès du Conseil de sécurité, le manque de coopération du Soudan dans l'affaire du Darfour. Ainsi, la Présidence du Conseil de sécurité a adopté une déclaration¹¹⁶⁸ rappelant l'obligation du Soudan de coopérer avec la CPI et d'arrêter et remettre à la Cour les personnes inculpées. Cependant, la coopération du Soudan avec la Cour est toujours quasiment inexistante¹¹⁶⁹. Le Soudan non seulement n'a pas arrêté les personnes à l'encontre desquelles la Cour a diffusé des mandats d'arrêt, mais il les a également protégées. Ces personnes accusées, parmi lesquelles figure Omar Al-Bashir, Président actuel de l'État soudanais, occupent encore des fonctions politiques et administratives très importantes. Ce qui justifie que, comme il a été déclaré par

¹¹⁶⁶ <http://www.icty.org/sid/10010> (15 octobre 2010)

¹¹⁶⁷ Dans sa conférence de presse au 18 juillet 2004, le Procureur du Tribunal déplore ce manque de coopération en soulignant que les 22 personnes accusées, se trouvant la plupart sur le territoire de cet État, sont encore en fuite. Pour cette information, voir le communiqué du centre d'actualités de l'ONU. <http://www.un.org/apps/newsFr/storyF.asp?NewsID=8482&Cr=TPIY&Cr1>

¹¹⁶⁸ La déclaration 21 adoptée en juin 2008.

¹¹⁶⁹ Voir les rapports annuels de la CPI et ceux du Procureur, notamment les derniers : le « Cinquième Rapport de la CPI à l'ONU », par. 39. http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/1BC01710-9C42-44AC-8B18-85EE2A8876EB/281211/A_64_356_FRA2.pdf et le « Onzième rapport du Procureur de la Cour Pénale Internationale au Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies en application de la résolution 1593 (2005) » : accessible en ligne à l'adresse <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/7A1E55B3-6576-46E5-97D0-25CB0E2C46C3/282161/FRA1.pdf>.

le procureur de la CPI, M. Moreno-Ocampo, tout l'appareil de l'État soudanais est impliqué dans la commission de crimes au Darfour¹¹⁷⁰.

De ce fait, malgré l'existence d'une telle obligation, dire que la coopération des États est toujours présente et volontaire n'est pas possible. Surtout concernant les actes que les États considèrent comme touchant à leur souveraineté étatique, ils ne se montrent pas très enthousiastes. Par exemple, la demande d'arrestation des ressortissants inculpés et leur transfert au tribunal international constituent encore un tabou pour beaucoup d'États. Dans la plupart des constitutions nationales, il existe une règle qui interdit l'extradition des ressortissants vers un pays étranger. Comme A. Cassese, le premier Président du Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie, le constate à juste titre,

« [c]ette règle, à l'évidence, est un résidu d'une époque révolue où l'on tenait à protéger les nationaux le plus possible contre toute ingérence étrangère. Elle est l'expression typique de la communauté internationale de Westphalie, une communauté d'États souverains se méfiant les uns des autres et dépourvus de valeurs universelles communes »¹¹⁷¹.

Il est évident que ce monde divisé d'États souverains a évolué vers un monde des droits de l'homme où chacun est responsable à l'égard de l'autre. Néanmoins, on ne saurait encore dire que les frontières étatiques ont complètement disparu de ce point de vue. Bien sûr, un refus de l'exécution de l'État basé sur une règle du droit étatique n'est pas acceptable pour se soustraire à une obligation internationale. Mais assez souvent les demandes des institutions internationales se heurtent à l'écran étatique contre lequel il n'existe toujours pas d'arme efficace. La bonne volonté de l'État joue encore un rôle décisif¹¹⁷².

¹¹⁷⁰ Voir le communiqué de presse de la CPI du 14 juillet 2008 sur l'appel du Procureur pour engager des poursuites contre le Président du Soudan, Hassan Ahmad AL-BASHIR, pour génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre au Darfour (le document est accessible sur le site internet de la CPI). Voir également le site internet des organisations non-gouvernementales comme la FIDH (<http://www.fidh.org/La-Cour-penale-internationale-et-le-Darfour>), Amnesty International (http://www.amnesty.fr/index.php/amnesty/agir/campagnes/justice_impunite/cpi_cour_penale_internationale/darfour_et_cpi#enquete%20procureur).

¹¹⁷¹ CASSESE (A.), « Y a-t-il un conflit insurmontable entre souveraineté des États et justice pénale internationale ? », in *Crimes internationaux et juridictions internationales*, A. Cassese et M. Delmas-Marty (sous dir.), PUF, 2002, p. 14 et 15.

¹¹⁷² *Idem.*, p. 17.

b. *L'absence d'un système d'exécution forcée*

C'est une particularité de l'ordre juridique international que les décisions des juridictions internationales n'ont pas de force exécutoire. Il importe de préciser d'emblée que ce constat ne met en cause ni l'existence d'une juridiction internationale ni le caractère obligatoire de ses jugements. D'abord, l'exécution n'est pas un critère *sine quo non* de l'existence d'une juridiction¹¹⁷³. La fonction juridictionnelle, affirme S. Rials, « se borne au dire (juris-dicto) obligatoire (*imperium*) du droit [...qui] ne se manifeste pas dans l'exécution, ni même dans la formule exécutoire du jugement »¹¹⁷⁴. D'ailleurs, il est indispensable de faire une distinction technique entre la force obligatoire et la force exécutoire des décisions judiciaires internationales. En ce qui concerne leur force obligatoire, il n'y a aucun doute. Mais, en l'absence d'un mécanisme supraétatique capable de contraindre les États, ces jugements sont dépourvus de force exécutoire.

Il en est de même pour les décisions de la Cour internationale de Justice. Si ses décisions sont obligatoires pour les États parties, elles n'ont pas de force exécutoire. En cas de non exécution d'une obligation par un État débiteur, il revient à l'État créancier de l'exiger. En dehors de la possibilité de recours à des contre-mesures individuelles, le seul mécanisme de contrainte collectif dont les États disposent en vue d'obtenir l'exécution d'un arrêt de la Cour est la saisine du Conseil de sécurité en vertu du paragraphe 2 de l'article 94 de la Charte des Nations Unies¹¹⁷⁵.

Cette disposition de la Charte, qui exige clairement la saisine du Conseil de sécurité par les États parties¹¹⁷⁶, n'a été directement invoquée que deux fois¹¹⁷⁷. La première est la saisine du Conseil de sécurité par le Nicaragua en raison du refus des États-Unis de se conformer à l'arrêt du 27 juin 1986 de la CIJ. Suite à cette demande, un projet de résolution a été proposé au Conseil qui s'est heurté au veto des États-Unis. Le 18 janvier 2002, le Honduras a également sollicité l'intervention du Conseil de sécurité pour assurer l'exécution et le respect

¹¹⁷³ LEBEN (C.), « La juridiction internationale », op. cit., p. 149.

¹¹⁷⁴ RIALS (S.), « Ouverture : office du juge », *Droits*, 1989, p. 6.

¹¹⁷⁵ L'article 94, par. 2 : « Si une partie à un litige ne satisfait pas aux obligations qui lui incombent en vertu d'un arrêt rendu par la Cour, l'autre partie peut recourir au Conseil de sécurité et celui-ci, s'il le juge nécessaire, peut faire des recommandations ou décider des mesures à prendre pour faire exécuter l'arrêt. »

¹¹⁷⁶ Le Conseil ne peut agir en effet ni *d'office* ni par la demande d'un État tiers ou celle de la Cour. Voir A. Azar, *L'exécution des décisions de la Cour internationale de Justice*, p. 145.

¹¹⁷⁷ Dans d'autres exemples de demande d'intervention, le Conseil de sécurité a été saisi sur la base du chapitre VI de la Charte. Sur ce sujet voir PILLEPPICH (A.), « Article 94 », in *La Charte des Nations Unies, Commentaire article par article*, J.-P. Cot, A. Pellet, M. Forteau (sous dir.), op. cit. et AZAR (A.), *L'exécution des décisions de la Cour internationale de Justice*, op. cit., p. 166 et s.

de l'arrêt du 11 septembre 1992 de la Cour par El Salvador¹¹⁷⁸. Cette demande du Honduras n'a entraîné aucune action de la part du Conseil de sécurité¹¹⁷⁹.

Il y a deux raisons fondamentales qui peuvent expliquer cette inaction du Conseil de sécurité. D'abord, comme il a été souligné par P.-M. Dupuy et Y. Kerbrat, les termes de l'article 94/2, qui sont d'ailleurs assez imprécis, semblent laisser un pouvoir discrétionnaire au Conseil quant au constat de la nécessité d'une prise de mesure exécutoire¹¹⁸⁰. La deuxième raison découle de la nature politique des fonctions de cet organe que A. Pellet formule de la manière suivante : « le Conseil ayant la responsabilité principale du maintien de la paix et de la sécurité internationales, il risque de préférer une injustice au désordre en cas de fortes tensions à la suite d'un arrêt de la Cour »¹¹⁸¹.

Ces deux observations conduisent à constater que cette possibilité de recours au Conseil de sécurité ne peut pas être considérée comme un véritable système d'exécution forcée. Ceci s'inscrit dans le cadre de l'exercice des contre-mesures. Il est vrai que, en l'état actuel de l'ordre juridique international, le seul moyen dont les États disposent en vue de contraindre les États titulaires des obligations reste encore le recours aux contre-mesures¹¹⁸². Les contre-mesures, dont l'efficacité demeure encore relative, sont exercées soit individuellement par l'État lésé, soit collectivement par l'ensemble d'États qui s'y engagent dans le cadre d'une convention. Mais il est toujours rare que la juridiction internationale soit accompagnée d'un encadrement juridique bien élaboré et efficace d'un tel mécanisme collectif¹¹⁸³.

Un mécanisme supraétatique, susceptible de contraindre les États à exécuter les décisions judiciaires, est absent dans l'ordre juridique international. L'exécution des arrêts reste « un

¹¹⁷⁸ Voir *Observations écrites du gouvernement du Honduras* dans l'affaire de la *Demande en révision de l'arrêt du 12 septembre 1992 en l'affaire du Différend Frontalier terrestre, insulaire et maritime*, p. 3 et annexe 2. Le document est accessible sur le site Internet de la CIJ :

<http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=0e&case=127&code=esh&p3=1>

¹¹⁷⁹ DUPUY (P.-M.), KERBRAT (Y.), *Droit international public*, op. cit., p. 655.

¹¹⁸⁰ *Ibid.* Sur ce pouvoir discrétionnaire du Conseil de sécurité quant à la nécessité d'agir ou au contenu des mesures à prendre voir également AZAR (A.), *L'exécution des décisions de la Cour internationale de Justice*, op. cit., p. 147 et s.

¹¹⁸¹ L'intervention d'Allain Pellet au sujet du « Renforcement du rôle de la CIJ », in *Quel droit internationale pour le 21^{ème} siècle ?*, op. cit., p. 138.

¹¹⁸² Le mécanisme d'exécution établi au sein de l'OMC ne constitue qu'un système développé de ce modèle. En effet, selon H. Ruiz Fabri, ce « système est hybride : l'institutionnalisation de l'exécution à travers un mécanisme de surveillance multilatérale sous l'égide de l'Organe de règlement des différends est combinée avec la possibilité de recourir à des mesures de rétorsion selon le principe de la justice privée classique ». Voir RUIZ FABRI (H.), « Le règlement des différends au sein de l'OMC... », op. cit. p. 327.

¹¹⁸³ Le système qui existe au sein de l'Organisation mondiale de Commerce pour le règlement des différends peut être cité à cet égard comme le seul exemple au niveau international.

acte essentiellement volontaire »¹¹⁸⁴, dépendant de la volonté des États ou des autorités interétatiques de nature politique¹¹⁸⁵. Un tel risque d'inexécution des décisions des juridictions internationales, montrant ainsi l'impact de la logique interétatique, relativise le droit international et affecte l'efficacité de la juridiction internationale¹¹⁸⁶.

B. La prudence du juge international dans l'exercice de sa fonction

Dans un ordre juridique déterminé par la logique de la souveraineté des États, le juge international se voit constamment dans la nécessité de prendre en considération certaines exigences de cette configuration interétatique de la société internationale. Une telle entreprise pousse parfois le juge international à être prudent, voire timide dans sa manière d'exprimer ses décisions. Conscient de cette omniprésence de la logique interétatique, le juge international essaie d'éviter une image prétentieuse dans la construction de ses œuvres jurisprudentielles.

Comme A. Oraison l'affirme, aucune œuvre jurisprudentielle n'est accidentelle : elles résultent toutes des « stratégies mises en œuvre par les magistrats internationaux »¹¹⁸⁷. L'analyse des stratégies des tribunaux internationaux montrent que la prudence occupe une place considérable dans la politique judiciaire des juges internationaux. Quoique cette attitude soit largement justifiée dans un ordre juridique déterminé par la logique interétatique (3), une retenue excessive du juge international conduit souvent à une restriction considérable de la fonction judiciaire (1), voire à sa transformation (2).

1. Une prudence du juge international qui restreint sa fonction judiciaire

Le principe du consentement à la juridiction constitue la raison principale d'une telle prudence du juge international qui ne veut absolument pas dépasser les limites de ses compétences volontairement attribuées par les États parties. Cette attention particulière à la

¹¹⁸⁴ AZAR (A.), *L'exécution des décisions de la Cour internationale de Justice*, op. cit., p. 89 et s.

¹¹⁸⁵ Le même constat a été exprimé par M. Delmas-Marty à propos des peines prononcées par les Tribunaux Pénaux internationaux. Voir DELMAS-MARTY (M.), *Les forces imaginantes du droit I. Le relatif et l'universel*, Seuil, 2004, 189. Ce propos est justifié par le TPIY qui souligne justement le rôle des États dans l'exécution de ses décisions. Voir le site Internet du Tribunal : <http://www.icty.org/sid/10010> (dernière consultation le 15 octobre 2010)

¹¹⁸⁶ RUIZ FABRI (H.), « Le règlement des différends au sein de l'OMC... », op. cit. p. 327.

¹¹⁸⁷ ORAISON (A.), « Réflexions sur 'l'organe judiciaire principal des Nations Unies'... », op. cit., p. 397.

volonté des États pousse parfois le juge international à une prudence qui risque de restreindre sa fonction judiciaire (a). Il se peut également que certaines particularités des différends interétatiques, qui sont de nature sensiblement politique et qui touchent de très près le maintien de la paix et de la sécurité internationales, puissent susciter chez le juge une certaine prudence ayant des effets restrictifs dans l'exercice de la fonction judiciaire (b).

a. La prudence du juge international en raison du fondement consensualiste de la juridiction internationale

Créatures conventionnelles et dépendantes du consentement des États pour exercer leur fonction judiciaire, les institutions judiciaires internationales sont particulièrement attentives à la reconnaissance de leur compétence de la part des États. Le juge international ne se sent à l'aise pour s'acquitter effectivement et efficacement de sa fonction de rendre la justice que si les États sont d'accord pour le saisir¹¹⁸⁸. La prudence de la Cour internationale de Justice au sujet de la reconnaissance de sa juridiction constitue à cet égard un bon exemple. Très « attentive à la volonté des Parties », la Cour, constate M. Chemillier-Gendreau, fait

« montre de prudence dans les questions de compétence et [...] avant de s'emparer d'une affaire, elle s'assure d'être bien en mesure d'apporter la preuve qu'à un moment ou à un autre l'État qui renâcle à subir son jugement, s'était cependant engagé à l'affronter »¹¹⁸⁹.

Il est vrai que, pour la Cour, la reconnaissance de sa compétence est une question fondamentale sur laquelle elle porte son attention, pratiquement dans chaque affaire¹¹⁹⁰, avant

¹¹⁸⁸ L'intervention d'Allain Pellet au sujet du « Renforcement du rôle de la CIJ », in *Quel droit international pour le 21^{ème} siècle ?*, op. cit., p. 137.

¹¹⁸⁹ CHEMILLIER-GENDREAU (M.), « Le droit international entre volontarisme et contrainte », op. cit., p. 103.

¹¹⁹⁰ Quoique la question du consentement se pose particulièrement dans des affaires contentieuses pour établir la compétence de la Cour, on peut également constater une certaine sensibilité de la Cour à ce sujet dans l'exercice de sa fonction de rendre des avis consultatifs. En effet, dans son avis consultatif du 16 octobre 1975 sur le *Sahara Occidental*, elle reconnaît que « le défaut de consentement pourrait l'amener à ne pas émettre d'avis si, dans les circonstances d'une espèce donnée, des considérations tenant à son caractère judiciaire imposaient un refus de répondre. Bref, le consentement d'un État intéressé conserve son importance non pas du point de vue de la compétence de la Cour mais pour apprécier s'il est opportun de rendre un avis consultatif ».

Elle ajoute ensuite :

« Ainsi le défaut de consentement d'un État intéressé peut, dans certaines circonstances, rendre le prononcé d'un avis consultatif incompatible avec le caractère judiciaire de la Cour. Tel serait le cas si les faits montraient qu'accepter de répondre aurait pour effet de tourner le principe selon lequel un Etat n'est pas tenu de soumettre un différend au règlement judiciaire s'il n'est pas consentant. Si une telle situation devait se produire, le pouvoir discrétionnaire que la Cour tient de l'article 65, paragraphe 1, du Statut fournirait des moyens juridiques suffisants pour assurer le respect du principe fondamental du consentement à la juridiction. »

CIJ Rec., 1975, par. 32 et 33. Dans le même sens, voir l'avis consultatif du 9 juillet 2004 sur les Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, CIJ Rec., 2004, par 46-54.

de prendre une décision sur le fond¹¹⁹¹. Consciente, donc, de la base consensuelle de sa juridiction, la CIJ se montre en effet particulièrement respectueuse de la volonté des États parties¹¹⁹². C'est en ce sens que P. Weil salue la prudence de la Cour internationale de Justice qui a raison de ne pas se laisser prendre par l'idéalisme d'une juridiction internationale obligatoire et universelle. Sans oublier le fondement consensualiste de sa juridiction, elle doit rester, selon lui, « réaliste » sur la fonction d'une juridiction internationale dans une société interétatique désordonnée¹¹⁹³.

Toutefois, une attitude très réservée du juge international sur la question du consentement à la juridiction est parfois jugée excessive et infondée, limitant ainsi la fonction judiciaire qu'il est censé exercer. M. Chemillier-Gendreau critique ainsi la Cour internationale de Justice en constatant que cette prudence de la Cour la conduit très souvent « à prendre des positions très circonspectes, frustrantes pour les justiciables comme pour ses propres juges (ainsi qu'en témoignent certaines opinions dissidentes et individuelles) »¹¹⁹⁴.

En effet, c'était le cas dans l'affaire du *Timor Oriental* dans laquelle la Cour a conclu qu'elle ne saurait statuer en l'absence d'un État tiers dont les droits et obligations étaient

¹¹⁹¹ La jurisprudence de la Cour internationale de Justice témoigne en effet de ce souci de la Cour concernant le principe du consentement à la juridiction. Elle rappelle constamment combien elle est attentive au consentement des Parties pour fonder sa compétence. Au titre d'exemple, quelques affaires peuvent être citées : Affaire *Anglo-iranian Oil Company* (Royaume-Uni c. Iran), arrêt du 22 juillet 1951, Rec. CIJ, 1951 ; Affaire *Ambatielos* (Grèce c. Royaume-Uni), arrêt du 1^{er} juillet 1952, Rec. CIJ, 1952 ; Affaire des *activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), déclaration d'intervention, ordonnance du 4 octobre 1984, Rec. CIJ 1984, p. 215 ; Affaire du *Timor Oriental*, Rec. CIJ, arrêt du 30 Juin 1995, par. 28.

¹¹⁹² À ce point, il est important d'attirer l'attention sur la délicatesse de la situation dans laquelle la Cour peut se trouver si les circonstances particulières d'une affaire obligent la Cour à prendre des mesures conservatoires, avant même qu'elle examine la question de compétence. La décision de la Cour sur les mesures conservatoires est en effet très délicate. Parce que, d'une part, il peut s'avérer indispensable, dans une situation d'urgence, d'agir rapidement et d'ordonner des mesures nécessaires en vue d'empêcher l'aggravation de la situation. Mais, d'autre part, une décision prise avant même d'établir sa compétence peut être attentatoire au principe de la juridiction consensualiste. Un tel risque de contrarier la volonté souveraine d'un État ne peut être pris par la Cour qu'en cas de la protection d'un intérêt général supérieur, celle de la souveraineté des États par exemple. Sur ce sujet voir GELAS (H.), *Procédure contentieuse internationale et souveraineté étatique*, op. cit., pp. 530-537.

¹¹⁹³ WEIL (P.), « Le principe de la juridiction consensuelle à l'épreuve du feu : à propos de l'arrêt de la Cour internationale de Justice dans l'affaire de la *Compétence en matière de pêcheries (Espagne c/ Canada)* », in *Liber Amicorum in Memoriam of Judge José Maria Ruda*, Kluwer Law International, 2000, pp. 147-178, paru également in *Écrits de droit international* du même auteur, pp. 117-139. Dans la même perspective, M. Bedjaoui, l'ancien juge et Président de la CIJ, écrit qu'il ne faut pas trop encourager le « narcissisme jurisprudentiel » de la Cour internationale de Justice », car tant que la juridiction internationale a un problème de clientèle en raison de la nature consensuelle de sa juridiction, c'est elle qui payera à la fin. Voir BEDJAOUI (M.), « L'humanité en quête de paix et de développement.. », op. cit., t. 325, p. 104.

¹¹⁹⁴ CHEMILLIER-GENDREAU (M.), « Le droit international entre volontarisme et contrainte », op. cit., p. 96. L'auteur donne l'exemple de l'affaire du *Timor Oriental* dans laquelle la Cour, en déclarant son incompétence due à l'absence de l'Indonésie et de son acceptation à la juridiction de la Cour, n'a pas hésité à refuser d'annoncer les conséquences d'un des « principes essentiels » de nature *erga omnes*. Voir CIJ, Rec., arrêt du 30 Juin 1995, par. 28 et par. 29.

particulièrement concernés¹¹⁹⁵. Cette conclusion de la Cour, qui a ainsi empêché qu'elle décide au fond, a été critiquée par certains juges qui ont estimé que la Cour a été excessivement soucieuse sur la question du consentement à la juridiction¹¹⁹⁶.

Une telle décision d'incompétence fondée sur l'argument de l'absence d'un État tiers concerné par l'affaire est, certes, un exemple très significatif de l'excessive prudence de la Cour concernant le consentement des États à sa juridiction. Certes, on peut légitimement regretter cette attitude de la Cour qui risque de handicaper son activité judiciaire¹¹⁹⁷. Cependant, il serait injuste de dire qu'une telle prudence est totalement injustifiée pour une institution judiciaire dont la compétence est fondée sur le principe du consensualisme. Comme en témoignent les opinions individuelles de certains juges, la Cour elle-même trouve très regrettable qu'« en ce début du XXIe siècle on laisse encore au bon vouloir des États le soin de consentir ou non à ce que la Cour statue » même sur des allégations de violation des principes fondamentaux du droit international¹¹⁹⁸. Mais, dans un tel état de dépendance, la Cour sait parfaitement que « le seul moyen d'inspirer confiance et de renforcer son rôle est d'agir dans les limites de son Statut et de son Règlement, d'une manière conforme à sa vocation »¹¹⁹⁹.

C'est d'ailleurs en ce sens que P. Weil affirme que ce respect par la Cour du consentement des États dans la détermination de sa compétence lui permet de les attirer vers l'acceptation de la clause facultative de la juridiction obligatoire. Cette prudence de la Cour « renforce [...] le système et en sauvegarde la vitalité »¹²⁰⁰.

¹¹⁹⁵ Arrêt du 30 juin 1995, CIJ Rec., 1995, par. 35.

¹¹⁹⁶ Voir les deux opinions dissidentes, celles du juge Weeramantry et du juge Skubiszewski, qui sont toutes les deux divergent, avec l'arrêt de la Cour, sur ce point. Dans le même sens P. Kooijmans, l'ancien juge de la Cour, critique également cette « prudence restrictive » de la Cour dans cette affaire du Timor Oriental. Voir KOOIJMANS (P.) « The ICJ in the 21st Century : Judicial restraint, Judicial activism, or Proactive Judicial Policy », *ICLQ*, 2007, p. 744.

¹¹⁹⁷ *Idem.*, p. 747.

¹¹⁹⁸ Voir l'opinion individuelle commune des Juges Higgins, Kooijmans, Elaraby, Owada et Simma dans l'arrêt du 3 février 2006 relatif à l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo*, CIJ Rec., 2006, traduction officielle, p. 71, par. 25.

¹¹⁹⁹ Opinion individuelle du Juge Lachs dans l'*Affaire de la Mer Égée*. CIJ Rec., 1978, traduction officielle, p. 53. Dans le même sens voir LAUTERPACHT (H.), *The Development of International Law by the International Court*, Stevens, 1958, p. 91. Après avoir rappelé la jurisprudence de la CPJI dans l'affaire *Concessions Mavromatis en Palestine* dans laquelle la Cour internationale souligne la base consensuelle de sa juridiction et la restriction de sa fonction par le consentement des États parties¹¹⁹⁹, l'auteur justifie ce souci de la Cour à l'égard des États en écrivant que « [n]othing should be done which creates the impression that the Court, in an excess of zeal, has assumed jurisdiction where none has been conferred upon it » (p. 91).

¹²⁰⁰ WEIL (P.), « Le principe de la juridiction consensuelle à l'épreuve du feu... », *op. cit.*, p. 139.

b. La prudence du juge international en raison de nature politique des affaires

En dehors du fondement consensuel de la juridiction internationale qui restreint parfois la fonction judiciaire, il existe également d'autres particularités des différends interétatiques qui poussent le juge international à être plus prudent dans l'exercice de ses fonctions. En effet, en vue de contribuer au maintien de la paix et de la sécurité internationales, qui est aussi une tâche essentielle pour lui¹²⁰¹, le juge international peut juger plus approprié de rester en retrait pour faciliter, du moins pour ne pas empêcher, la mise en œuvre d'une solution durable et plus acceptable pour les Parties. Ainsi, en tenant compte des considérations autres que juridiques ainsi que du contexte politique du différend en cause, il peut arriver que le juge international se limite par rapport à ce qu'il dit ou décide de ne pas dire. C'est notamment le cas dans des litiges interétatiques qui résultent de conflits politiques très sensibles existant depuis longtemps. L'existence des aspects politiques du différend constitue ainsi un facteur à retenir pour le juge international dans l'exercice de ses fonctions. À cet égard, il ne sera pas erroné de dire que le juge s'interroge, le cas échéant, sur l'utilité de ses interventions¹²⁰².

La nature politique du différend est, d'ailleurs, un argument régulièrement soulevé par les États, qui refusent qu'une institution internationale, même judiciaire, impose des solutions, ayant des conséquences politiques, établies en dehors de leurs entreprises gouvernementales. Cependant, il faut préciser que l'aspect politique du différend n'entre pas dans le domaine d'action de la juridiction internationale. Il est dans le devoir de l'instance judiciaire de ne s'occuper que de l'aspect juridique de l'affaire. À propos de la Cour internationale de Justice, il est ainsi inscrit, à l'article 36 paragraphe 3 de la Charte des Nations Unies, comme à l'article 36 paragraphe 2 de son Statut, que ce sont des différends d'ordre juridique qui entrent

¹²⁰¹ À propos du rôle que la CIJ doit jouer pour le maintien de la paix et de la sécurité internationales, S. Rosenne écrit en effet :

« The Court's status as a principal organ and the principal judicial organ of the United Nations, itself above all a political organization, emphasizes that the judicial settlement of international disputes is a function performed within the general framework of the political organization of the international society. Accordingly, the Court has a task that is directly related to the pacific settlement of international disputes and therefore to the maintenance of international peace and security and today, peacemaking ».

Voir ROSENNE (S.), *The Law and Practice of the International Court, 1920-2005*, MNP, 2006, p. 3. Sur ce sujet voir également PELLET (A.), « Le glaive et la balance... », op. cit.

¹²⁰² Voir VERHOEVEN (J.), « À propos de la fonction de juger en droit international public », op. cit., p. 464 et 465. Cela dit, l'existence des exigences politiques touchant au maintien de la paix et de la sécurité internationales ne doit pas empêcher la Cour de s'acquitter ses fonctions exclusivement judiciaires. Ainsi, constate A. Pellet, aucun arrêt, que la Cour a dû prononcer concernant des litiges politiquement très sensibles, « ne porte la trace d'hésitations de la CIJ sur le point de savoir si elle aurait dû s'abstenir de statuer au prétexte que la paix et la sécurité internationales étaient en cause ». Voir PELLET (A.) « Le glaive et la balance... », op. cit., p. 551 et s., particulièrement p. 558 et 559.

dans le domaine d'action de la Cour¹²⁰³. Dans l'affaire du *Cameroun septentrional*, c'est d'ailleurs elle-même qui a rappelé ce « devoir de la Cour de conserver son caractère judiciaire ». Elle a précisé que même si le contraire est communément exigé par deux parties dans une affaire, il existe « des limites inhérentes à l'exercice de la fonction judiciaire dont la Cour [...] doit toujours tenir en compte ». Parce que « [c']est à la Cour elle-même et non pas aux parties qu'il appartient de veiller à l'intégrité de la fonction judiciaire »¹²⁰⁴.

Cependant, il a été aussi rappelé par la Cour que l'existence des aspects politiques d'un différend soumis à son soin ne l'empêchait pas d'examiner les aspects juridiques de l'affaire. Le contraire serait, selon la Cour, « une restriction considérable et injustifiée de son rôle en matière de règlement pacifique des différends internationaux »¹²⁰⁵. C'est donc une particularité toute naturelle des différends interétatiques de comporter des aspects politiques, souvent très sensibles¹²⁰⁶. Et, malgré la densité politique des affaires soumises aux soins de la juridiction internationale, cette dernière a la tâche ultime de trancher le différend en restant dans les limites de sa fonction judiciaire.

Dans son avis consultatif sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, la conclusion de la Cour s'inscrit dans la même perspective. Elle a estimé le fait qu'une question juridique présente également des aspects politiques « ne suffit pas à la priver de son caractère de 'question juridique' et à 'enlever à la Cour une compétence qui lui est expressément conférée par son Statut' » et que « quels que soient les aspects politiques de la question posée, la Cour ne saurait refuser un caractère juridique à une question qui l'invite à s'acquitter d'une tâche essentiellement judiciaire »¹²⁰⁷.

Mais, il est aussi vrai que face à « une affaire encore politiquement trop chaude » (too hot to handle), le juge international se montre très prudent afin de ne pas se livrer à des abus et des

¹²⁰³ Dans la doctrine, il a été estimé que cet argument fournissait une base théorique à une pratique d'abstention de la Cour. Voir GORDON (E.), « Discretion to Decline to Exercise Jurisdiction », *AJIL*, 1987, pp. 129-135, particulièrement p. 131.

¹²⁰⁴ CIJ Rec., 1963, arrêt du 2 décembre 1963, p. 29.

¹²⁰⁵ CIJ, l'Affaire du *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, CIJ Rec., 1980, p. 20, par. 37. La Cour a répété cette jurisprudence à l'occasion de l'Affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, CIJ Rec., 1984, p. 439 et 440, par. 104 et 105.

¹²⁰⁶ Dans son avis consultatif du 8 juillet 1996 sur la *Licéité de la menace et de l'emploi d'armes nucléaires*, la Cour constate en effet que c'est « par la nature des choses » que les questions qui se posent dans la vie internationale revêtent des aspects politiques. CIJ, Rec., 1996, par. 13.

¹²⁰⁷ CIJ, Rec., 1996, par. 13. Dans le même sens, voir également l'avis consultatif du 9 juillet 2004 sur les *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, CIJ Rec., 2004, par. 41 et l'avis consultatif du 27 juillet 2010 sur la Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo, par. 27.

manœuvres politiques. Une décision qui va un peu « trop loin » pour certains gouvernements suffit pour accuser le juge international de faire du « militantisme juridique » et peut entraîner, on l'a vu, des réactions méfiantes à l'égard de la juridiction internationale. C'est pourquoi, le juge international s'impose dans sa politique judiciaire un auto-contrôle¹²⁰⁸ dont le juge interne ne sentira pas l'obligation. Comme preuve d'un tel auto-contrôle, il existe, affirme H. Rasmussen, différentes manœuvres comme le recours à l'incompétence ou la déclaration d'irrecevabilité de la demande auxquelles le juge international recourt afin de ne pas entrer dans un domaine dangereux¹²⁰⁹. Selon lui, c'est ainsi que la Cour internationale de Justice « a déclaré irrecevable certaines affaires parce qu'elles posaient des problèmes d'ordre plus politiques que juridiques »¹²¹⁰.

En ce sens, G. Abi-Saab attire également l'attention sur la pratique de la CIJ qui examine audacieusement les dimensions techniques de sa compétence ou de sa saisine dans l'affaire soumise. Certes, cette « prudence judiciaire » de la Cour se justifie, comme on l'a vu, par son souci de respecter le consentement des parties. Mais souvent, elle le fait aussi « pour ne pas se prononcer sur des points dont elle peut faire l'économie sans entraver la décision, ou pouvoir éviter de se prononcer sur des questions trop épineuses, en choisissant des motifs plus anodins ou moins embarrassants pour l'une des Parties »¹²¹¹. Dans la jurisprudence de la CIJ, on observe en effet un souci d'équilibre entre ce qu'elle dit et ce qu'elle décide de ne pas dire. Elle a été souvent critiquée, même de l'intérieur par ses juges, sur ce qu'elle a « décidé de ne pas dire », une position qui est considérée comme « le résultat de la retenue excessive » de la Cour¹²¹².

Il existe en effet plusieurs exemples où les arguments juridiques avancés par la juridiction internationale pour refuser d'examiner l'affaire au fond ne sont pas vraiment convaincants¹²¹³ et suscitent des interrogations sur l'existence de motivations d'ordre politique. C'est pour la même raison que A. Pellet critique la CIJ concernant l'affaire du Génocide opposant la

¹²⁰⁸ RASMUSSEN (H.), « Le juge international en évitant de statuer obéit-il à un devoir judiciaire fondamental ? », in *La juridiction internationale permanente*, SFDI, Pedone, p. 387.

¹²⁰⁹ *Idem.*, p. 393 et s.

¹²¹⁰ *Idem.*, p. 399.

¹²¹¹ ABI-SAAB (G.), « De l'évolution de la Cour internationale... », *op. cit.*, p. 283 et s. L'auteur donne également des exemples des arrêts où il considère que la CIJ fait tout pour ne pas aborder certains aspects des affaires. Sur cette politique judiciaire restrictive de la Cour Pour des exemples des arrêts où, selon l'auteur, la CIJ fait tout pour éviter de statuer voir également KOOLJIMANS (P.) « The ICJ in the 21st Century :... », *op. cit.*, p. 750 et s.

¹²¹² Voir par exemple, l'opinion individuelle du Juge Simma jointe à l'arrêt du 6 novembre 2003 dans l'affaire des *Plates-formes pétrolières*, CIJ Rec., 2003, par. 6.

¹²¹³ RASMUSSEN (H.), « Le juge international en évitant de statuer... », *op. cit.*, p. 385.

Bosnie-Herzégovine à la Serbie. Saisie de cette affaire en 1993, la Cour a rendu son arrêt prêt de 14 ans plus tard. Selon lui, « la Cour n'avait pas envie de se saisir de cette affaire » pour des raisons autres que juridiques, d'où ce retard incompréhensiblement long¹²¹⁴.

De la même manière que les affaires contentieuses, la CIJ met également en œuvre, dans les procédures consultatives, une « technique prudente » par laquelle elle essaie de « s'évad[er] des questions concrètes »¹²¹⁵. Pour ce faire, chaque fois que la Cour est sollicitée pour un avis consultatif, elle examine d'abord en détail l'opportunité de rendre un avis¹²¹⁶. Elle se limite ensuite attentivement dans l'examen de la question par son utilité en évitant des aspects contentieux éventuels de la question. Pour donner un exemple récent, on peut évoquer son avis consultatif du 22 juillet 2010 sur la *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo*. Dans son avis, la Cour, se limitant ainsi à l'aspect principal de la question posée, ce qui était de savoir tout simplement si la déclaration d'indépendance kosovare était ou non conforme au droit international¹²¹⁷, a soigneusement écarté d'autres aspects politiquement et juridiquement très délicats de la question, à savoir la validité et les conséquences juridiques de la déclaration d'indépendance et de sa reconnaissance, au cas d'espèce¹²¹⁸.

On peut toujours trouver des exemples jurisprudentiels pour critiquer les institutions judiciaires internationales, notamment la CIJ, d'être trop timides ou réticentes sur tel ou tel point d'une affaire. La littérature du droit international en abonde¹²¹⁹. Ces critiques sont

¹²¹⁴ L'intervention d'Allain Pellet au sujet du « Renforcement du rôle de la CIJ », in *Quel droit internationale pour le 21^{ème} siècle ?*, op. cit., p. 137.

¹²¹⁵ Voir DECAUX (E.), « La Cour internationale de Justice et les droits de l'homme », in *Studi di Diritto Internazionale in Onore di G. Arangio-Ruiz*, Editoriale Scientifica, 2004, vol. 2, p. 959 et 960. L'auteur écrit ces lignes à propos de l'avis consultatif du 30 mars 1950 sur *l'interprétation des traités de paix*.

¹²¹⁶ C'est effectivement pour cette raison que la Cour rappelle souvent que sa fonction de donner un avis consultatif sur une question posée par les organes des Nations Unies dans leur compétence n'est pas une obligation. Selon la Cour, « le paragraphe 1 de l'article 65 de son Statut, selon lequel '[l]a Cour peut donner un avis consultatif [...]', devait être interprété comme reconnaissant à la Cour le pouvoir discrétionnaire de refuser de donner un avis consultatif même lorsque les conditions pour qu'elle soit compétence sont remplies ». Voir l'avis consultatif de la CIJ du 9 juillet 2004 sur les *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, CIJ Rec., 2004, par. 44. Dans le même sens voir également son avis consultatif du 22 juillet 2010 sur la *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo*, CIJ, 2010, par. 29.

¹²¹⁷ Voir par. 51 de l'avis consultatif.

¹²¹⁸ Par exemple, la Cour évite de se prononcer sur la validité juridique de la théorie de « sécession-remède » en droit international ou sur l'applicabilité d'un tel droit au cas d'espèce, en jugeant qu'il n'est pas nécessaire de se pencher sur ce point pour répondre la question posée. Voir l'avis consultatif du 22 juillet 2010 sur la *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo*, par. 82-83.

¹²¹⁹ Voir par exemple GOMEZ-ROBLEDO (J.-M.), « L'avis consultatif de la C.I.J. sur les conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé : timidité ou prudence ? », RGDIP, 2005, pp. 521-536.

parfois justifiées, parfois non. Mais en tout état de cause, il faut reconnaître qu'une tentative de réconcilier les exigences politiques avec « la conception fonctionnelle d'une juridiction internationale liée à l'idéal du droit et de la justice » est une entreprise très difficile, sinon impossible¹²²⁰. Comme H. Rasmussen le souligne, il faut toujours choisir entre ces deux options. Et dans l'ordre juridique international, le choix bascule souvent en faveur des exigences politiques. Cela ne signifie pas que la juridiction internationale est instrumentalisée face aux exigences politiques. Mais, quand les circonstances l'exigent, la juridiction internationale se retire ou ne fonctionne que d'une manière très prudente ou, si on préfère, attentive dans sa politique judiciaire¹²²¹. Cette attitude réticente de la juridiction internationale peut sembler parfois contraire à sa fonction de rendre la justice. Mais, la tâche principale que l'ordre juridique international lui a attribuée est la sauvegarde du système interétatique actuel en contribuant au maintien de la paix et de la sécurité internationales. D'ailleurs, il ne faut pas oublier que la fonction du juge international, à l'instar du droit international qu'il applique, est plus pacificatrice qu'autoritaire. Ainsi, pour la réalisation de cette tâche, s'il faut laisser la place à la politique, la juridiction internationale accepte volontiers de se mettre en retrait devant elle. Cela n'empêche pas toutefois de constater que cette prudence de la Cour, bien qu'elle soit tout à fait compréhensible dans un ordre juridique déterminé par la logique interétatique, atteint parfois un niveau tel que sa fonction judiciaire se voit considérablement limitée.

2. Une prudence du juge international qui transforme la fonction judiciaire

On a constaté qu'une intention du juge international de prendre en considération les exigences politiques de l'affaire crée assez souvent le risque de restreindre sa fonction de rendre la justice. En plus de ce risque, cette volonté de réconciliation difficilement réalisable entraîne la transformation de la fonction judiciaire du juge international. En obligeant celui-ci à sortir de son cadre classique, cette pratique du juge international rapproche ainsi la juridiction internationale d'un mécanisme d'arrangement. C'est en ce sens que G. Abi-Saab constate l'existence d'une « tendance progressive vers une justice transactionnelle »¹²²². En effet, une décision qui cherche à être, à la fois, juridiquement juste et politiquement satisfaisante pour toutes les Parties concernées ne peut être que le résultat d'une justice transactionnelle.

¹²²⁰ RASMUSSEN (H.), « Le juge international en évitant de statuer... », op. cit., p. 406.

¹²²¹ PELLET (A.), « Le glaive et la balance... », op. cit., p. 559 et s.

¹²²² ABI-SAAB (G.), « De l'évolution de la Cour internationale... », op. cit., p. 290.

C'est également l'avis de M. Chemillier-Gendreau qui écrit, à propos de la Cour internationale de Justice, que le contexte politique « d'une société internationale chaotique et hétérogène », dont la Cour est le reflet fidèle, « l'a souvent conduite à une justice de transaction, qui relève davantage de l'arrangement que de la conformité à la règle de droit »¹²²³. Il est vrai que la tâche du juge international dépasse souvent la prise d'une décision juridiquement bien fondée. Dans une affaire, il devient nécessaire pour lui, afin de contribuer au maintien de la paix et de la sécurité internationales, de se soucier de l'équilibre entre l'aspect politique et juridique de l'affaire¹²²⁴.

Une telle volonté de la Cour d'arriver à une décision acceptable pour tous les États concernés provient également de l'absence d'un système d'exécution forcée dans l'ordre juridique international. La Cour est sûrement préoccupée par la question d'une éventuelle inexécution de ses décisions qui peut mettre gravement en cause son autorité. Bien heureusement, les refus d'exécution sont rares de la part des États qui ne veulent pas voir leur réputation internationale affectée. Cependant, en cas de refus, ce n'est pas seulement la réputation de l'État qui serait affectée mais aussi celle de la juridiction internationale dont l'autorité et l'utilité seraient remises en cause dans un tel ordre juridique dépourvu de mécanismes de contrainte juridique¹²²⁵.

En raison du fondement consensuel de son fonctionnement, il existe un autre souci de la Cour que l'on peut appeler, sans vouloir être offensif à l'égard de l'institution judiciaire, le « souci de clientèle ». Pour une institution judiciaire internationale dépendante de la sollicitation des États, le souci de respecter leur souveraineté ne s'arrête pas à la question de la compétence. Pendant la réalisation de sa fonction, elle cherche encore, sous l'influence de cette psychologie de dépendance, à rester attractive aux yeux des États. On avait en effet constaté que, comme un moyen de règlement des différends, le recours au juge international n'était pas

¹²²³ CHEMILLIER-GENDREAU (M.), « La Cour internationale de Justice entre politique et droit », op. cit., p. 10. Voir également ABI-SAAB (G.), « De l'évolution de la Cour internationale... », op. cit., p. 292. Dans le même A. Pellet écrit que « [q]uand les questions sont plus controversées, quand les enjeux politiques sont importants, la Cour n'hésite toutefois pas à faire le maximum pour trouver des solutions acceptables, pour 'faire passer la pilule'. Voir l'intervention d'Allain Pellet au sujet du « Renforcement du rôle de la CIJ », in *Quel droit internationale pour le 21^{ème} siècle ?*, op. cit., p. 139.

¹²²⁴ Selon A. Pellet, une telle politique judiciaire est complètement justifiée pour la CIJ qui est « l'organe judiciaire principal des Nations Unies, une organisation dont la vocation est de maintenir la paix et la sécurité internationales, et non pas de faire prévaloir la pureté des principes, comme certains le souhaiteraient ». *Idem.*, p. 139 et 140.

¹²²⁵ O. Corten et P. Klein constatent en effet que ce souci des États sur l'utilité du recours à la juridiction internationale a également des impacts sur l'efficacité des cours internationales, en l'occurrence sur celle de la Cour internationale de Justice. Voir CORTEN (O.), KLEIN (P.), « L'efficacité de la justice internationale... », op. cit., p. 55.

vraiment la préférence des États. Considérant le règlement judiciaire comme « peu adapté à leurs exigences », les États préfèrent souvent « l'utilisation de moyens leur permettant d'aboutir – si possible – à des transactions politiques »¹²²⁶. Selon L. Condorelli, ce climat influence également le juge international qui essaie, en vue d'attirer ses « clients », de régler le différend en proposant aux États des « solutions acceptables » au lieu de chercher strictement ce qui est juridiquement juste. Parce qu'il sait parfaitement que « [l]a justice internationale tire son pouvoir de décision du consentement des parties au différend »¹²²⁷.

La mise en œuvre d'une telle stratégie de transaction par la CIJ peut donc s'expliquer par ce principe consensualiste dont le respect semble être la condition de sa popularité¹²²⁸. M. Chemillier-Gendreau écrit effectivement que, « soucieuse de [...] rendre sa justice attractive » aux yeux des États, la CIJ recourt aussi à cette politique d'arrangement. Elle essaie ainsi de « ne créer ni vainqueur ni vaincu, au moins pour une partie des contentieux portant sur un objet concret, notamment territorial, pour lesquels elle peut partager les avantages. Pour les autres, elle tente au moins de donner à l'État perdant quelque satisfaction de principe »¹²²⁹.

Pourtant, la présence d'une telle préoccupation de la part de la Cour ne signifie pas qu'elle formule ses décisions suivant une politique de séduction à l'égard des États ou en fonction d'attente de sa clientèle. Elle cherche sans doute à dire le droit d'une manière indépendante de toute attente subjective et politique¹²³⁰. Mais, elle est tout simplement prudente en le faisant parce que, d'une part, elle agit dans un domaine de droit peu précis, souvent non écrit et dépourvu de généralité, et d'autre part, les parties jugées dans une affaire sont, en même temps, créateurs de ce droit.

D'ailleurs, vu les crises qu'elle a subies suite à des arrêts qui ont suscité des réactions méfiantes chez les États à son égard, on ne peut pas dire que ce souci de la Cour soit sans fondement. Sur ce point, on pense notamment aux réactions des États après les arrêts de la Cour dans l'affaire du *Sud-Ouest Africain* et dans l'affaire du *Nicaragua* que l'on a eu l'occasion d'examiner. Pour des contres-exemples, A. Pellet cite l'affaire des *Plates-formes pétrolières* « dans lequel la Cour a rendu en 2003 un arrêt au fond indéfendable sur le plan du

¹²²⁶ CONDORELLI (L.), « L'autorité de la décision des juridictions internationales permanentes », op. cit., p. 286.

¹²²⁷ *Idem.*, la note de bas de page 11, p. 286 et p. 289.

¹²²⁸ Voir BEDJAOUI (M.), « Discours à l'occasion du 50^e... », op. cit., p. 74.

¹²²⁹ CHEMILLIER-GENDREAU (M.), « La Cour internationale de Justice entre politique et droit », op. cit., p. 10-11.

¹²³⁰ Voir BEDJAOUI (M.), « Discours à l'occasion du 50^e... », op. cit., p. 74.

raisonnement juridique, mais qui a finalement contenté tout le monde »¹²³¹. L'auteur arrive à la même conclusion à propos de la politique judiciaire de la Cour dans son avis consultatif sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi des armes nucléaires*. Selon lui, cet avis, très critiqué à juste titre par la doctrine, a également « le grand mérite d'être acceptable par toutes les Parties concernées »¹²³².

Ces exemples montrent qu'une prudence de la Cour qui cherche à satisfaire tous les États concernés n'est peut-être pas compatible avec sa fonction de rendre la justice, mais elle est tout à fait compréhensible pour une institution judiciaire internationale qui doit exercer sa fonction dans un tel ordre juridique interétatique. Mais, si la mise en œuvre d'une telle stratégie prudente contribue à l'élargissement du rôle de la Cour au sein de la société internationale, elle comporte également le risque de restriction et de dénaturation de ce rôle.

3. Une prudence du juge international justifiée par l'origine interétatique du droit international

Dans un ordre juridique déterminé par la logique interétatique, le juge international se sent obligé de s'imposer certaines limites dans l'exercice de sa fonction judiciaire. Conscient de sa tâche d'appliquer le droit tel qu'il est, il sait que ce n'est pas à lui qu'il incombe de réformer le droit international.

L'étendue de la fonction du juge international et ses limites sont un sujet de controverse. Dans un domaine de droit plein de lacunes et d'imprécisions, certains pensent que le juge international a compétence pour exprimer dans certains cas la règle de droit. Parmi ceux qui attribuent au juge international une fonction beaucoup plus large que de se contenter d'appliquer le droit positif existant, G. Scelle figure sans doute au premier rang. Selon lui, le juge, qui applique le texte juridique, est déjà tenu, en cas d'une imprécision, « d'adopter l'interprétation logique qui correspond à la justice ». Mais, si l'obtention d'un tel résultat n'est pas possible dans le cadre des textes positifs existants, « il devra faire ce que ferait le législateur : rechercher scientifiquement dans la nappe juridique profonde du milieu social intéressé la norme qui, dans le cas d'espèce, doit s'appliquer »¹²³³. Donc, pour lui, le juge a

¹²³¹ PELLET (A.), « Renforcement du rôle de la CIJ », in *Quel droit internationale pour le 21^{ème} siècle ?*, op. cit., p. 139.

¹²³² *Idem.*, p. 140.

¹²³³ SCELLE (G.), « Essai sur les sources formelles du droit international », op. cit., p. 404.

une compétence non seulement pour l'interprétation « équitable » du droit positif, ce qui lui confère déjà une certaine autonomie par rapport au texte positif, mais aussi pour la traduction originale d'une règle applicable au droit positif si elle fait défaut dans le cas d'espèce¹²³⁴.

C'est en ce sens que certains attendent de la part de la Cour internationale de Justice un activisme judiciaire, dépassant son cadre classique, pour répondre aux nouvelles exigences de la communauté internationale en évolution¹²³⁵. Mais, ne serait-ce pas trop demander d'une institution dont la compétence est déterminée par la logique interétatique ? En effet, il faut d'abord reconnaître que la fonction judiciaire internationale s'effectue dans « les conditions très restrictives d'une société décentralisée » que le juge international tout seul n'est pas capable de changer¹²³⁶. D'ailleurs ce n'est pas le rôle du juge de « reformer la société internationale dans sa structure anarchique voulue par les États »¹²³⁷. Aux yeux des États, une institution judiciaire internationale comme la CIJ n'est pas un « conseil des sages » qui apportera, à sa manière, des solutions équitables aux problèmes accrus. Pour les États, la CIJ est, et doit rester, une institution judiciaire censée appliquer le droit tel qu'il a été traduit en droit positif par eux.

Certes, agissant dans un domaine de droit plein de lacunes et d'incertitude, le juge se voit parfois contraint de rechercher le droit applicable lui-même. Motivé également par le souci d'adapter le droit aux nouvelles exigences de la société internationale qu'il régit, le juge international tâche d'adopter une interprétation évolutive des règles de droit suivant l'évolution de la société. Mais en le faisant, il sait parfaitement que cette technique interprétative a ses limites et qu'elle ne doit jamais aller jusqu'à la création originale d'une nouvelle règle de droit.

À cet égard, la position de la CIJ, lorsqu'elle a donné son avis sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, est démonstrative. Quoique la CIJ soit clairement favorable à

¹²³⁴ Cependant, il ajoute qu'il ne s'agit pas d'une fonction législative dans le sens que le législateur exécute. Cette pratique du juge ne concerne que le cas d'espèce concret. Elle contribue certes à la détermination et formation du droit mais ne pose pas une règle d'applicabilité objective. Voir *idem*, pp. 402-406.

¹²³⁵ Une telle attente est formulée tant par la doctrine (voir par exemple CHEMILLIER-GENDREAU (M.), « Le droit international entre volontarisme et contrainte », op. cit., p. 103 et 104) que par ses propres juges. C'est en ce sens qu'il faut lire les mots du Juge Weeramanthy : « Particulièrement en périodes de tensions, alors que les signaux de danger lancent partout des éclairs, la Cour, semble-t-il, devrait réagir de façon positive en prenant les mesures qui relèvent de sa compétence. [...] Si l'on veut que le droit international se développe et serve la cause de la paix comme il est censé le faire, la Cour ne peut se dérober devant une telle responsabilité quand l'occasion de l'assumer se présente ». L'opinion dissidente du Juge Weeramanthy jointe à l'Ordonnance du 14 avril 1992 de la CIJ dans l'affaire *Lockerbie*, CIJ Rec., 1992, traduction officielle, p. 71.

¹²³⁶ LEBEN (C.), « La juridiction internationale », op. cit., p. 144.

¹²³⁷ *Idem.*, p. 150.

un désarmement nucléaire total et qu'elle le qualifie comme un « objectif vital pour l'ensemble de la communauté internationale », elle se heurte à sa fonction de dire le droit positif existant et décide ainsi qu'

« au vu de l'état actuel du droit international pris dans son ensemble, tel qu'elle l'a examiné ci-dessus, ainsi que des éléments de fait à sa disposition, la Cour est amenée à constater qu'elle ne saurait conclure de façon définitive à la licéité ou à l'illicéité de l'emploi d'armes nucléaires par un État dans une circonstance extrême de légitime défense dans laquelle sa survie même serait en cause »¹²³⁸.

Dans sa déclaration jointe à cet avis, le Président de la Cour, M. Bedjaoui, confirme en effet que par cet avis, « la Cour s'est [...] bornée à un constat » de l'état du droit international positif « tout en se trouvant dans l'incapacité d'aller au-delà ». Selon lui, « [d]ans l'élaboration du présent avis, la Cour a été guidée par le sens des responsabilités particulières qui sont les siennes et par sa volonté de dire le droit tel qu'il est, en ne cherchant ni à le noircir ni à l'embellir ». Ainsi, la Cour « a entendu éviter toute tentation de le créer et elle n'est assurément pas sortie de son rôle »¹²³⁹.

Cette incapacité du juge international est ainsi souvent exprimée dans la jurisprudence de la CIJ par sa prudence dans ce qu'elle dit, mais surtout dans ce qu'elle évite de dire. En effet, il est assez courant dans l'histoire de la Cour que, parfois même au risque de créer une incertitude juridique, elle s'abstient de se prononcer sur certains aspects de l'affaire soumise. Le recours à une telle pratique d'abstention vient généralement de l'existence d'une lacune du droit international à laquelle le juge international tout seul n'est pas capable de remédier¹²⁴⁰.

¹²³⁸ CIJ, Rec., l'avis consultatif du 8 juillet 1996, par. 103 et par. 97.

¹²³⁹ Déclaration de M. Bedjaoui, jointe à l'avis consultatif du 8 juillet 1996 de la CIJ sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, CIJ, Rec., 1996, par. 7 et par. 10.

¹²⁴⁰ Cela dit, il faut aussi reconnaître que, en évitant de fixer les règles non encore parfaitement établies dans un domaine du droit qui est en pleine évolution, le juge international contribue parfois à l'évolution du droit international. Pour illustrer ce propos, H. Rasmussen donne l'exemple de l'affaire des *Essais nucléaires*. Évitant de statuer dans cette affaire, que la Cour a déclarée irrecevable après la déclaration française mettant fin aux essais, la Cour a ainsi évité de choisir entre deux positions, toutes les deux très délicates à la fois pour sa fonction de dire le droit et pour l'évolution du droit international : soit, en soutenant les arguments du gouvernement français, elle aurait pris une position conservatrice dans un domaine peu développé mais en pleine évolution et consolidé le *statu quo* en bloquant en quelque sorte l'évolution juridique. Soit, en prenant position en faveur de l'existence contestée d'une règle coutumière interdisant ce genre d'essai, elle aurait dépassé sa fonction judiciaire. Selon lui, « par sa décision de rejet de l'affaire des Essais nucléaires français, la CIJ s'est très habilement conformée à son obligation de contribuer au développement du droit international public ». Voir RASMUSSEN (H.), « Le juge international en évitant de statuer... », op. cit., p. 385 et 386.

L'arrêt du 14 février 2002 de la Cour internationale de justice dans l'affaire du *Mandat d'arrêt* peut également être interprété dans ce sens-là. En effet, dans cette affaire aussi, la Cour a été critiquée, tant par la doctrine que par ses propres juges, de vouloir éviter de statuer sur un aspect très important de l'affaire. Selon eux, la Cour n'a pas profité de cette occasion pour se prononcer sur la validité de la « compétence universelle » du point de vue du droit international. Mais en le faisant, la Cour a, en même temps, laissé la porte ouverte pour l'évolution d'un

Le juge international ne se sent pas, justement, autorisé à dépasser, même si la situation l'exige, la fonction qui lui était attribuée dans cet ordre juridique international dominé par la logique interétatique. Comme A. Oraison écrit à propos des juges de la CIJ, il ne faut pas leur demander « des miracles qu'ils ne sauraient accomplir »¹²⁴¹. Comme toutes les autres institutions judiciaires internationales, la CIJ est non seulement « [f]reinée dans son action par les divers modes d'expression de la souveraineté des États » mais aussi « prisonnière des insuffisances du droit international »¹²⁴² qui résultent toujours du caractère interétatique de la configuration politique de la communauté internationale.

Le juge international n'est qu'un interprète d'un langage dominé par le volontarisme interétatique qu'est le droit international. Sa fonction consiste principalement à traduire le droit international positif dans des faits réels. Cette limitation fonctionnelle est adoptée également par les juges de la Cour internationale de Justice qui, comme on vient de le constater, ne s'est jamais livrée à un rôle de créateur du droit. En raison de « [la] conception positiviste volontariste classique qui a majoritairement prévalu au sein de la Cour elle-même depuis sa création », constate P.-M. Dupuy, un tel rôle était considéré par les juges de la Cour eux-mêmes « peu conciliable avec le primat de la volonté des États »¹²⁴³.

On a eu plusieurs fois l'occasion de souligner la contribution de la jurisprudence de la Cour au développement du droit international. Mais ce faisant, elle est parfaitement consciente du fait qu'« une construction jurisprudentielle ne peut perdurer qu'à la condition *sine quo non* de ne pas combattre [...] les 'souveraines volontés étatiques' »¹²⁴⁴. En effet, même au sein des instances judiciaires internationales où les juges sont considérés très forts, ces derniers ont toujours « des limites qui reflètent le caractère essentiellement 'souverainiste' du droit international »¹²⁴⁵.

concept dont la validité ne recueillait pas, au moment de la décision, le consensus au sein de la communauté internationale. Voir l'opinion individuelle du Président de la CIJ, M. Guillaume, l'opinion individuelle commune des Juges Higgins, Kooijmans et Buergenthal et la déclaration du Juge Ranjeva, CIJ Rec. 2002. Voir également KOOIJMANS (P.) « The ICJ in the 21st Century :... », op. cit., p. 751.

¹²⁴¹ Voir ORAISON (A.), « Réflexions sur 'l'organe judiciaire principal des Nations Unies...' », op. cit., p. 408. Pour une réflexion semblable voir également L'intervention d'Allain Pellet au sujet du « Renforcement du rôle de la CIJ », in *Quel droit internationale pour le 21^{ème} siècle ?*, op. cit., p. 142.

¹²⁴² CHEMILLIER-GENDREAU (M.), « La Cour internationale de Justice entre politique et droit », op. cit., p. 10-11. Dans le même sens voir également ABI-SAAB (G.), « De l'évolution de la Cour internationale... », op. cit. p. 293.

¹²⁴³ DUPUY (P.-M.), « L'unité de l'ordre juridique international... », op. cit., p. 462.

¹²⁴⁴ ORAISON (A.), « Réflexions sur 'l'organe judiciaire principal des Nations Unies...' », op. cit., p. 407.

¹²⁴⁵ A. Pellet évoque l'exemple de l'Organe du règlement des différends de l'OMC. Voir PELLET (A.), « Les voies d'un ordre mondial », avec M. Delmas-Marty et P. Lamy, *Le débat*, novembre-décembre 2006, p. 10.

Dans un tel climat état-centrique qui emprisonne la fonction judiciaire dans un rôle d'appliquer le droit tel qu'il est, le juge international devient inévitablement « le défenseur du *statu quo* »¹²⁴⁶. Il est vrai que le juge international non seulement n'a pas le pouvoir de changer fondamentalement le droit tel qu'il existe, mais en même temps, il est censé défendre ce droit contre toute tentative de violation et d'assurer sa sauvegarde tant qu'il n'est pas modifié par le pouvoir créateur. C'est, en effet, à la lumière de cette réalité qu'il faut analyser les décisions et les prises de position des juges internationaux.

À cet égard, la jurisprudence de la Cour permanente de Justice internationale dans la célèbre affaire du *Lotus* peut constituer un bon exemple. L'arrêt que la Cour internationale a rendu en 1927 constitue la décision la plus citée à la fois par les défenseurs et les opposants de la souveraineté comme un *dictum* en faveur d'une conception absolue de la notion. Critiquée pour avoir fait prévaloir une interprétation conservatrice de ce principe, cette jurisprudence de la Cour, qui n'a fait d'ailleurs qu'affirmer, à juste titre, le droit de l'État d'exercer sa compétence juridictionnelle sur son territoire, n'est en réalité que le reflet d'une époque marquée par le volontarisme étatique.

Dans un ordre juridique caractérisé profondément par la logique interétatique, il est tout à fait normal que les priorités de la juridiction internationale soient déterminées en fonction de cette configuration de la société internationale. Même dans le cadre d'une juridiction appelée à agir au nom de la communauté internationale dans son ensemble¹²⁴⁷, comme c'est le cas pour la Cour pénale internationale, c'est en réalité l'ordre international des États souverains qui est protégé. A. Pellet constate effectivement, à propos de cette Cour, que, marquée par un « interétatisme sous-jacent », ni par sa compétence ni par son fonctionnement, elle n'est le reflet d'une telle « inspiration communautariste ». Selon lui, « la compétence de la Cour, en particulier, est dictée moins par le souci de sauvegarder les intérêts fondamentaux de la communauté internationale que par les réflexes nationalistes des États »¹²⁴⁸.

D'ailleurs, comme on l'a vu à propos de la subsidiarité fonctionnelle de la juridiction de la Cour pénale internationale, la possibilité du Conseil de sécurité de bloquer la juridiction de cette institution montre également que la priorité essentielle de la juridiction internationale

¹²⁴⁶ SALMON (J.), « Le droit international à l'épreuve au tournant du XXI^e siècle », op. cit., p. 334.

¹²⁴⁷ Voir BENNOUNA (M.), « La création d'une juridiction pénale internationale et la souveraineté des États », *AFDI*, 1990, p. 303 et PELLET (A.), « Pour la Cour pénale internationale quand même !... », op. cit., p. 145.

¹²⁴⁸ PELLET (A.), « Pour la Cour pénale internationale quand même !... », op. cit., p. 145. Dans le même sens voir KIRSCH (P.), « La Cour Pénale Internationale face à la souveraineté des États », in *Crimes internationaux et juridictions internationales*, A. Cassese et M. Delmas-Marty (sous dir.), PUF, 2002, p. 36.

n'est pas forcément de rendre la justice mais de rétablir et de maintenir la paix et la sécurité internationales. Si, dans la réalisation de cet objectif, d'autres moyens s'avèrent plus efficaces, la juridiction internationale s'écarte aussitôt pour jouer un rôle subsidiaire.

À cet égard, il y a lieu encore une fois de rappeler le constat de C. Leben : le rôle du juge international n'est pas de « reformer la société internationale dans sa structure anarchique voulue par les États »¹²⁴⁹. Bien au contraire, son rôle est destiné à la sauvegarde de cet ordre juridique tel qu'il est conçu par eux.

Une vision de la juridiction internationale contre la souveraineté des États est, à l'heure actuelle, un mirage trompeur. Mettant fin, à sa manière, à l'anarchie juridique, la mise en place d'une juridiction internationale permanente et institutionnalisée et son bon fonctionnement contribuent sans doute à l'émergence d'un véritable système juridique ordonné au niveau international. Mais son rôle est encore très limité dans la configuration actuelle de la société internationale dont elle n'est que le reflet avec ses priorités et ses paradoxes.

¹²⁴⁹ LEBEN (C.), « La juridiction internationale », op. cit., p. 150.

Conclusion du Titre II

Du point de vue du dépassement de la conception individualiste de la notion de souveraineté, la contribution de l'institutionnalisation internationale a été considérable. Ce phénomène a clairement montré qu'une vision de l'organisation internationale contre la souveraineté est erronée. Une telle réflexion découle notamment de l'erreur d'identifier la notion de compétence et celle de souveraineté et d'analyser cette dernière dans l'optique de l'État isolé (souveraineté de l'État). Cette confusion est manifeste également chez ceux qui voient dans les organisations internationales, d'une manière paradoxale, à la fois l'affirmation et la limitation de la souveraineté¹²⁵⁰. Il est vrai que tous les actes constitutifs des organisations internationales, y compris ceux des organisations d'intégration, s'appuient sur les États et sur le respect de leur souveraineté. En ce qui concerne la limitation de celle-ci, il est important de préciser qu'il s'agit de limiter l'exercice de certaines compétences étatiques¹²⁵¹, et non pas la souveraineté elle-même¹²⁵².

Afin de comprendre l'interrelation entre le phénomène d'institutionnalisation internationale et les États et d'en arriver à une conception de la souveraineté qui ne soit pas relativisée, irréaliste et équivoque, il faut privilégier nécessairement une conception pluraliste (souveraineté des États). Traduite dans l'ordre juridique international comme la logique interétatique, la souveraineté des États constitue effectivement la pierre angulaire de tout édifice institutionnel. Fondée sur une base interétatique et volontaire, l'objectif de l'institutionnalisation internationale est principalement d'organiser et de régler les activités collectives des États. Cet objectif est réalisé par les organisations internationales en tenant compte de l'existence d'une pluralité d'États et suivant une logique institutionnelle largement dominée par l'interétatisme.

Les États ne sont pas en concurrence avec les institutions internationales. Bien au contraire, ils sont les éléments inséparables de ce phénomène. Il est indéniable que l'émergence des organisations internationales « dénote un effort d'intégration et d'institutionnalisation de la

¹²⁵⁰ Voir NAGAN (W. P.), HAMMER (C.), « The Changing Character of Sovereignty... », op. cit., p. 154.

¹²⁵¹ Pour plus de développement sur ce sujet, voir *infra*, Introduction générale.

¹²⁵² La souveraineté explique le statut des États, leur place privilégiée dans l'ordre juridique international. C'est pourquoi, il importe d'insister sur le fait que même ayant une liberté d'action limitée, l'État n'est pas moins souverain. Ce constat s'affirme même pour des organisations internationales d'intégration qui apportent des limitations considérables à l'exercice des compétences dites souveraines de leurs États membres. Comme E. Lagrange l'affirme, « la négation de la souveraineté des États membres au nom de l'intégration ou de la supranationalité va à l'encontre du droit positif et de son intelligence ». LAGRANGE (E.), *La représentation institutionnelle...*, op. cit., p. 27.

société internationale »¹²⁵³. Toutefois, ce processus n'a pas modifié la logique fondamentale qui détermine toute structure institutionnelle de l'ordre juridique international¹²⁵⁴. Les États ont une maîtrise totale sur ce phénomène. Dès leur création jusqu'à leur fonctionnement, la logique interétatique est bien présente¹²⁵⁵.

En outre, malgré l'amplification considérable des organisations internationales dans la deuxième moitié du XX^e siècle, l'ordre juridique international demeure un système peu institutionnalisé et peu « juridictionnalisé » ; « un système qui opère [encore] par l'« autorégulation » et l'« auto-ajustement » des États »¹²⁵⁶. Cela dit, la sous-institutionnalisation de la juridiction internationale ne peut pas expliquer toute seule les insuffisances et les restrictions qui limitent l'exercice de la fonction judiciaire au niveau international. Il ne faut pas négliger les restrictions imposées aux institutions internationales par la logique interétatique, qui réduisent considérablement leur fonctionnement et leur efficacité. La juridictionnalisation de l'ordre juridique international est un processus consensuel qui se développe sous contrôle des États. Les principes qui caractérisent le phénomène d'institutionnalisation de la juridiction internationale sont identiques à ceux qui gouvernent généralement l'institutionnalisation internationale. En d'autres termes, ce phénomène obéit aussi à la logique de la souveraineté des États.

¹²⁵³ Voir CARILLO-SALCEDO (J.-A.), « Droit international et souveraineté des États... », op. cit., p. 125.

¹²⁵⁴ Selon P. Hagggenmacher, malgré le phénomène d'institutionnalisation internationale, « par sa structure et ses mécanismes, l'actuel droit international garde les traits d'un ordre essentiellement interétatique ». HAGGENMACHER (P), « L'État souverain comme sujet du droit international, de Vitoria à Vattel », op. cit., p. 11.

¹²⁵⁵ F. Attar constate que, « en l'état actuel de l'ordre juridique internationale, [l'organisation internationale] n'a pas encore réussi à développer une autonomie suffisante pour s'affranchir de sa nature fondamentalement étatique. Même lorsqu'elle s'oppose aux États l'organisation ne peut le faire que par l'intermédiaire d'autres États. Ce sont les États qui, plus ou moins volontairement, permettent quelques 'avancées d'indépendance' de l'organisation ». Voir ATTAR (F.), *Le droit international entre ordre et chaos*, op. cit., p. 51.

¹²⁵⁶ ABI-SAAB (G.), « Cours général de droit international public », op. cit., p. 67.

Conclusion de la Première Partie

Sur le plan international, il a été considéré que la souveraineté signifie pour l'État l'absence de tout lien de subordination¹²⁵⁷. Il n'existe aucune autorité qui lui serait supérieure. Toute limitation à sa souveraineté ne pourrait provenir que de son consentement. On a vu qu'il peut y avoir des limitations qui ne sont pas consenties par les États mais qui peuvent néanmoins conditionner leur capacité d'action. Il s'agit notamment des limitations qui découlent des exigences de la vie collective des États et du fait de faire partie de la même communauté internationale.

Si, du point de vue de la vision individualiste de la souveraineté (souveraineté de l'État), ces limitations, qui ne découlent pas forcément des obligations consenties par l'État, peuvent remettre en cause sa souveraineté, du point de vue d'une vision pluraliste de la souveraineté (souveraineté des États), ces contraintes se justifient par la notion de souveraineté elle-même. En effet, dans la mesure où la souveraineté des États exprime l'intérêt de l'ensemble des États, il est tout à fait normal que chaque fois que les exigences de la souveraineté de l'État s'opposent à celles de la logique interétatique, les premières soient sacrifiées pour satisfaire les deuxièmes.

Du point du droit international, la souveraineté des États exprime l'image d'un milieu juridique à prépondérance étatique. Elle est l'affirmation du rôle éminent et de la place privilégiée qu'occupe l'État dans l'ordre juridique international¹²⁵⁸. En dehors d'une telle acception, la notion de souveraineté devient relative, introuvable. Il est vrai que la conception individualiste de la souveraineté n'a quasiment plus de sens sur le plan international. Comme S. Krasner l'expose justement, les deux modèles qui traduisent la notion de souveraineté sur le plan international, à savoir « international legal sovereignty », qui implique le principe d'égalité et d'indépendance juridiques entre États, fondé sur la reconnaissance réciproque, et « westphalian sovereignty », qui suppose la territorialité du pouvoir et l'exclusion des acteurs externes du territoire étatique, sont aujourd'hui deux modèles obsolètes, constituant désormais « organized hypocrisy »¹²⁵⁹. Il s'avère ainsi nécessaire de privilégier une conception pluraliste de la souveraineté qui puisse encore avoir un sens du point de vue du droit international.

¹²⁵⁷ Voir BEAUD (O.), *La puissance de l'État*, op. cit., p. 16.

¹²⁵⁸ Voir DUPUY (P.-M.), « L'unité de l'ordre juridique international... », op. cit., p. 96.

¹²⁵⁹ Voir KRASNER (S.), *Sovereignty, Organized Hypocrisy*, op. cit., pp. 14-42.

Cependant, il convient de préciser que cette interprétation de la notion de souveraineté dans une vision pluraliste et par rapport à la logique interétatique n'a pas pour but d'essayer de la préserver en adaptant cette notion aux changements nouveaux dans des domaines que le pouvoir de l'État est en recul et reçoit coups après coups. Il s'agit simplement de dévoiler la signification réelle de cette notion mythique et de découvrir son noyau dur afin de suivre l'impact de certaines évolutions récentes, concernant la configuration sociale, politique et surtout juridique du monde actuel, sur cette notion de souveraineté des États.

Cette interprétation de la notion de souveraineté comme appartenant à l'ensemble des États, a certainement eu des impacts sur la compréhension du rapport entre l'État et l'ordre juridique international. Mais en réalité, elle n'a pas modifié la philosophie fondamentale et la logique du droit international : les choses tournent toujours autour de l'État. En effet, comme P. Weil l'affirme, la société internationale est, certes, une « société pluraliste »¹²⁶⁰. Mais ce pluralisme est limité, dans la configuration classique de l'ordre juridique international, par les États

Ce constat s'est confirmé d'abord sur le plan normatif, concernant la formation du droit international. Comme tout droit, le droit international est aussi originellement intersubjectif. Mais la particularité de l'ordre juridique international est que l'intersubjectivité y est homogène puisque les composantes de ce processus sont exclusivement les États. En tant qu'acteur principal et sujet exclusif de ce droit, l'État « n'entend sûrement pas céder sa place ; d'autant que la nature intersubjective du droit international lui en assure, dans une certaine mesure, le contrôle »¹²⁶¹.

Le caractère interétatique de la société internationale s'affirme également sur le plan institutionnel. La reconnaissance de l'existence d'une personnalité distincte des organisations internationales et de leur statut de « sujet du droit international » a certes fait évoluer la compréhension du droit international. Mais, comme P.-M. Dupuy l'affirme, « le développement de l'institutionnel n'apporte pas encore de véritable exception au primat de la souveraineté »¹²⁶². D'ailleurs la question n'est pas d'admettre ou non qu'il existe d'autres sujets du droit international que les États. La logique interétatique ne veut pas dire qu'il ne

¹²⁶⁰ WEIL (P.), « Le droit international en quête de son identité... », op. cit., p. 219.

¹²⁶¹ BENYEKHEF (K.), *Une possible histoire de la norme...*, op. cit., p. 574.

¹²⁶² DUPUY (P.-M.), « L'obligation en droit international », op. cit., p. 223.

peut y avoir d'autres sujets que les États mais signifie que s'il peut y en avoir ce ne serait que par l'approbation et sous le contrôle des États : tout dérive de l'État¹²⁶³.

À cet égard, il est impossible de ne pas partager le point de vue de S. Sur. Il considère que malgré l'intérêt que porte le phénomène des organisations internationales, « le système juridique international n'a pas changé en profondeur », dans la mesure où « [t]outes ces entités, tous ces sujets, actuels ou virtuels, restent étroitement liés à l'État. Leurs compétences dérivent de son initiative, au minimum de sa reconnaissance. Au surplus, même consacrés et reconnus, ils demeurent sous la maîtrise des États, ils ne sont pas seulement dérivés mais aussi secondaires »¹²⁶⁴. Cependant, la justesse de ce constat ne permet pas d'affirmer à la manière d'un futurologue que « l'interétatisme demeure l'horizon indépassable de la société internationale »¹²⁶⁵. Comme C. F. Alger l'écrit justement, une conception du droit international ancrée dans le modèle d'État « emprisonne les chercheurs »¹²⁶⁶. La société internationale est en constante évolution. Et le droit qui régit cette société évolue lui-aussi en fonction de ces mutations de la société internationale par rapport auxquelles il convient de vérifier la pertinence de la notion de souveraineté.

¹²⁶³ Voir DUPUY (P.-M.), « Retour sur la Théorie des sujets du droit international », op. cit., p. 83 ; COMBACAU (S.), SUR (S.), *Droit international public*, op. cit., p. 719.

¹²⁶⁴ SUR (S.), « Quelques observations sur les normes juridiques internationales », op. cit., p. 926 et 928.

¹²⁶⁵ *Ibid* (p. 928). J. Combacau souligne également cette « horizontalité essentielle » de l'ordre juridique international qui « jamais ne se verticalisera ». Voir COMBACAU (J.), « Le droit international : bric-à-brac ou système ? », op. cit., p. 105.

¹²⁶⁶ ALGER (C. F.) « L'organisation internationale vue sous l'angle du fonctionnalisme et de l'intégration », op. cit., p. 132.

Seconde Partie : Une possible remise en cause de la souveraineté des États dans un système juridique en mutation

Du point de vue du droit international, la notion de souveraineté attribuée à l'État a une fonction de filtrage entre espaces national et international. Tout transite nécessairement par l'État. Dans une telle configuration, même si l'État n'est plus l'unique sujet du droit international et d'autres sujets, comme les organisations internationales, émergent sur la scène internationale, tant que les États gardent ce privilège de décider tout, leur souveraineté restera intacte du point de vue du droit international. Cette exclusivité de l'État, fondée sur la notion de territoire et sur son monopole du pouvoir politique et sa maîtrise de l'espace juridique national, est remise en question par les phénomènes de mondialisation.

La mondialisation est un terme à la mode et équivoque. Elle est utilisée souvent comme traduction du terme anglais « globalization » et, de ce fait, d'une manière identique à celui de « globalisation »¹²⁶⁷. Il convient cependant de distinguer ces deux termes à la fois utilisés en langue française¹²⁶⁸. En raison de son origine conceptuelle, la globalisation a une connotation exclusivement économique¹²⁶⁹. Elle privilégie une politique économique libérale et exprime une certaine opposition entre « global » et « local »¹²⁷⁰. Quant à la mondialisation, elle comprend l'ensemble des rapports d'échanges économiques ou non économiques des acteurs de différents niveaux. Elle couvre à la fois ce qui est « international », « régional », « local » et « universel ».

La mondialisation est un phénomène complexe de facteurs, comportant des mouvements, certes, économiques mais aussi culturels, sociologiques, politiques et juridiques. Il s'agit donc

¹²⁶⁷ Voir AUBY (J.-B.), *La globalisation, le droit et l'État*, LGDJ, 2010, 2^e éd., 264 p.

¹²⁶⁸ Voir ARNAUD (A.-J.), *Entre modernité et mondialisation : leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'État*, LGDJ, 2^e éd., 2004, p. 19 et s. ; OST (F.), « Mondialisation, globalisation, universalisation : s'arracher, encore et toujours, à l'état de nature », in *Le droit saisi par la mondialisation*, C.-A. Morand (sous dir.), Bruylant, 2001, pp. 5-36.

¹²⁶⁹ *Idem.*, p. 7.

¹²⁷⁰ Il faut préciser que ce dernier joue un rôle dialectique dans son rapport avec le global et, comme R.-J. Dupuy l'affirmait justement, entre deux opposants d'un rapport dialectique il y a plus d'unité que d'exclusion (voir DUPUY (R.-J.), *La communauté internationale entre...*, op. cit., p. 30). En d'autres termes, l'existence d'une telle opposition n'implique pas, du point de vue de la globalisation, une idée d'exclusion du local.

d'un phénomène de communication¹²⁷¹. Des progrès technologiques dans le domaine de l'informatique, du transport et de la science ont entraîné l'intensification des rapports de plus en plus interdépendants et le rapprochement des pays et des cultures. Ce processus d'intégration dans certains domaines de la vie économique, sociale et culturelle a entraîné l'ouverture spatiale. La mondialisation est donc également un phénomène d'ouverture des espaces économiques, qui déclenche ensuite l'ouverture des espaces sociaux, politiques et juridiques.

La mondialisation n'est pas seulement un terme à la mode. Elle traduit un phénomène qui a une valeur paradigmatique. Elle est non seulement la conséquence des rapports d'échanges multidimensionnels mais aussi la dessinatrice et le corps structurant de ces rapports.

Ce processus a des conséquences importantes sur la configuration territoriale et état-centrique de l'ordre juridique international. Il convient d'évoquer d'abord la déterritorialisation des problèmes et des solutions, qui est une des caractéristiques du phénomène de la mondialisation¹²⁷² : les activités économiques¹²⁷³ et communicationnelles¹²⁷⁴ font fi des frontières étatiques ; celles-ci n'ont pas de sens non plus face aux crises écologiques et environnementales¹²⁷⁵ ; le rétrécissement du monde est manifeste dans tous les domaines de la vie¹²⁷⁶ ; la mondialisation des rapports incite la mondialisation de la criminalité¹²⁷⁷. L'ouverture des frontières commerciales et financières imposée par la mondialisation a offert de véritables opportunités aux activités illégales, surtout de nature économique telles que le blanchiment de l'argent, le trafic de drogue, le marché des produits illicites, les immigrations

¹²⁷¹ Par conséquent, dans ce processus inévitable, il est important de dominer les moyens nécessaires communicationnels. Celui qui détiendra ces moyens sera celui qui dominera ce processus de mondialisation et déterminera sa trajectoire

¹²⁷² Voir EPINEY (A.), « Européanisation et mondialisation du droit : convergences et divergences », in *Le droit saisi par la mondialisation*, C.-A. Morand (sous dir.), Bruylant, 2001, p. 149.

¹²⁷³ Voir AUBY (J.-B.), *La globalisation, le droit et l'État*, op. cit., p. 14 et s.

¹²⁷⁴ L'utilisation d'Internet a affecté d'une manière considérable la notion de territoire. Voir GOLDSMITH (J. L.), « The Internet and Abiding Significance of Territorial Sovereignty », *Indian journal of Global Legal Studies*, 1998, n°5, pp. 475-491, article paru également in *The Globalization of International Law*, P. Schiff Berman (sous dir.), 2005, pp. 79-85.

¹²⁷⁵ Voir BOISSON de CHAZOURNES (L.) « Droit international de l'environnement », in *Droit international public*, D. Alland (sous dir.), 2000, 729 et s. ; BACHELET (M.), *L'ingérence écologique*, Éd. Frison-Roche, Paris, 1995, p. 214 et s.

¹²⁷⁶ A.-J. Arnaud écrit en effet, « l'usage d'aérosol en Europe peut causer des cancers de la peau en Amérique du Sud. Une mauvaise récolte en Russie peut signifier davantage de faim en Afrique. La récession en Amérique du Nord peut supprimer des emplois en Asie, mais la vigueur de l'économie en Asie de l'Est peut protéger l'emploi aux États-Unis. Un conflit en Afrique peut entraîner une augmentation des demandeurs d'asile en Europe ». Voir ARNAUD (A.-J.), *Entre modernité et mondialisation...*, op. cit., p. 50.

¹²⁷⁷ Voir DELMAS-MARTY (M.), *Les forces imaginantes du droit I. Le relatif et l'universel*, Seuil, 2004, pp. 241-308.

clandestines etc.¹²⁷⁸ ; dans ce monde devenu « global village », le terrorisme se globalise également¹²⁷⁹.

Tous ces « problèmes de caractère global [...] dépassent l'État [qui] ne peut y faire face ou tout au moins pas de manière adéquate, en agissant isolément, *uti singulus* »¹²⁸⁰. C'est en ce sens que J. Habermas considère l'affaiblissement des États comme « le premier résultat de la mondialisation »¹²⁸¹. Les phénomènes de mondialisation rendent floues et ineffectives les frontières étatiques. Ainsi, on assiste à la fois à la désétatisation de l'espace international et à l'internationalisation de l'espace étatique.

Le processus de la mondialisation incite à l'apparition de nouveaux acteurs sur la scène internationale qui contribuent à l'émergence d'un nouvel espace de pouvoir. Représentants d'intérêts différents de ceux qui sont défendus par les États, ces acteurs revendiquent un pouvoir représentatif sur le plan international, ce qui remet en cause le monopole des États dans ce domaine (Titre I).

Les activités transnationales des organisations internationales, des acteurs économiques et de la société civile et des individus remettent en question non seulement la maîtrise des États sur leur territoire, mais également l'efficacité du droit fondé sur une division spatiale de la territorialité dessinée par les frontières politiques¹²⁸². La mondialisation contribue à transformer les processus de production normative et les rapports entre les systèmes normatifs relevant de l'ordre juridique international. Cette mutation de la normativité internationale a inévitablement des impacts sur le pouvoir normatif des États qui se trouve lui-aussi remis en cause (Titre II).

¹²⁷⁸ CHAVAGNEUX (C.), « La montée en puissance des acteurs non étatiques », in *Gouvernance mondiale*, P. Jacquet, J. Pisani-Ferry, L. Tubiana *et al.*, La documentation française, 2002, p. 245 et s.

¹²⁷⁹ SUR (S.), « Le droit international au défi du terrorisme », in *Terrorisme et droit international*, S. Sur, M. Glennon (sous dir.), M. Nijhoff, 2008pp. 3-76. Pour une réflexion sur la contribution de la mondialisation du terrorisme à l'émergence d'une « société-monde » voir MORIN (E.), « Société-monde contre terreur-monde », *Le Monde*, le 22 novembre 2001, p. 6.

¹²⁸⁰ ABI-SAAB (G.), « Cours général de droit international public », *op. cit.*, p. 96. Dans le même sens voir ARNAUD (A.-J.), *Entre modernité et mondialisation...*, *op. cit.*, 223.

¹²⁸¹ HABERMAS (J.), *Après l'État-nation*, Fayard, 2000 p. 77.

¹²⁸² Voir TOMUSCHAT (C.), « Obligations Arising for States... », *op. cit.*, p. 212.

Titre I : La remise en cause du monopole du pouvoir représentatif des États

Le monopole des États sur les relations internationales découle en grande partie de leur revendication du monopole du pouvoir représentatif de toute sorte d'intérêts collectifs sur le plan international. Face à l'accroissement et à l'accélération des activités transnationales et transfrontières, surtout dans le domaine économique, impliquant des acteurs de différents niveaux et de différente nature, plusieurs auteurs ont affirmé que l'État contemporain n'est plus l'unique expression du pouvoir politique.

Dans ce cadre, l'impact de la mondialisation fut considérable. Elle a engendré une interdépendance économique que les États sont incapables de maîtriser¹²⁸³. Le monde est désormais devenu un espace unifié, surtout à travers les activités économiques des sociétés transnationales dominantes qui déterminent aujourd'hui les politiques financières et monétaires des États. Du point de vue social, la mondialisation a également contribué à l'émergence d'une idée d'unité, de faire partie d'une même communauté humaine. Les problèmes et les rapports sociaux se sont déterritorialisés.

Il est évident que face à un phénomène de mondialisation qui ne connaît pas de frontières, toute approche état-centrique est aujourd'hui condamnée à l'échec¹²⁸⁴. Comme J. Verhoeven l'affirme,

« [I]mportant est néanmoins d'admettre la relativité fondamentale de l'État, trop ancré dans le temps et l'espace, dans l'histoire humaine dont il ne paraît plus l'avenir, pour prétendre valablement constituer le modèle idéal d'organisation achevant l'évolution sociale et imposant un ordre international à sa mesure, qu'il y a lieu le cas échéant de perfectionner mais qui n'appelle plus de mutations fondamentales. L'enjeu contemporain n'est pas à cet égard de restaurer ou de redéfinir l'État mais de découvrir par delà l'État des formes nouvelles d'organisation interne et internationale adaptées aux dimensions et aux données de la vie contemporaine »¹²⁸⁵.

¹²⁸³ Voir CHARPENTIER (J.), « Le phénomène étatique à travers les grandes mutations politiques contemporaines », in *l'État souverain à l'aube du 21^{ème} siècle*, SFDI, Pedone, 1994, p. 34.

¹²⁸⁴ En ce sens, le Professeur G. Abi-Saab écrit : « En effet, au-dessus de l'État ou à un niveau supra-étatique pour ainsi dire, se profilent les problèmes de caractère global déjà évoqués, telles la raréfaction des ressources, la dégradation de l'environnement et les autres menaces et entropies écologiques et sociales, qui dépassent l'État, en ce sens que l'État ne peut y faire face ou tout au moins pas de manière adéquate, en agissant isolément, *uti singulus*. Ces problèmes demandent une réglementation et une action internationales à leur propre échelle, de la part des États agissant ensemble ». Voir ABI-SAAB (G.), « Cours général de droit international public », op. cit., p. 96. Voir également DUPUY (R.-J.), « Le dédoublement du monde », *RGDIP*, 1996, pp. 313-321.

¹²⁸⁵ VERHOEVEN (J.), « l'État et l'ordre juridique international », *RGDIP*, 1978, p. 773-774.

Dans son avis consultatif de 1949, la Cour internationale de Justice a également attiré l'attention sur cette influence des « exigences de la vie internationale, et [de] l'accroissement progressif des activités collectives » sur le surgissement « des exemples d'action exercée sur le plan international par certaines entités qui ne sont pas des États »¹²⁸⁶. Cet argument avancé à l'époque pour affirmer la personnalité juridique internationale des organisations internationales justifie aujourd'hui l'émergence d'autres acteurs sur la scène internationale, véhiculant chacun l'expression des exigences sociales, économiques et politiques qui ne trouvent pas forcément leur expression à travers une représentation étatique.

À cet égard, il est important de se libérer du paradigme traditionnel de l'État-nation et du principe de territorialité. Comme C. F. Alger l'affirme, « les relations entre les grandes masses humaines peuvent être considérées à la fois du point de vue de l'organisation territoriale et de l'organisation fonctionnelle »¹²⁸⁷. Ce changement de paradigme ouvre la perspective de pouvoir politique et implique que d'autres acteurs puissent également revendiquer une capacité de représentation. Ainsi, « à côté du monde des États, sujets primaires du droit international, et seuls possesseurs de l'atout maître que constitue la souveraineté, s'affirme plus en plus un monde transnational »¹²⁸⁸, réorganisé sur un principe de représentation démocratique transversale qui associe les acteurs au niveau tant infraétatique que supraétatique¹²⁸⁹. C'est un phénomène à la fois irrésistible et irréversible qui entraîne une diminution du pouvoir représentatif de l'État au profit des entités supranationales comme un mouvement vers le haut (Chapitre I) et des entités infra-étatiques comme un mouvement vers le bas (Chapitre II).

¹²⁸⁶ L'avis consultatif du 11 avril 1949, relatif à la *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, CIJ, Rec. 1949 p. 178.

¹²⁸⁷ ALGER (C. F.), « L'organisation internationale vue sous l'angle du fonctionnalisme et de l'intégration », in *Le concept d'organisation internationale*, G. Abi-Saab (sous dir.), UNESCO, 1980, p. 133.

¹²⁸⁸ Voir DUPUY (R.-J.), « Le dédoublement du monde », op. cit., pp. 313-321.

¹²⁸⁹ PETEV (V.), « Pluralisme juridique, construction européenne et droits participatifs », in *Le Pluralisme*, APD, t. 49, 2006, p. 15.

Chapitre I. Un glissement du pouvoir vers le haut

Le glissement du pouvoir représentatif vers le haut suppose l'émergence d'un espace politique représentatif au-dessus de l'État, proprement dit, à un niveau supérieur à celui qui correspond à l'espace politique national, incarné en la personne de l'État. Ce niveau est généralement défini comme « supranational », ce qui suppose une forme de représentation internationale qui ne sera pas étatique. En ce sens, la supranationalité s'apprécie comme « un phénomène qui dépasse singulièrement les cadres usités du droit international puisqu'il a son origine dans la mise en cause d'une notion fondamentale de l'ordre juridique international, à savoir celle de souveraineté de l'État »¹²⁹⁰. Selon P. Pescatore, « [d]e cette mise en cause dérive la création de tout un système de rapports de compétence et de pouvoir, d'un processus de décision et d'action, qui n'ont pas leur équivalent dans le droit international »¹²⁹¹. L'auteur identifie ce phénomène par trois critères essentiels qui sont « la reconnaissance, par un groupe d'États, d'un ensemble d'intérêts communs ou, d'une manière plus large, d'un ensemble de valeurs communes ; la création d'un pouvoir effectif, placé au service de ces intérêts ou valeurs ; enfin, l'autonomie de ce pouvoir »¹²⁹².

Ainsi, ce phénomène du glissement du pouvoir représentatif vers le haut s'appuie particulièrement sur l'intégration, une intégration fondée sur des valeurs et intérêts communs¹²⁹³. En effet, comme M. Delmas-Marty l'affirme, « bâtir de nouvelles institutions n'a de sens que si le sentiment d'appartenance à une même communauté se développe simultanément. A cet égard, les liens culturels, scientifiques et économiques importent sans doute autant, sinon plus, que les liens juridiques »¹²⁹⁴. Il est vrai que l'existence et la reconnaissance d'un certain nombre de valeurs et d'intérêts communs « fournissent [...] un objectif et une idée d'ordre à laquelle les participants sont disposés à subordonner leurs intérêts nationaux et leur hiérarchie nationale des valeurs »¹²⁹⁵. Suscité par le développement de ce sentiment de faire partie d'une même communauté, un besoin de gestion commune se manifeste en vue de la protection et de la poursuite de ces intérêts communs. Cette idée trouve

¹²⁹⁰ PESCATORE (P.), *Le droit de l'intégration*, Bruylant, 2005, p. 49.

¹²⁹¹ *Ibid.*

¹²⁹² *Idem.*, p. 50.

¹²⁹³ Ici, il convient de noter que ce rapport causal entre l'intégration et l'existence des valeurs et des intérêts communs n'existe pas dans un seul sens. Si, généralement, une intégration se développe à condition qu'il y ait des valeurs et des intérêts partagés, il se peut également que le processus d'intégration suscite l'émergence d'autres intérêts et des valeurs au début inexistantes.

¹²⁹⁴ DELMAS-MARTY (M.), *Les forces imaginantes du droit I. Le relatif et l'universel*, op. cit., p. 21-22.

¹²⁹⁵ PESCATORE (P.), *Le droit de l'intégration*, op. cit., p. 50.

son reflet dans la finalité et la structure organique de nouvelles institutions émergentes au niveau supranational.

Cependant, il importe de préciser qu'un dépassement de la configuration état-centrique du pouvoir politique n'est possible qu'à travers un modèle fonctionnel – sectoriel ou régional – d'intégration supranationale. Toute autre tentative d'intégration conduirait à la création d'un État mondial, d'un État encore plus grand. Sans compter l'impossibilité d'une telle réalisation utopique, cet objectif ne constitue pas véritablement une alternative à la configuration actuelle de la communauté internationale, souffrant de trop d'État. À cet égard, les approches sectorielles se valorisent. C'est en effet concernant certains domaines spécifiques, relevant de leurs intérêts communs, que les États se voient contraints d'aller au-delà d'une simple coopération et d'accepter un système de régulation et de gestion communes d'un niveau supranational. Seul exemple d'institutionnalisation supranationale au niveau mondial, le régime juridique et institutionnel établi dans la Zone des grands fonds marins constitue à cet égard un angle d'analyse important (Section I). En tant qu'unique exemple d'intégration régionale qui a pu engendrer un espace politique représentatif au niveau supranational, l'Union européenne mérite également d'être évoquée dans cette perspective (Section II).

Section I. Le dépassement de l'état-centrisme au niveau mondial

Au niveau mondial, si l'existence d'une certaine intégration économique ne relève pas de contestation, celle-ci n'a pas entraîné l'émergence d'une forme d'organisation politique représentative. C'est notamment à partir de certaines notions porteuses de valeurs morales et humaines que fut avancée l'existence d'un ensemble représentatif des intérêts communs, supérieurs aux intérêts nationaux (Paragraphe I). Ce dépassement idéal de l'état-centrisme est ensuite accompagné par un développement institutionnel, fondé notamment sur le concept de Patrimoine commun de l'humanité (Paragraphe II).

Paragraphe 1. La prise de conscience de l'unité à travers des notions unificatrices

Les gens sont de plus en plus conscients de faire partie d'une même communauté, de partager le même destin, les mêmes soucis et les mêmes sentiments qui ne reconnaissent pas les frontières politiques, ni même géographiques. Cette prise de conscience s'effectue d'abord sur le plan idéal. Elle s'exprime à travers les concepts et les notions qui ont une certaine force unificatrice. Parmi ces notions qui expriment une idée d'unité, il faut évoquer notamment celles de communauté internationale (A) et d'humanité (B), qui ont toutes les deux contribué au dépassement de l'égoïsme étatique.

A. La notion de communauté internationale : une idée d'unité ancrée dans une vision état-centrique

La notion de communauté internationale est une référence puissante qui exprime une idée d'unité fondée sur des valeurs et des intérêts partagés par l'ensemble de cette communauté auxquels tout individualisme étatique serait contraire (1). Toutefois, relevant d'un ensemble composé essentiellement d'États, cette notion s'est appréciée pendant longtemps dans sa conception état-centrique (2).

1. Une notion qui éveille l'idée de l'unité

Selon l'acceptation partagée par un grand nombre de juristes, « [1]a notion de communauté internationale sous-entend la communauté *juridique* fondée sur le fait que tous les États sont

soumis à un même droit »¹²⁹⁶. Ainsi, peut-on supposer, l'acceptation de l'existence d'une communauté internationale signifie l'acceptation de règles d'ordre public auquel les concepts de jus cogens, et d'erga omnes font référence. Il est vrai que le débat sur la notion de communauté internationale s'est souvent développé autour de ces concepts, considérés par certains comme étant « plus des formules que des réalisations effectives »¹²⁹⁷ ou encore trop ambigus et inadaptés à la structure du système international¹²⁹⁸. Le refus de l'existence d'une communauté internationale par P. Weil s'inscrit dans cet ordre d'idée. Selon lui, « la communauté internationale *as such* n'existe pas, elle n'est autre chose qu'une fiction commode, derrière laquelle les États se plaisent à s'abriter pour échapper à leurs responsabilités »¹²⁹⁹. Dans la même perspective, d'autres ont écrit que c'est une notion mythique qui permet de dissimuler les inégalités entre les nations et qui sert de justificatif aux interventions des grandes puissances qui s'introduisent comme agissant au nom de « tout le monde » qui, en réalité, n'existe pas¹³⁰⁰.

Selon P.-M. Dupuy, il s'agit évidemment d'une fiction « dont la réalité est difficile à prouver »¹³⁰¹, mais c'est une fiction juridique. Et d'ailleurs, comme pour d'autres fictions juridiques, c'est pour sa commodité qu'elle est utilisée en droit international¹³⁰². Selon lui, pour un concept juridique, le fait d'être une fiction n'exclut pas qu'il existe réellement. La fiction est un mode d'existence. En effet, tout domaine juridique est plein de fictions juridiques, parmi lesquelles se trouve d'ailleurs la notion de souveraineté des États. Comme celle-ci, la communauté internationale est aussi une fiction constituante qui engendre des conséquences réelles¹³⁰³.

¹²⁹⁶ DAILLIER (P.), FORTEAU (M.), PELLET (A.), *Droit international public*, op. cit., p. 49.

¹²⁹⁷ CORTEN (O.), « De quel droit ? Place et fonction du droit comme registre de légitimité dans le discours sur la « compétence universelle » », in *Le discours du droit international pour un positivisme critique* du même auteur, Pedone, 2009, p. 197.

¹²⁹⁸ WEIL (P.), « Le droit international en quête de son identité. Cours général de droit international public », RCADI, tome 237, 1992, p. 273.

¹²⁹⁹ WEIL (P.), « Le droit international en quête de son identité... », op. cit., p. 311.

¹³⁰⁰ Voir par exemple KOUASSI (K. B.), *La communauté internationale de la toute-puissance à l'inexistence*, L'Harmattan, 2007, 188 p. ; KLEIN (P.), « Les problèmes soulevés par la référence à la 'communauté internationale' comme facteur de légitimité », in *Droit, légitimation et politique extérieure. L'Europe et la guerre de Kosovo*, O. Corten et B. Delcourt (sous dir.), Bruylant, 2001, pp. 261-297.

¹³⁰¹ DUPUY (P.-M.), « L'unité de l'ordre juridique international... », op. cit., p. 260

¹³⁰² DUPUY (P.-M.), « La communauté internationale. Une fiction ? », in *Droit du pouvoir, pouvoir du droit, Mélanges offerts à Jean Salmon*, Bruylant, 2007, p. 375. Sur le rôle de la fiction en droit international public voir CHEMILLIER-GENDREAU (M.), « Origine et rôle de la fiction en droit international public », in *Le droit international*, APD, t. 32, 1987, pp. 153-162

¹³⁰³ Comme dans toute fiction juridique, il est possible qu'il y ait un intervalle entre la force de l'idée exprimée par cette fiction et la réalité. C'est en effet une des caractéristiques de la fiction juridique que l'idée qu'elle

De nombreux textes internationaux, qui l'ont mentionnée, affirment effectivement qu'il s'agit désormais d'une notion qui fait partie du droit positif¹³⁰⁴. Il convient de préciser que cette notion fait référence à un ensemble qui partage un certain nombre de valeurs et d'intérêts et constitue une unité substantielle¹³⁰⁵. Cette idée d'unité s'est notamment traduite par la pénétration, dans le droit international contemporain, de certaines valeurs comme l'interdiction du recours à la force, la promotion du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes et la proclamation des concepts tels que l'intérêt de l'humanité toute entière ou le patrimoine commun de l'humanité. On doit encore ajouter à cette liste la promotion des droits de l'homme qui était, à la deuxième moitié du XX^e siècle, un élément essentiel dans le dépassement idéal des « frontières souveraines » et la formation de l'idée de faire partie, désormais, d'une communauté internationale unique et régie par un droit « humanisé » et commun¹³⁰⁶.

Partant d'une telle interprétation de la notion, on peut constater qu'elle ne suggère pas l'existence d'une entité organique qui viendrait se superposer au-dessus des États, mais une subordination des souverainetés particulières au bien commun. Il semble en effet que la notion de communauté internationale prend toute sa force de « [l']existence des intérêts communs des États et autres participants de la coopération internationale », concrétisée notamment dans le phénomène d'« institutionnalisation des relations internationales »¹³⁰⁷. D'ailleurs, P. Weil reconnaît lui-même que la notion de communauté internationale est une référence unificatrice qui tend à substituer, dans un sens substantiel, un droit international « community-based » à un droit international « State-based »¹³⁰⁸. Il écrit en effet que

« [q]uelle que soit la connotation que l'on entend lui conférer, la référence à la communauté internationale, tend à substituer à la société internationale atomisée et fractionnée, faite d'un tissu de relations bilatérales dominées par les intérêts nationaux et le *do ut des*, la vision d'une communauté unie et solidaire. La société des États, telle que la connaissait le droit international classique, privilégiait l'État et sa souveraineté ; la communauté internationale,

exprime soit plus puissante que la réalité que reflètent les circonstances et le background socio-historiques de son émergence.

¹³⁰⁴ DUPUY (P.-M.), « L'unité de l'ordre juridique international... », o. cit., p. 245 et s.

¹³⁰⁵ Et non pas forcément une unité organique ou personnifiée dont l'inexistence n'est pas contestée. Voir WEIL (P.), « Le droit international en quête de son identité... », op. cit., p. 311.

¹³⁰⁶ P.-M. Dupuy constate en effet que, à partir de 1945, le droit est appelé « à s'orienter en fonction d'un pôle nouveau ; celui des droits propres à l'homme, que la souveraineté de l'État ne peut bafouer mais doit au contraire s'atteler à promouvoir ». Voir DUPUY (P.-M.), « L'unité de l'ordre juridique international... », op. cit., p. 416.

¹³⁰⁷ SAHOVIC (M.), « Le système normatif du droit international et la société internationale contemporaine », in *Studi di diritto internazionale in onore di G. Arangio-Ruiz*, Editoriale Scientifica, vol.1, 2004, p. 425.

¹³⁰⁸ Il reprend ici l'expression de Sir Robert Jennings. Voir WEIL (P.), « Le droit international en quête de son identité... », op. cit., p. 311.

telle que l'affectionne le droit international moderne, met l'accent sur ce qui rassemble plutôt que sur ce qui sépare. La référence à la communauté internationale dépasse l'effet de style et de mode : derrière le glissement sémantique se profile une évolution dans la conception même du système international »¹³⁰⁹.

En effet, comme J.-A. Carrillo-Salcedo l'affirme, si ces concepts, qui expriment à des degrés divers une idéologie unificatrice, ont permis d'envisager la société internationale comme « une collectivité humaine unique », c'est surtout en transformant la nature de l'ordre juridique international, doté désormais de règles d'ordre public, impératives, qu'ils ont contribué à la transformation de la physionomie de la société internationale¹³¹⁰. Dans sa déclaration jointe à l'avis de la CIJ, du 8 juin 1996, sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, le Président de la Cour, M. Bedjaoui, se réfère également à « l'émergence du concept de 'communauté internationale' » et à « la place que le droit international accorde désormais à des concepts tels que celui d'obligations *erga omnes*, de règles de *jus cogens* ou de patrimoine commun de l'humanité » pour confirmer que « la physionomie de la société internationale contemporaine est sensiblement différente » de celle de l'époque de la jurisprudence de l'affaire du *Lotus*¹³¹¹.

Toutefois, du point de vue des analyses que R.-J. Dupuy appelle « stratégestes »¹³¹², les divergences et les conflits qui animent encore les rapports des États, attachés à leur individualité, ne permettent pas de parler de l'existence d'une véritable communauté internationale, qui serait rassemblée autour de valeurs et d'intérêts communs. En effet, selon O. Corten, malgré l'émergence de certaines « notions juridiques susceptibles de transcender les intérêts particuliers », on ne saurait toujours pas parler d'une communauté internationale. S'appuyant sur une distinction empruntée à l'école sociologique du droit, il écrit que la « communauté » est un milieu où « la solidarité entre les membres est forte et de type affectif, chacun partageant les mêmes valeurs dans le cadre de croyances partagées »¹³¹³. Alors que dans une « société », ajoute-t-il, « la solidarité entre les membres n'est pas essentiellement fondée sur des valeurs ou des croyances partagées, et encore moins sur un sentiment

¹³⁰⁹ WEIL (P.), « Le droit international en quête de son identité... », op. cit., p. 309.

¹³¹⁰ CARRILLO-SALCEDO (J.-A.), « Droit international et souveraineté des États... », op. cit., p. 133 et 135.

Il est vrai que le lien entre l'émergence d'une communauté internationale et la notion de *jus cogens* est indéniable. La norme d'ordre *jus cogens* est une norme à la fois destinée et imposée à l'ensemble de la communauté. Ainsi, l'émergence de la notion de *jus cogens* constitue un facteur du renforcement de l'idée de la communauté internationale par l'intégration progressive de la règle morale dans le droit positif. Voir DUPUY (R.-J.), *La communauté internationale entre le mythe et l'histoire*, op. cit., 151 et s.

¹³¹¹ CIJ Rec., 1996, par. 13.

¹³¹² DUPUY (R.-J.), *La communauté internationale entre le mythe et l'histoire*, op. cit., p. 21 et s.

¹³¹³ CORTEN (O.), « De quel droit ?.. », op. cit., p. 193.

d'affection. Cette solidarité s'appuie plutôt sur des intérêts réciproques bien compris, chacun dépendant des autres pour le développement de sa vie en société »¹³¹⁴. Partant de cette distinction, il défend que « la scène internationale renvoie moins au modèle de communauté qu'à celui de société internationale ». Ainsi, il refuse le substantif « communauté » pour la société internationale telle qu'elle existe actuellement et propose l'expression de « société internationale à la communautarisation limitée »¹³¹⁵.

Selon R.-J. Dupuy, cette conception de la communauté internationale, conçue comme un « ensemble réconcilié » par les analyses stratégistes que par les analyses qu'il qualifie « harmonistes »¹³¹⁶, est une conception fautive. Il défend effectivement l'idée selon laquelle la notion de communauté doit être pensée dans une démarche dialectique opposant l'unité et le conflit. Si, selon lui, « une communauté fraternelle, [telle que les harmonistes la conçoivent], n'existera peut-être jamais », il serait tout aussi erroné de penser que la communauté suppose l'absence de conflit, comme les stratégistes le proposent. Le conflit et l'unité, ajoute-t-il « ne sont pas incompatibles ». Bien au contraire, « [i]ls vont ensemble » et forment un « couple », car entre deux opposants d'une pensée dialectique, il y a plus d'unité que de conflit !¹³¹⁷.

Partant, il propose une synthèse de deux significations différentes de la notion de communauté qui sont indissociables. La première est « la communauté historique » qui résulte, d'une manière spontanée, « de facteurs objectifs de rapprochement matériel entre les peuples et spécialement du progrès des communications ». Quant à la deuxième, il s'agit de « la communauté mythique », « produite tout à la fois par des forces de répulsion, de compétition, de contestation et de revendication comme du jeu de solidarité, de besoins

¹³¹⁴ CORTEN (O.), « De quel droit ? ... », op. cit., p. 194. Dans le même sens voir également KLEIN (P.), « Les problèmes soulevés par la référence à la 'communauté internationale' comme facteur de légitimité », in *Droit, légitimation et politique extérieure. L'Europe et la guerre de Kosovo*, O. Corten et B. Delcourt (sous dir.), Bruylant, 2001, p. 81 et s.

Il y a lieu de préciser qu'une telle distinction entre ces deux termes est assez banale dans la doctrine internationale, mais à partir des critères moins exigeants. On peut se référer par exemple à P.-M. Dupuy, selon qui la société internationale « renvoie d'abord à la réalité, toujours fondamentale, d'une coexistence d'États souverains ». Quant à la notion de communauté internationale, dépassant une simple idée de coopération internationale ou de collectivité d'États, elle suggère « une identité d'intérêts, de droits et de devoirs entre les différents peuples qui composent la famille des nations ». DUPUY (P.-M.), *Droit international public*, 9^e éd., 2008, p. 817. Dans le même sens, voir également BEDJAOUÏ (M.), « L'humanité en quête de paix et de développement », op. cit., vol. 325, p. 505.

¹³¹⁵ CORTEN (O.), « De quel droit ? ... », op. cit., p. 196-197. Dans le même sens voir également TOURET (D.), « Le principe de l'égalité souveraine des États, fondement du droit international », op. cit. Selon ce dernier, « [l]'actuelle société internationale n'est pas une 'Communauté internationale' mais une société interétatique » (p. 161).

¹³¹⁶ DUPUY (R.-J.), *La communauté internationale entre le mythe et l'histoire*, op. cit., p. 16 et s.

¹³¹⁷ *Idem.*, p. 30.

récioproques, de responsabilités mutuelles »¹³¹⁸. De ce point de vue, la communauté apparaît non seulement comme une référence à ceux qui sont communs à ses composants¹³¹⁹ mais aussi à une « réalité conflictuelle »¹³²⁰ entre eux. Ainsi, la notion de communauté internationale fait référence à l'existence d'un ensemble certes conflictuel, mais aussi rassemblé autour de certaines valeurs et intérêts communs dont l'importance s'amplifie de plus en plus.

2. Une notion originellement état-centrique

Si la notion de communauté internationale est aujourd'hui une référence très puissante et démonstrative de l'existence d'un ensemble et de son unité, la question de savoir de quoi et de qui se compose cette unité reste à rechercher. Selon P.-M. Dupuy, la communauté internationale est une notion « rivée aux États, entre lesquels elle marque le stade ultime de la coopération solidaire »¹³²¹. Il constate que cette notion apparaît dans des textes internationaux parfois comme un milieu, comme c'est le cas dans la *Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies* (Rés 2625(AG) 1970)¹³²², ou parfois comme « titulaire d'intérêts fondamentaux » dont la sauvegarde est primordiale pour tous les États¹³²³. Mais, dès son premier lancement terminologique et pendant sa maturation conceptuelle dans la jurisprudence et les textes internationaux où figurait la notion de communauté internationale, il s'agissait originellement d'une communauté internationale des États¹³²⁴.

Cette conception de la communauté internationale en tant qu'« ensemble des États » figure pour la première fois dans l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités qui définit le *jus cogens* comme les normes acceptées et reconnues « par la communauté

¹³¹⁸ DUPUY (R.-J.), *La communauté internationale entre le mythe et l'histoire*, op. cit., p. 105.

¹³¹⁹ R.-J. Dupuy affirme en effet que « [l]'idée de communauté, comme produit de l'histoire, suppose des intérêts communs qui prennent leurs assises sur une conscience commune, supposant quelque chose de plus que l'appréciation respective des avantages et des inconvénients que chacun peut espérer de la vie en paix des uns et des autres ». *Idem.*, p. 147.

¹³²⁰ *Idem.*, p. 105.

¹³²¹ DUPUY (P.-M.), « Humanité, communauté et efficacité du droit », in *Humanité et droit international, Mélanges R.-J. Dupuy*, Pedone, 1991, p. 138.

¹³²² Selon les termes de cette résolution « les États remplissent de bonne foi les obligations qu'ils ont assumées conformément à la Charte, en vue d'assurer leur application plus efficace dans la communauté internationale ».

¹³²³ DUPUY (P.-M.), « La communauté internationale. Une fiction ? », op. cit., p. 378-379.

¹³²⁴ P.-M. Dupuy examine brièvement les exemples des textes internationaux et de la jurisprudence. *Idem.*, p. 376 et s.

internationale *des États* dans son ensemble »¹³²⁵. Ensuite, dans son arrêt de *Barcelona Traction*, la Cour internationale de Justice se réfère, à propos des obligations *erga omnes*, à cette notion pour désigner l'ensemble constitué d'États¹³²⁶. Enfin, dans les commentaires de la Commission du droit international de 1976¹³²⁷ et de 2001¹³²⁸, cette notion de communauté internationale figure également dans un sens état-centrique, couvrant l'ensemble d'États¹³²⁹. On peut également se référer aux résolutions du Conseil de sécurité qui s'adressent souvent à la communauté internationale dans le sens qui signifie tous les États¹³³⁰.

D'ailleurs, comme J. Verhoeven le constate, si les États ne récusent pas totalement l'idée de communauté, c'est parce qu'« ils la réduis[ent] à une communauté strictement interétatique, comme le suggère l'article 53 de la Convention de Vienne »¹³³¹. Dans le même sens C. Tomuschat affirmait que, si l'idée de la communauté internationale exclut tout individualisme étatique pour considérer tous les États formant un ensemble, cet ensemble reste exclusivement étatique¹³³².

Toutefois, cette conception état-centrique de l'idée de la communauté internationale ne permet pas d'enregistrer l'existence d'« une solidarité sociale fondée sur une communauté de

¹³²⁵ Selon A. Pellet, « ici, les choses sont claires [...] : la 'communauté internationale', c'est l'ensemble des États - ce qui ne veut pas dire l'addition pure et simple de tous les États existants, mais l'ensemble qu'ils forment ». Voir PELLET (A.) « Le droit international à l'aube du XXIème siècle. La société internationale contemporaine - permanences et tendances nouvelles », in *Cours euro-méditerranéens Bancaja de droit international*, vol. I, 1998, p. 101.

¹³²⁶ Selon la Cour, « [u]ne distinction essentielle doit en particulier être établie entre les obligations des États envers la communauté internationale dans son ensemble et celles qui naissent vis-à-vis d'un autre État dans le cadre de la protection diplomatique. Par leur nature même, les premières concernent tous les États. Vu l'importance des droits en cause, tous les États peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à ce que ces droits soient protégés ; les obligations dont il s'agit sont des obligations *erga omnes* ». CIJ Rec., 1970, arrêt du 5 février 1970, p. 32, par. 33.

À propos cette référence à la notion de communauté internationale, R. Ago constate justement, dans son intervention aux discussions de l'Institut de Droit International, qu'il s'agit des obligations « envers tous les États (plutôt qu'envers la communauté internationale comme telle, qui pour l'heure ne forme pas un sujet de droit distinct de ses composants) ». Voir Session de Santiago de Compostela, *AIDI*, 1990, vol. 63-II, p. 252.

¹³²⁷ Dans son projet d'articles sur la responsabilité des États, la CDI définit le « crime international », à l'article 19, comme « [l]e fait internationalement illicite qui résulte d'une violation par un État d'une obligation si essentielle pour la sauvegarde d'intérêts fondamentaux de la communauté internationale que sa violation est reconnue comme un crime par cette communauté dans son ensemble ». Annuaire de la CDI, 1976, vol. II, 2^e partie, p. 89.

¹³²⁸ Dans son commentaire sur la distinction entre les normes impératives et les obligations *erga omnes*, la Commission définit ces dernières comme des obligations envers la communauté internationale qui « sont axées sur l'intérêt juridique qu'ont tous les États à leur respect ». Annuaire de la CDI, 2001, p. 303.

¹³²⁹ En effet, selon A. Pellet « il résulte du contexte qu'il s'agit ici encore, sans guère de doute, de l'ensemble des États, Voir PELLET (A.), « Le droit international à l'aube du XXIème siècle... », op. cit., p. 102.

¹³³⁰ À titre d'exemple, on peut citer la résolution 940 (1994) dans laquelle la communauté internationale s'engage à aider..., ou encore la résolution 1368 (2001) qui appelle « la communauté internationale à redoubler d'efforts... » contre le terrorisme.

¹³³¹ VERHOEVEN (J.) « Considérations sur ce qui est commun... », op. cit., p. 107.

¹³³² TOMUSCHAT (C.), « Obligations arising for States without or against their Will », op. cit., p. 222-224.

valeurs et d'intérêts partagée par tous les États de la planète et, au-delà, par les peuples, mais aussi par chaque personne humaine qui les compose »¹³³³. En effet, aujourd'hui, la communauté internationale ne se compose pas que des États. Une référence aux intérêts de tous les États ne peut pas comprendre les intérêts de l'humanité tout entière. À cet égard, l'entrée en scène de la notion d'humanité est particulièrement évolutive dans la compréhension de la notion de communauté internationale qui « comporte une dimension fluctuante au gré des événements »¹³³⁴.

B. La notion d'humanité : le dépassement idéal de l'état-centrisme

Faisant référence à l'ensemble du genre humain et à l'essence de son être¹³³⁵, l'humanité n'est pas, en réalité, une notion juridique. Elle ne prend un sens proprement juridique que dans deux concepts élaborés sur la philosophie qu'elle a véhiculée¹³³⁶. Il s'agit des concepts de « crimes contre l'humanité » et de « patrimoine commun de l'humanité ». En quête d'un possible dépassement de l'état-centrisme dans le concept de pouvoir de représentation au niveau mondial, on va s'intéresser particulièrement au deuxième qui constituera le fondement d'un mécanisme de gestion commune.

Selon R.-J. Dupuy, « l'avènement de l'humanité dans le droit des gens revêt un intérêt considérable »¹³³⁷. Construit traditionnellement « sur les rapports entre États, qu'ils se développent dans les connections occasionnelles du droit relationnel ou dans les structures des institutions », cet ordre juridique interétatique s'est vu ensuite transcendé par un « système nouveau [...] tend à régir des ressources au nom et pour le profit de l'humanité, globalement conçue »¹³³⁸ (2). Ainsi, il a été affirmé que, modifiant le sens du concept de communauté internationale, rivée originellement aux États, la notion d'humanité a élargi la perspective d'unité (1).

¹³³³ DUPUY (P.-M.), « L'unité de l'ordre juridique international... », op. cit., p. 264.

¹³³⁴ DUPUY (P.-M.), « La communauté internationale. Une fiction ? », op. cit., p. 375.

¹³³⁵ ABIKZHER (F.), *La notion juridique d'humanité*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2005, p. 20.

¹³³⁶ SALMON (J.) (sous dir.), *Dictionnaire de droit international public*, op. cit., p. 551.

¹³³⁷ DUPUY (R.-J.), *La communauté internationale entre le mythe et l'histoire*, op. cit., p. 159.

¹³³⁸ *Ibid.*

1. Une perspective d'unité élargie

La notion d'humanité a introduit une idée d'unité qui va au-delà de celle proposée par la notion de communauté internationale des États. Il est vrai que, notamment dans le cadre du concept de patrimoine commun de l'humanité, le thème d'humanité ajoute à la solidarité des peuples, avancée par la notion de communauté, une dimension à la fois transtemporelle et transpatiale¹³³⁹, qui permet de dépasser le strict cadre interétatique. R.-J. Dupuy affirme en effet que, par son caractère transtemporel, la notion d'humanité porte une « philosophie prospective » selon laquelle « chaque génération n'est pas à proprement parler propriétaire du patrimoine commun » dont l'usage ne lui est concédé que sous condition de garantir sa transmission aux générations futures¹³⁴⁰. Mais ce qui est important du point de vue d'une prise de conscience de l'unité au niveau mondial, c'est surtout le caractère transpatial du concept. Il est admis que le concept de patrimoine commun de l'humanité est porteur d'une idée d'universalité qui dépasse les frontières étatiques et suppose la participation non seulement des États mais de tous les composants de la communauté mondiale. À cet égard, l'humanité signifie, comme M. Bedjaoui le constate, « par-delà la communauté internationale des États, la communauté des peuples et des hommes »¹³⁴¹.

Ainsi, par rapport à la notion de communauté internationale, qui était une notion originellement état-centrique ne comprenant que les États comme constituants de cet ensemble, celle d'humanité ouvre une perspective plus large du point de vue des composants de cette unité. Dans le cadre de concepts de crimes contre l'humanité et de patrimoine commun de l'humanité, les règles coutumières, les conventions et les traités internationaux reconnaissent l'humanité comme sujet de droit international et lui accordent des droits¹³⁴². Concernant par exemple les ressources et les biens considérés faisant partie du patrimoine commun de l'humanité, celle-ci devient « possesseur d'un bien exploitable »¹³⁴³ et, par

¹³³⁹ Voir DUPUY (R.-J.), « La notion de patrimoine commun de l'humanité appliquée aux fonds marins », in *Droit et libertés à la fin du XXe siècle. Études offertes à C.-A. Colliard*, Pedone, Paris, 1984, pp. 197-205 ; DUPUY (P.-M.), KERBRAT (Y.), *Droit international public*, op. cit., p. 850.

¹³⁴⁰ DUPUY (R.-J.), *La communauté internationale entre le mythe et l'histoire*, op. cit., p. 169.

¹³⁴¹ Voir BEDJAOUI (M.), « L'humanité en quête de paix et de développement », op. cit., vol. 325, p. 505.

On doit toutefois noter qu'il existe encore des approches état-centriques qui considèrent que le mot « humanité », employé par exemple dans le concept de « patrimoine commun de l'humanité », « doit être entendu dans le sens de 'tous les États dans leur ensemble' ». Voir SCOVAZZI (T.), « La notion de patrimoine culturel de l'humanité dans les instruments internationaux », in *Le patrimoine culturel de l'humanité*, Nafziger J. A., Scovazzi T. (sous dir.), MNP, l'Académie de droit international de La Haye, 2008, p. 3.

¹³⁴² DUPUY (R.-J.), « La notion de patrimoine commun de l'humanité appliquée aux fonds marins », in *Droit et libertés à la fin du XXe siècle. Études offertes à C.-A. Colliard*, Pedone, Paris, 1984, pp. 197-205 ; SUCHARITKUL (S.), « Evolution continue d'une notion nouvelle : le patrimoine commun de l'humanité », in *International Law at a time of Perplexity. Essays in Honour of Shabtai Rosenne*, MNP, 1996, pp. 887-908.

¹³⁴³ SALMON (J.), *Dictionnaire du droit international public*, p. 810.

conséquent, titulaire des droits. Ainsi, les êtres humains deviennent le sujet central de ce *corpus juris* fondé sur la notion d'humanité¹³⁴⁴ et la compréhension de la communauté internationale se libère d'une vision exclusivement état-centrique.

Cependant, si la communauté internationale est désormais conçue d'une autre manière grâce au concept d'humanité, cela ne signifie pas pour autant que le « monde des États » a disparu. Certes, celui-ci perd du terrain, il perd certaines de ses caractéristiques mais il subsiste. Comme la logique de coopération n'a pas supprimé celle de coexistence, la logique intégratrice que cette notion d'humanité introduit comme une nouvelle dimension de la vie internationale vient se combiner avec la logique interétatique. Ainsi, dans une tension dialectique entre la logique interétatique, caractérisée par la rivalité traditionnelle des intérêts étatiques individualisés, et la logique intégratrice, exprimée par des notions comme communauté internationale et humanité, les deux mondes s'entremêlent sans vraiment substituer l'un à l'autre¹³⁴⁵. C'est également en ce sens qu'il faut comprendre quand P.-M. Dupuy écrit que les termes « société internationale », « communauté internationale » et « humanité » ne sont pas interchangeable et qu'ils « coexistent et rendent compte par leurs différences de principe de certaines des tensions majeures qui animent les systèmes politique et juridique internationaux actuels »¹³⁴⁶.

Sans s'y substituer ou la rendre désuète, le thème d'humanité a donc élargi encore la perspective ouverte par la notion de communauté internationale et modifié la compréhension de la notion de communauté internationale, qui ne sera plus pensée comme un ensemble exclusivement interétatique.

¹³⁴⁴ On peut en effet observer que les concepts juridiques qui ont été élaborés sur le fondement de la notion d'humanité, comme le concept de « crimes contre l'humanité » ou celui de « patrimoine commun de l'humanité », se focalisent particulièrement sur l'être humaine en tant que titulaire de droits et sujet de protection. Cependant, dans le cadre du concept de patrimoine commun de l'humanité, cette approche fondamentalement anthropologique a été critiquée par les éco-centriques qui défendent à juste titre que le patrimoine commun ne peut pas être réservé à la possession d'une seule espèce, à savoir l'être humain, de la vie écologique. Sur ce point, voir BAŞLAR (K.), *The Concept of Common Heritage of Mankind in International Law*, M. Nijhoff, 1998, p. 71 et 72.

¹³⁴⁵ DUPUY (R.-J.), « Le dédoublement du Monde », op. cit., p. 319. Dans le même sens voir DUPUY (P.-M.), « Humanité, communauté et efficacité du droit », op. cit., p. 134.

¹³⁴⁶ DUPUY (P.-M.), KERBRAT (Y.), *Droit international public*, op. cit., p. 849.

2. Un cadre de rapports juridiques internationaux « éclaté »

Selon P.-M. Dupuy, en « transcend[ant] toutes les structures, étatiques et interétatiques, pour embraser dans le temps comme dans l'espace tous les êtres humains », l'humanité est venue « éclater les cadres spatiaux et temporels dans lesquels s'étaient jusqu'ici pensé les rapports juridiques internationaux »¹³⁴⁷.

C'est notamment par la consécration du concept de patrimoine commun de l'humanité qu'il a été « donn[é] corps à cette idée proprement révolutionnaire »¹³⁴⁸. À cet égard, il a été défendu que « [l]e terme de 'commun', juxtaposé à 'l'humanité', suppose une communauté au-dessus de la souveraineté des États »¹³⁴⁹. En effet, la reconnaissance du concept de patrimoine commun de l'humanité a ouvert la porte au dépassement des « cadres traditionnelles du droit international et remet en cause [...] le principe de souveraineté des États »¹³⁵⁰. Il existe deux conséquences majeures de ce concept sur la logique interétatique. Premièrement, il remet en cause le principe de réciprocité¹³⁵¹. Corollaire naturel de la logique interétatique, le principe de réciprocité détermine la mise en œuvre des obligations internationales des États. Apparue avec les normes destinées à la protection des droits de l'homme, il existait déjà une tendance caractérisée par « l'extension des normes dont l'application échappe à la condition de réciprocité »¹³⁵². Cette tendance s'est vue encore renforcée par le concept de patrimoine commun de l'humanité. Ce dernier relève en effet des ressources naturelles et des biens dont la protection échappe à la réciprocité et engendre des obligations *erga omnes*¹³⁵³.

Deuxièmement, le concept de patrimoine commun de l'humanité remet en cause le principe de territorialité. Au début, ce concept est apparu comme le résultat d'un besoin de limiter l'extension des revendications souverainistes des États au détriment des intérêts communs de l'humanité dans des espaces inaccessibles auparavant, désormais devenues accessibles grâce aux progrès techniques et scientifiques. Mais aujourd'hui, il ne se limite pas qu'à la protection des espaces internationaux. Il s'étend désormais aux espaces nationaux.

¹³⁴⁷ DUPUY (P.-M.), « Humanité, communauté et efficacité du droit », op. cit., p. 136 et 138.

¹³⁴⁸ DAILLIER (P.), FORTEAU (M.), PELLET (A.), *Droit international public*, op. cit., p. 1350.

¹³⁴⁹ PAQUEROT (S.), « Les exigences de l'État de droit dans le concept de patrimoine commun de l'humanité : réflexion autour de la mise en représentation de la légitimité au plan international », in *Mondialisation et État de droit*, D. Mockle (sous la dir.), Bruylant, 2002, p. 324.

¹³⁵⁰ *Idem.*, p. 350. Dans le même sens voir également BACHELET (M.), *L'ingérence écologique*, op. cit., p. 277. Selon l'auteur, « la notion de patrimoine commun de l'humanité tempère incontestablement la notion de souveraineté au sens classique ».

¹³⁵¹ DUPUY (P.-M.), « Humanité, communauté et efficacité du droit », op. cit., p. 135 et s.

¹³⁵² *Idem.*, p. 136.

¹³⁵³ Pour une réflexion sur les obligations de cette nature en matière de l'environnement voir BACHELET (M.), *L'ingérence écologique*, op. cit., p. 292.

De ce fait, la protection internationale des ressources naturelles¹³⁵⁴, qui se trouvent sous la compétence nationale des États mais qui sont considérées comme faisant partie du patrimoine commun de l'humanité, suscite des réactions résistantes surtout chez les États en développement. Dans cette perspective, K. Baslar évoque l'exemple de la réaction brésilienne au sujet de l'Amazonie. S'opposant à l'internationalisation de cette zone, le Brésil défend que celle-ci serait contraire au principe de la souveraineté permanente sur les ressources naturelles et constituerait un retour à l'interventionnisme et au colonialisme¹³⁵⁵.

C'est d'ailleurs dans son rapport antagoniste avec le principe de la souveraineté territoriale que l'auteur considère le concept de patrimoine commun comme la négation de la souveraineté¹³⁵⁶. Il est évident qu'une confrontation est inévitable entre la défense des intérêts communs de l'humanité et la défense des intérêts particuliers des États fondée sur le principe de la souveraineté permanente sur les ressources naturelles. Mais dire que la protection des intérêts communs est contraire au principe de la souveraineté provient d'une vision de la souveraineté absolue, désormais dépassée. Le principe de la souveraineté permanente sur les ressources naturelles signifie que « chaque État décide en dernière instance et en toute indépendance du sort des ressources naturelles qui se trouvent sur son territoire »¹³⁵⁷. Mais ce pouvoir exclusif de la puissance publique « s'entend dans les limites du droit international » et « sous réserve des obligations envers les autres États », comme envers la communauté internationale dans son ensemble et l'humanité toute entière¹³⁵⁸.

En ce sens, on peut considérer qu'un droit fondé sur le concept de patrimoine commun de l'humanité constitue un des vecteurs du changement de la configuration état-centrique du droit international¹³⁵⁹ et d'une remise en cause du principe de la souveraineté des États. Cependant, on va voir que, dans la pratique, le principe de souveraineté, derrière lequel

¹³⁵⁴ Le constat sur la remise en cause de la territorialité se limite aux ressources naturelles, car pour ce qui concerne la protection du patrimoine culturel de l'humanité, le volontarisme est encore dominant. Sur ce point, voir FERCHICHI (W.), « La Convention de l'UNESCO concernant la protection du patrimoine mondial culturel et naturel », in *Le patrimoine culturel de l'humanité*, Nafziger J. A., Scovazzi T. (sous dir.), MNP, l'Académie de droit international de La Haye, 2008, p. 469 et s.

¹³⁵⁵ BAŞLAR (K.), *The Concept of Commun Heritage of Mankind in International Law*, op. cit., p. 130-131 et p. 140.

¹³⁵⁶ *Idem.*, p. 137 et s.

¹³⁵⁷ SALMON (J.) (sous dir.), *Dictionnaire de droit international public*, op. cit., p. 1046.

¹³⁵⁸ ABI-SAAB (G.), « La souveraineté permanente sur les ressources naturelles », in *Droit international, Bilan et perspectives*, M. Bedjaoui (sous dir.), Pedone, 1991, t. II, p. 642 et 643.

¹³⁵⁹ Affirmant l'émergence d'un droit global relatif à la gestion des patrimoines communs de l'humanité, K. Baslar arrive à la même conclusion en ce qui concerne l'apport de ce concept sur la configuration westphalienne du droit international. Voir BAŞLAR (K.), *The Concept of Commun Heritage of Mankind in International Law*, p. 117 et p. 374.

s'abritent les intérêts particuliers des États et leur hypocrisie, se présente encore comme l'obstacle le plus important devant le développement d'un droit et d'une institutionnalisation basés sur un tel concept unificateur¹³⁶⁰.

Paragraphe 2. Une gestion commune fondée sur le concept de patrimoine commun de l'humanité

Malgré la force des idées qu'expriment les notions de « communauté internationale » et d'« humanité », celles-ci ne modifient pas au fond les principes de représentation internationale, découlant de la configuration interétatique de l'ordre international. Pour aller au-delà de cet aspect uniquement substantiel des choses, il faut que ces idées soient concrétisées dans des structures institutionnelles agissant pour le compte et les intérêts de l'ensemble. À cet égard, le concept de patrimoine commun de l'humanité, dont « [l]a philosophie prospective [...] postule une conséquence décisive sur la nature de sa gestion »¹³⁶¹, offre une piste de pratiques très intéressante (A). Les particularités de ces espaces considérés comme faisant partie du patrimoine commun de l'humanité exigent qu'une approche sectorielle soit privilégiée. Conçue dans cette perspective, l'Autorité internationale des fonds marins en est l'illustration (B).

A. Un besoin de réglementation des espaces extraterritoriaux

Le Professeur A.-C. Kiss classe les types de patrimoine commun de l'humanité en deux catégories : les patrimoines communs de l'humanité « par affectation » et les patrimoines communs de l'humanité « par nature »¹³⁶². Selon cette classification, la première catégorie comprend des éléments qui se trouvent sous compétences étatiques mais qui sont protégés au nom de la communauté internationale et dans l'intérêt de l'humanité tout entière par des réglementations internationales, comme la Convention sur le patrimoine culturel¹³⁶³ et naturel ou les textes internationaux sur la protection des droits de l'homme. Quant à la deuxième, elle est constituée des espaces qui sont non-appropriables et exclus des juridictions nationales des

¹³⁶⁰ BAŞLAR (K.), *The Concept of Commun Heritage of Mankind in International Law*, p. 131 et s.

¹³⁶¹ DUPUY (R.-J.), *La communauté internationale entre le mythe et l'histoire*, p. 169.

¹³⁶² KISS (A.-C.), « La notion de patrimoine commun de l'humanité », RCADI, 1982, t. 175, pp. 225-232.

¹³⁶³ Pour une analyse approfondie sur le concept de patrimoine culturel de l'humanité et sa protection sur le plan international, voir NAFZIGER (J. A.), SCOVAZZI (T.) (sous dir.), *Le patrimoine culturel de l'humanité*, MNP, l'Académie de droit international de La Haye, 2008, 1118 p.

États, comme l'Antarctique, l'espace extra-atmosphérique, les grands fonds marins, la Lune. Ce sont donc des « espaces extraterritoriaux ». La gestion des éléments qui entrent dans la première catégorie étant laissée, dans le respect des réglementations internationales, aux États, c'est particulièrement concernant la deuxième catégorie des ressources et des biens appartenant au patrimoine commun de l'humanité qu'un besoin de gestion commune s'est manifesté.

La consécration de la notion d'humanité dans les régimes juridiques des espaces extraterritoriaux prend racine dans le procédé de l'internationalisation (1). Suivant un modèle d'internationalisation négative, ceux-ci ne proposent pas en principe un système de gestion commune. Toutefois, le régime juridique des grands fonds marins, fondé sur le concept de PCH, se distingue et constitue un exemple d'internationalisation positive que l'on peut qualifier de procédé de collectivisation (2).

1. L'internationalisation des espaces extraterritoriaux

L'internationalisation de certains espaces n'est pas étrangère à la communauté internationale. On peut notamment mentionner la haute mer dont le statut est établi depuis très long temps dans la pratique des États. Ce même procédé est ensuite suivi dans certains exemples d'internationalisation qui font explicitement référence à la notion d'humanité¹³⁶⁴. Toutefois, dans la plupart des cas des espaces internationalisés, il s'agit d'une internationalisation « négative »/« passive ». Ces régimes, reposant sur quelques principes simples comme la liberté d'accès et d'utilisation et l'égalité et la non-discrimination entre États, se contentent d'un encadrement normatif des activités des États en vue d'éviter les éventuels conflits entre eux.

Concernant spécifiquement les régimes juridiques des espaces internationalisés qui s'inscrivent explicitement dans la philosophie de patrimoine commun de l'humanité, on va examiner notamment le droit de l'espace extra-atmosphérique et le nouveau droit de la mer. Considérées en effet comme relevant du « domaine public international »¹³⁶⁵, l'exploitation et

¹³⁶⁴ Voir par exemple le préambule de la Convention sur la conservation de la faune et la flore marines de l'Antarctique, entrée en vigueur en 1982.

¹³⁶⁵ SINGH (N.), « Introduction. Le droit des espaces internationaux » in *Droit international, Bilan et perspectives*, M. Bedjaoui (rédacteur général), t. II, p. 879.

de l'exploration de ces espaces extraterritoriaux ont été consacrées dans des documents officiels et des traités.

Dans le cadre du droit de l'espace extra-atmosphérique, la référence à l'intérêt de l'humanité toute entière est faite, pour la première fois, dans le *Traité sur les principes régissant les activités des États en matière d'exploration et d'utilisation de l'espace extra-atmosphérique, y compris la Lune et les autres corps célestes* (ci-après *Traité*)¹³⁶⁶. Dans son Préambule et premier article, il a été clairement affirmé que l'exploration et l'utilisation de l'espace extra-atmosphérique, étant « l'apanage de l'humanité tout entière », « devraient s'effectuer pour le bien de tous les peuples, quel que soit le stade de leur développement économique et scientifique ». Mais, c'est notamment dans l'*Accord régissant les activités des États sur la Lune et les autres corps célestes*¹³⁶⁷ que le concept de patrimoine commun de l'humanité est explicitement mentionné. En effet, dans son article 11, il a été reconnu que « [l]a Lune et ses ressources naturelles constituent le patrimoine commun de l'humanité »¹³⁶⁸.

Quant au droit de la mer, le concept de patrimoine commun de l'humanité est expressément consacré dans le cadre de l'exploitation des fonds marins. Ce concept a été introduit pour la première fois dans un document officiel suite à la présentation de Arvid Pardo, ambassadeur de Malte, à l'Assemblée générale des Nations Unies. Cette présentation a donné lieu, le 17 décembre 1970, à l'adoption de la résolution 2749(XXV) dite *Déclaration des principes régissant le fond des mers et des océans, ainsi que leur sous-sol, au-delà des limites de la juridiction nationale*. Ces principes fondés sur le concept de patrimoine commun de l'humanité sont ensuite introduits dans la *Convention des Nations Unies sur le droit de la mer* de 1982 (ci-après *Convention*), plus particulièrement dans la partie XI de cette Convention. Dans cette partie, il a été opéré une délimitation géographique des grands fonds marins, appelée « la Zone » qui se trouve en dehors de toute compétence étatique. Toutes les activités qui y sont menées en vue de l'exploitation des ressources, non seulement dans l'intérêt des

¹³⁶⁶ Adopté le 19 décembre 1966 et entré en vigueur le 10 octobre 1967, ce traité fournit une base juridique générale pour les utilisations pacifiques de l'espace et constitue un cadre pour le développement du droit de l'espace. C'est une déclaration de l'Assemblée générale des Nations Unies qui a fourni les principes élaborés ensuite dans ce traité. Il s'agit de la *Déclaration des principes juridiques régissant les activités des États en matière d'exploration et d'utilisation de l'espace extra-atmosphérique*, adoptée le 13 décembre 1963 (Rés. 1962 (XVIII)).

¹³⁶⁷ Adopté le 5 décembre 1979, entré en vigueur le 11 juillet 1984.

¹³⁶⁸ L'article 11 de l'Accord.

États mais de « l'humanité tout entière »¹³⁶⁹, sont régies par les dispositions de cette Convention.

2. Un procédé de collectivisation

Dans ces documents destinés à une gestion raisonnable et responsable des ressources considérées comme faisant partie du patrimoine commun de l'humanité, un certain nombre de principes ont été élaborés. Ces principes fondamentaux et caractéristiques du concept de patrimoine commun de l'humanité, sont considérés désormais comme faisant partie du droit positif. Il s'agit notamment des principes de non-appropriation¹³⁷⁰ (art. 137 de la Convention et art. 2 du Traité), de l'utilisation pacifique (art. 141 de la Convention et art. 3 et 4 du Traité), d'une exploitation rationnelle dans l'intérêt de l'humanité (art. 140/1 de la Convention et art. 1 du Traité) et du partage équitable des bénéfices et des charges (art. 140/2 de la Convention)¹³⁷¹.

Parmi ces principes, on peut constater que les trois premiers n'impliquent qu'une obligation de coopération entre les États en vue d'une utilisation dans l'intérêt de tous les peuples. Établi notamment dans le cadre du traité sur l'exploitation et l'exploration de l'espace extra-atmosphérique, ce système n'exige qu'une coordination et coopération des États en vue d'un accès égal et pacifique pour tous. Ce modèle correspond à une internationalisation négative.

¹³⁶⁹ L'article 140, paragraphe 1 de la Convention.

¹³⁷⁰ Le principe de non-appropriation exclut non seulement toute revendication de la souveraineté et de l'usage exclusive d'un ou plusieurs États sur ces ressources naturelles mais aussi l'idée d'une appropriation commune. Le patrimoine commun ne signifie pas la propriété commune. K. Baslar emploie, à cet égard, le mot « *stewardship* » pour définir la relation qui existe entre le patrimoine commun et les États, ou plus généralement la génération actuelle qui en font l'usage. Selon lui, la génération actuelle n'est pas la propriétaire du patrimoine commun mais seulement son intendant. Voir BAŞLAR (K.), *The Concept of Common Heritage of Mankind in International Law*, op. cit., p. 139.

D'ailleurs, une approche semblable fut même développée pour les ressources naturelles nationales. Selon cette approche, l'État qui dispose d'une souveraineté permanente sur les ressources naturelles qui se trouvent sur son territoire n'est pas véritablement le propriétaire de celles-ci. Ayant le droit de les utiliser et de les exploiter, l'État n'est que bénéficiaire des richesses qui proviennent de ces ressources naturelles. Voir ABI-SAAB (G.), « La souveraineté permanente sur les ressources naturelles », op. cit., p. 646.

¹³⁷¹ Ces quatre principes sont communément cités dans la doctrine. Voir DAILLIER (P.), FORTEAU (M.), PELLET (A.), *Droit international public*, op. cit., p. 1351 et 1353. LEVY (J.-P.), *Le destin de l'Autorité internationale des fonds marins*, Pedone, 2002, p. 13. PINTO (M.C.W.), « 'Common Heritage of Mankind' : From Metaphor to Myth, and the Consequences of Constructive Ambiguity », in *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century, Essays in Honour of K. Skubiszewski*, Kluwer Law International, 1996, p. 254. Pour une analyse détaillée de ces éléments essentiels du concept voir BAŞLAR (K.), *The Concept of Common Heritage of Mankind in International Law*, op. cit., pp. 79-111.

Alors que, dans le cas des fonds marins, il s'agit d'une internationalisation « positive », supposant la création des mécanismes destinés à la réglementation et à la gestion communes des espaces considérés comme patrimoine commun de l'humanité¹³⁷². En effet, mentionné uniquement dans le cadre du droit de la mer concernant la « Zone », le dernier principe s'inscrit dans une dynamique qui reflète la tendance à la « collectivisation ». Par rapport à une simple internationalisation, cette collectivisation de la gestion est très importante pour un partage équitable. Car, en raison des écarts économiques et technologiques entre les États, un système de libre accès et soi-disant égalitaire de « chacun pour soi » ne pourra pas effacer les inégalités entre États pour l'accès à ces zones extraterritoriales. Ainsi, s'appuyant sur un système de « partage équitable des bénéfices et des charges » qui nécessite l'établissement d'un mécanisme de gestion et de réglementation communes au niveau international, la gestion de la « Zone » a été laissée à une institution internationale indépendante dite « l'Autorité internationale des fonds marins »¹³⁷³.

Proposant donc une solution de synthèse entre la tendance à l'individualisation et à la conquête de l'espace et la tendance à l'internationalisation de celui-ci pour permettre à un libre usage de tous, le choix d'une gestion commune, fondée sur le concept de PCH, consiste, selon le mot de P.-M. Dupuy, « à récupérer les vertus de l'affectation patrimoniale en les liant à la réalisation du bien collectif »¹³⁷⁴. Dans cet exemple de collectivisation, on assiste ainsi à un passage d'une conception classique du droit international, « qui se veut plus neutre d'un droit relationnel tendant à la coordination des souverainetés » à une « conception moderne, plus engagé, d'un droit institutionnel tendant à un dépassement des souverainetés »¹³⁷⁵.

¹³⁷² Voir DUPUY (P.-M.), KERBRAT (Y.), *Droit international public*, op. cit., p. 850 ; DAILLIER (P.), FORTEAU (M.), PELLET (A.), *Droit international public*, op. cit., p. 1351. Pour souligner la différence entre une internationalisation négative et une internationalisation positive, on peut également distinguer le statut juridique des ressources naturelles provenant des espaces internationaux. Dans les deux hypothèses, l'espace est non-appropriable en raison de leur statut international. Mais pour la première, les ressources naturelles sont appropriables par ceux qui les ont soustraites. La seule restriction à l'utilisation et à l'exploitation est l'intérêt de l'humanité tout entière. Alors que dans le cas d'une internationalisation positive, les ressources naturelles provenant des espaces considérés comme patrimoine commun de l'humanité sont la propriété de l'humanité. Ce qui implique une gestion commune et redistributrice au niveau international. Sur ce point, voir COMABACAU (J.) SUR (S.), *Droit international public*, op. cit., p. 408 et 450.

¹³⁷³ LEVY (J.-P.), *Le destin de l'Autorité internationale des fonds marins*, op. cit., p. 9.

¹³⁷⁴ DUPUY (P.-M.), KERBRAT (Y.), *Droit international public*, op. cit., p. 808.

¹³⁷⁵ MAHIOU (A.), « Introduction. Le paradigme de la codification », op. cit., p. 53.

B. Une tentative d'institutionnalisation supranationale : l'Autorité internationale des fonds marins

L'Autorité internationale des fonds marins (ci-après *l'Autorité*) est la seule institution internationale qui repose explicitement sur le concept de patrimoine commun de l'humanité et qui est censée agir dans l'intérêt de l'humanité tout entière¹³⁷⁶. Il s'agit, certes, d'une institution instaurée par les États, mais adhérant à une vision élargie par la notion d'humanité, ses buts vont au-delà des intérêts nationaux. Fondée donc sur une philosophie supranationale, le fonctionnement de cette organisation dépasse le cadre interétatique classique (1).

Toutefois, on doit admettre que les États, attachés à l'horizontalité des rapports interétatiques consolidée par le principe de la souveraineté des États, ne manifestent pas beaucoup d'enthousiasme au sujet des organismes supranationaux. Tout en reconnaissant qu'il existe un bien collectif à respecter, les États, toujours à la poursuite de leurs intérêts propres, recherchent pourtant à réaliser ce bien collectif par d'autres voies, moins ouvertement contraires à ceux-ci¹³⁷⁷ (2).

1. Un modèle fondé sur une philosophie supranationale

L'Autorité est le « prototype » organique d'une structure basée sur la notion d'humanité¹³⁷⁸. Elle « est la seule institution opérationnelle existante qui doit gérer au profit des générations présentes et futures une partie de notre planète, un espace, qui a été déclaré 'Patrimoine Commun de l'Humanité' »¹³⁷⁹. Avec cet exemple d'institutionnalisation, la notion d'humanité, déjà titulaire des droits, prend corps¹³⁸⁰ et devient « un sujet actif, doté de la capacité de les mettre en œuvre »¹³⁸¹.

Bien qu'elle soit « une organisation intergouvernementale au plein sens du terme »¹³⁸², l'Autorité se distingue des autres organisations internationales par ses « caractéristiques particulièrement originales »¹³⁸³. Elle se distingue d'abord par quelques caractéristiques

¹³⁷⁶ L'article 137, par. 2 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982.

¹³⁷⁷ DELMAS-MARTY (M.), *Les forces imaginantes du droit I. Le relatif et l'universel*, op. cit., p. 92.

¹³⁷⁸ DUPUY (P.-M.), « Humanité, communauté et efficacité du droit », op. cit., p. 133.

¹³⁷⁹ LEVY (J.-P.), « La première décennie de l'Autorité internationale des fonds marins », *RGDIP*, 2005, p. 102.

¹³⁸⁰ DAILLIER (P.), FORTEAU (M.), PELLET (A.), *Droit international public*, op. cit., p. 1350.

¹³⁸¹ DUPUY (P.-M.), « Humanité, communauté et efficacité du droit », op. cit., p. 137.

¹³⁸² Voir « Structure et fonctionnement », Brochures techniques sur les activités de l'AIFM, p. 1. Elle est accessible sur son site internet : <http://www.isa.org.jm/fr/documents/technical>.

¹³⁸³ LEVY (J.-P.), *Le destin de l'Autorité internationale des fonds marins*, op. cit., p. 14.

structurelles et fonctionnelles (a). Mais elle mérite cet adjectif « supranational », surtout en raison du système de partage sur lequel elle est fondée (b).

a. Une philosophie supranationale qui marque la structure et les fonctions de l'Autorité

Il est certain que la structure institutionnelle de l'Autorité est peu différente d'une organisation internationale classique. Néanmoins, elle reflète des caractéristiques très significatives et importantes qui dévoilent la philosophie supranationale sur laquelle elle est fondée. On peut constater tout d'abord que, par rapport à une organisation internationale classique, les critères de participation au processus décisionnel sont assouplis afin de rassembler un maximum d'opinions et de permettre à tous les États, y compris les États observateurs¹³⁸⁴, de prendre part à toutes les délibérations et à l'élaboration des projets de textes¹³⁸⁵. Ainsi, malgré sa composition interétatique qui reflète bien l'idée selon laquelle l'État est assimilé à l'unique représentation légitime des intérêts de l'humanité au niveau international¹³⁸⁶, on y voit bien la volonté de sortir du cadre classique de relations réciproques pour arriver à un système consensuel. Mais du point de vue de sa nature supranationale, la caractéristique structurelle la plus importante de cette institution est qu'elle comprend un organe chargé de l'exploitation minière des fonds marins : l'Entreprise. Cet organe est chargé de mener des activités d'exploration et d'exploitation des gisements minéraux des fonds marins pour le compte de la communauté internationale.

L'Autorité se distingue également d'autres institutions intergouvernementales classiques par l'authenticité de sa compétence¹³⁸⁷ et par ses pouvoirs uniques¹³⁸⁸. D'abord, la compétence de l'Autorité est exclusive. Elle s'exerce sur un vaste espace dans lequel aucun pouvoir souverain de nature étatique n'existe. Sur cet espace dont la gestion lui a été exclusivement

¹³⁸⁴ C'est une organisation à vocation universelle qui rassemble la grande majorité d'États. Elle a 161 États membres et 37 États observateurs (7 octobre 2010).

¹³⁸⁵ Voir « Structure et fonctionnement », Brochures techniques sur les activités de l'AIFM, p. 3. Elle est accessible sur son site internet : <http://www.isa.org.jm/fr/documents/technical>

¹³⁸⁶ Cette référence à l'intérêt de tous les États, assimilé à celui de l'humanité tout entière, est faite encore plus clairement dans le *Traité sur les principes régissant les activités des États en matière d'exploitation et d'utilisation de l'espace extra-atmosphérique*. Son premier article expose « le bien » et « l'intérêt de tous les pays » comme l'objectif à suivre dans l'exploration et l'utilisation de l'espace extra-atmosphérique, y compris la Lune et les autres corps célestes.

Cette assimilation n'est pas vraiment surprenante dans la mesure où les États monopolisent toujours, directement ou à travers des organisations internationales, la composition structurelle et organique de la communauté internationale.

¹³⁸⁷ Voir DUPUY (P.-M.), KERBRAT (Y.), *Droit international public*, op. cit., p. 854.

¹³⁸⁸ Voir KISS (A.-C.), « La notion de patrimoine commun de l'humanité », op. cit., p. 214.

réservée, « elle se voit ainsi conférée une sorte de *dominium* » pour les activités et les sujets qui entrent dans son domaine de compétence. Ensuite, la compétence de l'Autorité est directe et immédiate. Elle contrôle toutes les activités des opérateurs dans la Zone sans l'entremise de leurs États nationaux. Et enfin, la compétence de l'Autorité est opérationnelle. Elle est dotée de larges pouvoirs de décision. Selon ce régime, une activité ne peut légalement être entreprise qu'après la signature d'un contrat entre l'entité intéressée et l'Autorité. Il incombe au Conseil, l'organe exécutif de l'Autorité, de fixer les clauses des contrats, d'approuver les demandes, de superviser l'exécution des contrats, et d'établir les normes environnementales et autres.

Ce régime, qui est « proprement révolutionnaire au regard des règles habituelles du droit international »¹³⁸⁹, prévoit donc un système d'arrangements conjoints entre des sujets de trois différents niveaux. Il y a d'abord l'Autorité, placée au niveau supranational, puis les États membres et les personnes relevant de leurs ordres juridiques internes¹³⁹⁰. Ainsi, se proposant comme une forme de coopération horizontale, et non plus verticale¹³⁹¹, elle « s'affirme [...] comme une organisation proprement 'supra-nationale' » sur le plan mondial¹³⁹².

b. Un système de partage établi sur le concept de patrimoine commun de l'humanité

Il a été reconnu qu'une réalisation effective du concept de patrimoine commun de l'humanité, fondé sur un système de partage, n'est possible qu'à travers la mise en place d'un mécanisme de nature supranationale qui pourra l'assurer et la veiller. En effet, ce concept nécessite premièrement une gestion globale, détachée des intérêts individualisés des États¹³⁹³. Une organisation classique de nature interétatique ne serait certainement pas suffisamment autonome pour mettre en œuvre de manière indépendante une politique d'exploitation et de préservation et s'opposer, le cas échéant, à la volonté de ces États membres. Deuxièmement, une institution classique, fondée sur le principe d'égalité entre ses États, ne pourra pas garantir le partage équitable des bénéfices. En effet, l'application stricte d'un concept d'égalité formelle, qui se contentera de rappeler le principe de libre accès pour tous et sans

¹³⁸⁹ MAHIOU (A.), « Introduction. Le paradigme de la codification », op. cit., p. 54.

¹³⁹⁰ Voir la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, Annexe III, art. 4.

¹³⁹¹ KISS (A.-C.), « La notion de patrimoine commun de l'humanité », op. cit., p. 241.

¹³⁹² DUPUY (P.-M.), KERBRAT (Y.), *Droit international public*, op. cit., p. 854. Dans le même sens voir, DUPUY (R.-J.), « Réflexions sur le patrimoine commun de l'humanité », *Droits*, 1985, p. 68.

¹³⁹³ BAŞLAR (K.), *The Concept of Commun Heritage of Mankind in International Law*, op. cit., p. 91 et s.

discrimination¹³⁹⁴, ne prendra pas en compte les inégalités réelles entre les pays¹³⁹⁵, alors qu'une égalité formelle n'a de sens que s'il y a une égale opportunité. Une simple liberté d'accès à des ressources communes ne signifie pas que leurs bénéfices seront distribués équitablement entre les différentes composantes de la communauté internationale. Un partage des bénéfices ne peut être équitable que si les États disposent tous des mêmes conditions d'accès. Or, ce n'est pas le cas pour la plupart des pays qui ne disposent pas de moyens techniques et économiques.

Pour garantir un partage équitable, il faut donc soit un système de gestion et d'exploitation communes à tous, soit un transfert de connaissance technique et scientifique vers ceux qui en manquent pour que cette liberté d'accès ait un sens. Le régime établi par la partie XI de la Convention prévoit à la fois ces deux solutions. D'une part, l'Autorité se voit dotée d'un organe chargé directement de l'exploitation de la Zone dans l'intérêt de l'humanité et au nom de toute la communauté internationale, et d'autre part, la Convention prévoit un partage de connaissance technique et scientifique entre les pays industrialisés et les pays en développement.

C'est effectivement en ce sens qu'il a été considéré que les pouvoirs de l'Autorité dépassent le simple objectif de co-gestion des ressources communes pour s'étendre à des objectifs sur l'équilibre de l'économie mondiale et son développement harmonieux. Sur le plan économique, elle dispose, au nom de la communauté internationale, de l'usufruit des biens extraits des ressources considérées comme patrimoine commun de l'humanité dont elle garantit le partage équitable entre les pays. En vertu de l'article 82 de la Convention, par exemple, tout État qui n'est pas un État en développement importateur d'un minéral extrait de son plateau continental doit « acquitte[r] des contributions en espèces ou en nature au titre de l'exploitation des ressources non biologiques du plateau continental au-delà de 200 milles marins ». Selon le même article, « [c]es contributions s'effectuent par le canal de l'Autorité, qui les répartit entre les États Parties selon des critères de partage équitables, compte tenu des intérêts et besoins des États en développement, en particulier des États en développement les moins avancés ou sans littoral ».

¹³⁹⁴ Concernant d'autres exemples de réglementation des espaces extraterritoriaux, on s'est en effet contenté de rappeler et de privilégier ce principe d'égalité. Voir par exemple l'article 1 du traité de 1967 *sur les principes régissant les activités des États en matière d'exploitation et d'utilisation de l'espace extra-atmosphérique*.

¹³⁹⁵ Voir MERCURE (P.-F.), *L'évolution du concept de patrimoine commun de l'humanité appliqué aux ressources naturelles*, Presses universitaires du Septentrion, 1999, p. 75 et PAQUEROT (S.), « Les exigences de l'État de droit dans le concept de patrimoine commun de l'humanité... », op. cit., p. 326.

En ce qui concerne le développement harmonieux de la communauté internationale, on peut citer l'article 144 de la Convention qui exige le transfert des techniques et des connaissances scientifiques aux pays en développement et à l'Entreprise pour assurer une répartition équitable des avantages et leur utilisation dans l'intérêt de l'humanité tout entière. De la même manière, l'article 150 prévoit des mesures compensatrices en faveur des pays en développement. Selon cet article, l'Autorité doit mener ses activités « de manière à favoriser le développement harmonieux de l'économie mondiale et l'expansion équilibrée du commerce international, à promouvoir la coopération internationale aux fins du développement général de tous les pays, et spécialement les États en développement ». Pour atteindre ces objectifs, l'Autorité doit prendre, selon l'article 151-1/a, « les mesures nécessaires pour favoriser la croissance, le fonctionnement efficace et la stabilité des marchés pour les produits de base tirés des minéraux provenant de la Zone, à des prix rémunérateurs pour les producteurs et justes pour les consommateurs ». Toujours dans le même objectif, l'article 152 de la Convention prévoit que, même si l'Autorité doit exercer ses pouvoirs et fonctions sans discrimination entre États, elle peut accorder une attention particulière aux États en développement et géographiquement désavantagés.

Considéré par certains comme un marque du « socialisme mondial »¹³⁹⁶, ce régime de partage prévu par la partie XI de la Convention, n'a absolument pas plu aux pays industrialisés, surtout aux États-Unis, qui souhaitent garder jalousement leurs avantages économiques et scientifiques et qui voulaient un système plus souple d'administration des ressources des grands fonds marins.

2. Le triomphe de l'interétatisme

On avait constaté que, attachés à leur souveraineté et à la poursuite de leurs propres intérêts, les États ne manifestent pas beaucoup d'enthousiasme au sujet d'organismes supranationaux. En fait, la politique des États au sujet d'organismes supranationaux diverge selon le sujet en cause et en fonction de leur capacité économique, scientifique ou politique dans des domaines concernés.

Concernant l'exploitation des fonds marins, les pays en développement étaient très favorables à l'établissement des mécanismes supranationaux en vue de contrebalancer leur incapacité

¹³⁹⁶ BAŞLAR (K.), *The Concept of Commun Heritage of Mankind in International Law*, op. cit., p. 212.

matérielle. C'est pourquoi, ils souhaitaient que le régime juridique établi dans le cadre de la Convention sur le droit de la mer entre en vigueur et que l'Autorité, telle qu'elle y est conçue, voie le jour. Alors que les pays en développement étaient « partisans d'une organisation très forte dotée de pouvoirs autonomes de réglementation et de gestion », les pays industrialisés se sont opposés à cette idée pour ne pas perdre à la fois la possibilité d'exploiter librement le fond des mers et le contrôle des activités de l'Autorité¹³⁹⁷. En effet, dotés d'une capacité économique et technique suffisante, les pays industrialisés sont plus attachés à leur liberté en vue de profiter au maximum et librement de ces ressources. Ainsi, par leur politique de non-ratification de la Convention et leur recherche de régulation de l'exploitation des fonds marins par des actes bi- et unilatéraux¹³⁹⁸, ils ont très vite montré qu'ils n'étaient pas d'accord sur un tel système de partage¹³⁹⁹. Partant d'une « conception libérale »¹⁴⁰⁰ du concept de patrimoine commun de l'humanité, ils considéraient en effet que ce régime de transfert établi par la Convention était onéreux et désavantageux pour eux¹⁴⁰¹.

Dépourvus de capacités économique et technique nécessaires à l'exploitation des ressources se trouvant dans cette zone, les autres pays n'étaient pas en mesure d'imposer leurs positions aux pays industrialisés¹⁴⁰². Ainsi, ils se sont vus dans l'obligation de céder face à leurs exigences et d'accepter la modification de cette partie de la Convention par l'Accord de New York de 1994. Dans le préambule de cet accord, ce remaniement a été justifié par des « changements politiques et économiques ».

¹³⁹⁷ DUPUY (P.-M.), KERBRAT (Y.), *Droit international public*, op. cit., p. 853 et 854.

¹³⁹⁸ MERCURE (P.-F.), *L'évolution du concept de patrimoine commun de l'humanité...*, op. cit., p. 133 et s. Voir également BAŞLAR (K.), *The Concept of Commun Heritage of Mankind in International Law*, op. cit., p. 213 et 214.

¹³⁹⁹ Cette divergence de politique est également visible pour des accords internationaux qui posent un encadrement normatif en vue de limiter et contrôler les activités des États dans d'autres domaines relevant du PCH. Par exemple, on peut également mentionner le traité sur la Lune que les puissances spatiales refusent toujours de signer pour des raisons identiques. Sur les réactions défavorables de ces États concernant le traité sur la Lune, voir MERCURE (P.-F.), *L'évolution du concept de patrimoine commun de l'humanité...*, op. cit., p. 71 et s.

¹⁴⁰⁰ Elle repose sur le principe de libre accès et la doctrine de « laissez-faire ». Cette conception libérale permet en effet aux pays industrialisés de défendre mieux leurs intérêts nationaux dans un monde qui se trouve déjà sous leur hégémonie économique. Voir BAŞLAR (K.), *The Concept of Commun Heritage of Mankind in International Law*, op. cit., p. 126. Voir également PAQUEROT (S.), « Les exigences de l'État de droit dans le concept de patrimoine commun de l'humanité... », op. cit., p. 333.

¹⁴⁰¹ Sur cette politique réticente des États-Unis voir BAŞLAR (K.), *The Concept of Commun Heritage of Mankind in International Law*, op. cit., pp. 124-129.

¹⁴⁰² Ces affrontements entre les pays en développement et les pays industrialisés s'étaient déjà dévoilés lors des conférences de préparation de la Convention sur le droit de la mer. Sur ce sujet, voir PINTO (M. C. W.), « 'Common Heritage of Mankind' : From Metaphor to Myth, and the Consequences of Constructive Ambiguity », p. 258 et s.

Cet Accord a apporté « des régressions significatives aux plans institutionnel et matériel »¹⁴⁰³. Le premier changement significatif concerne le mode de prise de décision au sein des organes de l'Autorité. Bien que ces organes aient toujours le droit de prendre des décisions à la majorité des voix¹⁴⁰⁴, il a été prévu en vertu de la section 3, par. 2 de l'Accord qu'« [e]n règle générale, les organes de l'Autorité s'efforcent de prendre leurs décisions par consensus ». Cette règle de consensus est établie, sans doute, dans le souci de parvenir à des solutions satisfaisantes pour tous les groupes d'États, notamment pour celui de pays industrialisés qui craignaient de se voir imposer une décision prise par la grande majorité des pays en développement¹⁴⁰⁵.

Le deuxième changement important apporté par cet Accord est le renforcement du rôle du Conseil. Alors que selon l'article 160/1 de la Convention, l'Assemblée générale, organe suprême de l'organisation, est dotée du pouvoir d'arrêter les politiques générales de l'Autorité, après l'Accord de 1994 ce pouvoir est partagé avec le Conseil (section 3, par. 1 de l'Accord). À travers ce renforcement du rôle du Conseil, c'est, en réalité, le rôle des pays industrialisés qui est assuré. Constitué en effet des chambres de groupes d'États représentant différents intérêts particuliers, le Conseil fonctionne désormais dans un système qui permet aux pays industrialisés de contrôler et d'empêcher, le cas échéant, la prise d'une décision qui risque d'aller à l'encontre de leurs intérêts par le système de veto¹⁴⁰⁶. Il a été considéré que cet amendement, qui renforce ainsi le poids des pays industrialisés dans le mécanisme de prise de décision, privilégie une gestion non plus égalitaire mais « oligarchique »¹⁴⁰⁷. En tout cas, la gestion de l'organisation, dont le caractère supranational est considérablement modéré¹⁴⁰⁸, est devenue moins autoritaire et externe pour les États.

Le rôle du Conseil est également renforcé face à l'Entreprise¹⁴⁰⁹. Après l'Accord de 1994, ce véritable mécanisme économique et industriel de philosophie supranationale a pratiquement

¹⁴⁰³ PAQUEROT (S.), « Les exigences de l'État de droit dans le concept de patrimoine commun de l'humanité... », op. cit., p. 347.

¹⁴⁰⁴ Selon l'art. 159 de la Convention, une majorité des deux tiers est requise pour les questions de fond.

¹⁴⁰⁵ Dans la brochure explicative des activités de l'Autorité, il est affirmé que « jusqu'à présent, le Conseil a réussi à prendre toutes ses grandes décisions par consensus, notamment à la faveur de compromis entre États ayant des vues divergentes sur la façon dont l'Autorité devrait contrôler les activités des contractants. » Voir « Structure et fonctionnement », Brochures techniques sur les activités de l'AIFM, p. 3. Elle est accessible sur son site internet : <http://www.isa.org.jm/fr/documents/technical>.

¹⁴⁰⁶ LEVY (J.-P.), *Le destin de l'Autorité internationale des fonds marins*, op. cit., p. 145 et 146.

¹⁴⁰⁷ PAQUEROT (S.), « Les exigences de l'État de droit dans le concept de patrimoine commun de l'humanité... », op. cit., p. 338.

¹⁴⁰⁸ DUPUY (P.-M.), KERBRAT (Y.), *Droit international public*, op. cit., p. 854.

¹⁴⁰⁹ Pour les conséquences institutionnelles de l'Accord de 1994 sur les fonctions de l'Entreprise voir LEVY (J.-P.), *Le destin de l'Autorité internationale des fonds marins*, op. cit., p. 148 et PINTO (M. C. W.), « 'Common

disparu et son avenir est devenu incertain. D'abord ses fonctions sont transférées au Secrétariat de l'Autorité « jusqu'à ce que celle-ci commence à fonctionner indépendamment du Secrétariat » (Section 2, par. 1 de l'Accord). Ensuite, elle est vidée de toute réalité économique par la suppression de l'obligation des États membres de financer l'Entreprise (Section 2, par. 3) et de lui transférer des techniques (Section 3, par. 1/a). L'Entreprise perd enfin son indépendance et autonomie. Elle ne peut réaliser des opérations d'exploitation que dans le cadre d'entreprises conjointes et coopératives qui nécessitent désormais l'approbation du Conseil (Section 2, par. 2). Ainsi, la capacité opérationnelle de l'Entreprise, ainsi que son autonomie sur le plan surtout matériel, se trouvent considérablement réduites¹⁴¹⁰.

L'Accord de 1994 a donc complètement vidé de sens les mesures compensatrices prévues en faveur des pays en développement et à travers l'Entreprise et, ainsi, ignoré la finalité de partage équitable¹⁴¹¹. Les modifications apportées par cet Accord, considéré comme le « triomphe du libéralisme », sont d'ordre économique et politique¹⁴¹² et reflètent bien les lois du marché libéral où les opérateurs sont jaloux de leurs connaissances techniques et scientifiques et de leur capacité économique. Ainsi, « les idées d'économie dirigée, de centralisme, de supranationalisme qui prévalaient lors de l'élaboration du régime ont été remplacés par les approches libérales de l'économie de marché ainsi que par la réaffirmation des pouvoirs étatiques »¹⁴¹³.

Après l'Accord de 1994, l'Autorité a largement perdu de son autonomie en matière de gestion et de sa capacité d'exploitation. La prise de décision au sein de cette institution est devenue particulièrement favorable aux grands pays industrialisés¹⁴¹⁴. À cet égard, cet Accord constitue un recul de la vision collectiviste fondée sur le concept de patrimoine commun de l'humanité. En effet, selon R.-J. Dupuy, si la Partie XI de la Convention était un succès pour les pays en développement qui espéraient « récupérer l'héritage », l'Accord de 1994 constitue

Heritage of Mankind' :From Metaphor to Myth, and the Consequences of Constructive Ambiguity », op. cit., p. 264.

¹⁴¹⁰ PAQUEROT (S.), « Les exigences de l'État de droit dans le concept de patrimoine commun de l'humanité... », op. cit., p. 342.

¹⁴¹¹ *Idem.*, p. 336 et 341.

¹⁴¹² Voir BAŞLAR (K.), *The Concept of Commun Heritage of Mankind in International Law*, op. cit., p. 216 et s. ; MERCURE (P.-F.), *L'évolution du concept de patrimoine commun de l'humanité appliqué aux ressources naturelles*, op. cit., p. 143 et s. et PAQUEROT (S.), « Les exigences de l'État de droit dans le concept de patrimoine commun de l'humanité... », op. cit., p. 342 et s.

¹⁴¹³ LEVY (J.-P.), *Le destin de l'Autorité internationale des fonds marins*, op. cit., p. 143.

¹⁴¹⁴ LEVY (J.-P.), « La première décennie de l'Autorité internationale des fonds marins », op. cit., p. 122.

une « récupération du concept [de patrimoine commun de l'humanité] par les grandes puissances »¹⁴¹⁵.

Cela étant, le regard des États sur l'Autorité n'est pas toujours cohérent. Après dix ans d'existence, J.-P. Lévy constatait en 2005, que si, d'une part, les États ne souhaitent pas « permettre à l'Autorité d'être très active afin d'éviter qu'elle se lance dans des opérations onéreuses, qui en outre risqueraient de porter préjudice aux initiatives nationales, [...] d'autre part, ils tiennent à ce qu'elle survive et soit efficace afin d'offrir éventuellement à l'avenir une solution à certains problèmes émergents »¹⁴¹⁶. En effet, l'auteur conclut que, compte tenu de nouvelles découvertes dans le domaine des ressources biologiques exploitables dans la Zone et des compétences de l'Autorité dans la gestion et la protection de ces ressources, il est fort probable que l'Autorité joue un rôle important à l'avenir¹⁴¹⁷.

Pour l'instant, on peut constater que la rivalité entre les intérêts particuliers des États, qui s'abritent derrière le principe de la souveraineté, demeure encore comme un obstacle devant une telle institutionnalisation¹⁴¹⁸. Conscients de leur supériorité économique et technique, c'est surtout les grandes puissances qui s'y opposent en souhaitant soit le maintien du *statu quo*¹⁴¹⁹, soit un mécanisme « maîtrisable » par eux qui prendra en compte et protégera leurs intérêts¹⁴²⁰.

Ce triomphe de l'interétatisme a malheureusement justifié le propos de certains auteurs, notamment d' A.-C. Kiss, qui qualifiaient le concept de patrimoine commun de l'humanité

¹⁴¹⁵ Voir DUPUY (R.-J.), « Réflexions sur le patrimoine commun de l'humanité », op. cit., p. 65.

¹⁴¹⁶ LEVY (J.-P.), « La première décennie de l'Autorité internationale des fonds marins », op. cit., p. 103.

¹⁴¹⁷ *Idem.*, p. 121.

¹⁴¹⁸ BAŞLAR (K.), *The Concept of Commun Heritage of Mankind in International Law*, op. cit., p. 376 et s.

¹⁴¹⁹ Par le *statu quo*, on entend le maintien de la logique interétatique, c'est-à-dire une internationalisation « négative », caractérisée par le principe de libre accès aux ressources naturelles et le principe d'égalité et de non-discrimination entre États. La réglementation de l'espace extra-atmosphérique constitue à cet égard un bon exemple. Alors que le traité de 1967 *sur les principes régissant les activités des États en matière d'exploration et d'utilisation de l'espace extra-atmosphérique, y compris la Lune et les autres corps célestes* constitue un succès en raison de l'adhésion d'une grande majorité des États, surtout des grandes puissances, il n'en est pas ainsi pour l'Accord de 1979 *régissant les activités des États sur la Lune et les autres corps célestes*. La cause de cette impopularité chez les États est sans doute le nouveau statut des ressources naturelles provenant de la Lune qui sont désormais considérées comme patrimoine commun de l'humanité (art. 11/1), ce qui empêche qu'elles soient exploitées librement par les États. Voir AKBAR (S.), « La lune, patrimoine commun de l'humanité ? », Note de l'IFRI, déc. 2006, www.ifri.org/downloads/akbar1206.pdf.

¹⁴²⁰ L'absence d'un système de gestion commune semblable concernant la Lune et l'espace extra-atmosphérique peut également s'expliquer par les mêmes raisons. En effet, malgré la volonté des États en développement de construire un mécanisme majoritaire, les États développés, jaloux de leur avancée technique et scientifique, s'y opposent en le jugeant contraire à leurs intérêts particuliers. Voir BAŞLAR (K.), *The Concept of Commun Heritage of Mankind in International Law*, op. cit., p. 202-203.

« irréaliste »¹⁴²¹, voire « mythique »¹⁴²². Il est vrai que dans un système international marqué par l'interétatisme, une telle construction supranationale, fondée sur le concept de patrimoine commun de l'humanité, est une entreprise périlleuse, difficile à réaliser. Dès que le développement du droit international est un peu trop orienté dans le sens d'une intégration de la communauté internationale, on voit tout de suite une résistance de la part des États¹⁴²³. Mais, comme A.-C. Kiss le reconnaît lui-même, si la souveraineté des États est la réalité de la société internationale, la nécessité d'une réglementation et gestion communes des ressources non renouvelables l'est aussi¹⁴²⁴. Devant une telle réalité et dans un monde où ce besoin de gouvernance globale est de plus en plus fortement ressenti et manifesté, la résistance des États ne pourrait que céder.

À cet égard, on peut toujours affirmer que, malgré la résistance des individualités étatiques, l'Autorité internationale des fonds marins reste une institution très importante. Comme l'exemple le plus élaboré d'un modèle organique fondé sur le concept de patrimoine commun de l'humanité, elle est le reflet d'une conception du droit international qui cherche à dépasser la logique de la souveraineté des États. Ce modèle, restant à parfaire, ouvre une perspective de gestion et de réglementation communes. Dans l'avenir, ce modèle incitera sans doute la création d'autres institutions mettant en avant les intérêts communs de l'humanité tout entière à la fois par leur finalité et dans leur structure institutionnelle.

¹⁴²¹ KISS (A.-C.), « La notion de patrimoine commun de l'humanité », op. cit., p. 224.

¹⁴²² PINTO (M. C. W.), « 'Common Heritage of Mankind' :From Metaphor to Myth, and the Consequences of Constructive Ambiguity », op. cit., pp. 249-268. L'auteur considère que la réalisation organique d'un tel concept est une entreprise quasi-utopique, du moins loin des faits, de l'expérience et de la réalité. Selon lui, l'Accord de 1994 a détruit ce mythe tant insisté par les pays en développement qui n'ont enfin dû céder devant les réalités économiques et politiques (pp. 266-268).

¹⁴²³ MAHIOU (A.), « Introduction. Le paradigme de la codification », op. cit., p. 54-55.

¹⁴²⁴ KISS (A.-C.), « La notion de patrimoine commun de l'humanité », op. cit., p. 224.

Section II. L'émergence d'un espace supranational représentatif au niveau régional

On a constaté que la reconnaissance et l'acceptation d'un ensemble de valeurs et d'intérêts communs poussent les États à s'aligner sur un objectif d'intégration et à subordonner leurs intérêts nationaux à une construction supranationale¹⁴²⁵. Il existe en effet un lien direct entre le modèle institutionnel d'intégration et les facteurs socio-économiques qui motivent ce processus. Les formes d'organisations régionales qui poursuivent un objectif d'intégration plus intense dévoilent clairement ce rapport entre les contextes sociaux et la structure institutionnelle des organismes régionaux¹⁴²⁶ (Paragraphe I).

Du point de vue de l'institutionnalisation d'une logique supranationale, l'exemple de l'Union européenne est très important. On va voir en effet que, rompant avec les principes traditionnels de la représentation internationale¹⁴²⁷, ce modèle d'institutionnalisation suppose l'émergence d'un espace politique représentatif et d'une forme de gouvernance qui diminue considérablement les fonctions et la capacité représentative de l'État¹⁴²⁸ (Paragraphe II).

Paragraphe 1. Un processus d'intégration incitant à la supranationalisation

L'accélération de l'intégration des sociétés est le trait essentiel du dernier quart du XX^e siècle et de ce début du XXI^e siècle. Il existe deux processus qui confirment ce phénomène : la mondialisation et la régionalisation¹⁴²⁹. Si l'on peut parler, au niveau mondial, d'un certain rapprochement économique et social entre les sociétés, une véritable intégration ne se réalise qu'au niveau régional où les liens économiques, politiques et socio-culturels entre les sociétés sont plus étroits (A). À cet égard, l'exemple de l'Union européenne constitue un terrain d'analyse particulièrement démonstratif dans la mesure cette entité régionale – à la fois inter- et supra-étatique – apparaît comme le projet d'intégration le plus avancé et réalisé tant sur plan économique et monétaire que d'un point de vue politique et identitaire (B).

¹⁴²⁵ PESCATORE (P.), *Le droit de l'intégration. Émergence d'un phénomène nouveau dans les relations internationales selon l'expérience des Communautés européennes*, Bruylant, 2005, p. 50.

¹⁴²⁶ ALGER (C.-F.), « L'organisation internationale vue sous l'angle du fonctionnalisme et de l'intégration », op. cit., p. 133.

¹⁴²⁷ CROISAT (M.), *Le fédéralisme en Europe*, Montchrestien, 2010, p. 101.

¹⁴²⁸ Voir SCANDAMIS (N.), *Le paradigme de la gouvernance européenne. Entre souveraineté et marché*, Bruylant, 2009, p. 42 et 48.

¹⁴²⁹ SACHWALD (F.), « La mondialisation comme facteur d'intégration régionale », *Politique étrangère*, n°2, 1997, p. 257.

A. La région comme le niveau le plus pertinent pour l'intégration

Du point de vue historique, le régionalisme international n'est pas un phénomène nouveau. Les premières expériences régionales de coopération technique ou d'union politique étaient déjà apparues au début du XIX^e siècle¹⁴³⁰. Aujourd'hui, la plupart des pays du monde s'engagent dans des accords régionaux de coopération¹⁴³¹ et il existe des centaines d'organisations internationales à vocation régionale de différente nature (économique, politique, militaire, etc.) couvrant toutes les régions du monde¹⁴³².

Cependant, l'expérience montre que toutes les tentatives de coopération régionale n'aboutissent pas à une intégration entre les pays. Au début d'un processus d'intégration régionale, les motivations économiques jouent un rôle très important. En effet, parmi les formes d'organisations régionales celles qui réalisent une intégration assez intense sont des organisations dont les principales motivations sont d'ordre économique (1). Mais, une analyse économique de la montée du régionalisme ne permettra pas de comprendre entièrement les processus d'intégration régionale qui mobilisent des facteurs bien divers (2).

1. L'analyse économique de l'intégration régionale

Du point de vue économique, si l'intégration des sociétés au niveau planétaire semble incontestable à travers la mondialisation des échanges, c'est surtout au niveau régional que les exemples d'une véritable intégration économique ont été réalisés. Permettant en effet « des avancées impossibles à obtenir au niveau universel »¹⁴³³, le régionamisme s'affirme aujourd'hui comme le modèle le plus pertinent de l'intégration économique¹⁴³⁴.

¹⁴³⁰ Comme les premières expériences du régionalisme, J. Dutheil de la Rochère mentionne notamment la création de la Commission centrale du Rhin en 1815 pour élaborer des règles uniformes de navigation et la tentative de la création, en 1826, d'une union politique réunissant les pays d'Amérique du Sud et d'Amérique centrale. Voir DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (J.), « Mondialisation et régionalisation », in *La mondialisation du droit*, E. Loquin et C. Kessedjian (sous dir.), Litec, 2000, p. 435 et 436.

¹⁴³¹ Apparu suite à la « multiplication des États hors de l'Europe » et au « développement entre eux de relations interétatiques de tous ordres », ce fait régional s'est ensuite manifesté dans des accords de coopération renforcée, conclus entre « États géographiquement proches et partageant des affinités ou des intérêts communs ». Voir DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (J.), « Mondialisation et régionalisation », op. cit., p. 436 et 437.

¹⁴³² Pour une analyse organisation par organisation des constructions régionales, voir DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (J.), COLAS (B.), *Organisations internationales à vocation régionale*, La documentation française, 1995, 121 p. ; DIEZ de VELASCO VALLEJO (M.), *Les organisations internationales*, Economica, 2002, pp. 473-870.

¹⁴³³ KIEFFER (B.), *L'Organisation mondiale du commerce...*, op. cit., p. 119.

¹⁴³⁴ TÉNIER (J.), *Intégrations régionales et mondialisation. Complémentarité ou Contradiction*, La documentation française, 2003, p. 19.

À cet égard, il ne sera pas faux de dire qu'il existe une relation dialectique entre le processus de mondialisation et celui de régionalisation¹⁴³⁵. En effet, la multiplication des accords commerciaux régionaux visant à la coordination des activités économiques, à la constitution d'une zone de libre échange et à l'élimination des barrières douanières, s'inscrit sans doute dans la dynamique de la mondialisation de l'économie¹⁴³⁶. La mondialisation incite à la régionalisation en ce sens que la première diminue l'efficacité des politiques nationales, isolées face à l'intégration mondiale de l'économie, alors que la deuxième encourage les réponses collectives à cette inefficacité individuelle à un niveau pertinent.

Partant, on peut constater que le processus de régionalisation et celui de mondialisation sont à la fois des partenaires et des adversaires¹⁴³⁷. En effet, considérée « comme un stade intermédiaire dans la relation entre les États et l'économie mondiale »¹⁴³⁸, la régionalisation est un réflexe positif à la mondialisation car elle réalise l'ouverture des espaces économiques à un degré très élevé dans un espace géographique limité. Ainsi, comme instrument de l'approfondissement de l'intégration économique, le régionalisme s'inscrit dans la dynamique de la mondialisation. C'est en ce sens qu'elle est considérée comme « composante »¹⁴³⁹ de la mondialisation, un instrument d'adaptation à celle-ci, « qui la rendrait plus supportable au niveau national »¹⁴⁴⁰. La régionalisation est un moyen, notamment pour les petits pays en développement, de s'affirmer sur la scène internationale¹⁴⁴¹.

¹⁴³⁵ Voir notamment HIGGOTT (R.), « Mondialisation et gouvernance : l'émergence du niveau régional », *Politique étrangère*, 1997, n°2, pp. 277-292 ; TÉNIER (J.), *Intégrations régionales et mondialisation...*, op. cit. ; DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (J.), « Mondialisation et régionalisation », op. cit. ; SACHWALD (F.), « La mondialisation comme facteur d'intégration régionale », op. cit., et pour une analyse sur l'interaction entre la mondialisation et la régionalisation particulièrement dans des exemples de régionalismes en Asie de l'Est et en Amérique latine voir FRANÇOISE (N.), « Mondialisation et régionalisation dans les pays en développement - les deux faces de Janus », *Politique étrangère*, 1997, n°2, pp. 293-307.

¹⁴³⁶ En ce sens, H. Ruiz Fabri constate que « la construction européenne [...] tend à désacraliser les frontières nationales ». Voir RUIZ FABRI (H.), « Le Conseil de l'Europe et les collectivités infra-étatiques : Peut-on parler de libertés locales », in *Les collectivités territoriales non-étatiques dans le système juridique international*, SFDI, Pedone, 2002, p. 169

¹⁴³⁷ Pour une réflexion sur l'exemple de l'Union européenne, voir SNYDER (F.), « Europeanisation and Globalization as Friends and Rivals : European Union Law in Global Economic Networks », in *The Europeanisation of Law : The Legal Effects of European Integration*, F. Snyder (sous dir.), Hart Publishing, Oxford, 2000, pp. 293-320.

¹⁴³⁸ HIGGOTT (R.), « Mondialisation et gouvernance : l'émergence du niveau régional », op. cit., p. 280.

¹⁴³⁹ *Idem.*, p. 278.

¹⁴⁴⁰ SACHWALD (F.), « La mondialisation comme facteur d'intégration régionale », op. cit., p. 260. Cette adaptation n'est pas que d'ordre économique. J.-M. Ferry affirme en effet, à propos de l'exemple de la construction européenne, que sa fonction « est de contribuer à domestiquer socialement la mondialisation économique ». Voir FERRY (J.-M.), *Europe la voie kantienne. Essai sur l'identité postnationale*, Les éditions de Cerf, 2006, p. 117.

¹⁴⁴¹ SACHWALD (F.), « La mondialisation comme facteur d'intégration régionale », op. cit., p. 260. L'auteur écrit en effet que « [d]ans le contexte de la mondialisation et de l'après-guerre froide, les gouvernements cherchent à s'insérer dans des regroupements plus vastes, à la fois pour accroître leurs marges de manœuvre en

Mais la régionalisation constitue aussi une réponse négative à la mondialisation quand elle se pose comme une construction de protection contre le reste du monde, contre les effets négatifs de la mondialisation¹⁴⁴². Là, un refus de ce qui est d'uniformisation et de soumission est présent¹⁴⁴³. Il est vrai que l'ouverture des espaces imposée par le processus de mondialisation sur le plan économique, politique et culturel rend vulnérables les pays face aux grandes puissances. Pour se protéger des perturbations engendrées par la mondialisation, les pays cherchent des appuis auprès des partenaires qui partagent les mêmes ambitions économiques et politiques et des liens culturels plus étroits. C'est sans doute au niveau régional que ces recherches trouvent des réponses.

On peut constater à cet égard qu'il existe deux conceptions du régionalisme. La première est « le régionalisme ouvert » qui vise, selon R. Higgott, à une « intégration économique régionale sans discrimination contre des tiers ». C'est le cas, par exemple, dans le cadre de l'APEC¹⁴⁴⁴. Alors que la deuxième, « le régionalisme fermé », dont l'Union européenne serait le meilleur exemple, vise à « la libéralisation économique partielle pour un grand marché protégé » dans un espace géographique limité¹⁴⁴⁵. Ce modèle, qui tend à créer son propre ordre économique et juridique, est également qualifié comme « le régionalisme agressif »¹⁴⁴⁶. Toutefois, dans la pratique, le choix du modèle entre ces deux conceptions ne se fait pas d'une manière tranchée. D'une part, une régionalisation qui suit le modèle ouvert crée inévitablement des règles d'une applicabilité limitée dans l'espace géographique concerné et constitue, par conséquent, un système régional, certes d'une compacité relative mais toujours en dehors du système universel¹⁴⁴⁷. D'autre part, malgré les barrières économiques et juridiques qu'ils construisent contre le reste du monde, les exemples du régionalisme fermé ne constitueront jamais une véritable « forteresse commerciale, économique et monétaire »

matière économique et pour affirmer des identités régionales comme vecteurs nécessaires de l'affirmation de la puissance nationale sur la scène internationale ».

¹⁴⁴² AUBY (J.-B.), *La globalisation, le droit et l'État*, op. cit., p. 21.

¹⁴⁴³ CARILLO-SALCEDO (J.-A.), « Droit international et souveraineté des États... », op. cit., p. 51.

¹⁴⁴⁴ Asia-Pacific Economic Cooperation (Coopération économique pour l'Asie-Pacifique). Créée en 1989, c'est une organisation intergouvernementale fonctionnant sur la base des engagements non contraignants en vue de la libéralisation du commerce et des investissements, de la facilitation de ceux-ci et de la coopération économique et technique entre les pays de la région.

¹⁴⁴⁵ HIGGOTT (R.), « Mondialisation et gouvernance : l'émergence du niveau régional », op. cit., p. 280

¹⁴⁴⁶ Voir KIEFFER (B.), *L'Organisation mondiale du commerce...*, op. cit., p. 119.

¹⁴⁴⁷ Ce constat, selon lequel chaque construction régionale crée un sous-système distinct de celui qui existe au niveau universel, en l'occurrence il s'agit de celui de l'OMC, n'empêche pourtant de dire que, contribuant ainsi à l'émergence d'un droit unifié à l'intérieure de chaque structure, les intégrations régionales contribuent en même temps au processus de la mondialisation du droit. Au sujet de la contribution de l'ordre juridique européen à la mondialisation du droit voir notamment BERTRAND (C.), « Mondialisation, État de droit et construction européenne », in *Mondialisation et État de droit*, D. Mockle (sous dir.), Bruylant, 2002, pp. 141-159.

face à une mondialisation qui impose l'ouverture des espaces et qui « est une tendance structurelle apparemment plus forte que celle de la régionalisation »¹⁴⁴⁸.

À cet égard, on peut constater que, logiquement, c'est à travers un modèle mixte, assurant à la fois une certaine compacité et ouverture économique, qu'une véritable intégration économique est réalisable¹⁴⁴⁹. Ainsi, parmi les constructions régionales de coopération économique – pour citer quelques exemples importants, on peut mentionner notamment ALENA¹⁴⁵⁰, MERCOSUR¹⁴⁵¹, ANASE¹⁴⁵², Caricom¹⁴⁵³, MCCA¹⁴⁵⁴ et UNASUR¹⁴⁵⁵ – c'est surtout l'Union européenne qui a su réaliser véritablement une intégration économique¹⁴⁵⁶. Constituant un système économique unifié avec un marché commun, un système douanier commun et une monnaie unique¹⁴⁵⁷, l'Union européenne est aujourd'hui considérée comme la réalisation la plus développée de l'intégration régionale, notamment sur le plan économique. C'est d'ailleurs en raison de cette réussite économique, certes relative, qu'elle constitue un modèle attirant, à imiter parfois, pour les autres expériences régionales¹⁴⁵⁸.

¹⁴⁴⁸ BOISSON (J.-M.), « Comment gérer la globalisation ? régions ou organisations internationales ? », in *Démarche communautaire et construction européenne*, F. Hervouët (sous dir.), Vol. 2 : dynamique des méthodes, La Documentation Française, 2000, p. 100. Dans le même sens voir HIGGOTT (R.), « Mondialisation et gouvernance : l'émergence du niveau régional », p. 281 ; OST (F.), KERCHOVE (van de) (M.), *De la pyramide au réseau ?...*, op. cit., p. 179.

¹⁴⁴⁹ BOISSON (J.-M.), « Comment gérer la globalisation ?... », op. cit., p. 98.

¹⁴⁵⁰ Accord de libre-échange Nord-américain, signé le 17 décembre 1992 entre le Canada, les États-Unis et le Mexique, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1994.

¹⁴⁵¹ Le Marché commun du Sud, créé le 26 mars 1991 par l'Argentine, le Brésil, le Paraguay, l'Uruguay et le Venezuela. Dépassant la création d'une simple zone de libre échange, le but de cette institution est l'intégration progressive des États membres dans une union politique et économique.

¹⁴⁵² L'Association des nations de l'Asie du Sud-Est. C'est une organisation politique, économique et culturelle, fondée en 1967 par les dix pays d'Asie du sud-est.

¹⁴⁵³ Créée en 1973, la Communauté Caribéenne regroupe actuellement 14 États de la Caraïbe.

¹⁴⁵⁴ Marché commun centre-américain, créé en 1960, regroupe le Nicaragua, le Honduras, le Guatemala, le Salvador, et le Costa-Rica.

¹⁴⁵⁵ Annoncée premièrement par la Déclaration de Cuzco du 8 décembre 2004 créant la Communauté sud-américaine des nations (CSN), rebaptisée ensuite comme l'Union des nations sud-américaines et créée officiellement le 23 mai 2008, elle regroupe les douze pays de l'Amérique du Sud : l'Argentine, la Bolivie, le Brésil, la Colombie, le Chili, l'Équateur, le Guyana, le Paraguay, le Pérou, le Surinam, l'Uruguay et le Venezuela.

¹⁴⁵⁶ Parmi les exemples de projets d'intégration régionale que l'on a cités, seul l'UNASUR semble être sur la même voie que l'Union européenne. En effet, la prenant comme le modèle à suivre, elle se définit comme « un organisme politique et économique supranational » afin d'œuvrer en faveur de l'intégration économique et politique du sous-continent. Il est toutefois très tôt pour la comparer à l'Union européenne.

¹⁴⁵⁷ PESCATORE (P.), *Le droit de l'intégration*, op. cit., p. 25 et s.

¹⁴⁵⁸ L'imitation est citée d'une manière générale comme un facteur déclencheur pour l'émergence d'autre processus de la régionalisation. Voir par exemple GAUTRON (J.-C.), « Le fait régional dans la société internationale », in *Régionalisme et universalisme dans le droit international contemporain*, SFDI, Pedone, 1977, p. 24. Parlant spécifiquement de l'exemplarité du régionalisme européen, la réussite de l'Union européenne qui réalise une intégration très approfondie, incite les autres à suivre ce modèle. Voir FRANCK (C.), DEFRAIGNE (J.-C.), MORIAMÉ (de) (V.) (sous dir.), *L'Union européenne et la montée du régionalisme : exemplarité et partenariats*, Academia Bruylant, 2009, 316 p. ; TÉNIER (J.), *Intégrations régionales et mondialisation. Complémentarité ou Contradiction*, p. 9 et plus particulièrement l'article de DEFRAIGNE (J.-

2. D'autres facteurs déterminants de l'intégration

Si le succès du modèle européen, peut être expliqué par des facteurs économiques, l'approfondissement d'une telle intégration n'a été pourtant possible qu'à travers une intégration institutionnelle, politique, sociale et surtout identitaire entre les sociétés européennes. Il est vrai que, dans la compréhension du phénomène d'intégration régionale, les concepts d'« identité » et de « vision commune » ont été souvent négligés ou considérés comme « étant d'importance secondaire face à l'utilité rationnelle qui ne prend en compte que les intérêts et la proximité géographique des pays de la zone »¹⁴⁵⁹. Pourtant, si ces facteurs structurels¹⁴⁶⁰ justifient le choix d'une organisation régionale ayant vocation à ne rassembler qu'un nombre limité d'États par rapport à une organisation internationale à vocation universelle, ils ne permettent pas de dévoiler la différence entre une pratique de coopération régionale et un processus d'intégration régionale.

C'est justement sur ce point que l'exemple de l'Union européenne se différencie. Malgré de sérieux arguments qui prouvent que l'Union européenne ne constitue pas une unité politique, sa construction, « à l'origine économique par son contenu, a toujours eu une portée et une finalité politique »¹⁴⁶¹. Cette expérience régionale a montré en effet que l'existence d'une unité d'« identité » et de « vision » est primordiale pour la réalisation d'une véritable intégration. À cet égard, on peut notamment évoquer le traité de Maastricht, considéré comme un « tournant majeur » dans l'histoire de l'approfondissement de l'intégration européenne¹⁴⁶². Ce traité est important car il signifie une double accélération de l'intégration : une accélération quantitative dans l'élargissement de l'Union et surtout une accélération

C.), « The Relevance of Europe's Supranational Experience for other Regional Integration Processes : a Geopolitical and Economic Comparative Analysis From a Long-term Perspective », in *ibid.*, pp. 59-89. L'auteur souligne toutefois que malgré l'exemplarité du régionalisme européen, certaines spécificités de cette expérience nous amènent à la considérer non pas comme un objectif à atteindre mais une exception par rapport à ce qu'on peut attendre d'un processus du régionalisme (pp. 84-86).

D'autres ont également critiqué ce regard européocentriste sur le régionalisme et l'intégration régionale. W. Mattli constate en effet que, comme chaque processus d'intégration régionale, l'intégration européenne est un processus *sui generis*, qui a ses particularités (voir par exemple MATTLI (W.), *The Logic of Regional Integration. Europe and Beyond*, Cambridge University Press, 1999, p. 68). J. Dutheil de la Rochère critique également ce « phénomène de contagion » engendré par l'intégration européenne qui ne conduit qu'à une imitation inappropriée pour les autres expériences régionales. Selon l'auteur, « [c]ertains États et groupes d'États, au lieu d'analyser leurs propres besoins et de chercher à mettre en place des solutions spécifiques adaptées, se laissent tenter par l'imitation d'expériences étrangères qui semblent réussies ». Voir DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (J.), « Mondialisation et régionalisation », op. cit., p. 446.

¹⁴⁵⁹ HIGGOTT (R.), « Mondialisation et gouvernance : l'émergence du niveau régional », op. cit., p. 284.

¹⁴⁶⁰ C'est-à-dire, la proximité géographique et/ou les affinités politiques, militaires, économiques qui déterminent les objectifs de l'organisation régionale.

¹⁴⁶¹ BEAUD (O.), « Peut-on penser l'Union européenne comme une Fédération ? », in *Europe : de l'intégration à la fédération*, F. Esposito et N. Levrat (sous dir.), Academia Bruylant, 2010, p. 100.

¹⁴⁶² MAGNETTE (P.), *Le régime politique de l'Union européenne*, Sciences Po. Les Presses, 3^e éd., 2009, p. 35.

qualitative dans l'approfondissement de son intégration. Cet approfondissement a été réalisé, certes, dans des domaines économiques, notamment par le passage à la monnaie unique et par la création de la Banque centrale européenne, mais surtout dans d'autres domaines qui ont permis d'ajouter de nouvelles dimensions au processus d'intégration. À ce sujet, il convient d'évoquer notamment l'engagement des États de coordonner leurs politiques étrangères et sécuritaires et l'introduction d'un statut de citoyenneté européenne. Ces deux nouvelles dimensions ont non seulement consolidé l'intégration économique mais aussi changé complètement la signification de la construction européenne, considérée désormais non simplement comme une construction économique mais une véritable union d'intégration politique et sociale¹⁴⁶³.

Pour affirmer l'importance des facteurs autres qu'économiques, notamment politiques et identitaires dans le processus d'intégration, il importe également de parler des exemples qui montrent que seules la proximité géographique¹⁴⁶⁴ des pays et leur affinité économique avec les autres pays de la région ne suffiront pas toujours que ceux-ci soient intégrés dans le processus de l'intégration. Pour expliquer l'importance des liens socio-culturels et identitaires pour la construction régionale, le Professeur R. Higgott donne les exemples de l'Union européenne-Turquie et du développement du régionalisme en Asie de l'Est-Australie. Selon lui, malgré leur intégration économique avec les autres pays de la région, ces deux pays sont tenus à l'écart du développement institutionnel des processus d'intégration pour des raisons liées à l'identité¹⁴⁶⁵. Dans la même perspective, on peut évoquer par exemple l'absence d'une organisation régionale couvrant l'ensemble du continent asiatique. Il est vrai le cas de l'Asie est extrême en raison de son étendue géographique empêchant de parler d'un voisinage géographique entre tous les pays du continent¹⁴⁶⁶. Mais la raison principale de cette absence

¹⁴⁶³ *Idem.*, pp. 48-50.

¹⁴⁶⁴ Du fait d'être une notion géographique, la région évoque tout de suite un lien de proximité entre États qui copartagent le même espace. Toutefois, l'appartenance à un même espace géographique n'est pas une condition pour les États de faire partie d'une même organisation régionale. On peut par exemple évoquer l'OTAN qui s'étend géographiquement sur plusieurs régions. Cependant, il faut reconnaître que l'appartenance à un même espace géographique est un facteur de la réussite notamment pour des organisations régionales ayant en vue une intégration économique. Voir TÉNIER (J.), *Intégrations régionales et mondialisation...*, op. cit., p. 212.

¹⁴⁶⁵ HIGGOTT (R.), « Mondialisation et gouvernance : l'émergence du niveau régional », op. cit., p. 285 et 286.

¹⁴⁶⁶ Il existe cependant plusieurs exemples d'organisation « sous-régionale ». À propos de cette expression, on doit préciser que l'étendue continentale n'étant pas une condition *sine qua non* pour qualifier une organisation de régionale, l'utilisation de l'expression « sous-régional » n'a pas pour but de créer une nouvelle catégorie d'organisation internationale à vocation régionale.

est sans doute « [l]’extrême diversité de civilisations, religions, races, langues, etc. »¹⁴⁶⁷ de ce continent.

À cet égard, c’est notamment les liens historiques, religieux et socio-culturels qui sont souvent cités comme des critères indispensables pour constituer une véritable « communauté politique de destin » à laquelle les citoyens auront le sentiment de faire partie¹⁴⁶⁸. Sans négliger le rôle de ces facteurs, particulièrement décisifs dans la formation des identités nationales, d’autres ont affirmé que dans une intégration régionale, comme par exemple dans l’Union européenne, les approches nationales doivent être dépassées pour une construction transnationale, voire postnationale¹⁴⁶⁹. De ce point de vue, une construction d’intégration ne peut être réalisée que par une concertation des projets et des objectifs communs. C’est en ce sens que J.-M. Ferry affirme que la réussite de l’intégration européenne repose non pas sur un tel sentiment « national » d’appartenance mais sur une « représentation et participation politiques des citoyens, de sorte que ceux-ci aient le sentiment d’appartenir à une *communauté de projet* »¹⁴⁷⁰.

En d’autres termes, seule une analyse économique de l’intégration régionale ne permettra pas d’appréhender toutes les dynamiques de ce processus¹⁴⁷¹. Il existe certes des facteurs structurels, surtout géographiques et économiques, qui incitent au régionalisme¹⁴⁷². Mais pour aller au-delà d’une simple pratique de coopération entre États de la même région et passer au niveau de l’intégration, il faut que ces « copartageants de l’espace et du temps »¹⁴⁷³ se rassemblent autour des liens plus étroits¹⁴⁷⁴.

¹⁴⁶⁷ DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (J.), « Mondialisation et régionalisation », op. cit., p. 440.

¹⁴⁶⁸ KYMLICKA (W.), « Le mythe de la citoyenneté transnationale », *Critique internationale*, n°23, 2004/2, pp. 97-111, particulièrement p. 107. C’est d’ailleurs en ce sens que l’auteur conteste l’existence d’une communauté politique européenne engendrant une citoyenneté transnationale.

¹⁴⁶⁹ Voir notamment FERRY (J.-M.), *Europe la voie kantienne. Essai sur l’identité postnationale*, Les éditions de Cerf, 2006, 216 p., plus particulièrement p. 133 et s. Selon l’auteur, la construction européenne suit une « stratégie postnationale ».

¹⁴⁷⁰ FERRY (J.-M.), *Europe la voie kantienne. Essai sur l’identité postnationale*, op. cit., p. 193.

¹⁴⁷¹ Voir HIGGOTT (R.), « Mondialisation et gouvernance : l’émergence du niveau régional », op. cit., p. 283 et s.

¹⁴⁷² Voir GAUTRON (J.-C.), « Le fait régional dans la société internationale », op. cit.

¹⁴⁷³ TÉNIER (J.), *Intégrations régionales et mondialisation...*, op. cit., p. 11.

¹⁴⁷⁴ DUPUY (R.-J.), *Dialectiques du droit international*, op. cit., p. 83.

B. Le passage au niveau supranational dans les intégrations régionales

Si la mondialisation des rapports socio-économiques et la pluralité des acteurs impliqués dans ce processus supposent le dépassement de la vision état-centrique, la diversité d'intérêts que chacun de ces acteurs représentent remet, à son tour, la logique interétatique. En effet, dans le processus d'intégration, les rapports économiques, politiques et juridiques ne sont pas qu'interétatiques. Les individus, les entités infra-étatiques, la société civile et, surtout, les acteurs économiques y émergent comme des sujets actifs d'un système qualifié désormais de transnational. Cette diversité dans la nature des sujets et des rapports qu'ils établissent entre eux requiert, selon le niveau d'intégration et les domaines concernés, des mécanismes de gestion et de contrôle relevant d'un ordre supranational (1). Cependant, cet espace émergent au niveau supranational n'a pas pour but de substituer celui qui est présent au niveau national, incarné en la personne d'État (2).

1. Le rapport entre l'intégration et le processus de supranationalisation

Dans le processus de régionalisation, le passage à une dimension supranationale peut impliquer une double intégration. L'intégration peut d'abord s'effectuer comme un fait social. Le rapprochement socio-économique et culturel entre les sociétés est le critère décisif de cette étape qui se produit d'une manière relativement spontanée. Ensuite, elle se réalise dans son aspect politique, c'est-à-dire sur le plan institutionnel¹⁴⁷⁵. Ce processus politique dépend des décisions réfléchies des dirigeants politiques et des peuples, et motivées par des intérêts communs. Mais, prenant en compte les expériences régionales, on peut constater que l'existence des intérêts communs et le déploiement des efforts coopératifs destinés à la défense de ces intérêts ne suffiront pas à transformer ce processus de rapprochement en un véritable processus d'intégration. En effet, si l'objectif ultime du processus d'intégration régionale est le maintien de la paix et de la sécurité à travers le développement économique et social des sociétés¹⁴⁷⁶, celui-ci ne pourrait pas être véritablement assuré dans un système de coexistence ou de simple coopération entre les États. Pour atteindre un tel but, il va falloir mettre en place une vision de coaction entre les nations que D. Mitrany, le principal partisan

¹⁴⁷⁵ Partant d'une telle distinction schématique, il faut toutefois souligner qu'il n'existe pas nécessairement une relation de succession ou d'antériorité-postériorité entre l'intégration sociale et l'intégration politique. L'une ne suit pas forcément l'autre. S'il est vrai qu'une intégration politique ne peut être solidement construite qu'après la réalisation d'une intégration socio-économique et culturelle des peuples, il se peut également qu'une intégration politique soit envisagée pour une réalisation progressive de l'intégration sociale.

¹⁴⁷⁶ Comme exemple, il est communément admis que, malgré les motivations économiques mises en avant dans l'intégration européenne, celle-ci est principalement un projet de paix.

de l'approche fonctionnaliste, appelle « a working peace system », qui remplacera le système interétatique très fragile de coexistence et de coopération, basé sur une « protected peace »¹⁴⁷⁷. Partant de mêmes principes fonctionnalistes, l'approche dite « néo-fonctionnaliste » a mis la barre encore plus haut en posant la supranationalité comme un critère de l'intégration. Selon cette approche, l'intégration est le processus par lequel

« political actors in several distinct national settings are persuaded to shift their loyalties, expectations, and political activities toward a new and large center, whose institutions possess or demand jurisdiction over the pre-existing national states »¹⁴⁷⁸.

L'intégration est donc considérée comme un processus non seulement substantiel mais aussi structurel. Elle n'est plus qu'une réalisation théorique sur un plan socio-économique mais surtout une construction politique. Ainsi, l'établissement des institutions supranationales devient la condition de l'intégration. Il est vrai qu'il existe des critères structurels qui permettent de qualifier une organisation issue de l'intégration régionale comme supranationale. Le Professeur R.-J. Dupuy énumère les essentiels :

« a) l'origine du pouvoir devrait résider, sinon exclusivement, du moins partiellement, dans les collectivités humaines et non seulement chez les gouvernements ; b) la structure du pouvoir devrait reposer sur des organes faisant place non exclusivement aux États, mais aussi aux représentants des peuples ; c) l'exercice du pouvoir devrait résulter de décisions dont nul veto ne pourrait empêcher la naissance et dont aucun droit de nullification ne viendrait paralyser l'exécution »¹⁴⁷⁹.

Deux autres critères peuvent s'ajouter à ceux-ci : (d) l'effet direct et la primauté du droit de l'organisation sur le droit national ; et (e) l'existence d'un organe judiciaire directement accessible aux ressortissants des États membres¹⁴⁸⁰.

À la lumière de cette liste, on peut affirmer que seule la construction européenne constitue véritablement un exemple d'intégration régionale. Il est vrai que la supranationalité est une

¹⁴⁷⁷ MITRANY (D.), *A Working Peace System*, Quadrangle Books, 1966, 221 p. Pour une brève analyse de l'approche fonctionnaliste de D. Mitrany, voir MATTLI (W.), *The logic of Regional Integration. Europe and Beyond*, op. cit., pp. 21-23.

¹⁴⁷⁸ HAAS (E. B.), « International Integration. The European and the Universal Process », *International Organization*, vol. 15, n°3, 1961, pp. 366-392, spécifiquement p. 366 et 367.

¹⁴⁷⁹ DUPUY (R.-J.), « L'organisation internationale et l'expression de la volonté générale », *RGDIP*, 1957, p. 530, note de bas de page 4.

¹⁴⁸⁰ Voir *Dictionnaire Basdevant*, « Supranational », p. 1064.

caractéristique de l'Union européenne¹⁴⁸¹. Elle est la seule structure institutionnelle régionale qui remplit les critères essentiels de supranationalité¹⁴⁸². En effet, en ce qui concerne les critères a) et b), on peut se référer au Parlement européen, composé des représentants des citoyens européens élus directement au suffrage universel, dont le rôle est de plus en plus renforcé au sein des mécanismes de prise de décisions de l'Union. Quant au critère c), l'exercice des compétences exclusives de l'UE par des organes au sein desquels les décisions sont prises à la majorité qualifiée permet de dire que ce critère de supranationalité est également rempli. Concernant le critère d), depuis l'arrêt de la Cour de justice des Communautés européenne (CJCE) dans l'affaire Costa/ENEL¹⁴⁸³, la primauté du droit communautaire sur les droits nationaux et son effet direct dans les ordres juridiques des États membres sont communément admis. Enfin, l'existence de la Cour de justice de l'Union européenne (ancienne CJCE) répond à ce critère e).

Certes, la supranationalité ne caractérise pas toute la structure de l'Union européenne. Elle est structurée en fait par deux différentes conceptions d'institutionnalisation qui coexistent depuis le début de cette construction. En effet, au sein de l'Union européenne, il existe à la fois une structure supra-nationale et une structure intergouvernementale. Cette immixtion de l'intergouvernementalisme dans le supranationalisme s'est avérée nécessaire pour pouvoir débiter l'intégration¹⁴⁸⁴. Mais, malgré un intergouvernementalisme qui domine encore, on peut constater que, depuis le début de ce processus d'intégration, cet équilibre originel du régime politique de l'Union européenne s'est vu graduellement modifié et se modifie encore en faveur du supranationalisme¹⁴⁸⁵.

¹⁴⁸¹ DEMICHEL (F.), « Le rôle de la souveraineté dans les relations internationales contemporaines », op. cit., p. 1053 ; ARNOLD (R.), « Le principe de supranationalité dans l'Union Européenne et dans l'Europe orientale : quelques aspects comparatifs », in *Le droit de l'Union européenne en principes, liber amicorum en l'honneur de Jean Raux*, Éd. Apogée, 2006, p. 363.

¹⁴⁸² PESCATORE (P.), *Le droit de l'intégration*, op. cit., p. 50.

¹⁴⁸³ Affaire 6-64, arrêt du 15 juillet 1964.

¹⁴⁸⁴ C'est en raison de cette particularité que l'Union européenne est considérée comme une structuration hybride, et non pas comme une entité totalement supranationale ni comme une organisation intergouvernementale classique. Voir MAGNETTE (P.), *Le régime politique de l'Union européenne*, op. cit., p. 25 et s.

¹⁴⁸⁵ MAGNETTE (P.), *Le régime politique de l'Union européenne*, op. cit., p. 26.

Sans entrer dans les détails du processus de la supranationalisation de l'Union européenne que l'on examinera par rapport à ses effets sur les principes de représentation, on peut évoquer, pour illustrer ce propos, quelques indices qui ont accentué le caractère supranational de l'Union européen. On peut citer par exemple la personnification de l'Union européenne sur le plan international, la communautarisation des domaines intergouvernementaux et l'extension du vote à la majorité qualifiée au sein des organes composés de représentants des États membres.

Toutefois, certains pensent que le rejet, par certains États, du Projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe et la place renforcée des États dans le Traité de Lisbonne, signé par la suite, font penser à un retour des

2. Le caractère non substitutif du nouvel espace politique émergé au niveau supranational

Selon le Professeur L. Constantinesco, l'Union européenne s'inscrit dans une dynamique qui tend à créer des formes d'organisations politiques « d'intégration constitutionnalisée » au-dessus de l'État-nation et pour altérer celui-ci qui « n'est plus [vraisemblablement] le point final des formes d'organisation politique des sociétés humaines »¹⁴⁸⁶. En ce sens, l'Union européenne est considérée comme une nouvelle forme de centralisation de la décision politique et de concentration du pouvoir, semblable à l'État. Il est vrai que, suivant une perspective d'intégration, l'Union européenne se dote des pouvoirs et des institutions de type étatique. Ce qui fait que son organisation politique, juridique et institutionnelle se rapproche du modèle structurel de l'État.

Certains voient cette évolution comme un processus d'étatisation de l'Union européenne, ce qui entraînera la disparition pure et simple des États membres. La première approche, qui se rattache à cette pensée, considère qu'en raison de leur dessaisissement irréversible de certaines compétences souveraines, les États se vident de leur substance. Les États, qui transfèrent progressivement à l'Union des compétences d'une importance cruciale, s'effacent de plus en plus. C'est en ce sens que C. Chaumont voyait, déjà en 1960, un abandon de la souveraineté des États dans la construction supranationale européenne¹⁴⁸⁷. A. Truyol y Serra écrit également que « l'apparition de ce que l'on peut qualifier d'organisations d'intégration, comme les Communautés européennes, impose des cessions de souveraineté plus ou moins étendues dans les domaines que couvrent les compétences attribuées aux organisations en questions »¹⁴⁸⁸. Dans le même sens, le Professeur O. Beaud constate qu'une répartition de compétences fédéraliste, telle qu'elle est mise en œuvre dans la construction européenne, « remet nécessairement en cause l'idée de souveraineté parce qu'elle s'attaque à son noyau : l'indivisibilité de la puissance publique »¹⁴⁸⁹. Cette vision de l'organisation supranationale qui pourrait remettre en cause la souveraineté des États et l'État lui-même découle, on l'a constaté¹⁴⁹⁰, d'une assimilation erronée de la notion de souveraineté à celle de compétence.

États et au recul du communautarisme au profit de l'intergouvernementalisme. Voir par exemple, RIGAUX (A.), « Derrière les rideaux de fumée du Traité de Lisbonne : le 'retour' des États », in *La France, l'Europe et le Monde, Mélanges en l'honneur de Jean Charpentier*, Pedone, 2008, pp. 447-465.

¹⁴⁸⁶ CONSTANTINESCO (L.), « La spécificité du droit communautaire », *RTDE*, 1966, p. 29.

¹⁴⁸⁷ CHAUMONT (C.), « Recherches du contenu irréductible du concept de souveraineté... », op. cit., p. 115.

¹⁴⁸⁸ TRUYOL y SERRA (A.), « Théorie du droit international public... », op. cit., p. 154.

¹⁴⁸⁹ BEAUD (O.), « Souveraineté », op. cit., p. 629.

¹⁴⁹⁰ Voir *infra*, l'introduction générale.

Du point de vue du droit international, la notion de souveraineté des États ne pourra pas être réduite à un faisceau de compétences. Par conséquent, quelque soit son ampleur, aucun transfert irréversible des compétences par l'État en faveur de l'Union ne pourra entraîner la disparition de sa souveraineté¹⁴⁹¹. Comme il a été justement constaté par A. Truyol y Serra, « une abolition de la souveraineté étatique n'est pensable que dans l'intégration pleine à un nouvel État à un super-État »¹⁴⁹². Toutefois, une telle hypothèse qui supposera un « schéma vertical d'intégration étatique » ne correspond pas à celui que l'Union européenne suit¹⁴⁹³.

Les États membres de l'Union européenne ne disparaissent donc pas. Cependant, en raison de la perte irréversible « d'une part importante de leurs prérogatives antérieures au profit d'un être disposant sur eux et sur leurs propres sujets de pouvoirs dont ne dispose aucune organisation internationale »¹⁴⁹⁴, la notion d'État se trouve considérablement modifiée au sein de cette construction *sui generis*. En effet, en quête d'une intégration économique, politique et sociale à travers des institutions et des fonctions supranationales, l'Union européenne présente des caractéristiques assez particulières qui nécessitent une approche fonctionnelle et pragmatique non seulement à la notion d'« organisation internationale » mais aussi à celle d'« État ». Ainsi, un nouveau concept d'État, propre à l'ordre juridique européen, a émergé¹⁴⁹⁵. Si cette approche pragmatique et fonctionnelle implique, au niveau communautaire, le déclin de l'État, dessaisi de ses prérogatives souveraines, elle impose, sur plan international, le maintien de la personne étatique de ses membres¹⁴⁹⁶.

¹⁴⁹¹ Dans l'exemple de l'Union européenne, s'il existe indiscutablement un glissement du pouvoir vers le haut, celui-ci « ne s'apparente pas à un mécanisme de centralisation du pouvoir, comparable au processus de formation historique de l'État ». Voir MAGNETTE (P.), *Le régime politique de l'Union européenne*, op. cit., p. 61.

Dans le même sens voir FERRY (J.-M.), *Europe la voie kantienne. Essai sur l'identité postnationale*, op. cit., p. 136 et s., particulièrement p. 139-140. Selon l'auteur, si l'Union est habilitée de sanctionner toute violation du droit européen commise par les États membres, elle ne peut pas, cependant, de les contraindre avec la force à le respecter. Il existe certes « un pouvoir européen » mais celui-ci repose sur « le principe de la concertation » et non plus celui de la « subordination ».

¹⁴⁹² TRUYOL y SERRA (A.), « Théorie du droit international public... », op. cit., p. 154.

¹⁴⁹³ FERRY (J.-M.), *Europe la voie kantienne. Essai sur l'identité postnationale*, op. cit., p. 39. En outre, selon l'auteur, l'hypothèse d'un « rapport vertical de subordination » est tout simplement contradictoire à la nature du droit des gens en tant que droit librement contracté (p. 125).

¹⁴⁹⁴ COMBACAU (J.), SUR (S.), *Droit international public*, op. cit., p. 8.

¹⁴⁹⁵ Pour une analyse sur le concept communautaire d'État voir HECQUARD-THEROND (M.), « La notion d'État en droit communautaire », *RTDE*, 1990, p. 693-711.

¹⁴⁹⁶ J.-D. Mouton estime également qu'une notion d'État propre au droit communautaire, distincte de celle qui existe en droit international, a émergé. Selon lui, « malgré les démembrements particulièrement poussés de certains États membres » de l'Union européenne, il existe une « résistance » et « le maintien de l'unité de la personne État ». Il constate en effet que, s'imposant « comme un système intégré, c'est-à-dire comme ordre juridique propre se différenciant de l'ordre juridique international », l'ordre juridique communautaire a certainement engendré une notion propre d'État. Mais cette notion reflète à la fois les particularités de l'ordre juridique communautaire (« intégration et particularisation de l'ordre juridique communautaire ») et celles de

Selon J. Combacau et S. Sur, ce rapport entre l'État membre et l'Union européenne rappelle le modèle fédéral¹⁴⁹⁷. Il a été soutenu en effet que la construction de l'UE poursuit « un processus de fédéralisation »¹⁴⁹⁸. Selon cette approche, qui y voit aussi la disparition progressive des États membres, l'avenir de la construction européenne est dans un modèle d'État fédéral, semblable à celui des États-Unis d'Amérique que l'on nommerait États-Unis d'Europe¹⁴⁹⁹. Toutefois, ceux qui voient dans la construction européenne un processus de fédéralisation admettent que l'UE n'est pas tout-à-fait une fédération en raison de la nature *sui generis* de celle-ci qui, à la fois, dispose des institutions supranationales¹⁵⁰⁰ mais conserve en même temps des caractéristiques intergouvernementales. Ainsi, des expressions comme « fédération imparfaite », « fédération intergouvernementale » ou en encore « union partiellement fédérale », ont été proposées pour qualifier la construction européenne qui serait en train de se fédéraliser¹⁵⁰¹. En tout cas, on voit que ces approches assimilent le supranationalisme au fédéralisme. Mais cette assimilation est infondée pour une raison simple. En effet, du point de vue du droit international, l'État fédéral est une des formes

l'ordre juridique international (« stabilisation des rapports internationaux, efficacité du droit international »). Ceci permet de conclure que, « en dépit des évolutions » et malgré l'émergence d'une notion d'État propre au droit communautaire, l'approche fonctionnelle a exigé que l'unité de la personne État soit maintenue sur le plan international. Voir MOUTON (J.-D.), « La notion d'État et le droit international public », op. cit., p. 58.

¹⁴⁹⁷ COMBACAU (J.), SUR (S.), *Droit international public*, op. cit., p. 8.

¹⁴⁹⁸ CROISAT (M.), *Le fédéralisme en Europe*, Montchrestien, 2010, p. 91. Mais, selon l'auteur, l'Union européenne n'est pas, pour l'instant, une vraie fédération pour les raisons suivantes : d'abord, à l'instar des parlements nationaux, son parlement est encore impuissant (p. 95) ; ensuite, elle « est créatrice d'un droit de nature fédérale, mais elle n'a pas de force publique pour le faire respecter » (p. 101) ; et enfin, la fonction gouvernementale étant fractionnée entre différentes instances, l'Union ne dispose toujours pas d'« un gouvernement fédéral [...], de type parlementaire ou présidentiel, bénéficiant d'une légitimité directe par les citoyens et séparé des gouvernements étatiques fédérés » (p. 112).

Pourtant, il faut souligner que les réactions négatives à l'égard du Projet de traité constitutionnel européen, qui n'a pas abouti, et l'exclusion de toute formulation qui peut faire référence au modèle fédératif dans le Traité de Lisbonne, confirment que ni les États ni les peuples n'envisagent pour l'instant la disparition des États membres de l'Union pour faire cette dernière un État fédéral. Sur ce sujet, voir MAGNETTE (P.), *Le régime politique de l'Union européenne*, op. cit., p. 24-25.

¹⁴⁹⁹ J.-M. Ferry affirme en effet que pendant longtemps l'idée dominante dans la construction européenne était l'idée d'un État fédéral, construit sur le modèle des « États-Unis d'Amérique ». Voir FERRY (J.-M.), *Europe la voie kantienne. Essai sur l'identité postnationale*, op. cit., p. 40.

¹⁵⁰⁰ A.-J. Arnaud constate cependant que la mise en place des institutions supranationales ne signifie pas en soi la disparition totale des États. Il écrit que si l'État européen « semble perdre de sa souveraineté en s'engageant dans un processus communautaire [...] dans le même temps, il renforce sa position en étant extrêmement présent dans les organismes communautaires et supra-étatique de sécurité publique ». Voir ARNAUD (A.-J.), *Entre modernité et mondialisation...*, op. cit., p. 139.

¹⁵⁰¹ Voir notamment CROISAT (M.), QUERMONNE (J.-L.), *L'Europe et le fédéralisme*, Montchrestien, 1999, 2^e éd., 153 p. Tout en admettant que l'Union européenne n'est pas une fédération (p. 61), les auteurs constatent toutefois que, du fait de disposer des compétences et des fonctions quasi-fédérales, elle peut être considérée comme une fédération intergouvernementale (p. 88 et s.) ou encore PIRIS (J.-C.), « L'Union européenne : vers une nouvelle forme de fédéralisme ? », *RTDE*, 2005, pp. 243-260, pour qui l'Union européenne serait une « union partiellement fédérale », particulièrement p. 251 et s.. Dans le même sens voir CREPEAU (F.), « Mondialisation, pluralisme et souveraineté ; l'État démocratique redéployé ou l'exigence de légitimation de l'action collective », in *Le partenariat de l'Union Européenne avec les pays tiers, conflits et convergences*, M.-F. Labouz (sous dir.), Bruylant, 2000, p. 30.

d'État et suppose un ordre juridique interne/étatique. Or, malgré les analogies qui existe entre un ordre juridique fédératif et l'ordre juridique communautaire, celui-ci ne peut être pleinement assimilé à un ordre juridique interne. Une construction supranationale engendre un espace politique d'un autre niveau à celui qui existe au niveau national sans le substituer. En ce sens, elle se distingue d'un État fédéral qui ne constituerait rien d'autre qu'un autre État, un super-État¹⁵⁰².

Cependant, une autre « théorie de la Fédération »¹⁵⁰³, « désétatisée », dégagée des concepts classiques d'État¹⁵⁰⁴, a été développée pour singulariser la construction européenne « qui se différencierait à la fois de l'organisation classique de la société internationale (type SDN ou ONU) mais aussi d'une forme d'organisation telle que l'État fédéral »¹⁵⁰⁵. Dans cette conception, la Fédération est conçue comme une forme politique irréductible à l'État fédéral. En ce sens, elle tend à découpler le concept du fédéralisme de la notion de souveraineté¹⁵⁰⁶. Ainsi, la Fédération se présente comme une entité politique à part entière et susceptible de contenir plusieurs formes de gouvernement¹⁵⁰⁷. Elle présuppose une « dualité de puissances » : l'une résultant de l'unité politique constituée de « l'association des unités-membres » qu'est la Fédération, l'autre résultant des unités politiques de ces membres qui sont les États¹⁵⁰⁸. Du point de vue de cette vision de la construction européenne qui procède, selon J.-D. Mouton, « d'une perspective kantienne notamment dans le sens qu'elle postule qu'une alliance fondée sur une interdépendance très forte entre les États qui la composent », cette construction « n'a pas pour autant vocation à faire disparaître ceux-ci »¹⁵⁰⁹. Ainsi,

¹⁵⁰² C'est d'ailleurs dans cet ordre d'idée que R. Schuman distingue le supranational du fédéralisme. Selon lui, « [l]e supranational se situe à égale distance entre, d'une part l'individualisme international qui considère comme intangible la souveraineté nationale et n'accepte comme limitations de la souveraineté que des obligations contractuelles, occasionnelles et révocables ; d'autre part, le fédéralisme d'États qui se subordonnent à un Super-État doté d'une souveraineté territoriale propre ». Voir SCHUMAN (R.), « Préface », in *La Communauté européenne du charbon et de l'acier*, P. Reuter, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1953, p. 7.

¹⁵⁰³ Voir BEAUD (O.), *Théorie de la Fédération*, PUF, Léviathan, 2009, 2^e éd., 447 p.

¹⁵⁰⁴ BEAUD (O.), « Peut-on penser l'Union européenne comme une Fédération ? », in *Europe : de l'intégration à la fédération*, F. Esposito et N. Levrat (sous dir.), Academia Bruylant, 2010, p. 77.

¹⁵⁰⁵ MOUTON (J.-D.), « Présentation d'une proposition doctrinale », in *Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux États membres de l'Union européenne ? Réflexions à partir des notions d'identité et de solidarité*, J.-C. Barbato et J.-D. Mouton (sous dir.), Bruylant, 2010, p. 1.

En effet, selon O. Beaud, « la Fédération est une forme politique qui n'est pas réductible à l'État et qui est davantage qu'une organisation internationale ». Voir BEAUD (O.), « Peut-on penser l'Union européenne comme une Fédération ? », p. 73.

Sur la différence entre l'État fédéral et la « Fédération d'États nationaux » voir également FERRY (J.-M.), *Europe la voie kantienne. Essai sur l'identité postnationale*, op. cit., particulièrement p. 116, note de bas de page 2 et p. 145-146.

¹⁵⁰⁶ Voir BEAUD (O.), *Théorie de la Fédération*, op. cit., la première partie, plus particulièrement p. 58 et s.

¹⁵⁰⁷ *Idem.*, p. 345 et s.

¹⁵⁰⁸ BEAUD (O.), « Peut-on penser l'Union européenne comme une Fédération ? », p. 76-77.

¹⁵⁰⁹ MOUTON (J.-D.), « Présentation d'une proposition doctrinale », op. cit., p. 1 et 2.

malgré l'« antinomie principielle » qui existe entre la notion de souveraineté, qui « renvoie à l'unicité de la puissance publique sur le même territoire », et la notion de Fédération, qui « présuppose, au contraire, une dualité de puissances », cette conception de la Fédération, dégagée de tout concept étatique, permet une coexistence de ces deux formes politiques¹⁵¹⁰.

Selon J.-D. Mouton la non-existence d'un peuple européen sur lequel sera fondé ce nouvel espace politique constitue un autre argument qui confirme la non-disparition des États membres et, par conséquent, la non-étaticité de l'Union européenne. Suivant la thèse développée par Jean-Marc Ferry¹⁵¹¹, selon laquelle la construction européenne s'inscrit dans une « stratégie post-nationale », l'auteur défend que l'Union européenne sera un « projet politique d'une communauté post nationale »¹⁵¹². Par conséquent, l'existence d'un tel « espace politique européen, qui ne repose pas sur l'existence d'un *demos*, postule la non-disparition des États qui composent l'Union européenne »¹⁵¹³. Cet exemple nous montre qu'« il serait erroné d'essayer d'appliquer à l'UE un modèle étatique, [...] car cela conduira au piège des définitions rigides des notions de souveraineté, de *demos*, de nation ou de constitution »¹⁵¹⁴.

L'Union européenne n'est donc pas un super-État, construit au-dessus des États membres, qui les remplacera¹⁵¹⁵. Cependant, il faut nuancer ce constat sur la non-étaticité de l'Union européenne par rapport à celui que la Cour constitutionnelle fédérale allemande a fait dans son jugement du 12 octobre 1993 sur la constitutionnalité du Traité de Maastricht. En contestant la qualité étatique de l'Union européenne qui ne serait qu'un libre « assemblage

¹⁵¹⁰ BEAUD (O.), « Peut-on penser l'Union européenne comme une Fédération ? », op. cit., p. 76. Pour un point de vue qui range l'Union européenne dans la catégorie juridique de la Fédération d'États, voir PETIT (Y.), « L'architecture institutionnelle de l'Union européenne sous les *fourches caudines* de la Cour constitutionnelle de Karlsruhe. Observations sur l'arrêt Lisbonne du 30 juin 2009 », VIII^e Congrès national de l'AFDC, Nancy 16, 17, 18 juin 2011, Atelier n° 2 – Droit constitutionnel et droit externe, accessible en ligne : <http://www.droitconstitutionnel.org/congresNancy/comN2/petitTD2.pdf>, pp. 6-8.

¹⁵¹¹ Voir notamment FERRY (J.-M.), *La question de l'État européen*, Gallimard, 2000, 322 p. et *Europe la voie kantienne. Essai sur l'identité postnationale*, op. cit., particulièrement p. 133 et s.

¹⁵¹² MOUTON (J.-D.), « Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux États dans le système communautaire ? », in *Les dynamiques du droit européen en début de siècle, Études en l'honneur de Jean-Claude Gautron*, Pedone, 2004, pp. 463-477, particulièrement p. 477.

¹⁵¹³ MOUTON (J.-D.), « Réflexions sur la nature de l'Union européenne à partir de l'arrêt Rottmann », *RGDIP*, 2010, p. 276.

¹⁵¹⁴ PIRIS (J.-C.), « L'Union européenne : vers une nouvelle forme de fédéralisme ? », op. cit., p. 245.

¹⁵¹⁵ Voir FERRY (J.-M.), *Europe la voie kantienne. Essai sur l'identité postnationale*, op. cit., p. 137 ; SCANDAMIS (N.), *Le paradigme de la gouvernance européenne. Entre souveraineté et marché*, op. cit., p. 196. Voir également DUPUY (R.-J.), *Dialectiques du droit international*, op. cit., p. 81. Pour répondre à ceux qui voient dans l'État l'origine du tout le mal et qui souhaitent leur disparition et la constitution d'une « Europe complètement désétatisée de l'intérieur », R.-J. Dupuy souligne le fait que l'Union européenne « constituerait elle-même un nouvel État, sur les ruines des anciens, et la question de savoir s'il serait démocratique se poserait toujours ».

d'États » dépourvu de la « compétence de sa compétence », la Cour allemande a privilégié une interprétation restrictive et réductrice de l'intégration européenne¹⁵¹⁶.

Du point de vue de l'approche « néo-fonctionnaliste », une telle lecture « intergouvernementaliste », qui considère l'Union européenne comme une institution maîtrisée par les gouvernements des États membres et comme un lieu, tout simplement, de rencontre et d'affrontement des intérêts nationaux à l'issue duquel les décisions sont prises, est erronée. En effet, même si la construction européenne peut être considérée comme une réponse politique et juridique des États aux exigences économiques, sécuritaires, etc., constituée ainsi, elle devient par la suite un lieu de socialisation qui influence et détermine les politiques de ses composants¹⁵¹⁷.

Il semble, en tout cas, que cet affrontement entre la logique fédéraliste et l'intergouvernementaliste est inutile et doit être dépassé¹⁵¹⁸, « car l'UE synthétise ces deux approches structurelles »¹⁵¹⁹. « Plus qu'une organisation internationale mais moins qu'un

¹⁵¹⁶ Pour une analyse du jugement de la Cour allemande du point de vue de l'étaticité de l'Union européenne, voir HANF (D.), « Le jugement de la Cour constitutionnelle fédérale allemande sur la constitutionnalité du Traité de Maastricht. Un nouveau chapitre des relations entre le droit communautaire et le droit national », RTDE, 1994, pp. 391-423, plus particulièrement p. 416 et 422. Voir également CARILLO-SALCEDO (J.-A.), « Droit international et souveraineté des États. Cours général de droit international public », p. 128. Selon l'auteur, « en utilisant la notion vague 'Staatenverbund' au lieu de parler de 'Communauté' ou d' 'Union', il est clair que la Cour constitutionnelle a réduit l'intégration européenne à un simple fait de droit international public ».

Cette manière de concevoir l'Union européenne est fondée dans le jugement de la Cour allemande sur une définition très formelle de la souveraineté qu'elle a également privilégiée dans son arrêt du 30 juin 2009 sur la conformité du Traité de Lisbonne à la constitution allemande et, de ce fait, elle a maintenu sa position sur la qualification de l'UE comme « regroupement d'États ». Voir PETIT (Y.), « L'architecture institutionnelle de l'Union européenne... », op. cit., p. 1 et s.

¹⁵¹⁷ Sur ce point, voir SMITH (A.), *Le gouvernement de l'Union européenne : une sociologie politique*, LGDJ, 2^{ème} éd., 2010, p. 20 et s.. Pour une analyse des approches théoriques qui tentent à définir et expliquer les processus d'intégration régionale voir également MATTLI (W.), *The logic of Regional Integration. Europe and Beyond*, op. cit., pp. 19-40.

¹⁵¹⁸ PIRIS (J.-C.), « L'Union européen : vers une forme de fédéralisme ? », op. cit., p. 260.

¹⁵¹⁹ DUTOIT (L.), *Parlement européenne et société civile. Vers de nouveaux aménagements institutionnels*, Université de Genève, 2009, p. 92. Dans le même sens, voir FERNANDEZ PASARIN (A. M.), « Les États membres et la représentation extérieure de l'UE », *AFDI*, vol. X, 2009, pp. 583-594. Accessible également en ligne : http://www.afri-ct.org/IMG/pdf/Article_Fernandez_Pasarin.pdf, p. 2. Selon l'auteur, l'Union européenne est une « organisation politique mouvante et au caractère atypique – à la fois supranational et intergouvernemental –, qui venait se superposer au modèle westphalien ».

En ce sens, la construction européenne correspond à la Fédération, théorisée dans son aspect juridique notamment par O. Beaud. Elle serait ainsi « à la fois une union d'États et une institution qui fait coexister ensemble deux puissances publiques, la puissance fédérale et les puissances fédérées ». Toutefois, l'auteur reconnaît que, malgré de nombreux points communs entre la Fédération et l'Union européenne, il existe encore un certain nombre de points de dissonance qui font que l'Union est considérée comme une « Fédération inachevée ». Voir BEAUD (O.), « Peut-on penser l'Union européenne comme une Fédération ? », op. cit., p. 77 et p. 92 et s.

État »¹⁵²⁰, l'Union européenne doit être vue comme « une structure hybride »¹⁵²¹ entre ces deux, censée combler les faiblesses de ses États membres et non pas les remplacer. Il est vrai que la construction européenne a pour but de contribuer au renforcement de l'État en le faisant sortir de l'impasse et de l'isolement imposés par la mondialisation¹⁵²². D'ailleurs, J. Habermas, posant la question du « dépassement de l'État-nation » à l'échelle mondiale, écrit que, dans ce processus d'intégration globale par la mondialisation, « [t]out donne à penser qu'il s'agit plutôt d'une relève que d'une suppression de l'État-nation »¹⁵²³. Quoique le dépassement de l'État-nation et l'émergence d'une nouvelle forme d'organisation politique s'avèrent historiquement inévitables¹⁵²⁴, il constate, concernant l'exemple de l'Union européenne, qu'il existe toujours une résistance des États membres qui s'accrochent à leur identité contre le développement vertical de l'Union¹⁵²⁵.

En conclusion, on peut affirmer que la singularité de l'Union européenne est qu'elle n'est pas un État mais elle aménage un espace politique, de représentation et de légitimation, sans qu'il substitue celui qui existe au niveau national, incarné en la personne d'État. Engendrant ainsi un nouvel espace politique qui n'est pas lui-même étatique, la construction supranationale

¹⁵²⁰ CORREIA (V.), « Les relations extérieures de l'Union à la lumière des accords externes : le jeu et les enjeux », *Politeia*, 2008, n°13, p. 273.

¹⁵²¹ C'est notamment en raison de « l'utilisation d'institutions de type étatique, comme un parlement » que l'Union est considérée comme « une structure hybride entre État et organisation internationale ». Voir DUTOIT (L.), *Parlement européenne et société civile...*, op. cit., p. 70-71.

Dans le même sens, P. Magnette définit la nature de l'Union européenne comme « un régime semi-parlementaire ». Il s'agirait ainsi d'un régime en cours de parlementarisation. Selon lui, c'est un système mixte de l'intergouvernementalisme et du parlementarisme. Voir MAGNETTE (P.), « L'Union européenne : un régime semi-parlementaire », in *À quoi sert le Parlement européen*, P. Delwit, J.-M. De Waele et P. Magnette (sous dir.), Éditions complexe, 1999, pp. 25-54.

¹⁵²² Selon P. Moreau Defarges, la mondialisation renforce chez les États le sentiment de solitude. C'est en effet ce qui pousse les États aux recherches de partenariat. Voir MOREAU DEFARGES (P.), « Partenariat, mondialisation et régionalisation », in *Le partenariat de l'Union Européenne avec les pays tiers, conflits et convergences*, M.-F. Labouz (sous dir.), Bruylant, 2000, p. 45.

¹⁵²³ HABERMAS (J.), *L'intégration républicaine*, op. cit., p. 95 et s., plus particulièrement p. 119.

¹⁵²⁴ On va se référer à ce sujet au discours de Ernest Renan, philosophe français, qui disait : « les nations ne sont pas quelque chose d'éternel. Elles ont commencé, elles finiront. La confédération européenne, probablement, les remplacera. Mais telle n'est pas la loi du siècle où nous vivons ». Discours prononcé à la Sorbonne au 11 mars 1882, cité par TÉNIER (J.), *Intégrations régionales et mondialisation...*, op. cit., p. 13.

¹⁵²⁵ Voir HABERMAS (J.), *L'intégration républicaine*, op. cit., p. 115.

Les réactions négatives à l'égard de la constitutionnalisation de l'Union européenne sont particulièrement démonstratives à ce sujet. On va se référer notamment à la réaction de la Cour constitutionnelle fédérale allemande dès le début des débats sur un possible processus de constitutionnalisation. Son jugement du 12 octobre 1993, portant sur la constitutionnalité du Traité de Maastricht, montre clairement la méfiance de la Cour allemande à l'égard d'un élargissement du pouvoir de l'Union par une interprétation extensive des traités. Selon elle, l'Union et les Communautés sont dotées de compétences attribuées par les États membres qui demeurent sans conteste les « maîtres des traités ». À ce sujet, voir HANF (D.), « Le jugement de la Cour constitutionnelle fédérale allemande sur la constitutionnalité du Traité de Maastricht. Un nouveau chapitre des relations entre le droit communautaire et le droit national », *RTDE*, 1994, pp. 391-423.

Plus récemment encore, le rejet du Projet de traité établissant une constitution pour l'Europe par certains États membres constitue également un bon exemple.

européenne constitue donc la rupture de l'équivalence, au niveau international, entre l'État et l'espace politique représentatif¹⁵²⁶.

Paragraphe 2. Un processus de supranationalisation qui modifie les principes de représentation internationale

En tant qu'organisation supranationale, l'Union européenne a des caractéristiques très particulières qui modifient considérablement la logique institutionnelle dominante de l'ordre juridique international. On avait vu que cette logique institutionnelle, fondée traditionnellement sur l'idée de coopération, détermine le rapport entre l'organisation internationale et l'État membre et le lien entre le système institutionnel en cause et l'ordre juridique interne de l'État membre. Dans la construction européenne, qui suit un modèle d'intégration, cette logique institutionnelle a été essentiellement modifiée. Cette modification conceptuelle concerne notamment la disparition de la dualité classique interne-international des ordres juridiques dans certains domaines. Ce point, certainement non négligeable en ce qui concerne la remise en cause de la souveraineté des États, sera examiné ultérieurement en vue de nous focaliser ici essentiellement sur les particularités de cette nouvelle configuration concernant les principes de représentation.

Dotée des pouvoirs et des fonctions dignes des États, l'Union européenne dispose désormais d'un pouvoir représentatif irrécusable. Du point de vue des principes de représentation établis dans l'ordre juridique international, l'Union européenne se singularise notamment par le fait qu'elle y a introduit une nouvelle structuration de nature supranationale et fondée sur un principe de représentativité en dehors de celui que traditionnellement les États détenaient individuellement ou en ensemble¹⁵²⁷. C'est en effet là qu'une organisation supranationale se distingue d'une organisation internationale classique. Il ne s'agit plus d'une représentation des États ou d'une représentation à travers les États comme c'est le cas dans des organisations interétatiques, mais d'une représentation directe des individus, des peuples ou des entités infra-étatiques et sur le plan international. Ces impacts de la construction européenne sur l'organisation et les formes de la représentation sont visibles tant à l'intérieur du système communautaire (A) qu'au niveau international (B).

¹⁵²⁶ En ce sens, K. Benyekhlef écrit que « [l']Union européenne représente une rupture nette avec un modèle classique de souveraineté ». Voir BENYEKHFLEF (K.), *Une possible histoire de la norme...*, op. cit., p. 691.

¹⁵²⁷ PESCATORE (P.), *Le droit de l'intégration*, op. cit., p. 14.

A. une représentation « désétatisée » à l'intérieur de l'Union européenne

Au sein des organisations internationales, traditionnellement seuls les États disposent directement d'un statut juridique représentatif et des droits et des obligations qui en découlent. En tant que construction supranationale, l'Union européenne n'obéit pas à cette logique. Le droit européen concerne non seulement les États mais aussi leurs citoyens qui y sont directement soumis¹⁵²⁸. À cet égard, on va examiner deux institutions qui confirment ce constat : la citoyenneté européenne (1) et le Parlement européen (2).

1. L'institution d'un statut de citoyenneté détaché de l'État

Selon l'article 20 du TFUE, « [il] est institué une citoyenneté de l'Union ». On va brièvement analyser les conséquences de l'institution de ce statut, d'abord par rapport aux droits qu'il engendre (a) et, ensuite, dans son rapport avec les concepts classiques de « citoyenneté » et de « nationalité » (b).

a. Les droits découlant du statut de citoyen européen

Le concept de « citoyenneté européenne »¹⁵²⁹ a été introduit pour la première fois dans l'ordre juridique européen en 1992, par le Traité de Maastricht. Progressivement renforcés et élargis par les traités suivants, ce statut confère aux ressortissants des États membres un certain nombre de droits qu'ils peuvent revendiquer notamment dans l'espace politique européen, vis-à-vis des États membres mais aussi de l'Union elle-même. Il s'agit essentiellement du droit de circuler, de résider, de travailler et d'étudier sur le territoire des autres pays membres ; du droit de voter et d'être élu dans l'État membre de résidence pour les élections européennes et municipales ; du droit d'initiative des lois ; du droit d'adresser une pétition au Parlement européen et du droit de recours au Médiateur pour une mauvaise administration des institutions européennes¹⁵³⁰. On doit également évoquer la possibilité de tout citoyen

¹⁵²⁸ CROISAT (M.), *Le fédéralisme en Europe*, op. cit., p. 111.

¹⁵²⁹ Pour une analyse de divers aspects de la citoyenneté européenne voir ICARD (P.) (sous dir.), *La citoyenneté européenne dans tous ses États*, Édition universitaire de Dijon, 2009, 129 p.

¹⁵³⁰ Les articles 20-25 du TFUE et l'article 11 du TUE. Pour une analyse de l'ensemble de ces droits voir LECLERC (S.), « Les droits du citoyen européen », in *La citoyenneté européenne*, S. Leclerc et J.-F. Akandji-Kombé (sous dir.), Bruylant, 2007, pp. 51-80.

On peut ajouter à cette liste le droit à une protection diplomatique et consulaire de la part des ambassades et des consulats de n'importe quel État membre. Exigible en dehors de l'espace politique européen et relevant d'une

européen de recourir à la CJCE, une institution judiciaire supranationale, pour faire valoir ses droits subjectifs contre les États membres de l'Union, contre les institutions européennes, même contre son propre État.

Le rattachement de ces droits au statut de citoyen européen signifie que le concept de citoyenneté européenne ne remplit pas qu'une « fonction symbolique de rapprocher l'Europe des citoyens »¹⁵³¹. Il traduit également la volonté de créer un statut juridique en vue d'établir un lien juridique direct entre les ressortissants des États membres et l'Union européenne. Ce lien juridique a des conséquences dans deux sens. D'abord, il reconnaît aux citoyens européens, on l'a dit, la faculté de revendiquer certains droits, notamment dans l'espace politique européen. Considéré comme « un statut fondamental »¹⁵³² du point de vue du droit européen, il permet ensuite à l'Union européenne d'« exercer un certain 'droit de regard' sur les conditions d'acquisition et de perte de la nationalité »¹⁵³³.

Cette question a été relevée récemment devant la Cour de justice dans son arrêt Rottmann du 2 mars 2010¹⁵³⁴. Tout en reconnaissant que ce domaine relève traditionnellement et selon le droit international de la compétence de chaque État, la Cour a affirmé que cette compétence n'est pas discrétionnaire et doit être exercée sous contrôle de proportionnalité et dans le respect des libertés fondamentales prévues par les traités constitutifs¹⁵³⁵. Selon J.-D. Mouton, il ressort en effet de la jurisprudence de la Cour de Justice que dans la mesure où l'exercice de cette compétence « affecte les droits conférés et protégés par l'ordre juridique de l'Union, [il] est susceptible d'un contrôle juridictionnel opéré au regard du droit de l'Union »¹⁵³⁶.

Ainsi, par ce lien juridique créé avec les ressortissants des États membres, l'Union européenne dispose d'un droit d'exercer un contrôle dans un domaine considéré discrétionnaire et réservé aux États membres, qui est la réglementation d'acquisition et de

pratique qui n'est pas étrangère au droit international, notamment dans les cadres d'accords de coopération entre les États, ce droit ne concerne pas directement le sujet traité ici.

¹⁵³¹ GAROT (M. J.), *La citoyenneté de l'Union européenne*, L'Harmattan, 1999, p. 174.

¹⁵³² CJCE, *Arrêt Grzelczyk*, 20 septembre 2001, aff. C-184/99, point 31.

¹⁵³³ Voir MOUTON (J.-D.), « Réflexions sur la nature de l'Union européenne à partir de l'arrêt Rottmann », op. cit., p. 260 et s. Sur ce sujet voir également CORNELOUP (S.), « Réflexion sur l'émergence d'un droit de l'Union européenne en matière de nationalité », *JDI (Clunet)*, 2011, pp. 491-516.

¹⁵³⁴ CJUE, aff. C-135-08. Pour un commentaire de l'arrêt voir HEYMANN (J.), « De la citoyenneté de l'Union comme révélateur de la nature de l'Union européenne (à propos de l'arrêt Rottmann) », *Commentaire de l'arrêt de Grande chambre CJUE, Janko Rottmann c/ Freistaat Bayern*, 2 mars 2010, C-135/08, in *Europe*, n°6, juin 2010, pp. 5-8.

¹⁵³⁵ Voir point 39 et conclusion de l'arrêt.

¹⁵³⁶ MOUTON (J.-D.), « Réflexions sur la nature de l'Union européenne à partir de l'arrêt Rottmann », op. cit., p. 263. Dans le même ordre d'idée, on peut également se référer à l'arrêt Micheletti de la CJCE du 7 juillet 1992, aff. C-369/90.

perte de la nationalité. C'est en ce sens que, selon V. Constantinesco, le concept de citoyenneté européenne bouleverse le principe posé par le droit international en matière d'attribution de nationalité, qui la laisse complètement à la bonne volonté des États, et perturbe le découplage classique entre citoyenneté et nationalité¹⁵³⁷.

b. Un statut politique qui se détache de l'État

L'institution d'un statut de citoyen européen, titulaire de droits et de devoirs, libre de se déplacer dans l'Union, ayant des droits politiques qu'il lui appartient d'exercer, rompt indiscutablement avec tous les concepts de citoyenneté étatique. Certes, selon l'article 20 du TFUE, qui consacre la notion de citoyenneté européenne, le critère pour être citoyen de l'Union est d'avoir la nationalité d'un État membre. En ce sens, l'accès à ce statut reste attaché à l'existence d'un lien juridique d'appartenance nationale. Mais dans la mesure où l'accès à des droits qui découlent de ce statut de citoyen européen n'est pas conditionné à une appartenance nationale, « la citoyenneté se délie de la nationalité »¹⁵³⁸.

C'est en effet en ce sens que cette citoyenneté de l'Union européenne est considérée comme une « citoyenneté interétatique »¹⁵³⁹ ou une « citoyenneté transnationale »¹⁵⁴⁰ ou encore une « citoyenneté postnationale »¹⁵⁴¹. La particularité de ce concept de citoyenneté européenne réside donc dans le fait qu'il instaure une citoyenneté « au-delà » de l'État¹⁵⁴². En effet, à la différence d'une citoyenneté nationale fondée sur l'existence d'un « peuple » ayant le sentiment de former une « nation », une « communauté de destin »¹⁵⁴³, la citoyenneté de l'Union européenne ne présuppose que « l'existence d'un lien de nature politique », fondé non pas sur « l'existence d'un peuple mais [...] sur l'existence d'un espace politique

¹⁵³⁷ CONSTANTINESCO (V.), « Nationalité et citoyenneté à l'épreuve du droit européen. Retour sur quelques arrêts de la Cour de Justice des Communautés européennes », in *La France, l'Europe et le Monde, Mélanges en l'honneur de Jean Charpentier*, Pedone, 2008, pp. 267-280.

¹⁵³⁸ FERRY (J.-M.), *Europe la voie kantienne. Essai sur l'identité postnationale*, op. cit., p. 181-182.

¹⁵³⁹ Conclusions de l'Avocat général de la CJUE, M. Poiares Maduro, présentées le 30 septembre 2009 dans l'affaire Rottmann C-135/08, point 16.

¹⁵⁴⁰ MOUTON (J.-D.), « Réflexions sur la nature de l'Union européenne à partir de l'arrêt Rottmann », op. cit., p. 271.

¹⁵⁴¹ FERRY (J.-M.), *Europe la voie kantienne. Essai sur l'identité postnationale*, op. cit., p. 61 et s.

¹⁵⁴² Conclusions de l'Avocat général de la CJUE, M. Poiares Maduro, présentées le 30 septembre 2009 dans l'affaire Rottmann C-135/08, point 23.

¹⁵⁴³ KYMLICKA (W.), « Le mythe de la citoyenneté transnationale », op. cit., p. 107.

européen »¹⁵⁴⁴. Donc, il s'agit d'un « terme non national »¹⁵⁴⁵. C'est en ce sens que la notion de citoyenneté se détache de la personne d'État dans la construction européenne.

À cet égard, l'émergence du concept de citoyenneté européenne peut être vue comme une réponse identitaire de l'intégration européenne à l'effet de « dénationalisation » de la mondialisation. En effet, dans la mesure où « le repli sur le national est une impasse tant pratique que théorique » au regard du « défi actuel » de l'union politique européenne de donner « une réponse politique appropriée à la mondialisation économique », une stratégie postnationale s'est avérée indispensable¹⁵⁴⁶. Selon J.-M. Ferry, c'est en ce sens que l'Union européenne a concrétisé l'idée kantienne selon laquelle la liberté de circulation et d'échanges allait accroître l'interdépendance entre les nations et permettre « une union toujours plus étroite entre les peuples » qui deviendra l'« union cosmopolitique »¹⁵⁴⁷. Cette « stratégie postnationale »¹⁵⁴⁸ mise en œuvre dans la construction européenne vise à créer une « identité postnationale » qui signifie que :

« a) le citoyen ne voit plus dans la nation la référence et l'appartenance politiques ultimes ; b) sans nier les solidarités locales, régionales, nationales, les motifs suprêmes d'adhésion à une communauté politique ne sont plus ceux de la parenté, de la proximité, de la filiation, ni même les motifs de la nationalité[...], mais l'adhésion à des principes universalistes tels qu'ils s'expriment dans les droits de l'homme, l'État constitutionnel, la démocratie »¹⁵⁴⁹.

Partant, on peut affirmer que l'établissement de ce lien juridique direct entre l'Union et les citoyens remet en cause la configuration westphalienne du pouvoir politique qui enfermait l'individu à la sphère nationale. Conforme à l'esprit du cosmopolitisme kantien¹⁵⁵⁰, l'émergence d'un concept de citoyenneté, détaché de l'État, permet ainsi au dépassement du cadre interétatique des rapports extraterritoriaux et annonce l'émergence d'un espace

¹⁵⁴⁴ Conclusions de l'Avocat général de la CJUE, M. Poiras Maduro, présentées le 30 septembre 2009 dans l'affaire Rottmann C-135/08, point 16. Dans le même sens voir, MOUTON (J.-D.), « Réflexions sur la nature de l'Union européenne à partir de l'arrêt Rottmann », op. cit., p. 271 et s.

¹⁵⁴⁵ PREUß (U. K.), « Citizenship in the European Union : a Paradigm for Transnational Democracy ? », in *Re-imagining Political Community*, D. Archibugi, D. Held et M. Köhler (sous dir.), Polity Press, 1998, p. 145.

¹⁵⁴⁶ FERRY (J.-M.), *Europe la voie kantienne. Essai sur l'identité postnationale*, op. cit., p. 68-69.

¹⁵⁴⁷ *Idem.*, p. 131. Pour une approche identique à propos du modèle européen comme la réalisation de l'idée kantienne de l'union cosmopolitique voir BENYEKHFLEF (K.), *Une possible histoire de la norme...*, op. cit., p. 672.

¹⁵⁴⁸ Voir *infra*

¹⁵⁴⁹ FERRY (J.-M.), *Europe la voie kantienne. Essai sur l'identité postnationale*, op. cit., p. 199.

¹⁵⁵⁰ *Idem.*, p. 133.

politique post-westphalien¹⁵⁵¹. L'Union européenne est désormais « davantage qu'« une société de sociétés' [...]. Elle devient progressivement une 'société de citoyens' »¹⁵⁵² dont la représentation directe est assurée au niveau supranational par un Parlement.

2. La représentation des intérêts au niveau supranational : le Parlement européen

La parlementarisation de l'UE s'inscrit dans un mouvement de démocratisation et de légitimation du pouvoir politique qui modifie fondamentalement le principe de représentation au niveau international (a). Le renforcement progressif du rôle du Parlement européen tout au long du processus de supranationalisation montre qu'il ne s'agit pas d'une construction symbolique (b).

a. La contribution du Parlement européen à l'émergence d'un espace politique représentatif au niveau supranational

La légitimité démocratique de l'Union européenne repose sur une double forme de représentation. D'abord, en tant qu'union d'États et comme une organisation interétatique classique, elle assure une représentation étatique à travers le Conseil Européen. De ce point de vue, elle obéit au principe de représentation internationale qui domine l'institutionnalisation internationale. Mais en tant qu'union de citoyens et à travers le Parlement européen, l'Union assure la représentation directe des citoyens par laquelle elle introduit un nouveau principe de représentation au niveau supranational.

La parlementarisation de l'Union s'inscrit dans un mouvement général de la recherche de la démocratie¹⁵⁵³. Considéré comme « la colonne vertébrale » de tout régime démocratique¹⁵⁵⁴, le Parlement est, avant tout, une source de légitimité pour toute autorité gouvernementale. Puisque dans un processus de supranationalisation, l'État et, par conséquent, le parlement national s'écartent entre les gouvernés et le gouvernant supranational, le développement de la

¹⁵⁵¹ Voir LINKLATER (A.), « Citizenship and Sovereignty in the Post-Westphalian European State », in *Re-imagining Political Community*, D. Archibugi, D. Held et M. Köhler (sous dir.), Polity Press, 1998, pp. 113-137.

¹⁵⁵² CROISAT (M.), QUERMONNE (J.-L.), *L'Europe et le fédéralisme*, p. 63. Dans le même sens voir FERRY (J.-M.), *Europe la voie kantienne. Essai sur l'identité postnationale*, op. cit., p. 203 ; WEILER (J.), *The Constitution of Europe*, Cambridge University Press, 1999, p. 344.

¹⁵⁵³ BIEBER (R.), HAAG (M.), « Le Parlement européen », in *Le droit de la CE et de l'Union européen, Commentaire J. Megret*, Vol. 9, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2^{ème} éd., 2000, p. 31 et s. ; DUTOIT (L.), *Parlement européenne et société civile...*, op. cit., p. 65-66

¹⁵⁵⁴ MAGNETTE (P.), *Le régime politique de l'Union européenne*, op. cit., p. 153.

parlementarisation devient un élément essentiel de ce processus qui doit nécessairement reposer sur une légitimité démocratique¹⁵⁵⁵.

Par rapport à l'État moderne, qui avait résolu son problème de légitimité par son assimilation à la nation – ce qui explique la force de l'expression « État-nation » –¹⁵⁵⁶, l'Union européenne, qui se présente comme le modèle des sociétés postnationales, doit absolument trouver un nouveau mode de légitimation pour pouvoir réaliser l'intégration sociale et politique visée. C'est là que se dévoile le caractère innovant du concept de citoyenneté européenne et que le Parlement européen joue son rôle. En transportant cette représentation démocratique au niveau supranational, il assure la légitimité de ce nouvel espace politique, une légitimité qui est détachée des États et de tout concept de nation et qui découle directement des citoyens. La force représentative de l'Union européenne repose donc non pas sur une nation européenne inexistante ou sur un peuple européen fictif mais sur les citoyens européens. En ce sens, le Parlement européen participe activement à la constitution d'un nouvel espace politique représentatif à l'échelle de l'Union européenne.

Dans cette perspective, un autre point à évoquer est la nature supranationale du Parlement européen. C'est une institution supranationale à plusieurs égards. D'abord, il acquiert sa légitimité formelle de son élection par les citoyens¹⁵⁵⁷. Il est vrai que le Parlement européen est la « seule assemblée internationale élue au suffrage universel direct depuis 1979 »¹⁵⁵⁸. Conçu au début comme un lieu de représentation « des peuples des États » (l'article 190 du TCE), le Parlement européen assure aujourd'hui la représentation « des citoyens de l'Union » (l'article 14 du TUE). Cette substitution de formulation est particulièrement démonstratif d'un mouvement de dépassement de l'état-centrisme concernant la logique de représentation internationale pour une représentation démocratique au niveau supranational.

Au sujet de la nature supranationale de cette institution, on doit évoquer également la composition politique interne du Parlement européen. Élus directement par les citoyens européens, les députés y siègent par formations politiques et non pas par délégations nationales. Malgré la volonté des États qui souhaitent toujours voir leurs députés former un

¹⁵⁵⁵ *Idem.*, p. 157.

¹⁵⁵⁶ HABERMAS (J.), *L'intégration républicain*, op. cit., p. 102.

¹⁵⁵⁷ Voir MESTRE (C.), « Le Parlement », in *Le Traité établissant une constitution pour l'Europe*, V. Constantinesco, Y. Gautier et V. Michel (sous dir.), Presses universitaires de Strasbourg, 2004, p. 119 ; BIEBER (R.), « Le renforcement du Parlement européen », *RAE*, 2006, p. 223.

¹⁵⁵⁸ PETIT (Y.), « Le Traité de Lisbonne et le renforcement du Parlement européen », in *Les transformations du droit public*, M. Conan et B. Thomas-Tual, (sous dir.), La Mémoire du droit, 2010, p. 97.

front national au sein du Parlement européen pour représenter et défendre les intérêts nationaux¹⁵⁵⁹, les choix politiques se font en fonction de différentes formations politiques représentées au Parlement, qui regroupent des élus de différentes nationalités. Cette composition interne dénationalisée rompt sans doute avec l'idée selon laquelle une représentation internationale ne peut s'envisager qu'à travers la représentation étatique.

Pour éviter toute confusion et controverse sur la « nature parlementaire » du Parlement européen, il convient d'évoquer les différents concepts de démocratie parlementaire. Dans ce cadre, D.-L. Seiler met en avant deux modèles¹⁵⁶⁰. Le premier est le parlementarisme du type « Westminster » qui suppose une « démocratie gouvernée ». Il s'agit d'un système majoritaire dont l'objectif est essentiellement de gouverner¹⁵⁶¹. Le second est le parlementarisme de consensus qui correspond à une « démocratie de concordance »¹⁵⁶². L'objectif de ce modèle est, avant tout, d'assurer la cohésion sociale à travers la représentation et les participations les plus larges possibles de tous les intéressés dans une recherche de consensus¹⁵⁶³.

Considérant les différents éléments de ces deux modèles, on peut constater que la parlementarisation de l'Union européenne correspond au modèle de la démocratie de concordance¹⁵⁶⁴. Dans le processus de démocratisation de l'Union européenne, il semble en effet qu'un modèle de parlementarisation qui prend nécessairement en compte la pluralité et la diversité de la société européenne s'impose. En ce sens, on peut évoquer par exemple le rôle qu'il a joué pendant les débats sur la Constitution européenne. Le Parlement s'est montré comme un vrai acteur de ce processus dans un rôle moteur pour un « 'dialogue européen' permettant un débat public relatif à l'avenir de l'Europe »¹⁵⁶⁵. Ainsi, il a affirmé son rôle dans l'émergence d'un espace politique représentatif.

¹⁵⁵⁹ MAGNETTE (P.), *Le régime politique de l'Union européenne*, op. cit., p. 156.

¹⁵⁶⁰ SEILER (D.-L.), « Les parlements entre 'gouvernement' et 'concordance' », in *Vers un renouveau du parlementarisme en Europe ?*, O. Costa, E. Kerrouche et P. Magnette (sous dir.), Editions de l'Université de Bruxelles, 2004, pp. 57-72.

¹⁵⁶¹ *Idem.*, p. 60 et s.

¹⁵⁶² Selon D.-L. Seiler, la démocratie concordance se définit comme « une pratique de la démocratie réelle visant à assurer la meilleure représentation possible de la population dans la diversité de ses opinions et de ses cultures afin d'impliquer le plus grand nombre possible dans le processus de la décision politique. Ainsi le maintien de la cohésion sociale l'emporte sur le souci de la cohésion gouvernementale et la stabilité de l'exécutif ». *Idem.*, p. 62.

¹⁵⁶³ *Idem.*, p. 63.

¹⁵⁶⁴ Dans ce sens voir DUTOIT (L.), *Parlement européenne et société civile...*, op. cit., p. 68-69.

¹⁵⁶⁵ Voir BIEBER (R.), « Le renforcement du Parlement européen », op. cit., p. 230-231.

Toutefois, d'un autre point de vue, il semble que la volonté d'accroître le rôle du Parlement européenne dans les mécanismes de prise de décision européens, notamment concernant le pouvoir de désignation du Président de la Commission incite le parlementarisme européenne à s'inscrire dans une logique majoritaire, donc à s'orienter

b. L'accroissement du rôle du Parlement européen

La parlementarisation de l'Union européenne connaît des limites. D'abord, ce n'est pas une institution souveraine. Ce n'est pas lui qui détermine son champ de pouvoir. Il est décidé de l'extérieur, dans des conférences intergouvernementales. Il est vrai aussi que de nombreux domaines d'actions communautaires restent encore régis par des mécanismes intergouvernementaux qui lui échappent. Même dans des domaines qui relèvent sa compétence législative, le Parlement n'a pas le droit d'initiative¹⁵⁶⁶. Il est indiscutable qu'à l'instar des parlements nationaux, le Parlement européen donne une image d'impuissance, surtout dans certains domaines importants qui sont normalement caractéristiques d'un parlement¹⁵⁶⁷. Mais le rythme d'évolution du processus d'intégration montre que, les choses évoluent dans le sens d'une parlementarisation progressive. Sans entrer dans des débats idéologiques et doctrinaux concernant la nature « parlementaire » de la parlementarisation européenne et faisant preuve de pragmatisme et de rationalisme, on doit constater que les restrictions devant une véritable parlementarisation se lèvent¹⁵⁶⁸.

Il est vrai que, depuis sa constitution, le rôle et les compétences du Parlement européen se sont sans cesse élargis. Conçu initialement comme un organe chargé du contrôle politique de la Commission¹⁵⁶⁹, le Parlement s'est vu ensuite investi des compétences budgétaires¹⁵⁷⁰ et

vers le parlementarisme du type « Westminster ». Sur ce sujet voir DUTOIT (L.), *Parlement européenne et société civile...*, op. cit., p. 69 et PETIT (Y.), « Le Traité de Lisbonne et le renforcement du Parlement européen », op. cit., p. 138.

¹⁵⁶⁶ *Idem.*, p. 124. Dans ce domaine, le Parlement n'a la possibilité que d'influencer la Commission en adoptant des « rapports d'initiative » pour que cette dernière lui soumette « toute proposition appropriée sur les questions qui lui paraissent nécessiter l'élaboration d'un acte communautaire pour la mise en œuvre des traités » (art. 225 du TFUE).

La seule exception qui attribue au Parlement une initiative législative semble être l'élaboration d'un projet par le Parlement en vue d'organiser l'élection de ses membres au suffrage universel (art. 223 du TFUE). Sur ce point voir COSTA (O.), *Le Parlement européen, assemblée délibérante*, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2001, p. 137 et s.

On doit ajouter que, depuis le Traité de Lisbonne, le Parlement européen dispose également un droit d'initiative concernant la révision de traités. Selon l'article 48/6 du TUE, le Parlement européen, au même titre que les gouvernements des États membres et la Commission, « peut soumettre au Conseil européen des projets tendant à la révision de tout ou partie des dispositions de la troisième partie du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, relatives aux politiques ».

¹⁵⁶⁷ Toutefois, dans la mesure où l'UE n'est comparable à un État, il serait erroné de comparer le Parlement européen à un parlement national.

¹⁵⁶⁸ COSTA (O.), *Le Parlement européen, assemblée délibérante*, op. cit., p. 58 et 59.

¹⁵⁶⁹ MAGNETTE (P.), « L'Union européenne : un régime semi-parlementaire », op. cit., p. 29.

¹⁵⁷⁰ ROCA (P.), RASMUSSEN (A.), PONZANO (P.), « Le Parlement européen affirme ses pouvoirs », in *La construction d'un parlement : 50 ans d'histoire du Parlement européen*, Y. Mény (sous dir.), Communautés Européennes, 2009, pp. 139-230, plus spécifiquement p. 149 et s.

accordé progressivement une place considérable dans la procédure législative de l'Union européenne¹⁵⁷¹.

En effet, depuis le Traité de Maastricht, il existe un processus continu de transformation du Parlement européen en « colégislateur de l'Union européenne »¹⁵⁷². Dernièrement, avec l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne¹⁵⁷³, son rôle a été encore renforcé au sein du triangle institutionnel concernant la procédure législative ordinaire¹⁵⁷⁴. En réalité, le Traité de Lisbonne n'a rien modifié en ce qui concerne la structure formelle de la procédure législative. Mais il a élargi la procédure de codécision à pratiquement tous les domaines dans lesquels le Conseil statue à la majorité qualifiée¹⁵⁷⁵. Dans ces domaines, la codécision devient la règle et le Parlement vote désormais à égalité avec le Conseil. Ce système, qui permet au Parlement de disposer d'un « droit de veto »¹⁵⁷⁶ dans ces domaines, « s'inspire très largement de la procédure législative en vigueur dans les systèmes parlementaires bicaméraux »¹⁵⁷⁷.

Le rôle du Parlement a été également renforcé sur le plan institutionnel. Selon l'article 17-7 du TUE, le Président de la Commission est élu par le Parlement européen sur proposition du Conseil qu'il fait « en tenant compte des élections au Parlement européen ». Si on peut considérer la Commission comme une sorte de gouvernement, l'attribution d'un tel pouvoir

¹⁵⁷¹ Une participation active du Parlement européen au processus législatif de l'Union est très importante dans la mesure où, comme il a été reconnu dès 1980 par la Cour de justice, celle-ci sera « le reflet, bien que limité, au niveau de la Communauté, d'un principe démocratique fondamental, selon lequel les peuples participent à l'exercice du pouvoir par l'intermédiaire d'une assemblée représentative ». CJCE, 29 octobre 1980, *Roquette Frères c/Conseil*, Aff. 138/79, Rec. 3333, par. 33.

¹⁵⁷² PETIT (Y.), « Le Traité de Lisbonne et le renforcement du Parlement européen », op. cit., p. 125. Dans le même sens et pour un bilan de la pratique de la codécision après le Traité de Maastricht et jusqu'en 1999 voir COSTA (O.), *Le Parlement européen, assemblée délibérante*, op. cit., pp. 128-136.

¹⁵⁷³ Concernant l'apport de ce Traité sur le renforcement du rôle du Parlement européen, voir PETIT (Y.), « Le Traité de Lisbonne et le renforcement du Parlement européen », op. cit. ; SAURON (J.-L.), *Comprendre le Traité de Lisbonne*, Gualino, 2008, pp. 46-47.

Sachant qu'au sujet des modifications apportées sur le rôle et les compétences du Parlement européen, le Traité de Lisbonne suit le Projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe, on peut voir également MESTRE (C.), « Le Parlement », op. cit., pp. 117-132 ; BIEBER (R.), « Le renforcement du Parlement européen », op. cit.

¹⁵⁷⁴ L'article 294 du TFUE. Cette procédure, qui exige la codécision du Conseil et du Parlement à la majorité qualifiée, « place chaque État membre dans une situation de subordination vis-à-vis de l'Union et de dépendance vis-à-vis des autres États membres puisque chaque État membre n'a plus le pouvoir de refuser que lui soit imposée une décision prise contre son gré par d'autres que lui ». Voir PÉCHEUL (A.), *Le Traité de Lisbonne. La constitution malgré nous ?*, Cujas, 2008, p. 39.

¹⁵⁷⁵ Pour une liste générale des domaines qui nécessitent une procédure de codécision, dite désormais « procédure législative ordinaire » selon l'article 294 du TFUE, voir http://ec.europa.eu/codécision/docs/legal_bases_en.pdf (en anglais). Pour une liste des domaines qui y ont été inclus par le Traité de Lisbonne, voir SAURON (J.-L.), *Comprendre le Traité de Lisbonne*, op. cit., p. 79 et s.

¹⁵⁷⁶ PETIT (Y.), « Le Traité de Lisbonne et le renforcement du Parlement européen », op. cit., p. 129. ROCA (P.), RASMUSSEN (A.), PONZANO (P.), « Le Parlement européen affirme ses pouvoirs », op. cit., p. 171 et s.

¹⁵⁷⁷ MESTRE (C.), « Le Parlement », op. cit., p. 126.

de désignation au Parlement était importante pour la légitimité politique de cet organe et pour le rapprocher aux citoyens¹⁵⁷⁸.

En effet, de ces exemples du renforcement continu du rôle du Parlement européen au sein de la construction européenne, on peut conclure qu'il existe à la fois une volonté de démocratisation et un besoin de légitimité¹⁵⁷⁹. On peut constater que le rôle du Parlement européen s'accroît d'une manière proportionnelle à l'accroissement des compétences de l'Union européenne. Et, si le transfert des compétences vers l'Union européenne signifie « la dénationalisation de certaines politiques publiques et de leur 'déparlementarisation' »¹⁵⁸⁰ aux niveaux nationaux, la mise en œuvre de ces compétences transférées ou le contrôle de leur mise en œuvre communautaire par le Parlement européen signifie le retour, de nouveau, à la démocratie représentative.

Ainsi, Le Parlement européen se présente comme une assemblée délibérante qui non seulement remplit un rôle d'expression politique et de légitimation démocratique à l'échelle supranationale mais aussi participe activement au processus décisionnel de l'Union européenne¹⁵⁸¹. On ne doit, certes, pas surestimer le pouvoir du Parlement européen, doté de compétences assez limitées. Mais, il ne faut pas sous-estimer non plus ses activités politiques, qui dépassent souvent le simple cadre de l'exercice d'une liste des compétences et qui s'inscrivent dans une logique de délibération dans tous les domaines qui entrent dans les compétences de l'Union, voire qui y échappent¹⁵⁸².

En tout état de cause, comme O. Costa l'affirme, « [l']existence même de cette assemblée baroque porte atteinte à la pertinence des catégories qui fondent la science politique classique, à l'universalité des concepts du droit politique et des théories de la souveraineté ou de la représentation »¹⁵⁸³. Supposant une représentation démocratique sans État, ce projet constitue « une véritable provocation pour tous »¹⁵⁸⁴.

¹⁵⁷⁸ PETIT (Y.), « Le Traité de Lisbonne et le renforcement du Parlement européen », op. cit., p. 135 et s.

¹⁵⁷⁹ MESTRE (C.), « Le Parlement », op. cit., p. 118.

¹⁵⁸⁰ DUTOIT (L.), *Parlement européenne et société civile...*, op. cit., p. 70.

¹⁵⁸¹ Au sujet des activités de délibération au sein du Parlement européen voir COSTA (O.), *Le Parlement européen, assemblée délibérante*, op. cit.

¹⁵⁸² COSTA (O.), « Les pouvoirs législatifs et constituants », *À quoi sert le Parlement européen*, P. Delwit, J.-M. De Waele et P. Magnette (sous dir.), Éditions complexe, 1999, p. 90. Pour un examen détaillé de ce pouvoir dit de « délibération » du Parlement européen, voir du même auteur *Le Parlement européen, assemblée délibérante*, op. cit.

¹⁵⁸³ COSTA (O.), *Le Parlement européen, assemblée délibérante*, op. cit., p. 7.

¹⁵⁸⁴ BIEBER (R.), HAAG (M.), « Le Parlement européen », op. cit., p. 31.

B. Une représentation « désétatisée » à l'extérieur de l'Union européenne

Il est aujourd'hui communément admis que l'Union européenne jouit d'une capacité juridique internationale qui lui permet de négocier et de conclure des accords internationaux et d'être représentée auprès des États tiers et des organisations internationales¹⁵⁸⁵. La reconnaissance d'une capacité d'action et d'engagement international en faveur des organisations internationales n'est ni une nouveauté ni propre à l'UE. Cependant, un transfert irréversible de certaines compétences laissées à l'exercice exclusif de l'Union fait en sorte que, dans ces domaines où les États sont dépossédés de ces compétences (1), seuls les organes supranationaux de l'Union sont habilités à agir et à représenter les intérêts de l'Union sur le plan international (2). On va également examiner la représentation de l'Union européenne dans le domaine de la politique étrangère et de sécurité commune (PESC) qui est, certes, un domaine intergouvernemental relevant des compétences partagées entre les États membres et les institutions européennes, mais qui suit, lui aussi, la tendance de la supranationalisation (3).

1. La déposition des États membres de leurs compétences externes

Il existe deux critères pour pouvoir parler véritablement d'un dépassement de l'état-centrisme sur le plan externe. D'abord, il faut que la compétence exercée par l'Union européen soit exclusive (a). Ensuite, l'exercice de cette compétence doit s'effectuer par des mécanismes et des organes supranationaux, et non plus intergouvernementaux (b).

a. L'exclusivité de la compétence externe

L'exclusivité de la compétence de l'Union européenne est importante, car « [s]i la compétence communautaire est exclusive, c'est que corrélativement, les États membres sont dans une situation d'incompétence »¹⁵⁸⁶ non seulement sur le plan communautaire à l'intérieur de l'Union mais également sur le plan international à l'extérieur de l'Union¹⁵⁸⁷. C'est en ce sens que la possession des compétences exclusives externes par l'Union

¹⁵⁸⁵ FENET (A.), « Les compétences de la Communauté », in *Droit des relations extérieures de l'Union européenne*, A. Fenet (sous dir.), Litec, 2006 p. 64 et s.

¹⁵⁸⁶ GAUTIER (Y.), « La compétence communautaire exclusive », in *50 ans de droit communautaire, Mélanges en hommage à Guy Isaac*, t. 1, Presses de l'université des sciences sociales de Toulouse, 2004, p. 165.

¹⁵⁸⁷ DONY (M.), « The EU's External Relations and Their Evolving Legal Framework », in *The European Union and Global Governance*, M. Telo (sous dir.), Routledge, 2009, p. 140.

européenne peut être interprétée comme le dépassement de l'état-centrisme au niveau international¹⁵⁸⁸.

L'exclusivité de la compétence externe de l'Union européenne peut résulter d'une attribution explicite figurant dans des traités constitutifs de l'Union (i) ou, d'une manière implicite, d'autres dispositions des traités ou d'actes pris par l'Union dans le cadre de ces dispositions (ii).

i. Les compétences exclusives explicites de l'Union européenne

Intéressons-nous d'abord aux compétences exclusives de l'Union européenne expressément attribuées. Il s'agit des compétences communautaires qui, au regard de l'objectif du marché unique et de la façon dont cette compétence est conçue dans le traité constitutif, « ne peuvent être qu'exclusives »¹⁵⁸⁹. La politique commerciale commune constitue à cet égard un bon exemple. En effet, selon l'avis 1/75 de la CJCE, l'exclusivité de la compétence de la Communauté en la matière se justifie « dans la perspective du fonctionnement du marché commun, pour la défense de l'intérêt global de la Communauté, à l'intérieur duquel les intérêts particuliers des États membres doivent trouver à s'ajuster mutuellement ». Il est évident, ajoute la Cour, qu'une telle « conception est, de toute évidence, incompatible avec la liberté que les États membres pourraient se réserver, en invoquant une compétence parallèle, afin de poursuivre la satisfaction distincte de leurs intérêts propres dans les relations extérieures, au risque de compromettre une défense efficace de l'intérêt global de la Communauté »¹⁵⁹⁰. Par conséquent, il faut admettre que dans ce domaine les États membres ont renoncé à leur individualité et à leur compétence en faveur de la Communauté qui la détient d'une manière exclusive.

S'appuyant sur la jurisprudence de la Cour de justice, le Traité de Lisbonne apporte une clarification concernant les compétences exclusives de l'Union. En effet, l'article 3, par. 1 du TFUE en dresse une liste : l'union douanière ; l'établissement des règles de concurrence nécessaires au fonctionnement du marché intérieur; la politique monétaire pour les États membres dont la monnaie est l'euro; la conservation des ressources biologiques de la mer

¹⁵⁸⁸ CHALTIEL (F.), « Contribution à la théorie juridique du statut de l'État membre de l'Union européenne : l'exemple français », in *Démarche communautaire et construction européenne*, F. Hervouët (sous dir.), Vol. I : dynamique des objectifs, La documentation française, 2000, p. 166 et s.

¹⁵⁸⁹ GAUTIER (Y.), « La compétence communautaire exclusive », op. cit., p. 166.

¹⁵⁹⁰ Voir l'avis 1/75 du 11 novembre 1975 de la CJCE, Motif B/2.

dans le cadre de la politique commune de la pêche; la politique commerciale commune¹⁵⁹¹. Dans ces domaines de compétence « l'Union se substitue aux États, les privant de leur pouvoir de décision »¹⁵⁹².

Si on s'intéresse à une dépossession des États membres de certaines de leurs compétences externes, on doit ouvrir une parenthèse sur une telle possibilité dans les domaines où la compétence de l'Union n'est pas exclusive mais partagée. Il a été en effet qu'en matière de répartition des compétences entre l'Union et les États membres, « la frontière est flexible »¹⁵⁹³. Concernant l'exercice des compétences partagées, c'est l'article 2-2 du TFUE qui pose le principe : « Lorsque les traités attribuent à l'Union une compétence partagée avec les États membres dans un domaine déterminé, l'Union et les États membres peuvent légiférer et adopter des actes juridiquement contraignants dans ce domaine ». Cependant, concernant notamment les compétences partagées énumérées à l'art. 4-2 du TFUE¹⁵⁹⁴, il existe une certaine ambiguïté. La deuxième partie de l'article 2, par. 2 du TFUE précise que « [l]es États membres exercent leur compétence dans la mesure où l'Union n'a pas exercé la sienne¹⁵⁹⁵. Les États membres exercent à nouveau leur compétence dans la mesure où l'Union a décidé de cesser d'exercer la sienne »¹⁵⁹⁶.

¹⁵⁹¹ Le Traité de Lisbonne a considérablement élargi le champ de la politique commerciale commune en y incluant les accords commerciaux en matière de services, y compris dans le domaine des services culturels et audiovisuels, d'éducation, de services sociaux et de santé. Ces domaines, relevant auparavant de la compétence partagée, instaurée par l'article 133, par. 5 du TCE, relèvent désormais de la compétence exclusive de l'Union. Sur ce sujet, voir SAURON (J.-L.), *Comprendre le Traité de Lisbonne*, op. cit., p. 113.

Cependant, il convient de préciser que, si l'article 207 du TFUE inclue ces domaines dans la compétence exclusive de l'Union, il impose en contrepartie l'unanimité comme règle de vote au sein du Conseil dans deux hypothèses : soit « lorsque ces accords risquent de porter atteinte à la diversité culturelle et linguistique de l'Union » ; soit « lorsque ces accords risquent de perturber gravement l'organisation de ces services au niveau national et de porter atteinte à la responsabilité des États membres pour la fourniture de ces services » (art. 207, par. 4 a) et b) du TFUE). Voir CORREIA (V.), « Les relations extérieures de l'Union... », op. cit., p. 278.

¹⁵⁹² MAGNETTE (P.), *Le régime politique de l'Union européenne*, op. cit., p. 61.

¹⁵⁹³ CROISAT (M.), *Le fédéralisme en Europe*, op. cit., p. 104.

¹⁵⁹⁴ Selon cet article : « Les compétences partagées entre l'Union et les États membres s'appliquent aux principaux domaines suivants: le marché intérieur; la politique sociale, pour les aspects définis dans le présent traité; la cohésion économique, sociale et territoriale; l'agriculture et la pêche, à l'exclusion de la conservation des ressources biologiques de la mer; l'environnement; la protection des consommateurs; les transports; les réseaux transeuropéens; l'énergie; l'espace de liberté, de sécurité et de justice; les enjeux communs de sécurité en matière de santé publique, pour les aspects définis dans le présent traité. »

¹⁵⁹⁵ Toutefois, il faut préciser que selon le Protocole n°25 joint au Traité de Lisbonne sur l'exercice des compétences partagées, défini à l'article 2-2 du TFUE, « lorsque l'Union mène une action dans un certain domaine, le champ d'application de cet exercice de compétence ne couvre que les éléments régis par l'acte de l'Union en question et ne couvre donc pas tout le domaine. »

¹⁵⁹⁶ L'art. 5, par. 3 du TUE et l'art. 352, par. 1 du TFUE se lisent dans le même sens :

L'art. 5-3 du TUE : « En vertu du principe de subsidiarité, dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, l'Union intervient seulement si, et dans la mesure où, les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être atteints de manière suffisante par les États membres, tant au niveau central qu'au niveau

Partant, A. Pécheul défend l'idée selon laquelle « la notion de 'partage' est un leurre dans la mesure où ces compétences sont d'abord et avant tout à la disposition de l'Union »¹⁵⁹⁷. En effet, la lecture de ces dispositions donne l'impression qu'en exerçant sa compétence dans ces domaines, l'Union européenne peut faire en sorte qu'elle seule devient compétente¹⁵⁹⁸. À la lumière de ce constat, il ne serait pas faux de dire que la conséquence de l'exercice des compétences partagées par l'Union peut être identique à celle de l'exercice des compétences exclusives. Il est vrai que, comme dans le cas des compétences exclusives, si l'Union décide d'exercer sa compétence dans des domaines énumérés à l'article 4/2 du TFUE, les États en seront aussi dépossédés. Mais il ne s'agirait que d'une dépossession conditionnelle et non définitive, l'hypothèse qu'il convient d'exclure.

ii. Les compétences exclusives implicites de l'Union européenne

Selon l'article 3, par. 2 du TFUE, la liste de compétences exclusives dressée au premier paragraphe n'est pas exhaustive, s'y ajoutent des compétences implicites. En fait, cette disposition du traité ne fait que codifier la jurisprudence de la CJCE en la matière. Il faut dire en effet que la Cour de Justice a joué un rôle substantiel dans la détermination des compétences exclusives et de la modalité de leur exercice¹⁵⁹⁹.

D'abord, dans son célèbre arrêt « AETR », la Cour a reconnu que la compétence de la Communauté pour conclure des accords internationaux peut non seulement résulter d'une attribution explicite par le traité, mais également découler de manière implicite d'autres dispositions du traité et d'actes pris, dans le cadre de ces dispositions, par les institutions de la Communauté¹⁶⁰⁰, qui supposent que « la participation de la Communauté à l'accord

régional et local, mais peuvent l'être mieux, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, au niveau de l'Union » ;

L'article 352-1 du TFUE : « Si une action de l'Union paraît nécessaire, dans le cadre des politiques définies par les traités, pour atteindre l'un des objectifs visés par les traités, sans que ceux-ci n'aient prévu les pouvoirs d'action requis à cet effet, le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après approbation du Parlement européen, adopte les dispositions appropriées ».

Toutefois, le paragraphe 4 du même article précise que celui-ci « ne peut servir de fondement pour atteindre un objectif relevant de la politique étrangère et de sécurité commune ».

¹⁵⁹⁷ PÉCHEUL (A.), *Le Traité de Lisbonne. La constitution malgré nous ?*, op. cit., p. 55.

¹⁵⁹⁸ JACQUÉ (J.-P.), « Le traité de Lisbonne. Une vue cavalière », *RTDE*, 2008, p. 474.

¹⁵⁹⁹ Pour un bref développement historique de la doctrine des compétences implicites dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, voir KADDOUS (Ch.), « Article 300 CE », in *Commentaire article par article des traités UE et CE : de Rome à Lisbonne*, I. Pingel-Lenuzza (sous dir.), 2^e éd., 2010, p. 1848 et s.. Voir également RAUX (J.), « Le droit des relations extérieures : la dynamique des compétences implicites en question », in *Les dynamiques du droit européen en début de siècle, Études en l'honneur de Jean-Claude Gautron*, Pedone, 2004, pp. 793-814.

¹⁶⁰⁰ Voir l'arrêt AETR du 31 mars 1971 de la CJCE, Commission c./Conseil, affaire 22/70, point 16.

international [...] est nécessaire à la réalisation d'un des objectifs de la Communauté »¹⁶⁰¹. Par là, la Cour de justice a clairement établi un lien entre la notion d'objectif de la Communauté et ses compétences externes¹⁶⁰². On peut conclure de cette « lecture du traité CE conforme à la logique d'intégration »¹⁶⁰³, que la capacité d'action de l'Union européenne sur plan international est évolutive et s'interprète en fonction de l'évolution des objectifs de l'Union.

La Cour s'est d'abord intéressée à l'exercice externe des compétences implicites. Conformément toujours à sa jurisprudence établie dans l'arrêt « AETR », la compétence externe de la Communauté, en l'absence de dispositions expresses du traité, pourrait être déduite de ses pouvoirs d'actions internes. Selon la Cour,

« chaque fois que, pour la mise en œuvre d'une politique commune prévue par le traité, la Communauté a pris des dispositions instaurant, sous quelque forme que ce soit, des règles communes, les États membres ne sont plus en droit, qu'ils agissent individuellement ou même collectivement, de contracter avec les États tiers des obligations affectant ces règles »¹⁶⁰⁴.

Ainsi, la Cour a établi un parallélisme entre l'existence des compétences externes et l'exercice des compétences internes¹⁶⁰⁵. Toutefois, ce parallélisme entre compétences internes et externes ne signifie pas que l'existence d'une compétence externe dépend de son exercice concret sur le plan communautaire. En effet, il a été confirmé, en 2006, par la Cour de justice que « l'existence de la compétence externe de la Communauté en matière de protection du milieu marin ne dépend pas, en principe, de l'adoption d'actes de droit dérivé » et que « [l]a Communauté peut [...] conclure des accords dans le domaine de la protection de l'environnement même si les matières spécifiques couvertes par ces accords ne font pas

¹⁶⁰¹ Voir l'avis 1/76 du 26 avril 1977 de la CJCE sur le « Projet d'accord relatif à l'institution d'un Fonds européen d'immobilisation de la navigation intérieure », points 3 et 4 et les affaires dites « ciel ouvert », voir l'arrêt du 5 novembre 2002 de la CJCE, Commission c./Finlande, point 57. Cette jurisprudence de la Cour fut ensuite introduite aux traités constitutifs de l'UE. Voir l'art. 3/2 du TFUE. Pour une analyse de la jurisprudence de la Cour de justice sur ce point voir LOUIS (J.-V.), « La compétence de la CE de conclure des accords internationaux », in *Relations extérieures. Le droit de la CE et de l'Union européenne*. Commentaire J. Megret, 2^e éd., 2005, pp. 57-75.

¹⁶⁰² CREMONA (M.), « Defining Competence in EU External Relations: Lessons From the Treaty reform process », in *Law and Practice of EU External Relations: Salient Features of a Changing Landscape*, A. Dashwood, M. Maresceau (sous dir.), Cambridge University Press, 2008, p. 40 et s.

¹⁶⁰³ KADDOUS (Ch.), « Article 300 CE », op. cit., p. 1148.

¹⁶⁰⁴ L'arrêt AETR du 31 mars 1971 de la CJCE, Commission c./Conseil, affaire 22/70, point 17.

¹⁶⁰⁵ LOUIS (J.-V.), « La compétence de la CE de conclure des accords internationaux », in *Relations extérieures. Le droit de la CE et de l'Union européenne*. Commentaire J. Megret, t. 12, Éd. de l'Université de Bruxelles, 2^e éd., 2005, p. 66.

encore ou ne font que très partiellement l'objet d'une réglementation sur le plan communautaire »¹⁶⁰⁶.

Après s'être prononcée sur l'existence des compétences externes implicites, la Cour pose ensuite la règle générale qui permet de déterminer si cette compétence externe est exclusive ou non. Selon l'avis 1/03 de la Cour, la compétence externe de l'Union « peut être exclusive ou partagée avec les États membres »¹⁶⁰⁷. Dans sa jurisprudence AETR, la Cour constate que la compétence de la Communauté est exclusive lorsque la conclusion d'un accord par les États membres est incompatible avec l'unité du marché commun et l'application uniforme du droit communautaire. Selon elle, la reconnaissance de l'existence d'une compétence externe implique nécessairement l'exclusivité de cette compétence « dans la mesure où [une fois que] des règles communautaires sont arrêtées pour réaliser les buts du traité, les États membres ne peuvent, hors du cadre des institutions communes, prendre des engagements susceptibles d'affecter lesdites règles ou d'en altérer la portée »¹⁶⁰⁸. Ainsi, la « compétence communautaire exclut la possibilité d'une compétence concurrente des États membres »¹⁶⁰⁹.

L'exclusivité de la compétence communautaire signifie que les États membres ne peuvent pas agir dans ce domaine même si l'Union s'abstient d'agir¹⁶¹⁰ et qu'ils doivent attendre que les institutions communautaires agissent. Seule une délégation de l'Union en faveur des États membres peut leur permettre d'agir. Cette délégation de l'exercice d'une compétence

¹⁶⁰⁶ Commission c./ Ireland, affaire C-459-03, 30 mai 2006, point 1.

¹⁶⁰⁷ L'avis 1/03 du 7 février 2006 de la CJCE, point 115.

¹⁶⁰⁸ Voir l'arrêt AETR du 31 mars 1971 de la CJCE, Commission c./Conseil, affaire 22/70, point 22. La Cour a reprise cette analyse dans ses arrêts dits « ciel ouvert ». Voir par exemple l'arrêt du 5 novembre 2002 de la CJCE, Commission c./Finlande, point 78. Au sujet de l'implication de la base juridique interne d'une compétence sur son existence externe et du lien entre la nature de la compétence et son exercice par l'Union voir GAUTIER (Y.), « La compétence communautaire exclusive », op. cit., p. 187 et s. ; DONY (M.), « The EU's External Relations and Their Evolving Legal Framework », op. cit., p. 140-141 ; CREMONA (M.), « Defining Competence in EU External Relations: Lessons From the Treaty reform process », op. cit., p. 39 et s.

¹⁶⁰⁹ L'arrêt AETR du 31 mars 1971 de la CJCE, Commission c./Conseil, affaire 22/70, point 31. Toutefois, il faut préciser que cette hypothèse n'est valable que dans les cas où les compétences de l'Union couvrent l'ensemble de l'action extérieure. Si, par exemple, « la matière d'un accord est plus large que les compétences de [l'Union] dans le domaine visé et que les engagements financiers prévus par l'accord non supportés par le budget communautaire », les compétences externes dans ces domaines sont alors partagées et l'Union et les États membres agissent ensemble pour conclure un accord dit « mixte ». Voir KADDOUS (Ch.), « Article 300 CE », op. cit., p. 1854. Pour une brève analyse sur la nature et le régime juridique des accords mixtes voir DONY (M.), « Les accords mixtes », *Relations extérieures. Le droit de la CE et de l'Union européenne*. Commentaire J. Megret, t. 12, 2^e éd., 2005, pp. 167-199.

¹⁶¹⁰ DONY (M.), « The EU's External Relations and Their Evolving Legal Framework », op. cit., p. 140.

communautaire exclusive ne peut découler que d'une habilitation spécifique de l'État par l'Union¹⁶¹¹.

Cependant, il avait été en effet reconnu que, en raison des difficultés dans l'achèvement de la politique commerciale commune et suite à un non exercice de la compétence exclusive par la Communauté, les États membres, qui pouvaient se trouver dans l'obligation de prendre des mesures nécessaires, étaient habilités, sans une autorisation explicite¹⁶¹², à exercer cette compétence¹⁶¹³. Il est vrai que, pendant la période de transition, l'exclusivité de la compétence communautaire a connu des aménagements afin de concilier une dépossession totale des États et l'inachèvement de la politique communautaire¹⁶¹⁴. Après l'expiration de la période de transition, cette forme exceptionnelle d'habilitation a pris fin et la Communauté est devenue exclusivement compétente¹⁶¹⁵.

Toutefois, quelle que soit la forme d'habilitation, cette délégation du pouvoir, qui ne modifie que la modalité d'exercice de la compétence communautaire, n'affecte pas sa nature exclusive¹⁶¹⁶. Il est vrai que suite à une telle autorisation de l'État membre par l'Union, la compétence concernée qui a été définitivement transférée auparavant à l'Union ne revient pas à l'État. Selon Y. Gautier, il ressort effectivement de la jurisprudence de la Cour de justice qu'« en présence d'une compétence exclusive de la Communauté, les États membres agissent en qualité de délégataires. Ils ne sont plus compétents et le titre juridique qui leur permet d'agir est une délégation »¹⁶¹⁷.

¹⁶¹¹ L'article 2-1 du TFUE. À ce sujet voir GAUTIER (Y.), « La compétence communautaire exclusive », op. cit., p. 168 et s.

¹⁶¹² Il ressort en effet de la jurisprudence de la CJCE qu'une habilitation spécifique peut être déduite simplement d'un acte du Conseil à portée générale et non obligatoirement d'une autorisation communautaire explicite. Ainsi, sans faire entendre que « le non exercice par la Communauté de sa compétence soit interprété en tant que tel comme une délégation (en blanc) de compétences en faveur des États membres », la Cour a élargi le concept d'habilitation spécifique. Voir SCHMITTER (C.) et SMITS (C.), « La politique commerciale commune et les accords commerciaux », in *Relations extérieures. Le droit de la CE et de l'Union européenne*. Commentaire J. Megret, 2^e éd., 2005, pp. 279-283.

¹⁶¹³ GAUTIER (Y.), « La compétence communautaire exclusive », op. cit., p. 176 et 177.

¹⁶¹⁴ SCHMITTER (C.) et SMITS (C.), « La politique commerciale commune et les accords commerciaux », op. cit., p. 277 et s.

¹⁶¹⁵ GAUTIER (Y.), « La compétence communautaire exclusive », op. cit., p. 178. En se référant à la jurisprudence de la CJCE dans l'affaire 804/79 du 5 mai 1981 (Commission c./Royaume Uni), Gautier précise que, toujours en cas de l'inaction de la Communauté due à l'inachèvement de la politique communautaire, les États peuvent toujours agir sous certaines conditions très strictes et sous l'obligation de collaborer étroitement avec la Commission (p. 178 et s.).

¹⁶¹⁶ Idem, p. 169 ; SCHMITTER (C.) et SMITS (C.), « La politique commerciale commune et les accords commerciaux », op. cit., p. 278.

¹⁶¹⁷ GAUTIER (Y.), « La compétence communautaire exclusive », op. cit., p. 175. Selon l'auteur, il est également admis que « la délégation doit demeurer une hypothèse *exceptionnelle* ».

b. Un exercice supranational de la compétence exclusive

Pour pouvoir supposer que la logique interétatique, qui assure une représentation internationale de l'État à travers l'institution internationale, soit dépassée par cette nouvelle forme de représentation internationale, en plus de l'exclusivité de la compétence, il faut également que l'exercice de celle-ci s'effectue au niveau supranational et non plus intergouvernemental. Cela veut dire que soit le mécanisme décisionnel qui détermine l'exercice de cette compétence fonctionne au système majoritaire et non plus à l'unanimité, soit les organes qui exercent cette compétence relèvent, par leur constitution et composition, d'une nature supranationale. Dans cette perspective, on va essayer de démontrer la nature et le fonctionnement des organes qui sont impliqués dans les activités extérieures de l'Union européenne, relevant de ses compétences exclusives¹⁶¹⁸.

Dans le cadre de ses compétences et pour réaliser les objectifs qui lui sont assignés par les traités constitutifs, l'Union européenne conclut des accords avec les États tiers ou organisations internationales¹⁶¹⁹. C'est l'art. 218 du TFUE qui décrit la procédure générale à suivre pour la négociation et la conclusion des accords internationaux par l'Union¹⁶²⁰. On y voit que le Conseil occupe un rôle central. C'est lui qui autorise l'ouverture des négociations, arrête les directives guidant celles-ci et décide sur la signature et la conclusion des accords résultant de ces négociations. Sachant que le domaine des relations internationales relève traditionnellement de l'exécutif, il n'est pas surprenant que ce rôle soit confié au Conseil¹⁶²¹.

On sait cependant que le Conseil est une institution intergouvernementale. Cela étant, le mode de prise de décision au sein de cet organe permet de considérer que son exercice des compétences relève d'une fonction supranationale. Le mode de vote au Conseil pour l'autorisation de l'ouverture des négociations est celui dont relèvera l'adoption de l'acte

¹⁶¹⁸ On doit préciser que les activités internationales de l'Union européenne couvrent bien souvent des champs bien plus larges que ceux qui relèvent spécifiquement des compétences exclusives de l'Union. Dans ces cas, le concours des États membres s'impose et on recourt aux accords dits « mixtes ». Pour une brève analyse du sujet, voir DONY (M.), « Les accords mixtes », *op. cit.*, pp. 167-199.

Mais ici, cette distinction entre accord mixte et accord communautaire ne sera pas retenue tant que les activités de l'Union découlent de ses compétences exclusives.

¹⁶¹⁹ L'art. 216 du TFUE : « À l'exception de la politique étrangère et de sécurité commune et des autres cas prévus par les traités, elle assure la représentation extérieure de l'Union. »

¹⁶²⁰ Le Traité de Lisbonne suit la voie ouverte par le Traité de Maastricht qui a instauré « le principe d'une procédure unique » concernant la négociation et la conclusion des accords internationaux (article 133 CE). Voir WALSCHE (de) (A.), « La procédure de conclusion des accords internationaux », in *Relations extérieures. Le droit de la CE et de l'Union européenne*. Commentaire J. Megret, t. 12, 2^e éd., 2005, p. 80.

Toutefois, il faut préciser que les articles 207 et 219 du TFUE contiennent certaines dispositions particulières relatives, respectivement, à la politique commerciale commune et à la politique monétaire.

¹⁶²¹ CORREIA (V.), « Les relations extérieures de l'Union... », *op. cit.*, p. 280.

portant conclusion de l'accord¹⁶²². Concernant les accords dont la matière relève de la compétence exclusive de l'Union, le Conseil décide en principe à la majorité qualifiée. En statuant à la majorité qualifiée, le Conseil exécute une fonction exclusivement européenne et non plus interétatique. De ce fait, selon R. Arnold, le Conseil peut être considéré comme un organe supranational. Selon lui, le renforcement du « vote à la majorité [...] contribue à la supranationalisation [...] du Conseil »¹⁶²³.

Le Parlement européen est la deuxième institution qui exécute des tâches ayant des répercussions sur les activités extérieures de l'Union. Selon le paragraphe 6 de l'article 218, l'approbation du Parlement européen est exigée pour que le Conseil puisse adopter la décision de conclusion concernant i) les accords d'association, ii) l'accord portant adhésion de l'Union à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, iii) les accords créant un cadre institutionnel spécifique en organisant des procédures de coopération, iv) les accords ayant des implications budgétaires notables pour l'Union et v) les accords couvrant des domaines auxquels s'applique la procédure législative ordinaire ou la procédure législative spéciale lorsque l'approbation du Parlement européen est requise.

Cette condition d'approbation du Parlement est très importante pour considérer que la compétence concernée est exercée au niveau supranational. En effet, même si les accords concernés relèvent d'un domaine qui nécessite une décision prise à l'unanimité d'un organe intergouvernemental, c'est-à-dire le Conseil, en raison de l'exigence de l'approbation du Parlement sans laquelle le Conseil ne saurait décider, l'exercice de cette compétence devient une tâche relevant d'un niveau supranational.

¹⁶²² C'est-à-dire, s'il s'agit de négociations commerciales, le Conseil décide à la majorité qualifiée. Tandis que, s'il s'agit d'accords d'association ou d'adhésion, ou bien d'« accords qui sont conclus en application de la règle de parallélisme des compétences et qui concernent un domaine où l'unanimité est encore exigée pour l'adoption des règles internes », l'unanimité s'applique. Ce principe de vote doit être suivi à toutes les étapes de la procédure. Voir WALSCHE (de) (A.), « La procédure de conclusion des accords internationaux », op. cit., p. 85 et 91.

¹⁶²³ ARNOLD (R.), « Le principe de supranationalité dans l'Union Européenne et dans l'Europe orientale : quelques aspects comparatifs », in *Le droit de l'Union européenne en principes, liber amicorum en l'honneur de J. Raux*, Éd. Apogée, 2006, p. 366. Dans le même sens, voir PESCATORE (P.), *Le droit de l'intégration*, op. cit., p. 52. Selon l'auteur, un caractère de supranationalité « peut être dégagé même dans le cadre d'une réunion de caractère intergouvernemental [...] par l'introduction d'une procédure de majorité ». À propos de l'importance du mode de prise de décision majoritaire, J.-A. Carrillo-Salcedo écrit également que « la substitution de la majorité à l'unanimité n'est pas seulement une question technique. C'est une mutation de la dynamique de la négociation et la cause première de l'apparition d'une sorte d'être collectif, s'identifiant, tout naturellement, à l'incarnation de la 'volonté générale' ». Voir CARILLO-SALCEDO (J.-A.), « Droit international et souveraineté des États... », op. cit., p. 165.

L'organe le plus directement impliqué dans des activités extérieures de l'Union est sans doute la Commission européenne. Selon l'article 17, par. 1 du TUE, c'est elle qui « assure la représentation extérieure de l'Union ». Il s'agit d'une institution supranationale à la fois par sa composition et son fonctionnement¹⁶²⁴. Sur le plan extérieur, la fonction supranationale de cette institution est très flagrante notamment dans le domaine de la politique commerciale commune¹⁶²⁵, qui relève de la compétence exclusive de l'Union et qui est un « élément important » des activités extérieures de l'Union¹⁶²⁶. En effet, en ce qui concerne les négociations des accords dans ce domaine, la Commission détient le droit d'initiative. Selon le par. 3 de l'art. 207 du TFUE, le Conseil autorise l'ouverture des négociations sur la recommandation de la Commission qui, ensuite, se charge également de leur conduite. En lui attribuant ainsi la fonction de conduite des négociations, la même disposition rompt avec « l'apparente liberté accordée au Conseil de choisir le négociateur sous l'empire de l'article 218 TFUE »¹⁶²⁷.

Ainsi, on peut constater que, concernant les domaines dans lesquels les États membres sont dépossédés de compétences qui sont exclusivement réservées à l'exercice de l'Union, la procédure de prise de décision est également autonomisée de leur acceptation individuelle, notamment à travers des organes supranationaux et des procédures majoritaires.

2. La représentation de l'UE au sein des organisations internationales

Les relations internationales s'effectuent désormais au sein des organisations internationales. Cela est aussi vrai pour l'Union européenne qui exerce ses compétences externes de plus en plus à travers sa participation aux activités des organisations internationales¹⁶²⁸. L'entrée de l'UE dans des organisations internationales est, à cet égard, « une question d'importance capitale dans le double contexte de la mondialisation des échanges et de la globalisation des

¹⁶²⁴ L'art. 17, par. 3 du TUE.

¹⁶²⁵ L'art. 207 du TFUE décrit la procédure à suivre pour la négociation et la conclusion des accords relevant de la politique commerciale commune de l'Union européenne.

¹⁶²⁶ SCHMITTER (C.) et SMITS (C.), « La politique commerciale commune et les accords commerciaux », op. cit., p. 215.

¹⁶²⁷ CORREIA (V.), « Les relations extérieures de l'Union... », op. cit., p. 282.

¹⁶²⁸ DONY (M.), « The EU's External Relations and Their Evolving Legal Framework », op. cit., p. 147.

problèmes »¹⁶²⁹. C'est pourquoi, l'octroi d'un statut qui convient aux objectifs et à la capacité représentative de l'UE est primordial (a).

Il est également une « nécessité juridique et pratique » pour l'UE d'être représentée « dans les enceintes où sont discutés, encadrés et parfois tranchés les affaires du monde » et d'y « faire admettre son titre à défendre les intérêts communautaires » dans les domaines où sa compétence est exclusive et où « les États n'ont plus pouvoir de négocier des engagements internationaux »¹⁶³⁰ (b).

a. Un statut variable de l'Union européenne

Le statut de l'Union européenne dans les organisations internationales est très variable et dépend de la structure institutionnelle des organisations concernées et des compétences de l'Union dans le domaine d'activité de ces organisations¹⁶³¹.

Les premiers obstacles de l'Union pour devenir membre des organisations internationales viennent de la configuration état-centrique de l'ordre juridique international. On avait constaté en effet que, traditionnellement, les organisations internationales ne permettent qu'aux États de devenir membre. C'est pourquoi, l'adhésion de l'Union aux structures établies est quasiment impossible en raison de leurs traités constitutifs¹⁶³². En outre, on peut également constater qu'en raison des réticences des États, une modification des conditions d'adhésion à ces organisations est très difficile. Ne souhaitant certainement pas affaiblir leur représentation individuelle et la défense de leurs propres intérêts sur la scène internationale, ce sont d'abord ses États membres qui s'opposent à l'adhésion de l'Union¹⁶³³. Même s'ils y consentent en raison des nécessités juridiques et pratiques ainsi que de l'intérêt politique que la participation de l'UE représente pour eux, cette fois ce sont les États tiers qui s'y opposent. Inquiets « de la constitution d'un bloc européen ne permettant plus la dispersion des voix susceptible de modifier les équilibres politiques voire institutionnels au sein de l'organisation »¹⁶³⁴, ils se

¹⁶²⁹ FLAESCH-MOUGIN (C.), « Les relations avec les organisations internationales et la participation à celles-ci », in *Relations extérieures. Le droit de la CE et de l'Union européenne*. Commentaire J. Megret, 2^e éd., 2005, p. 339.

¹⁶³⁰ FENET (A.), « L'utilisation des compétences de la Communauté », in *Droit des relations extérieures de l'Union européenne*, A. Fenet (sous dir.), Litec, 2006, p. 106.

¹⁶³¹ *Idem.*, pp. 87-91 et 106-110.

¹⁶³² *Ibid.* (p. 110).

¹⁶³³ *Idem.*, p. 107. Dans le même sens, voir FLAESCH-MOUGIN (C.), « Les relations avec les organisations internationales et la participation à celles-ci », op. cit., p. 388.

¹⁶³⁴ FENET (A.), « L'utilisation des compétences de la Communauté », op. cit., p. 107.

montrent peu enthousiastes à une modification des traités constitutifs permettant à l'adhésion de l'Union européenne.

Le deuxième obstacle qui peut restreindre la participation de l'Union aux organisations internationales peut provenir du domaine d'activité de celles-ci pour lequel les compétences de l'Union sont faibles¹⁶³⁵. Il est vrai qu'une « coïncidence des périmètres de compétence » de l'Union et de l'organisation concernée constitue une des conditions de participation organique¹⁶³⁶.

Dans ces deux cas, si l'Union ne reste pas totalement désintéressée des activités de ces organisations, elle se contente d'un statut limité avec des restrictions. En effet, c'est généralement du statut d'observateur dont l'Union dispose auprès des organisations internationales telles que, par exemple, ONU, OMS, UNESCO, FMI, Banque mondiale, OIT, etc.

On peut cependant constater que, pour l'Union européenne, l'obtention d'un statut de membre pose moins de problème au sein de nouvelles institutions internationales dont elle participe souvent à la création. Car, elles peuvent prévoir, lors de la création, les exigences inhérentes à la nature spécifique de l'Union et s'y adapter plus facilement. Dans ces organisations, le statut de l'Union est assimilable à celui des États¹⁶³⁷. Toutefois, les organisations internationales qui ont accepté l'UE comme membre à part entière ne sont pas très nombreuses.

En cas d'un statut membre à part entière de l'Union, il existe deux possibilités par rapport au statut de ses États membres. Soit la participation de l'Union est cumulative, soit elle est exclusive. Dans le premier cas, il s'agit d'une représentation additionnelle de l'Union à celle de ses États membres¹⁶³⁸. Ainsi, son statut de membre « ne remet pas en cause la présence de ses États »¹⁶³⁹. Cette hypothèse ne se conçoit que dans le cas où la compétence de l'Union n'est pas exclusive dans le champ d'action de l'organisation internationale concernée ou celui-ci recouvre des domaines qui dépassent sa compétence exclusive et relèvent, du point de vue du droit européen, d'une compétence à la fois « nationale, communautaire ou partagée en

¹⁶³⁵ FLAESCH-MOUGIN (C.), « Les relations avec les organisations internationales... », op. cit., p. 388.

¹⁶³⁶ Voir BLUMANN (C.), DUBOUIS (L.), *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Litec, 2007, 3^e éd., p. 139.

¹⁶³⁷ FLAESCH-MOUGIN (C.), « Les relations avec les organisations internationales... », op. cit., p. 383.

¹⁶³⁸ FENET (A.), « L'utilisation des compétences de la Communauté », op. cit., p. 107

¹⁶³⁹ FLAESCH-MOUGIN (C.), « Les relations avec les organisations internationales... », op. cit., p. 375 et s., plus particulièrement p. 376.

fonction du sujet considéré »¹⁶⁴⁰. C'est notamment le cas, par exemple, au sein de l'OMC, de la FAO¹⁶⁴¹ ou encore de la BERD¹⁶⁴².

La deuxième possibilité est la représentation exclusive de l'Union. Dans ce cas, l'Union se substitue à ses États membres au sein de l'organisation internationale. On avait dit qu'en raison de l'étendue des activités des organisations internationales qui dépasse bien souvent le champ d'action exclusivement réservé à l'Union européenne, une telle substitution totale au sein des organisations internationales est assez rare. Car, cette représentation unique « ne se conçoit que dans l'hypothèse de compétences communautaires exclusives »¹⁶⁴³. Le seul exemple est la représentation de l'Union dans des organisations régionales de pêche¹⁶⁴⁴. Mais cet exemple de représentation unique de l'Union européenne est très important. Elle signifie une « désétatisation » du pouvoir représentatif sur le plan international car, premièrement, les États membres de l'Union ne siègent pas ou ne siègent plus au sein de cette organisation¹⁶⁴⁵. Deuxièmement, l'Union « ne dispose que d'une voix, quel que soit le nombre de ses États qui ont ou auraient pu être membre »¹⁶⁴⁶ de l'organisation internationale concernée. Ainsi, peut-on affirmer que la logique interétatique qui détermine traditionnellement l'ordre juridique international se trouve remise en cause par un pouvoir représentatif supranational.

b. La représentation de l'Union européenne dans des domaines relevant de sa compétence exclusive

Au sein des organisations internationales, on ne peut parler d'une représentation supranationale à travers l'Union européenne que quand elle jouit des compétences exclusives dans des domaines qui concernent les activités de ces organisations dont l'UE est membre. On

¹⁶⁴⁰ KIEFFER (B.), *L'Organisation mondiale du commerce...*, op. cit., p. 131.

¹⁶⁴¹ Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture, connue par son initiale en anglais : FAO. Le cas de la FAO est en effet démonstratif au sujet des difficultés rencontrées par l'UE pour se faire admettre comme membre d'une organisation internationale. Après de longues discussions et la modification de l'acte constitutif de la FAO que l'Union a pu obtenir un statut particulier en qualité « d'organisation d'intégration économique régionale ». Voir FLAESCH-MOUGIN (C.), « Les relations avec les organisations internationales... », op. cit., p. 377 et s. ; TAVARES de PINHO (A.), « L'admission de la Communauté économique européenne comme membre de l'organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture (FAO) », *RMC*, 1993, pp. 656-673.

¹⁶⁴² Le Banque européenne pour la Reconstruction et le Développement dont la Communauté européenne (remplacée ensuite par l'Union européenne) est le membre fondateur.

¹⁶⁴³ FENET (A.), « L'utilisation des compétences de la Communauté », op. cit., p. 108.

¹⁶⁴⁴ Voir le site Internet de l'Union européenne sur la sa participation aux organisations régionales de pêche : http://europa.eu/legislation_summaries/maritime_affairs_and_fisheries/external_relations_enlargement/166034_fr.htm.

¹⁶⁴⁵ FLAESCH-MOUGIN (C.), « Les relations avec les organisations internationales... », op. cit., p. 370 et s. L'auteur souligne toutefois qu'il existe deux exceptions à cette substitution : CCFMA et CGPM.

¹⁶⁴⁶ *Idem.*, p. 373.

a vu que c'est notamment le cas dans des organisations régionales de pêche, où le statut de l'Union est substitutif, ou bien dans des organisations économiques comme l'OMC, où le statut de l'Union est cumulatif. Dans ces cas, c'est la Commission européenne qui assure la représentation de l'Union dans des enceintes et organisations internationales. En assurant l'unité et la cohérence entre États membres, elle y représente la position de l'Union et lui permet de s'exprimer d'une seule voix.

Quand il s'agit d'une représentation substitutive de l'Union, les choses sont moins compliquées. En tant qu'unique représentant de l'espace politique de l'Union européenne, la Commission s'exprime toute seule au nom de l'Union. Même s'il peut y avoir des points de vue divergents entre États membres, cela reste dans l'Union et ne concerne que les mécanismes de prise de décision européens. En cas de divergence, la Commission essaie de la résoudre et apporte le point de vue unique de l'Union au sein de l'organisation internationale concernée.

C'est particulièrement dans les cas d'une représentation cumulative de l'Union qu'un problème de représentation risque de se poser. Il est vrai que, si la participation de l'Union est additionnelle, puisque les États membres continuent à siéger à côté de l'Union et à disposer des compétences concurrentes, une représentation unique européenne n'est pas assurée. Cette coexistence de l'Union et de ses États dans une même organisation internationale « comporte en soi les risques d'une fragmentation de l'action extérieure de l'Union, qu'elle soit horizontale (divergences entre les États), verticale (divergences entre l'Union et les États membres) ou mixte »¹⁶⁴⁷.

Pour prévenir ce risque de fragmentation, un certain nombre de principes ont été élaborés, notamment par la Cour de Justice. En effet, dans son arrêt du 19 mars 1996, opposant la Commission au Conseil, la Cour a affirmé qu'il faut respecter les règles de compétence de la Communauté. D'abord, concernant les compétences partagées, elle a déclaré que « lorsqu'il apparaît que la matière d'un accord ou d'une convention relève pour partie de la compétence de la Communauté et pour partie de celle de ses États membres, il importe d'assurer une coopération étroite entre ces derniers et les institutions communautaires tant dans le processus de négociation et de conclusion que dans l'exécution des engagements assumés. Cette obligation de coopération découle de l'exigence d'une unité de représentation internationale de

¹⁶⁴⁷ CORREIA (V.), « Les relations extérieures de l'Union... », op. cit., p. 272.

la Communauté »¹⁶⁴⁸. Mais cette obligation de coopération ne garantit pas vraiment une représentation unique. Les États et les institutions européennes, notamment la Commission, essaient de trouver un consensus et de dégager une position commune, mais faute de quoi « chaque État retrouve sa liberté d'action »¹⁶⁴⁹.

Dans cette affaire, la Cour avait notamment à se prononcer sur la demande de la Commission de l'annulation d'une décision du Conseil attribuant aux États membres le droit de vote au sein de l'OAA¹⁶⁵⁰ pour adopter l'accord visant à favoriser le respect par les navires de pêche en haute mer des mesures internationales de conservation et de gestion. La Cour a annulé cette décision du Conseil, en affirmant que si la matière relève d'une compétence communautaire exclusive, les États n'ont plus de droit d'engagement¹⁶⁵¹.

Comme on peut voir dans l'exemple de l'OMC, il est vrai que s'il s'agit d'une question qui concerne des compétences exclusives de l'Union, la Commission représente et vote au nom de l'Union et les États ont l'obligation d'aligner leur position à celle de la Commission. C'est d'ailleurs ce qui se passe au sein de l'OMC¹⁶⁵².

Mais, la Commission qui représente l'Union au sein de l'OMC doit-elle être considérée comme l'unique porte-parole et détenteur du droit de vote sur des questions relevant des compétences exclusives de l'Union ? Une réponse positive n'est pas possible dans le cadre de la structure institutionnelle de l'OMC en raison de la présence des États et dans la mesure où la répartition des compétences est une question qui concerne l'ordre communautaire¹⁶⁵³. En effet, du point de vue du droit européen, la Commission représente l'Union car les États membres sont dépossédés de leurs compétences dans certains domaines d'action de l'OMC. Mais, du point de vue du droit international et du droit de l'OMC, la participation de l'Union n'y signifie en réalité qu'une participation commune de ses États membres¹⁶⁵⁴. Ceci pour deux raisons ; d'une part, malgré la présence de la Commission, les États continuent à y

¹⁶⁴⁸ CJCE, 19 mars 1996, Commission c./Conseil, aff. C-25-94, point. 48.

¹⁶⁴⁹ FENET (A.), « L'utilisation des compétences de la Communauté », op. cit., p. 109.

¹⁶⁵⁰ Connue surtout par son initiale en anglais : FAO (Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture).

¹⁶⁵¹ CJCE, 19 mars 1996, Commission c./Conseil, aff. C-25-94.

¹⁶⁵² Il est en effet affirmé dans la fiche d'information de l'OMC que « [l]es États membres coordonnent leur position à Bruxelles et à Genève, mais seule la Commission européenne — l'organe exécutif de l'UE — s'exprime au nom de l'UE et de ses membres à presque toutes les réunions de l'OMC et pour presque toutes les questions traitées à l'OMC. C'est pourquoi, pour la plupart des questions, les documents de l'OMC font référence à l'"UE" (ou, auparavant, à l'abréviation officielle légale "CE") ». Accessible à l'adresse suivante : http://www.wto.org/french/thewto/f/countries/f/european_union_or_communities_popup.htm.

¹⁶⁵³ FLAESCH-MOUGIN (C.), (« Les relations avec les organisations internationales... », op. cit., p. 384.

¹⁶⁵⁴ DONY (M.), « The EU's External Relations and Their Evolving Legal Framework », op. cit., p. 148.

siéger et, d'autre part, quand la Commission exerce au nom de l'Union son droit de vote, son vote est compté, en vertu de l'article IX de l'Accord sur l'OMC, au nombre d'États qui sont également membres de l'OMC.

Ainsi, on voit que l'exemple de l'OMC est particulièrement démonstratif de la position conservatrice de l'ordre juridique international à propos de la reconnaissance d'un pouvoir représentatif qui n'est pas étatique. On peut, certes, défendre que ce sont peut-être les États membres de l'Union eux-mêmes qui ne souhaitent pas affaiblir leur capacité de représentation en raison du système « un État, un vote » ou se voir écartés sur la scène internationale par une représentation unique européenne. Mais reconnaître cette réticence des États revient aussi à confirmer cette nature conservatrice de l'ordre juridique international essentiellement état-centrique.

3. L'affirmation progressive de la capacité représentative de l'UE dans le domaine de la PESC¹⁶⁵⁵

Dire que de « nouvelles compétences sont systématiquement dévolues à l'Union européenne » est désormais un constat banal¹⁶⁵⁶. Les États membres de l'Union européenne continuent à lui accorder des compétences dans des domaines sensibles pour les politiques nationales. Les compétences, considérées autrefois comme régaliennes, se voient aujourd'hui inscrites dans le cadre de l'action européenne. Dernièrement le Traité de Lisbonne, adopté après l'échec de la constitutionnalisation, est venu à contribuer à cette « extension incessante » des compétences de l'Union¹⁶⁵⁷.

La politique étrangère et de sécurité commune (PESC) constitue à cet égard un domaine qui montre ce « dynamisme communautaire » et conduit à l'élargissement et au renforcement des compétences de l'Union¹⁶⁵⁸. Ce domaine d'activité échappe certes à la compétence exclusive

¹⁶⁵⁵ Bien que le traité de Lisbonne consacre une place distincte à la politique de sécurité et de défense commune (les articles 42 à 46 du TUE), celle-ci sera examinée ici sous le même titre général de la politique étrangère et de sécurité commune (PESC).

¹⁶⁵⁶ Ce constat est partagé même par les auteurs qui ne se montrent pas très enthousiastes pour l'intégration européenne. Voir par exemple PÉCHEUL (A.), *Le Traité de Lisbonne. La constitution malgré nous ?*, op. cit., p. 53.

¹⁶⁵⁷ *Idem.*, p. 54. Dans le même sens voir JACQUÉ (J.-P.), « Le traité de Lisbonne. Une vue cavalière », *RTDE*, 2008, pp. 439-483 ; CORREIA (V.), « Les relations extérieures de l'Union... », op. cit., p. 276 et 277.

¹⁶⁵⁸ LAMBLIN-GOURDIN (A.-S.), « La politique étrangère et de sécurité commune », in *Droit des relations extérieures de l'Union européenne*, A. Fenet (sous dir.), Litec, 2006, p. 255 et s. ; MOSSLER (G.), « La politique étrangère de sécurité et de défense et le traité de Lisbonne, Avancée ou *Statu Quo* », *Politeia*, 2008, n°13, pp. 295-317.

de l'Union et relève « des règles et de procédures spécifiques »¹⁶⁵⁹. Mais, la consécration d'un titre (titre V) dans le Traité sur l'Union européenne à l'action extérieure de l'Union concernant la politique étrangère et de sécurité commune est démonstratif de cette « autonomisation progressive »¹⁶⁶⁰ de l'Union européenne qui « se détache de plus en plus de ses États membres »¹⁶⁶¹ (a). Malgré le rôle déterminant du Conseil européen, organe intergouvernemental par excellence, l'amplification du rôle des organes supranationaux confirme toutefois cette « communautarisation partielle »¹⁶⁶² de la PESC (b).

a. L'affirmation internationale de l'unité politique de l'Union européenne dans le domaine de la PESC : un processus de désétatisation qui s'élargit ?

La préoccupation de la sécurité était toujours un facteur d'intégration dans le processus de construction de l'Union européenne. Aujourd'hui, sa dimension internationale accentuée nécessite un renforcement institutionnel de l'intégration dans ce domaine et amène les États membres à considérer cette question comme un vecteur d'intégration¹⁶⁶³.

Considérée traditionnellement comme un domaine réservé de l'État, la politique étrangère et de sécurité se trouve aujourd'hui au cœur de l'élargissement des champs d'action de l'Union européenne. En effet, il existe un certain nombre d'indices qui nous permettent de confirmer que les domaines d'action de l'Union relevant de la coopération se communautarisent et que la logique de coopération recule au profit de la logique d'intégration¹⁶⁶⁴.

Le premier indice est le renforcement de la capacité représentative de l'Union sur le plan international. À ce sujet, la contribution du Traité de Lisbonne est incontestablement importante. C'est d'abord par la disparition de la dualité Communautés européennes/Union européenne que le Traité de Lisbonne a renforcé la représentativité internationale de l'Union. Il est vrai que la coexistence des Communautés européennes et les ambiguïtés sur l'existence d'une personnalité juridique de l'Union minaient sa capacité représentative sur le plan international¹⁶⁶⁵. Depuis le Traité de Lisbonne, elle jouit désormais d'une personnalité

¹⁶⁵⁹ L'article 24/1 du TUE.

¹⁶⁶⁰ CORREIA (V.), « Les relations extérieures de l'Union... », op. cit., p. 283.

¹⁶⁶¹ PÉCHEUL (A.), *Le Traité de Lisbonne. La constitution malgré nous ?*, op. cit., p. 27.

¹⁶⁶² COSTA (O.), « Les pouvoirs législatifs et constituants », op. cit., p. 80.

¹⁶⁶³ Sur ce sujet voir notamment CAMILLERI (A.), « La sécurité européenne, facteur d'intégration ou d'éclatement communautaire », in *Démarche communautaire et construction européenne*, F. Hervouët (sous dir.), Vol. 1 : dynamique des objectifs, La Documentation Française, 2000, pp. 83-111.

¹⁶⁶⁴ PÉCHEUL (A.), « La souveraineté et le traité de Lisbonne », op. cit., p. 190.

¹⁶⁶⁵ DONY (M.), « The EU's External Relations and Their Evolving Legal Framework », op. cit., p. 132.

juridique unique¹⁶⁶⁶. Ensuite, il a contribué à l'élargissement de la capacité d'action de l'Union par la suppression du système de piliers grâce à laquelle sa capacité représentative couvre désormais non seulement des domaines relevant du premier pilier mais aussi des domaines inscrits auparavant aux deuxième et troisième piliers¹⁶⁶⁷. Ainsi, l'Union européenne s'est affirmée comme un véritable sujet du droit international doté d'un considérable pouvoir représentatif.

Au sujet de la communautarisation de la PESC, on doit mentionner également la conceptualisation des objectifs communs à poursuivre par l'Union sur le plan extérieur, dont « l'analyse [...] est un élément fondamental de la définition de l'identité de l'Union européenne et de la place qu'elle compte s'octroyer sur la scène internationale »¹⁶⁶⁸. Ces objectifs sont énumérés au titre V du TUE, particulièrement à l'article 21. On peut se référer également à l'article 3, par. 5 du TUE où il est indiqué que, « [d]ans ses relations avec le reste du monde, l'Union affirme et promeut ses valeurs et ses intérêts et contribue à la protection de ses citoyens ».

Considérée comme « une forme d'auto-proclamation ambitieuse digne des pétitions de principe des nouveaux États », cette affirmation de l'Union européenne sur le plan international à travers ces objectifs ambitieux lui attribue une fonction digne des États¹⁶⁶⁹. Bien que les objectifs énoncés ne soient pas révolutionnaires au regard du poids politique et économique actuel de l'UE sur la scène internationale, un renforcement juridique et institutionnel de la capacité d'action extérieure de l'Union dans le domaine de la PESC lui

¹⁶⁶⁶ LAURENT (S.), « Quelques considérations interinstitutionnelles. À propos de l'office du Haut représentant de l'Union pour les affaires étrangères et la politique de sécurité », *Petites Affiches*, 2008, n°25, p. 6.

¹⁶⁶⁷ CREMONA (M.), « Defining Competence in EU External Relations: Lessons From the Treaty reform process », p. 38. Dans le même sens voir également MOSSLER (G.), « La politique étrangère de sécurité et de défense... », op. cit., pp. 301-304.

Toutefois, il convient de dire que, malgré la suppression du système de piliers et leur fusion opérée avec l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, la PESC demeure toujours un domaine intergouvernemental. En effet, cette fusion des piliers n'équivaut pas à faire entrer les domaines d'action appartenant auparavant aux deuxième et troisième piliers dans la compétence exclusive de l'Union européenne. Dans le système de répartition des compétences établi par le Traité de Lisbonne, on peut encore distinguer les trois domaines en fonction de la nature de la compétence de l'Union : la compétence exclusive, la compétence partagée avec les États membres et la compétence complémentaire (d'appui ou de coordination).

¹⁶⁶⁸ MOSSLER (G.), « La politique étrangère de sécurité et de défense... », op. cit., p. 306.

¹⁶⁶⁹ PÉCHEUL (A.), « La souveraineté et le traité de Lisbonne », *Politeia*, 2008, n°13, p. 179 et s., plus particulièrement p. 188.

permet en outre d'affirmer son identité internationale¹⁶⁷⁰, digne d'« une réelle union politique qui souhaite avoir des responsabilités accrues en tant que puissances »¹⁶⁷¹.

On doit néanmoins ajouter que, dans une perspective de « préférence démocratique » et non plus que de puissance, la priorité de l'Union européenne dans la mise en œuvre de sa PESC est avant tout de poursuivre des stratégies préventives par des moyens diplomatiques et économiques¹⁶⁷². Toutefois, cela n'empêche pas qu'elle soit dotée du « droit de faire la guerre »¹⁶⁷³. En effet, selon l'article 42 du TUE, « l'Union peut y avoir recours dans des missions en dehors de l'Union afin d'assurer le maintien de la paix, la prévention des conflits et le renforcement de la sécurité internationale dispose ». Dans cette perspective, elle dispose d'« une capacité opérationnelle s'appuyant sur des moyens civils et militaires » que les États membres doivent mettre à sa disposition.

Dans la perspective de l'affirmation de l'unité politique de l'Union européenne, il faut également évoquer l'obligation des États membres d'agir « dans un esprit de loyauté et de solidarité mutuelle » et de respecter « l'action de l'Union » dans le domaine de la PESC (art. 24 du TUE). Dans le même article, les États membres se sont également engagés à contribuer « au renforcement et au développement de leur solidarité politique mutuelle » et de s'abstenir « de toute action contraire aux intérêts de l'Union ou susceptible de nuire à son efficacité en tant que force de cohésion dans les relations internationales »¹⁶⁷⁴. Ainsi, au sein des organisations internationales où l'Union européenne ne siège pas en tant que membre, et notamment quand il s'agit d'un organe restreint comme le Conseil de sécurité des Nations Unies où seulement un nombre très limité d'États membres siègent, ces États sont désormais censés veiller à l'unité de la politique européenne et la représenter.

¹⁶⁷⁰ Il est inscrit dans la Préambule du TUE que la mise en œuvre d'« une politique étrangère et de sécurité commune, y compris la définition progressive d'une politique de défense commune, qui pourrait conduire à une défense commune » a pour but de renforcer « l'identité de l'Europe et son indépendance afin de promouvoir la paix, la sécurité et le progrès en Europe et dans le monde ». En ce sens voir NEFRAMI (E.), « La politique étrangère et de sécurité commune et l'identité de l'Union européenne », AFDI, 2004, pp. 826-860.

¹⁶⁷¹ MOSSLER (G.), « La politique étrangère de sécurité et de défense... », op. cit., p. 306.

¹⁶⁷² MILAS (R.), « La politique étrangère et de sécurité commune de l'Union européenne : la volonté et l'engagement extérieure de l'UE », *RDUE*, 2005, pp. 273-310.

¹⁶⁷³ PÉCHEUL (A.), « La souveraineté et le traité de Lisbonne », op. cit., p. 189.

¹⁶⁷⁴ Sur l'affirmation d'une solidarité européenne dans le domaine de la sécurité par le Traité de Lisbonne voir SAURON (J.-L.), *Comprendre le Traité de Lisbonne*, op. cit., p. 120 et s.

b. L'amplification du rôle des organes supranationaux

La communautarisation de la PESC s'effectue également sur le plan institutionnel avec l'implication de plus en plus croissante des organes supranationaux existants et la création de nouveaux organes supranationaux chargés de veiller à la cohérence de l'action extérieure de l'Union européenne.

Concernant la première hypothèse, on peut notamment évoquer le rôle croissant du Parlement européen dans la pratique. Bien qu'il ne dispose pas de mandat dans le domaine de la politique étrangère et de sécurité commune, le Parlement européen jouit d'une certaine autorité politique représentative sur la scène internationale¹⁶⁷⁵. Cet accroissement de son rôle est également affirmé par l'élargissement de ses compétences au sein du système interinstitutionnel européen. Désormais, le Parlement doit être consulté sur certaines questions relevant des domaines de la PESC. Au sujet des accords d'association et d'adhésion, l'approbation du Parlement est également recherchée¹⁶⁷⁶. Dans ce domaine, la décision finale appartient certes au Conseil mais le silence du Parlement ne valant pas approbation, cette exigence d'avis conforme du Parlement lui donne un pouvoir de codécision¹⁶⁷⁷.

Concernant le renforcement de la représentation extérieure de l'Union européenne, ce sont surtout le rôle du « Haut représentant de l'Union pour les affaires étrangères et la politique de sécurité » et celui du « Président du Conseil européen » qu'il faut évoquer. En ce qui concerne le premier, il s'agit d'un organe qui existe depuis le traité d'Amsterdam (1997) sous le nom de « Haut représentant pour la politique étrangère et de sécurité commune ». Avec le traité de Lisbonne, le rôle de cet organe a été renforcé et sa fonction a été élargie, couvrant désormais les fonctions exercées par le Secrétaire général du Conseil de l'Union européenne et le Commissaire aux relations extérieures. Par rapport au projet de constitution européenne, le titre de ministre des affaires étrangères de l'Union ne figure pas dans le traité de Lisbonne mais ses compétences y ont été maintenues¹⁶⁷⁸. Ainsi, en assurant une fonction exécutive dans le domaine des relations extérieures, le Haut représentant est chargé de conduire « la politique étrangère et de sécurité commune de l'Union » et de veiller « à la cohérence de l'action extérieure de l'Union » (art. 18 du TUE). Placé sous son autorité, un *Service européenne pour*

¹⁶⁷⁵ COSTA (O.), *Le Parlement européen, assemblée délibérante*, op. cit., p. 169.

¹⁶⁷⁶ ROCA (P.), RASMUSSEN (A.), PONZANO (P.), « Le Parlement européen affirme ses pouvoirs », op. cit., p. 185 et s.

¹⁶⁷⁷ COSTA (O.), « Les pouvoirs législatifs et constituants », op. cit., p. 84.

¹⁶⁷⁸ PÉCHEUL (A.), *Le Traité de Lisbonne. La constitution malgré nous ?*, op. cit., p. 29 ; LAURENT (S.), « Quelques considérations interinstitutionnelles... », op. cit., p. 6 et s.

l'action extérieure est créé (art. 27, par. 3 du TUE). La création de ce service unique, qui assure la coordination entre les institutions communautaires et les États membres, contribuera sans doute à l'affirmation de l'unité politique de l'Union européenne.

L'établissement d'un Président pour le Conseil européen constitue également une innovation majeure du Traité de Lisbonne pour la continuité et la cohérence de la représentation extérieure de l'Union. Élu à la majorité qualifiée pour deux ans et demi, renouvelable une fois, le Président du Conseil européen « assure, à son niveau et en sa qualité, la représentation extérieure de l'Union pour les matières relevant de la politique étrangère et de sécurité commune » (art. 16 du TUE). L'institution d'une présidence permanente est importante notamment en tant que point final du « phénomène de dénationalisation graduelle », observée en ce qui concerne l'évolution de cette institution¹⁶⁷⁹.

La création d'une présidence permanente et le renforcement du rôle du Haut représentant sont directement issus d'une recherche visant à assurer la cohérence entre différentes politiques et actions de l'Union européenne et celles des États. Ces deux nouveautés du traité de Lisbonne ont contribué au renforcement de « l'identité européenne »¹⁶⁸⁰ et de la représentation unique sur le plan extérieur.

Pour conclure, on peut constater que l'affrontement de deux dynamiques qui caractérisent la construction de l'Union européenne, à savoir la dynamique d'intégration et la dynamique de coopération, est particulièrement visible dans le domaine de la PESC. D'une part, la logique intergouvernementale domine toujours ce domaine qui demeure encore l'apanage du Conseil, organe intergouvernemental par excellence, qui prend ses décisions de principe à l'unanimité¹⁶⁸¹. D'autre part, il existe incontestablement une tendance vers la supranationalisation pour renforcer l'unité politique de l'Union et, notamment, pour

¹⁶⁷⁹ FERNANDEZ PASARIN (A. M.), « Les États membres et la représentation extérieure de l'UE », op. cit., p. 6.

¹⁶⁸⁰ PÉCHEUL (A.), *Le Traité de Lisbonne. La constitution malgré nous ?*, op. cit., p. 28.

¹⁶⁸¹ Quoique l'art. 31-2 énumère des hypothèses qui échappent à la règle et se décident à la majorité qualifiée au sein du Conseil, excepté la dernière hypothèse qui concerne la nomination d'un représentant spécial sur proposition du Haut représentant, elles sont toutes filtrées par le Conseil européen qui vote à l'unanimité. Il faut d'ailleurs souligner que ces exceptions ne concernent que des décisions exécutives. L'unanimité reste encore et sans exception la règle dans la prise de décision de principe.

surmonter les difficultés que l'intergouvernementalisme peut poser à la réalisation de la PESC dans une union de vingt-sept États¹⁶⁸².

L'évolution en matière de PESC reflète « le souci de trouver un système acceptable pour tous, à savoir un système qui permette de renforcer l'image d'une Europe unie sur la scène internationale, tout en préservant les individualités des États membres »¹⁶⁸³. C'est un défi difficile à réaliser, voire une mission impossible. Les enjeux politiques auxquels l'Union a dû faire face et ceux qui lui attendent encore dans un futur proche risquent de l'astreindre à faire un choix entre ces deux objectifs quasi-contradictaires. Considérant la tendance et l'orientation de l'évolution en matière de la représentation extérieure de l'UE, il est fort possible que le choix se fasse en faveur d'une supranationalisation.

L'exemple de la PESC montre que même dans les domaines les plus sensibles et sacrés pour les États, il existe une érosion du pouvoir en faveur des entités supranationales. Cette érosion du pouvoir représentatif, que subit l'État dans un mouvement vers le haut, est également présente dans un sens vers le bas, en faveur des entités infra-étatiques.

¹⁶⁸² LAMBLIN-GOURDIN (A.-S.), « La politique étrangère et de sécurité commune », op. cit., p. 276. En effet, considérant la vitesse et le sens de l'intégration européenne, un glissement progressif vers une prise de décision à la majorité qualifiée dans les domaines de la PESC semble être la direction inévitable. En ce sens, voir MOSSLER (G.), « La politique étrangère de sécurité et de défense... », op. cit., p. 311.

¹⁶⁸³ FERNANDEZ PASARIN (A. M.), « Les États membres et la représentation extérieure de l'UE », op. cit., p. 10.

Chapitre II. Un glissement du pouvoir vers le bas

Dans ce chapitre, on examinera les mouvements de revendication du pouvoir représentatif, réclamé par des entités infra-étatiques. Traditionnellement, les sujets du droit interne n'existent dans la sphère internationale que par la médiation de l'État. Mais, la déterritorialisation des problèmes et des rapports sociaux, économiques et culturels a considérablement affaibli la frontière infranchissable qui existait entre les sphères nationale et internationale. L'État n'a plus le monopole des relations internationales. La mondialisation a engendré la montée de nouveaux acteurs politiques qui « établissent des relations transfrontalières auxquelles les États ne sont pas associés »¹⁶⁸⁴.

Cette tendance est liée à une « prise de conscience de plus en plus claire que l'État ne pouvait être – à lui seul – le moteur du développement d'un pays »¹⁶⁸⁵ à l'ère de la mondialisation. J. Pelletier affirme effectivement que, concomitante à « la mondialisation des problèmes et [à] la globalisation des rapports, a émergé une « volonté des populations de s'inscrire dans des pratiques de développement local »¹⁶⁸⁶. Dans cette perspective des entités infra-étatiques ont fait leur apparition sur la scène internationale. Du point de vue de revendication d'une capacité représentative sur le plan international, on doit s'intéresser à deux groupes d'entités infra-étatiques qui sont respectivement les entités publiques infra-étatiques (Section I) et les organisations de la société civile (Section II).

¹⁶⁸⁴ Rapport du Millénaire du Secrétaire général des Nations unies (A/54/2000), cité par POULIGNY (B.), « Acteurs en enjeux d'un processus équivoque. La naissance d'une 'international civile' », *Critique Internationale*, n°13, octobre 2001, p. 164.

¹⁶⁸⁵ La Déclaration de Jacques Pelletier à l'ouverture des *assises de la coopération et de la solidarité internationale*, organisées à la Sorbonne par le Comité français pour la solidarité internationale, le 17 octobre 1997, cité in, *La contribution de la France au Progrès des pays en développement*, Conseil économique et Social, édition des Journaux Officiels, 2001, p. II-108.

¹⁶⁸⁶ *Ibid.*

Section I. Le pouvoir représentatif des entités publiques infra-étatiques sur le plan international

Quand on parle des entités publiques infra-étatiques, il s'agit spécifiquement des collectivités territoriales locales, dotées d'organes élus, disposant soit de prérogatives d'auto-administration, soit de prérogatives d'ordre étatique¹⁶⁸⁷. Certaines caractéristiques de ces entités infra-étatiques, très proches de celles de l'État, comme leur territorialité, leur pouvoir représentatif d'une population et l'existence d'une sorte de gouvernement¹⁶⁸⁸, font en sorte qu'elles soient considérées comme des « concurrentes potentielles de l'État »¹⁶⁸⁹.

Traditionnellement, les entités infra-étatiques publiques ne sont pas des figures directes de l'ordre juridique international. En tant que composants structurels de l'État, elles sont, certes, susceptibles de se voir reconnaître, à l'intérieur de la structure étatique, la possibilité de participer activement aux activités internationales des États¹⁶⁹⁰ ou consacrer, au niveau international, dans des traités internationaux¹⁶⁹¹. Mais l'accès immédiat aux relations internationales fait souvent défaut à ces entités.

Cependant, elles sont aujourd'hui de plus en plus présentes sur la scène internationale et leur rôle s'y intensifie. On parle désormais d'une « décentralisation de la coopération internationale ». Le phénomène s'inscrit dans le « mouvement général de relativisation de l'État » que la mondialisation incite sur le plan à la fois global et local¹⁶⁹². La mondialisation, favorisant l'établissement d'une dimension transnationale aux rapports de différents niveaux de sujets, a besoin des interlocuteurs locaux. Cette interaction entre le global et le local est

¹⁶⁸⁷ La définition inspirée de celle proposée par C. Autexier pour identifier la région. On a exclu les éléments propres à la région en tant que catégorie intermédiaire entre l'État et les autres collectivités territoriales locales (département, commune, etc.) pour couvrir l'ensemble des entités infra-étatiques publiques susceptibles, selon leur droit national, d'être titulaire d'une compétence ayant une dimension internationale. AUTEXIER (C.), « La capacité des régions de conclure des accords avec d'autres régions, des États ou des organisations internationales », in *L'Europe et les régions*, G. Vandersanden (sous dir.), Éd. de l'Université de Bruxelles, 1997, p. 136.

¹⁶⁸⁸ H. Ruiz-Fabri attire l'attention justement sur le fait que les collectivités infra-étatiques sont seules entités qui partagent avec l'État des caractéristiques qui font partie des éléments constitutifs de celui-ci. Voir « Débats », in *Les collectivités territoriales non-étatiques dans le système juridique international*, SFDI, Pedone, 2002, p. 201.

¹⁶⁸⁹ DAILLIER (P.), « Débats », in *Les collectivités territoriales non-étatiques dans le système juridique international*, SFDI, Pedone, 2002, p. 197.

¹⁶⁹⁰ Au sujet de leur participation à la formation du droit international, voir DOMINICÉ (C.), « Les collectivités territoriales non-étatiques et la formation du droit international », in *Les collectivités territoriales non-étatiques dans le système juridique international*, SFDI, Pedone, 2002, pp. 55-62.

¹⁶⁹¹ COULÉE (F.), « Collectivités territoriales non-étatiques et champ d'application des traités internationaux », in *Les collectivités territoriales non-étatiques dans le système juridique international*, SFDI, Pedone, 2002, pp. 95-124.

¹⁶⁹² Voir RUIZ FABRI (H.), « Le Conseil de l'Europe et les collectivités infra-étatiques : Peut-on parler de libertés locales », in *Les collectivités territoriales non-étatiques dans le système juridique international*, SFDI, Pedone, 2002, p. 180 ; AUBY (J.-B.), *La globalisation, le droit et l'État*, op. cit., p. 150 et s.

très visible notamment au sein de la construction européenne qui « tend à désacraliser les frontières nationales »¹⁶⁹³. En effet, l'Europe du XX^e siècle est marquée par deux phénomènes qui ont considérablement modifié l'organisation du pouvoir politique. Le premier est l'intégration qui se réalise au niveau supra-étatique ; le deuxième est la décentralisation au niveau infra-étatique qui conduit à l'autonomie locale. Ce phénomène de glissement du pouvoir politique est également présent dans le domaine de coopération internationale auquel contribuent activement les entités infra-étatiques (Paragraphe 1). Si les activités extraterritoriales de ces entités relèvent essentiellement du droit interne des États, on peut parler néanmoins d'une certaine prise en compte de leur existence par l'ordre juridique international (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. Une pratique de décentralisation qui atteint les affaires extérieures

La coopération internationale se décentralise et le rôle des entités infra-étatiques s'y amplifie. Elles entrent en relation avec des entités étrangères, signent des accords de coopération, créent des organismes de droit public et de droit privé. En fonction des motivations et des compétences dont elles disposent, on peut distinguer trois différents niveaux de coopération : action d'échanges (culturels, éducatifs, sociaux) ; action conjointe et complémentaire ; action commune¹⁶⁹⁴. En principe, ces activités ne sont pas limitées à des coopérations de voisinage mais dans la pratique ce type de coopération est le plus fréquent et important¹⁶⁹⁵.

Si l'exercice des compétences extraterritoriales par des entités infra-étatiques est un sujet intéressant, c'est parce que ces entités disposent d'une certaine légitimité, semblable à celle des États (A). Renforcées par cette légitimité, leurs activités extraterritoriales se sont amplifiées, notamment suite à l'extension qualitative et quantitative des pratiques de la décentralisation mise en œuvre par les États, conscients du rôle que ces entités infra-étatiques peuvent jouer dans la gestion des affaires publiques, y compris sur le plan externe (B).

¹⁶⁹³ RUIZ FABRI (H.), « Le Conseil de l'Europe et les collectivités infra-étatiques... », op. cit., p. 169.

¹⁶⁹⁴ Voir AUDEOD (O.), « Les collectivités infra-étatiques dans la vie internationale », in *l'État souverain à l'aube du 21^e siècle*, SFDI, Pedone, 1994, pp. 142-145

¹⁶⁹⁵ Pour des exemples des coopérations transfrontalières réalisées par des collectivités territoriales françaises avec leurs voisines frontalières voir le site Internet de Mission Opérationnelle Transfrontalière, association regroupant des autorités ministérielles et locales en charge des activités de coopération transfrontalière : <http://www.espaces-transfrontaliers.org/>

A. La pertinence des revendications des entités infra-étatiques pour un pouvoir externe

Il existe, de la part de ces entités infra-étatiques enfermées traditionnellement dans la sphère nationale, une forte tendance à revendiquer le pouvoir d'exercer des compétences ayant une dimension internationale. Selon C. Schneider, ces revendications de pouvoir se nourrissent d'une double légitimité. La première est fonctionnelle, « qui se réclame de l'efficacité et de l'exercice responsable des affaires locales » (1). La seconde est politique, « qui s'inscrit dans le prolongement de la démocratie-participation »¹⁶⁹⁶ (2).

1. Des revendications fondées sur la défense de l'intérêt local

La nécessité de défendre les intérêts locaux sur le plan international est sans doute l'argument le plus couramment utilisé pour justifier des revendications des compétences extraterritoriales des entités infra-étatiques. Il est vrai que, à l'ère de la mondialisation où les rapports et les problèmes se déterritorialisent, le dépassement d'une approche territorialiste de la régulation s'impose également du point de vue des autorités territoriales locales. Ainsi, elles se sentent contraintes d'aller au-delà des limites géographiques pour résoudre des problèmes transfrontières, comme la question de la pollution, ou pour la gestion de certains espaces communs, comme les rivières frontalières et les ressources naturelles, ou encore tout simplement pour le développement de solidarité économique et d'échange culturel qui contribuera à la réalisation d'un meilleur environnement pour leurs citoyens.

Dans cette perspective, on peut constater premièrement que les revendications des compétences extraterritoriales des entités infra-étatiques résultent largement « de la prise de conscience de l'interconnexion entre le global et le local »¹⁶⁹⁷ (a). Le deuxième constat est que la poursuite et la défense de l'intérêt local s'imposent comme critère de la légitimité de ces revendications (b).

¹⁶⁹⁶ SCHNEIDER Catherine, « La souveraineté de l'État au carrefour du droit international et du droit administratif. Réflexions sur les développements récents du droit transnational de l'action extérieure des collectivités infraétatiques », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gustave Peiser*, PUG, 1995, p. 424.

¹⁶⁹⁷ CHICOT (P.-Y.), « Les politiques internationales des collectivités territoriales françaises : une compétence locale atypique ? », in *Les transferts de compétences de l'État aux collectivités locales*, J.-F. Brisson (sous dir.), L'Harmattan, 2009, p. 447.

a. *L'interaction entre le global et le local*

Il a été considéré que « dans le contexte de la globalisation et de la mondialisation, les collectivités territoriales non-étatiques ont un rôle essentiel à jouer à côté des États » pour la défense des intérêts des populations¹⁶⁹⁸. En effet, l'effacement des frontières entre le global et le local incite les autorités locales à sortir de leur cadre territorial/national et à défendre leurs intérêts locaux au niveau global. À cet égard, on peut affirmer que la revendication du pouvoir externe « provient de l'initiative des collectivités locales qui considéraient que le développement local ne signifie pas le repli sur soi, mais l'ouverture sur le monde par la mobilisation et la mise en relation des opérateurs locaux dans un projet international »¹⁶⁹⁹.

Dans cette perspective, on peut notamment évoquer l'exemple de la construction européenne dans laquelle cette relation dialectique entre la mondialisation et la décentralisation est particulièrement visible. Résultant de cette relation dialectique, l'Union européenne privilégie en effet une configuration des rapports établis entre le trio : niveau local, niveau national et niveau supranational. Cette configuration de l'Union, qui fait référence au concept de « multi-level governance », a eu des incidences sur le développement de l'autonomie des collectivités locales en Europe¹⁷⁰⁰. Il est vrai que ce processus d'intégration et de gouvernance mis en œuvre dans l'Union européenne d'une manière assez avancée a tout de suite incité les entités territoriales infra-étatiques à développer un intérêt au niveau européen¹⁷⁰¹. Comme une conséquence naturelle de l'apport matériel de ce processus d'intégration qui a entraîné un transfert des compétences non seulement vers le haut mais aussi vers le bas¹⁷⁰², les autorités locales se sont vues investies graduellement des pouvoirs leur permettant d'être plus autonomes et de s'ouvrir vers l'extérieur. Mais, l'apport le plus important de ce processus d'intégration multi-niveau est d'ordre substantiel. Contribuant au développement d'une culture de démocratie, elle a favorisé un système décisionnel démocratique, supposant la

¹⁶⁹⁸ JOS (E.), « Collectivités territoriales non-étatiques et système juridique international dans le contexte de la mondialisation », in *Les collectivités territoriales non-étatiques dans le système juridique international*, SFDI, Pedone, 2002, p. 15.

¹⁶⁹⁹ Conseil économique et Social, *La contribution de la France au Progrès des pays en développement*, édition des Journaux Officiels, 2001, p. II-109.

¹⁷⁰⁰ Sur le concept de « multi-level governance » dans le cadre de l'Union européenne et son impact sur l'autonomie locale, voir MALO (L.), *Autonomie locale et Union européenne*, Bruylant, 2000, p. 171 et s.

¹⁷⁰¹ Il a été en effet considéré que ce processus d'ouverture des espaces politiques et économiques mis en œuvre par l'UE constitue un atout pour les entités publiques infra-étatiques qui trouvent facilement une plate-forme supranationale pour la revendication des intérêts locaux. Voir MALO (L.), *Autonomie locale et Union européenne*, op. cit., p. 26-27.

¹⁷⁰² Selon L. Malo, du point de vue des entités infra-étatiques, c'est en effet « un facteur d'accroissement des compétences ». *Idem.*, p. 190.

participation de tous à tous les niveaux, à commencer par les citoyens et aussi les autorités locales¹⁷⁰³.

Ainsi, contraignant les gouvernements à décentraliser certaines compétences étatiques, même de nature internationale, les entités infra-étatiques se sont vues reconnaître graduellement une certaine autonomie leur permettant de développer des coopérations avec des entités territoriales d'autres États ou des institutions internationales, comme l'Union européenne, « dans le prolongement des responsabilités qui sont les leurs au titres des affaires locales »¹⁷⁰⁴.

b. La dimension externe de l'intérêt local

À chaque niveau de collectivité territoriale correspondrait un 'intérêt local' issu des besoins et des solidarités locales¹⁷⁰⁵. Traditionnellement enfermée dans la sphère nationale et représentée par l'action unitaire de l'État sur le plan international, la défense de cet intérêt local par les entités infra-étatiques constitue aujourd'hui l'argument le plus sérieux sur lequel s'appuient les revendications de pouvoir externe de ces entités. Il est aujourd'hui reconnu en effet que l'action extraterritoriale d'une collectivité territoriale infra-étatique fait partie intégrante de la politique de développement de son territoire. Par ses activités de coopération internationale avec ses partenaires étrangers dans les domaines culturel, économique, social, elle poursuit la réalisation d'un développement harmonieux et d'un meilleur environnement pour ses citoyens.

Partant de cette considération, on peut constater que l'exercice des compétences externes par les entités infra-étatiques signifie l'extension internationale des compétences de nature locale. En effet, l'existence d'un « intérêt local » est fondamentale à l'exercice de ce type d'activités externes par les autorités locales¹⁷⁰⁶. Ce critère délimite, en principe, la compétence des entités publiques infra-étatiques de la coopération extraterritoriale.

¹⁷⁰³ À ce sujet, voir la publication du Comité des Régions sur *La démocratie régionale et locale dans l'Union européenne*. Travail réalisé sous direction de LOUGHLIN (J.), 1999, 285 p. Voir notamment les Conclusions, pp. 279-285.

¹⁷⁰⁴ SCHNEIDER (C.), « La souveraineté de l'État au carrefour du droit international... », op. cit., p. 427.

¹⁷⁰⁵ AUDEOUD (O.), « Les collectivités infra-étatiques dans la vie internationale », op. cit., p. 156.

¹⁷⁰⁶ Il semble que ce critère s'applique non seulement pour la délimitation de la compétence des entités publiques infra-étatiques elle-même, mais également pour celle des activités des organismes créés par les entités publiques infra-étatiques pour but de coopération transfrontalière. Voir LEJEUNE (Y.), « La nature juridique des organismes de coopération transfrontalière entre autorités régionales ou locales », in *Le droit des relations*

Cependant, on doit noter que, du point de vue de cette exigence d'agir dans l'intérêt local, il apparaît que, les entités infra-étatiques gagnent également du terrain. Ce critère qui restreint, d'une manière générale, la compétence externe des entités infra-étatiques semble en effet être frappé d'obsolescence. L'action extérieure des entités publiques infra-étatiques s'effectue désormais dans un cadre plus large, couvrant les actions d'aide publique au développement et les opérations humanitaires¹⁷⁰⁷. Ainsi, les collectivités territoriales sortent d'une mission restreinte de défenseur de l'intérêt local pour devenir des contributrices actives à la politique étrangère de l'État. Dans ces cas, la compétence extraterritoriale des entités infra-étatiques comprend une dimension proprement internationale et elles jouissent d'une véritable autonomie d'appréciation.

Cela étant, on ne peut pas considérer que ces activités extérieures des entités infra-étatiques constituent des alternatives à l'action de l'État¹⁷⁰⁸. Bien au contraire, dans un rôle complémentaire et toujours secondaire, leur participation à la coopération extérieure contribue aux activités intergouvernementales¹⁷⁰⁹. D'abord, parce qu'elles doivent exercer leur compétence externe dans le respect des engagements internationaux de leurs États. Ensuite, le mode d'exercice de ces activités par les autorités locales est déterminé en fonction des orientations politiques de leurs États en matière d'affaires étrangères¹⁷¹⁰.

2. Des revendications fondées sur les principes démocratiques

La légitimité politique et démocratique des autorités locales constitue également le fondement de leurs revendications d'autonomie et de compétences extraterritoriales. Il est vrai que les revendications des entités infra-étatiques s'appuient généralement sur l'idée selon laquelle, par leur proximité géographique et légitimité politique, elles sont « les seules véritables garantes du respect des droits et des intérêts des citoyens par rapport à un État toujours plus

transfrontalières entre autorités régionales ou locales relevant d'États distincts. Les expériences franco-belge et franco-espagnole, Y. Lejeune (sous dir.), Bruylant, 2005, p. 103.

¹⁷⁰⁷ À cet égard, la législation française sur les actions externes des collectivités territoriales est exemplaire. En vertu de l'article L.1115-1 du Code général des collectivités territoriales, les actions extérieures des collectivités territoriales françaises incluent non seulement la coopération décentralisée, mais également l'aide humanitaire et d'urgence, les actions de promotion économique et de rayonnement culturel. Sur ce sujet, voir également CHICOT (P.-Y.), « Les politiques internationales des collectivités territoriales françaises : une compétence locale atypique ? », op. cit., p. 435-436.

¹⁷⁰⁸ SCHNEIDER (C.), « La souveraineté de l'État au carrefour du droit international... », op. cit., p. 426.

¹⁷⁰⁹ AUDEOUD (O.), « Les collectivités infra-étatiques dans la vie internationale », op. cit., p. 146 ; CHICOT (P.-Y.), « Les politiques internationales des collectivités territoriales françaises : une compétence locale atypique ? », op. cit., p. 447.

¹⁷¹⁰ *Idem.*, p. 449.

lointain »¹⁷¹¹. En ce sens, elles se présentent comme des représentants démocratiquement élus à la poursuite des objectifs et des intérêts qui ne sont pas forcément identiques à ceux qui sont représentés et défendus par le gouvernement central.

S'engageant pour un processus de démocratisation territoriale, la *Charte européenne de l'autonomie locale* affirme en effet que « le droit des citoyens de participer à la gestion des affaires publiques fait partie des principes démocratiques communs à tous les États membres du Conseil de l'Europe » et que « c'est au niveau local que ce droit peut être exercé le plus directement »¹⁷¹².

Du point de vue de cette considération, deux principes coïncident pour justifier les revendications des entités infra-étatiques : le principe de proximité et le principe d'autonomie. En effet, selon la Déclaration Finale de l'*Assemblée Mondiale des Villes et Autorités Locales*, réunie en mai 1996, les collectivités locales considèrent que

« la politique de décentralisation des pouvoirs doit devenir l'approche privilégiée dans la promotion du développement humain durable et de la gestion des établissements humains, car un établissement humain d'un niveau donné est d'autant mieux géré que les décisions le concernant sont prises à son niveau (selon le principe d'autonomie); et d'autant mieux gouverné que les instances qui le dirigent en sont proches (selon le principe de proximité), et sont désignées sur des bases démocratiques »¹⁷¹³.

Ces deux principes trouvent leur meilleure expression dans le principe de subsidiarité¹⁷¹⁴. Selon ce principe, une décision doit être arrêtée au niveau le plus proche des citoyens, sauf si les objectifs désirés ne peuvent être atteints qu'au niveau supérieur. Vu sous cet angle, il faut reconnaître que la subsidiarité n'est pas un principe essentiellement décentralisateur. Il a deux versants. Il peut avoir un effet descendant, c'est-à-dire la décentralisation des compétences, mais aussi ascendant, c'est-à-dire un effet re-centralisateur des compétences en faveur de l'administration centrale des États dans la mesure où il affirme la légitimité et la capacité décisionnelle de celle-ci si la situation exige une prise de décision au niveau national¹⁷¹⁵.

¹⁷¹¹ SCHNEIDER (C.), « La souveraineté de l'État au carrefour du droit international... », op. cit., p. 424.

¹⁷¹² Voir le préambule la Charte européenne de l'autonomie locale de 1985. Actuellement, les 44 États membres du Conseil de l'Europe l'ont signée et ratifiée.

¹⁷¹³ Voir la Déclaration Finale de l'*Assemblée Mondiale des Villes et Autorités Locales*, Conférence des Nations Unies pour les Établissements Humains (Habitat II), Istanbul, 30-31 mai 1996.

¹⁷¹⁴ Selon A. Delcamp, en France, on préfère le principe de libre administration à celui de subsidiarité dans les textes. Voir DELCAMP (A.), « Principe de subsidiarité et décentralisation », *RFDC*, n° 23, 1995, p. 610.

¹⁷¹⁵ Ou dans un niveau supranational, comme c'est le cas dans l'Union européenne. En effet, ce même principe s'applique également au niveau de l'Union européenne. Dans l'article 5, par. 3 du TUE, il est énoncé que : « En

Mais ce principe, affirmant le principe de proximité¹⁷¹⁶, privilégie également la priorité du niveau local. Considéré comme un « principe anticentralisateur », il constitue une limitation à l'intervention du pouvoir central¹⁷¹⁷. Selon ce principe de subsidiarité, l'exercice de la compétence au niveau local est le principe et l'exercice de cette compétence au niveau supérieur constitue l'exception. C'est en ce sens qu'il contribue aux revendications de pouvoir des entités infra-étatiques¹⁷¹⁸.

Partant, on peut affirmer que l'émergence et le renforcement des compétences externes des entités infra-étatiques et de l'exercice des activités transfrontières se réalisent à l'endroit où se rencontrent la nécessité de défendre certains intérêts locaux sur le plan extraterritorial et l'exigence de la libre administration et de l'autonomie locale. Cela passe sans doute par une reconnaissance d'une « capacité effective »¹⁷¹⁹ en faveur des entités infra-étatiques. Par capacité effective, il faut entendre une liberté d'action des autorités locales soutenue à la fois par des compétences juridiques et des moyens économiques, qui sont nécessaires à l'exercice effectif de ce droit. De ce point de vue, la pratique de décentralisation des États, qui permet aux entités infra-étatiques d'acquérir cette capacité effective, devient déterminant au regard de l'amplification de leurs actions extraterritoriales.

B. L'amplification des activités extraterritoriales des entités publiques infra-étatiques

L'action extérieure des collectivités territoriales n'est pas nouvelle. Historiquement et dans un cadre informel elle a toujours existé, mais la motivation a évolué¹⁷²⁰. Cette évolution dans la motivation des entités publiques infra-étatiques fait également évoluer la forme et le vecteur de leurs activités extraterritoriales. La coopération et la collaboration qu'elles développent s'effectuent désormais d'une manière plus engagée du point de vue à la fois politique et structurel. Ce phénomène s'est notamment renforcé par une affirmation graduelle de la

vertu du principe de subsidiarité, dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, l'Union intervient seulement si, et dans la mesure où, les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être atteints de manière suffisante par les États membres, tant au niveau central qu'au niveau régional et local, mais peuvent l'être mieux, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, au niveau de l'Union ».

Dans ce cas, le principe de subsidiarité est ascendant et c'est l'Union européenne qui en bénéficie.

¹⁷¹⁶ Selon ce principe de proximité, affirmé également dans l'article 10, par. 3 du TUE, « [l]es décisions sont prises aussi ouvertement et aussi près que possible des citoyens ».

¹⁷¹⁷ Voir BRAULT (P.), RENAUDINEAU (G.), SICARD (F.), *Le principe de subsidiarité*, La documentation française, 2005, p. 7 et 8.

¹⁷¹⁸ Pour une réflexion générale sur le rapport qui existe entre la décentralisation et le principe de subsidiarité, voir DELCAMP (A.), « Principe de subsidiarité et décentralisation », op. cit.

¹⁷¹⁹ L'article 3, par. 1 la Charte européenne de l'autonomie locale.

¹⁷²⁰ AUDEOUD (O.), « Les collectivités infra-étatiques dans la vie internationale », op. cit., p. 142.

politique de décentralisation des États (1), qui, jaloux de leurs prérogatives en la matière, cherchent, en même temps, à encadrer du point de vue juridique cette amplification des activités extraterritoriales des entités infra-étatiques (2).

1. Une pratique de décentralisation intensifiée

L'amplification des activités extraterritoriales de ces entités infra-étatiques dépend de l'accroissement de leurs compétences et de leur capacité représentative. À cet égard, la pratique de la décentralisation prend toute son importance.

Focalisée surtout sur le continent européen¹⁷²¹, il existe « une tendance à moderniser l'État et à rapprocher les collectivités territoriales »¹⁷²². Ce phénomène trouve son expression dans le mouvement de décentralisation des compétences étatiques qui implique non seulement une décentralisation dans l'État, mais aussi une décentralisation sur le plan international, concernant notamment la coopération internationale. Cette pratique de décentralisation de la coopération internationale, déjà effective dans les modèles fédératifs et confédératifs¹⁷²³, est également présente dans les États unitaires¹⁷²⁴. En effet, l'exemple de la France¹⁷²⁵ montre que même les États qui ont des « racines jacobines solidement enfouies »¹⁷²⁶ et qui ont

¹⁷²¹ On peut notamment évoquer les efforts déployés par l'Union européenne et le Conseil de l'Europe. Convaincus tous les deux que le développement des libertés locales constitue l'élément primordial pour la démocratie, ils soutiennent la décentralisation de l'État. Concernant d'abord le Conseil de l'Europe, en tant que défenseur des valeurs fondamentales, des droits de l'homme et de la démocratie, il contribue au développement et à la protection des libertés locales et favorise l'administration locale par ses instruments d'uniformisation du droit et des principes communs. À cet égard, on peut citer notamment la Charte européenne de l'autonomie locale de 1985 et la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires. La Convention-cadre européenne sur la coopération transfrontalière des collectivités ou autorités territoriales de 1980, qui sera examinée ultérieurement en détail, s'inscrit également dans le cadre de la valorisation de l'administration locale. Quant à l'Union européenne, pour une organisation construite sur le principe de subsidiarité et pour l'objectif de cohésion territoriale et d'intégration économique et sociale, il est tout à fait logique que le développement des libertés des autorités locales devienne un objectif essentiel. Au sujet de la décentralisation de l'État et l'Union européenne, voir KADA (N.), *Les collectivités territoriales dans l'Union Européenne. Vers une Europe décentralisée ?*, PUG, 2010, 190 p.

¹⁷²² AUDEOUD (O.), « Les collectivités infra-étatiques dans la vie internationale », p. 149.

¹⁷²³ Pour une analyse comparée des pouvoirs extérieurs des composants fédérés de certains États, voir LEJEUNE (Y.), « Les compétences internationales des collectivités territoriales. Approche comparée », in *L'action extérieure des collectivités territoriales. Bilan et Perspectives*, C. Mondou et A. Potteau (sous dir.), L'Harmattan, 2007, pp. 61-94.

¹⁷²⁴ Pour une analyse des exemples d'États unitaires décentralisés, notamment au sein de l'Union européenne, voir KADA (N.), *Les collectivités territoriales dans l'Union Européenne...*, op. cit., p. 61 et s.

¹⁷²⁵ À propos du mouvement de la décentralisation en France, on peut souligner notamment les lois dites de décentralisation de 1982. En parallèle avec les efforts du Conseil de l'Europe, ce phénomène s'est graduellement renforcé dans les années quatre-vingt-dix dans la perspective d'une coopération décentralisée. Voir JOS (E.), « Collectivités territoriales non-étatiques... », op. cit., p. 18 et s.

¹⁷²⁶ CHICOT (P.-Y.), « Les politiques internationales des collectivités territoriales... », op. cit., p. 439.

historiquement une culture administrative très centralisée ne sont pas insensibles à ce mouvement de décentralisation.

D'ailleurs, concernant le degré de décentralisation, la distinction entre l'État fédéral ou confédéral et l'État unitaire n'est pas qualitative mais quantitative. Le fait que l'organisation politique d'un État s'effectue sous forme fédérale ne signifie pas forcément que cet État est qualitativement plus décentralisé qu'un État unitaire. Il est certain que l'organisation fédérative ou confédérative de l'État envoie en soi un fort signe de décentralisation¹⁷²⁷. Mais celle-ci n'offre à la base qu'une garantie constitutionnelle aux destinataires de cette décentralisation. Parlant spécifiquement du point de vue qualitatif de décentralisation, son degré se détermine nécessairement par le nombre et l'importance des compétences qui sont laissées à l'exercice des autorités infra-étatiques. Et le contenu des compétences décentralisées varie d'un État à l'autre non pas en fonction de leur composition politique ou géographique, mais en fonction de leur niveau de développement démocratique et de leur culture de gouvernement.

C'est pourquoi, ni le contenu des compétences décentralisées en matière de coopération internationale, ni la typologie des entités infra-étatiques qui en sont investies ne relèvent d'une uniformité. Ces compétences varient dans chaque cas donné en fonction de l'intérêt des collectivités locales¹⁷²⁸. Il est vrai que, même à l'intérieur d'un même État, les statuts des entités infra-étatiques ne sont pas identiques. Il existe souvent différentes catégories de collectivités territoriales et chaque collectivité territoriale est susceptible de se voir investie de différentes catégories de compétences. Par exemple, en France, les collectivités territoriales sont énumérées à l'article 72 de la Constitution. Il s'agit des communes, des départements, des régions et des collectivités à statut particulier et d'outre-mer. Il faut préciser qu'elles ne sont pas toutes investies des compétences identiques en matière de coopération décentralisée. Le cadre de leurs actions internationales varie selon qu'il s'agisse de simples partenariats culturels ou de consultation, de formes de coopération transfrontalière structurées ou encore de formes de coopération interrégionale. De plus, il se peut également que d'autres compétences, plus poussées en matière de coopération internationale, soient dévolues à certaines collectivités territoriales ayant des « caractéristiques et contraintes

¹⁷²⁷ Sur l'exemple des Etats-Unis d'Amérique voir AUDEOUD (O.), « Les collectivités infra-étatiques dans la vie internationale », op. cit., p. 152.

¹⁷²⁸ *Idem.*, p. 147.

particulières »¹⁷²⁹. À titre d'exemple, on peut citer le statut autonome de deux collectivités françaises d'outre-mer, la Nouvelle Calédonie et la Polynésie française¹⁷³⁰. En vertu de leurs lois organiques, respectivement du 19 mars 1999 et du 27 février 2004, toutes les deux disposent de la faculté d'avoir une représentation extérieure auprès d'États ou d'organismes internationaux¹⁷³¹ et de la possibilité de devenir membre, membre associé des organisations internationales ou observateur auprès de celles-ci¹⁷³². Ainsi, concernant ces exemples de décentralisation très poussée, on peut parler d'un véritable partage des compétences internationales entre le gouvernement central et les entités infra-étatiques publiques.

Un deuxième élément d'appréciation sur le lien entre la politique de décentralisation des États et l'amplification des activités extraterritoriales des entités infra-étatiques est l'effet incitatif de la décentralisation. En effet, puisque la décentralisation de la coopération internationale exige des partenaires du même niveau, disposant des compétences analogues, la pratique de la décentralisation mise en œuvre par un État incite des pratiques de décentralisation chez d'autres États. En effet, on peut constater que la tendance générale et l'évolution dans la gestion des affaires publiques ont des impacts globaux sur le comportement et la pratique des États. Pour illustrer ce propos, on peut évoquer par exemple le secteur du tourisme. Dans ce domaine, il semble que, pour des exigences économiques et techniques, un désengagement total du pouvoir central de certaines compétences en faveur des structures décentralisées est inéluctable. A. Pellet évoque à cet égard la Belgique, le Canada et les États-Unis qui sont des cas exemplaires au sujet du renoncement complet des compétences en faveur des entités infra-étatiques territoriales¹⁷³³. Il rappelle que d'autres États comme l'Italie, le Portugal et la Grèce poursuivent la même politique de décentralisation en matière touristique. Répartissant les compétences entre les administrations centrales et les autorités locales, ils se trouvent pour l'instant dans une situation intermédiaire. Toutefois, à long terme, un désengagement total de ces États, suivi par d'autres États, paraît inévitable dans ce domaine.

Cela dit, pour le moment, l'État restant libre de choisir sa structure organique et politique et de déterminer la répartition des compétences à l'intérieur de cette structure, la présence des

¹⁷²⁹ L'article 73 de la Constitution française.

¹⁷³⁰ Pour une brève analyse des compétences internationales des collectivités françaises d'outre-mer voir JOS (E.), « Collectivités territoriales non-étatiques... », op. cit., pp. 19-24.

¹⁷³¹ Respectivement l'article 32 et l'article 15.

¹⁷³² Respectivement l'article 31 et l'article 42.

¹⁷³³ PELLET (A.), « La participation des collectivités territoriales non-étatiques aux organisations internationales, le cas de l'O.M.T. », in *Les collectivités territoriales non-étatiques dans le système juridique international*, SFDI, Pedone, 2002, p. 151 et s.

entités infra-étatiques sur la scène internationale dépend encore des États¹⁷³⁴. Les revendications du pouvoir provenant de ces entités sont, certes, irrésistibles pour les États et déterminantes dans leur pratique de décentralisation. Mais, de la même manière, les États s'engagent pour la décentralisation de la coopération internationale parce qu'ils y trouvent un intérêt. Toutefois, jaloux de leurs prérogatives en la matière, les États ne souhaitent certainement pas perdre leur contrôle et le droit de parole sur les activités des entités infra-étatiques.

2. L'encadrement juridique des activités extraterritoriales des entités infra-étatiques dans le droit interne

Le droit international reste indifférent à la composition structurelle des États, ainsi qu'à la répartition des compétences à l'intérieur des frontières étatiques entre leurs composants organiques et territoriales¹⁷³⁵. Par conséquent, du point de vue la capacité des entités publiques infra-étatiques de conclure des accords de coopération avec d'autres entités publiques, il faut regarder surtout le cadre national.

L'État contrôle les activités externes des entités infra-étatiques et reste maître du jeu en amont, comme en aval¹⁷³⁶. Les activités extraterritoriales des entités infra-étatiques relèvent d'une question de répartition interne des compétences. Le fondement juridique des compétences externes se trouve dans le cadre national. Là il convient de faire une distinction entre le modèle fédéral et le modèle unitaire d'États qui se différencient par rapport aux sources et aux instruments de répartition qu'ils mettent en œuvre.

Dans le cas des États fédéraux, une répartition des compétences est directement opérée par la constitution. En principe, au sein des systèmes fédéraux, les entités fédérées disposent d'une capacité juridique internationale. Ces États ont adopté une conception constitutionnelle qui reconnaît véritablement, en faveur des entités fédérées, des compétences pour négocier et conclure des traités avec des entités étrangères. En ce sens, il a été affirmé qu'il s'agit ici

¹⁷³⁴ CHICOT (P.-Y.), « Les politiques internationales des collectivités territoriales... », op. cit., p. 438.

¹⁷³⁵ AUDEOUD (O.), « Les collectivités infra-étatiques dans la vie internationale », op. cit., p. 158.

¹⁷³⁶ CHICOT (P.-Y.), « Les politiques internationales des collectivités territoriales françaises... », op. cit., p. 438.

d'« un véritable démembrement de l'exercice de *treaty-making power* de l'État »¹⁷³⁷. Toutefois, il convient de préciser que l'exercice de ce pouvoir reste sous contrôle de l'autorité fédérale¹⁷³⁸.

S'agissant des collectivités territoriales des États unitaires, elles ne sont, en principe, autorisées à passer des accords qu'avec des entités étrangères infra-étatiques¹⁷³⁹. Cependant, dans le cadre du pouvoir législatif, une répartition de compétences peut s'envisager en vue de les investir d'un certain nombre de compétences ayant une dimension extraterritoriale. Dans ce cas, c'est en quelque sorte une autorisation de l'autorité centrale qui permet aux collectivités locales d'entrer en relation avec des collectivités locales d'autres États disposant des compétences analogues. Relevant ainsi de la répartition interne des compétences, cette autorisation est le « synonyme d'un transfert partiel d'une fonction de l'État au profit des collectivités territoriales ». Dans la mesure où l'État continue à dominer l'exercice de la politique étrangère, ce transfert n'est jamais irréversible et total¹⁷⁴⁰.

Force est de constater d'ailleurs que cette habilitation ne donne pas un blanc-seing aux entités infra-étatiques dans l'exercice de ces compétences externes attribuées. En effet, elle est souvent soumise à un certain nombre de conditions et de limitations. À cet égard, la législation française en constitue un bon exemple. Selon l'article L. 1115-1 du *Code général des collectivités territoriales*, seules les « autorités locales étrangères » apparaissent comme des entités étrangères avec lesquelles les collectivités françaises peuvent passer des accords de coopération. L'article 1115-5 annonce clairement qu'« [a]ucune convention, de quelque nature que ce soit, ne peut être passée entre une collectivité territoriale ou un groupement et un État étranger ». Cet exemple montre que l'État se réserve jalousement les relations de coopération avec les autres États¹⁷⁴¹. Selon la loi française, la seule exception est la coopération réalisée dans le cadre de la convention européenne qui a vocation à permettre la

¹⁷³⁷ VUILLERMOZ (R.), « L'État face à l'action extérieure des collectivités subétatiques. Opportunités et/ou contraintes ? », in *L'action extérieure des entités subétatiques: pour une approche comparée Europe, Amérique du Nord*, F. Massart-Piérard (sous dir.), Presses universitaires de Louvain, 2008, p. 26.

¹⁷³⁸ Pour une analyse comparée sur la capacité de contracter des entités publiques infra-étatiques relevant d'États fédéraux, voir LEJEUNE (Y.), « Les compétences internationales des collectivités territoriales... », particulièrement pp. 63-79. Voir également AUTEXIER (C.), « La capacité des régions de conclure des accords... », op. cit., p. 143-144.

¹⁷³⁹ *Idem.*, p. 142-143.

¹⁷⁴⁰ Voir CHICOT (P.-Y.), « Les politiques internationales des collectivités territoriales françaises... », p. 443. Voir également AUDEOUD (O.), « Les collectivités infra-étatiques dans la vie internationale », op. cit., p. 149.

¹⁷⁴¹ À cet égard, J.-M. Sorel affirme en effet que « la loi française conserve l'écran étatique ». SOREL (J.-M.), « La prise en compte des collectivités territoriales non-étatiques par les organisations internationales à vocation universelle », in *Les collectivités territoriales non-étatiques dans le système juridique international*, SFDI, Pedone, 2002, p. 128.

création d'un groupement européen de coopération territoriale (GECT)¹⁷⁴². Toutefois, selon le même article, celle-ci est également soumise à l'autorisation préalable du représentant de l'État dans la région. Une autre restriction générale qui ressort de l'article L. 1115-4 du Code est l'exercice des compétences « dans le respect des engagements internationaux de la France ». En effet, on peut constater d'une manière générale, les activités externes des entités infra-étatiques sont subordonnées aux engagements internationaux de leurs États¹⁷⁴³.

En dehors de ces mécanismes internes d'encadrement juridique des activités extraterritoriales des entités infra-étatiques, il existe également la voie bi- et multilatérale à laquelle recourent les États en vue de délimiter la coopération transfrontalière exercée par leurs collectivités territoriales. Ainsi, les États s'entendent, par un accord international, pour autoriser, d'une manière réciproque, les collectivités locales à coopérer dans un domaine spécifique¹⁷⁴⁴. On peut citer comme exemple la Convention Benelux du 12 septembre 1986 ; la Convention du 23 mai 1991 conclue entre l'Allemagne et le Pays-Bas ; l'Accord du 26 novembre 1993 signé entre l'Italie et la France, le Traité du 10 mars 1995 conclu entre l'Espagne et la France ; le Traité de Karlsruhe du 23 janvier 1996 signé entre l'Allemagne et la France ; l'Accord de Bruxelles du 16 septembre 2002 conclu entre la France et la Belgique et le Traité du 2 octobre 2002 signé à Valence entre le Portugal et l'Espagne.

Il ressort de ce qui précède que l'exercice par les entités infra-étatiques des activités extraterritoriales est conditionnée à la fois par la possession d'un tel droit et par le respect des limites de leurs compétences en la matière. Mais on peut également constater que, sous cette double condition, ces entités disposent d'une certaine autonomie dans l'exercice de leurs compétences. En effet, une fois que le cadre juridique est établi, c'est sous l'initiative des responsables de ces entités infra-étatiques que la pratique de la coopération transfrontière s'effectue, ce qui leur permet de s'affirmer sur le plan extérieur d'une manière autonome par rapport à leurs États d'appartenance.

Il est aujourd'hui largement admis que les entités infra-étatiques contribuent à l'exercice des compétences dites « régaliennes » qui ne relèvent plus de l'exclusivité du gouvernement

¹⁷⁴² Voir *supra*

¹⁷⁴³ SCHNEIDER (C.), « La souveraineté de l'État au carrefour du droit international... », op. cit., p. 430.

¹⁷⁴⁴ AUDEOUD (O.), « Les collectivités infra-étatiques dans la vie internationale », op. cit., p. 147. L'auteur donne l'exemple de l'autorisation de coopération de voisinage donnée aux collectivités locales françaises et suisses au sujet du Lac Léman et du Jura.

central¹⁷⁴⁵. Ces entités se sont vues graduellement reconnues comme des compétences externes¹⁷⁴⁶, même dans des domaines les plus sacrés pour l'État. En ce sens, il a été défendu qu'un exercice des compétences internationales par une autorité locale¹⁷⁴⁷ qui, traditionnellement, n'appartenait pas à l'ordre international, remette en cause l'idée selon laquelle les affaires internationales relèvent de la compétence exclusive de l'État¹⁷⁴⁸, représenté sur le plan international exclusivement par son gouvernement. Il est vrai que, dans la mesure où les intérêts que ces entités représentent et défendent sur le plan international ne sont pas forcément identiques à ceux qui sont représentés et défendus par leurs États, elles se détachent de la représentation unitaire de leurs États. Ainsi, même agissant dans le respect des engagements internationaux de leurs États d'appartenance, ces entités infra-étatiques s'affirment comme des lieux de pouvoir et de représentation alternatifs aux États.

C'est effectivement cette vision des choses qui expliquait la réticence et la résistance des États pour une consécration internationale des activités des entités infra-étatiques¹⁷⁴⁹. Mais aujourd'hui, les États ne se sentent plus menacés, bien au contraire. Le processus de rapprochement poursuivi à la fois dans le cadre de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe montre en effet que la coopération entre entités publiques infra-étatiques s'est complètement banalisée et que ce sont désormais les gouvernements qui incitent les autorités locales vers la coopération transfrontalière pour en tirer le maximum de profit.

Cette double évolution à la fois dans l'amplification de la capacité d'action internationale des entités infra-étatiques et dans le comportement des États exige que ce phénomène soit pris en compte par l'ordre juridique international.

¹⁷⁴⁵ Sur la question du transfert des compétences régaliennes vers les collectivités infra-étatiques voir PONTIER (J.-M.), « La notion de compétences régaliennes dans la problématique de la répartition des compétences entre les collectivités publiques », *RDP*, 2003, pp. 193-237.

¹⁷⁴⁶ AUDEOUD (O.), « Les collectivités infra-étatiques dans la vie internationale », p. 149.

¹⁷⁴⁷ CHICOT (P.-Y.), « Les politiques internationales des collectivités territoriales françaises : une compétence locale atypique ? », p. 435.

¹⁷⁴⁸ CHICOT (P.-Y.), « Les politiques internationales des collectivités territoriales françaises : une compétence locale atypique ? », p. 445.

¹⁷⁴⁹ Cette réticence des États a naturellement des répercussions sur les textes internationaux qui tentent d'encadrer les coopérations décentralisées. Ils doivent souvent faire preuve de prudence pour ne pas effrayer les États. À cet égard, la prudence de la Convention-cadre européenne sur la coopération transfrontalière des collectivités ou des autorités locales et, malgré son caractère très souple et général, le scepticisme français à l'égard de ce texte constituent meilleur exemple. Voir DECAUX (E.), « La Convention-cadre européenne sur la coopération transfrontalière des collectivités ou des autorités locales », *RGDIP*, 1984, p. 559 et s., plus particulièrement pp. 566-570. Sur la réticence des États, voir également AUDEOUD (O.), « Les collectivités infra-étatiques dans la vie internationale », op. cit., p. 163.

Paragraphe 2. La réception des entités infra-étatiques par l'ordre juridique international

On a vu que la compréhension dans la gestion des affaires publiques évolue. Les entités infra-étatiques participent également à l'exécution des fonctions étatiques non seulement sur le plan local mais aussi sur le plan international. L'exemple du secteur du tourisme a montré que les États se désengagent même de la gestion de certaines affaires publiques relevant des coopérations internationales. Cet exemple dans le secteur du tourisme peut être suivi dans d'autres domaines et les États peuvent se déposséder de certaines de leurs compétences en faveur des entités infra-étatiques. Cette possibilité montre qu'il s'avère nécessaire que le droit international consacre une place adéquate à l'ampleur de ce phénomène. Il faut dire d'emblée que les activités externes des entités infra-étatiques relèvent encore largement d'un mouvement où le fait précède le droit¹⁷⁵⁰. À cet égard, il est encore difficile de dire que le droit international, demeurant essentiellement état-centrique dans le domaine des relations internationales, s'est montré capable d'enregistrer ce phénomène à sa juste valeur (A). Cela étant, la mise en place d'un certain nombre de mécanismes et d'instruments de coopération élaborés au sein des institutions internationales ouvre une perspective dans ce domaine (B).

A. Un regard conservateur du droit international : la persistance de la vision état-centrique

Il semble que l'obstacle principal devant la réception internationale des activités extraterritoriales des entités publiques infra-étatiques est la dualité interne-internationale du droit, ancrée dans une vision état-centrique du phénomène juridique. En effet, on essaie toujours d'appréhender ce phénomène sous l'ombre du principe de la souveraineté des États, qui constitue toujours « la ligne de partage entre l'infra-étatique et l'interétatique »¹⁷⁵¹. Enfermés ainsi dans la sphère nationale, elles ont du mal à trouver une place, sur la scène internationale, qui correspond aux exigences et besoins des sociétés qu'elles représentent (1).

La connexion entre les activités extraterritoriales des entités infra-étatiques et le droit international reste donc très limitée. Les questions juridiques relevant de leurs activités externes sont constamment renvoyées aux ordres juridiques nationaux. C'est également le cas pour les organismes issus des coopérations transfrontalières. Fondés sur les législations

¹⁷⁵⁰ Voir SCHNEIDER (C.), « La souveraineté de l'État au carrefour du droit international... », op. cit., p. 424 ; CHICOT (P.-Y.), « Les politiques internationales des collectivités territoriales... », op. cit., p. 436, note de bas de page 6.

¹⁷⁵¹ COLIN (J.-P.), « Variations sur la souveraineté », op. cit., p. 2

nationales, ces organismes n'ont ni personnalité juridique internationale ni suffisamment de capacité en dehors des ordres juridiques interne dont ils dépendent¹⁷⁵² (2).

1. Du point de vue du statut des entités infra-étatiques

Le droit international est indifférent au choix des États sur leur structure organique et territoriale et à la répartition des compétences entre leurs différents composants infra-étatiques¹⁷⁵³. Mais, une fois que ces entités sortent du cadre national en exerçant des activités transfrontières et entrent en relation contractuelle avec des entités d'autres États, il ne peut pas les ignorer complètement.

Toutefois les entités infra-étatiques n'ont pas de personnalité juridique internationale. Au regard du droit international, leurs actes relèvent normalement de la responsabilité internationale de leurs États¹⁷⁵⁴ et leur capacité d'action internationale ne peuvent être expliquée que par le principe de l'unité de l'État¹⁷⁵⁵. Selon ce principe, les entités territoriales infra-étatiques sont des « composantes structurelles et fonctionnelles de l'État »¹⁷⁵⁶ et leurs actions externes doivent être associées à celles de leurs États d'appartenance. Donc, ces entités infra-étatiques n'ont pas de personnalité juridique internationale. Elles sont soumises à la collectivité étatique et relèvent du droit national quant à leur existence et quant à la modalité de l'exercice de leurs compétences.

Cependant, il semble que cette approche pose un certain nombre de problèmes, notamment concernant les accords de coopération conclus entre des entités infra-étatiques étrangères. En

¹⁷⁵² LEJEUNE (Y.), « L'apport du Conseil de l'Europe à l'élaboration d'un droit commun de la coopération transfrontalière », in *Vers un droit commun de la coopération transfrontalière ?*, H. Labayle (sous dir.), Bruylant, 2006, p. 142.

¹⁷⁵³ AUDEOUD (O.), « Les collectivités infra-étatiques dans la vie internationale », op. cit., p. 158.

¹⁷⁵⁴ Voir CRAWFORD (J.), MAUGUIN (M.), « Les collectivités territoriales non-étatiques et le droit international de la responsabilité », in *Les collectivités territoriales non-étatiques dans le système juridique international*, SFDI, Pedone, 2002, pp. 157-165.

Cependant, selon l'article 1, alinéa 2 du Protocole additionnel à la Convention-cadre européenne sur la coopération transfrontalière des collectivités ou autorités territoriales, « [u]n accord de coopération transfrontalière engage la seule responsabilité des collectivités ou autorités territoriales qui l'ont conclu ». L'attribution d'une telle responsabilité doit entraîner automatiquement la reconnaissance d'une personnalité juridique sur le plan international, limitée soit-elle dans le cadre de cette convention et par les États signataires.

¹⁷⁵⁵ Selon P.-M. Dupuy, « ce principe découle bien du phénomène de souveraineté et du monopole qu'en ont les États (et, sous une forme fonctionnelle, les organisations). Le droit international ne pourrait admettre une capacité de contracter à différents organes publics, distincts de la personne étatique elle-même, sans du même coup remettre en cause la définition première des sujets auxquels il s'applique ». Voir DUPUY (P.-M.), « La coopération régionale transfrontalière et le droit international », *AFDI*, 1977, p. 847.

¹⁷⁵⁶ AUDEOUD (O.), « Les collectivités infra-étatiques dans la vie internationale », op. cit., p. 139.

principe, les accords de coopération transfrontière signés par les entités publiques infra-étatiques ne sont pas considérés comme des traités internationaux. Le droit international n'est pas directement applicable à ces accords en tant que textes signés par des entités qui ne relèvent pas de l'ordre juridique international¹⁷⁵⁷. En revanche, puisque selon le principe de l'unité de l'État, toute entité infra-étatique publique est considérée, du point de vue du droit international, comme l'organe de l'État, tout acte de ces entités, y compris les traités de coopération transfrontière qu'elles signent, doit être considéré comme provenant de l'État lui-même et doit engager sa responsabilité¹⁷⁵⁸. C'est en effet dans cette perspective que les accords de coopération décentralisée sont qualifiés, par P.-M. Dupuy, d'« accords internationaux ordinaires » ou d'« accords internationaux de forme particulière ». Selon lui, c'est en ce sens que ces accords relèvent du droit international¹⁷⁵⁹.

Cependant, cette approche, qui essaie de justifier les actes des entités infra-étatiques en les considérant comme l'organe de l'État, ne conduit en réalité qu'à enfermer encore les relations internationales et le droit international dans les limites d'un principe de la souveraineté¹⁷⁶⁰ dont l'utilité est largement remise en cause à l'ère de la mondialisation. O. Audeoud constate effectivement que dans le domaine des relations internationales

« [l']État s'efforce de maintenir son exclusivité dans l'ordre juridique international, mais, de même qu'il a dû accepter la compétence fonctionnelle et la personnalité autonome des organisations internationales, il subit les effets de la volonté de ses collectivités publiques qui engagent des relations au plan international »¹⁷⁶¹.

Il est vrai que la reconnaissance aux organisations internationales d'une capacité de conclure des traités internationaux a mis fin au monopole des États dans ce domaine. Bien qu'elle soit effectuée dans des conditions restrictives et suivant les principes de spécialité et d'attribution, l'exercice de cette pratique dévoile la possibilité d'une approche pragmatique et fonctionnelle que l'on peut transposer, sous d'autres conditions bien sûr, au cas des activités des entités

¹⁷⁵⁷ COULÉE (F.), « Collectivités territoriales non-étatiques... », op. cit., p. 103.

¹⁷⁵⁸ C'est ainsi qu'a été formulé l'article 4 du Projet de la Commission du Droit International sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite. Pour la commentaire de cet article, voir CRAWFORD (J.), *Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'État*, op. cit., pp. 112-119. Sur ce sujet voir également COULÉE (F.), « Collectivités territoriales non-étatiques... », op. cit., p. 95.

¹⁷⁵⁹ DUPUY (P.-M.), « La coopération régionale transfrontalière et le droit international », op. cit., p. 852-853. Cependant, selon P.-Y. Chicot, ces accords ne relèvent pas du droit international. Selon lui, ce sont des « accords internationaux infraétatiques qui échappent au droit des traités et dont le régime d'exécution dépend d'une pluralité d'ordre juridique dont les parties signataires sont le ressortissants ». Voir CHICOT (P.-Y.), « Les politiques internationales des collectivités territoriales françaises... », op. cit., p. 450.

¹⁷⁶⁰ LAFORE (R.), « L'action à l'étranger des collectivités territoriales », *RDP*, 1988, p. 773.

¹⁷⁶¹ AUDEOUD (O.), « Les collectivités infra-étatiques dans la vie internationale », op. cit., p. 140.

infra-étatiques. Mais pour l'instant, le droit international classique, renfermant ces entités dans la sphère nationale, a du mal à trouver la place qui correspond à leur capacité d'action internationale.

2. Du point de vue du statut des organismes issus de coopération transfrontière

Dans un niveau de coopération supérieur, les activités de ces entités peuvent déclencher la création de structures organiques ou d'organismes de coopération transfrontière. Ces organismes peuvent revêtir la forme d'une simple plate-forme de dialogue permanente et officialisée. Destinées particulièrement à l'« échange permanent d'informations » et considérées comme des « lieu[x] privilégié[s] de coordination des politiques locales », ces « structures de concertation » sont généralement dépourvues de la personnalité juridique¹⁷⁶².

On va s'intéresser particulièrement à des « structures opérationnelles »¹⁷⁶³ qui sont chargées des projets précis et circonscrits ou des missions d'une large gamme des « services publics d'intérêt commun »¹⁷⁶⁴. Ces établissements de gestion commune, généralement de nature économique, sont destinés à l'exécution des missions qui leur sont confiées par les autorités locales contractantes au profit des populations qu'elles représentent.

En principe, ce sont les entités publiques infra-étatiques, parties aux accords de la coopération transfrontière qui décident de l'existence ou non de la personnalité juridique de l'organisme créé et de sa nature. En vertu des lois nationales et des engagements internationaux des États d'appartenances des parties contractantes, ces organismes peuvent avoir une personnalité juridique de droit privé ou de droit public¹⁷⁶⁵. Quelque soit la nature de cette personnalité

¹⁷⁶² LEJEUNE (Y.), « La nature juridique des organismes... », op. cit., p. 96-97.

¹⁷⁶³ *Ibid.*

¹⁷⁶⁴ SCHNEIDER (C.), « La souveraineté de l'État au carrefour du droit international... », op. cit., p. 447.

Selon l'article L.1115-4-1 du Code général des collectivités locales, les groupements locaux de coopération transfrontalière, créés par les collectivités locales françaises ou leur groupement local et leurs partenaires étrangers sont chargés « d'exercer les missions qui présentent un intérêt pour chacune des personnes publiques participantes et de créer et gérer des services publics et les équipements afférentes ».

¹⁷⁶⁵ En effet, selon l'article 3 du Protocole additionnel à la Convention-cadre européenne sur la coopération transfrontalière des collectivités ou autorités territoriales, « [l]es accords de coopération transfrontalière conclus par les collectivités ou autorités territoriales peuvent créer un organisme de coopération transfrontalière, ayant ou non la personnalité juridique ».

En ce qui concerne la législation française, selon l'article L.1115-4-1 du code général des collectivités territoriales, les collectivités territoriales françaises et leurs groupements peuvent créer avec des collectivités territoriales étrangères et leurs groupements des organismes de coopération, dotés de la personnalité juridique et de l'autonomie financière.

juridique, celle-ci relève du droit national et reste rattachée à l'ordre juridique national de la Partie contractante dans lequel l'organisme de coopération créé a son siège¹⁷⁶⁶.

Toutefois, pour un organisme constitué des entités de différents ordres juridiques nationaux, ce renvoi au droit national ne règle pas évidemment tous les problèmes. La première question qui se pose tout de suite, c'est de déterminer la valeur juridique des décisions prises par ces organismes dans les autres ordres juridiques nationaux des entités membres. En effet, en vertu des accords de coopération passés entre des entités publiques infra-étatiques, les organismes créés peuvent naturellement être dotés du pouvoir de prendre des décisions engageant leurs propres membres.

Quant aux effets juridiques de ces décisions dans les ordres juridiques nationaux des parties contractantes et à l'égard des tiers, il faut opérer une distinction en fonction de l'existence ou non de la personnalité juridique de ces organismes et de la nature de leur personnalité juridique, s'ils en sont dotés. Si un organisme de coopération n'a pas de personnalité juridique, logiquement ses décisions n'auront aucun effet juridique dans les ordres juridiques nationaux de ses membres¹⁷⁶⁷. Pour que ces décisions aient une valeur juridique à l'égard des tiers, elles doivent être transposées par un acte des autorités locales parties¹⁷⁶⁸.

S'il s'agit, cependant, d'un organisme doté de la personnalité juridique, il existe deux possibilités en fonction du régime juridique applicable choisi par les parties contractantes. Le Protocole additionnel de 1995 à la Convention-cadre européenne sur la coopération transfrontalière des collectivités ou autorités territoriales les décrit dans ses articles 4 et 5. S'il s'agit, en vertu de l'article 4, d'un « organisme mononational »¹⁷⁶⁹, la valeur juridique de ses actes dans le pays hôte se déterminera selon les dispositions législatives de celui-ci qui détermine également le statut et la nature de droit public ou privé de la personnalité juridique de l'organisme. En ce qui concerne la valeur juridique des décisions d'un organisme mononational dans les ordres juridiques nationaux des autres autorités locales parties au statut, il est nécessaire que ces décisions y soient transposées par ces entités infra-étatiques

¹⁷⁶⁶ L'article 4, alinéa 1 du même Protocole additionnel.

¹⁷⁶⁷ Cela n'empêche pourtant que les décisions d'un organisme de coopération transfrontalière sans personnalité juridique soient obligatoires pour ses propres membres. Voir DOLEZ (B.), « Protocole additionnel à la Convention-cadre européenne sur la coopération transfrontalière des collectivités ou autorités territoriales », *RGDIP*, 1996, p. 1016.

¹⁷⁶⁸ Par. 17 du rapport explicatif relatif à l'article 2 du Protocole additionnel à la Convention-cadre européenne sur la coopération transfrontalière des collectivités ou autorités territoriales. Sur ce point, voir LEJEUNE (Y.), « La nature juridique des organismes... », op. cit., p. 119-120.

¹⁷⁶⁹ DOLEZ (B.), « Protocole additionnel à la Convention-cadre européenne... », op. cit., p. 1017.

par un acte juridique approprié selon le droit de chacun des ordres juridiques nationaux¹⁷⁷⁰. Ainsi, les décisions prises par l'organisme auront « la valeur juridique et les effets d'un acte décidé par chaque collectivité ou autorité partie à l'accord dans son cadre national »¹⁷⁷¹.

S'il s'agit d'un « organisme plurinational »¹⁷⁷², en vertu de l'article 5 du Protocole, ses actes auront, « dans l'ordre juridique de chacune des Parties contractantes, la même valeur juridique et les mêmes effets que s'ils avaient été pris par les collectivités ou autorités territoriales qui ont conclu l'accord ».

Sans jouir d'une reconnaissance au niveau international, le fondement juridique de ces organismes de coopération transfrontière, ainsi que leur capacité juridique se déterminent donc selon les lois nationales du rattachement et varient d'un État à l'autre. Du point de vue du droit international, le statut de ces organismes reste, pour l'instant, inexistant. Malgré les avancées apportées par le Protocole n°3 additionnel à la Convention-cadre du Conseil de l'Europe et par le Règlement communautaire relative au GECT, qui rendent possible la participation des États à ces organismes de coopération, ceux-ci demeurent encore hors du champ du droit international. Sans leur octroyer une personnalité juridique distincte, la solution est recherchée dans un schéma semblable à des conférences diplomatiques des États¹⁷⁷³.

Mais considérant les fonctions et les objectifs que ces organismes transfrontières poursuivent, il est nécessaire que, comme E. Jos l'affirme¹⁷⁷⁴, une personnalité juridique fonctionnelle leur soit reconnue suivant une approche pragmatique¹⁷⁷⁵.

¹⁷⁷⁰ L'article 2 du Protocole impose aux parties contractantes une obligation de prendre les mesures nécessaires pour transposer en droit interne les décisions prises par l'organisme. Voir LEJEUNE (Y.), « La nature juridique des organismes... », op. cit., p. 122 et 124.

¹⁷⁷¹ Par. 19 du rapport explicatif relatif à l'article 2 du Protocole additionnel à la Convention-cadre européenne sur la coopération transfrontalière des collectivités ou autorités territoriales.

¹⁷⁷² DOLEZ (B.), « Protocole additionnel à la Convention-cadre européenne... », op. cit., p. 1019.

¹⁷⁷³ SCHNEIDER (C.), « La souveraineté de l'État au carrefour du droit international... », op. cit., p. 443. Selon l'auteur, « leur nature fondamentalement distincte qui relève du *de jure gestionis* bien plus que du *de jure imperii* » exige que ces organismes soient attachés « au droit transnational plutôt qu'international » (p. 446). Il affirme en effet que « [l]ongtemps cantonné pour l'essentiel aux activités commerciales des personnes morales de droit privé, l'ordre juridique transnational s'ouvre aujourd'hui à la gestion des affaires locales des collectivités infraétatiques » (p. 448).

¹⁷⁷⁴ Voir son intervention dans les débats sur « Les collectivités territoriales non-étatiques, sujets du droit international ? », in *Les collectivités territoriales non-étatiques dans le système juridique internationale*, SFDI, Pedone, 2002, p. 201.

¹⁷⁷⁵ Dans le même sens, voir également AUDEOUD (O.), « Les collectivités infra-étatiques dans la vie internationale », op. cit., p. 148.

B. La prise en compte des activités des entités infra-étatiques par les organisations internationales

Malgré ce regard conservateur du droit international, on ne peut pas dire que l'existence des entités infra-étatiques est complètement ignorée sur le plan international. Il existe des efforts, notamment de la part de certaines organisations internationales privilégiant l'autonomie et la démocratie locales, pour un encadrement juridique de leurs activités extraterritoriales et transnationales. Dans cette perspective, on va analyser d'abord les rares cas où ces entités disposent d'un statut juridique (1), ensuite des efforts déployés par les institutions internationales et les États pour un encadrement juridique des activités des entités infra-étatiques sur le plan international (2).

1. Le statut des entités infra-étatiques au sein des organisations internationales

La possession d'un titre régulier par les entités infra-étatiques auprès des institutions internationales est un élément d'appréciation très important pour pouvoir parler de l'existence d'une capacité représentative autonome sur le plan international. À cet égard, il y a deux possibilités pour elles : soit elles disposent d'un statut de membre, ce qui est rare (a) ; soit elles établissent avec les institutions internationale des liens structurels de partenariat (b).

a. Les entités territoriales infra-étatiques en tant que membres des organisations internationales

L'analyse des impacts de la logique interétatique sur la structure institutionnelle internationale avait montré que la quasi-totalité des organisations internationales n'acceptent que les États comme membres à part entière¹⁷⁷⁶. Si celles qui sont relativement récentes, s'efforcent de prendre en compte les nouvelles évolutions de la société internationale, surtout en matière économique, permettant aux organisations régionales et autres groupements d'États, ainsi qu'entités quasi-étatiques, d'obtenir un statut actif auprès d'elles, le phénomène ne touche pas pour l'instant les entités publiques infra-étatiques. Ces dernières sont quasiment inexistantes au regard des organisations internationales¹⁷⁷⁷.

Seules quelques institutions internationales spécialisées, comme Union internationale des télécommunications (UIT), Union postale universelle (UPU) et Organisation météorologique

¹⁷⁷⁶ Voir *infra*.

¹⁷⁷⁷ SOREL (J.-M.), « La prise en compte des collectivités territoriales non-étatiques... », op. cit., p. 129 et s.

mondiale (OMM), acceptent les entités territoriales infra-étatiques en tant que membres ou membres associés à égalité avec les États ou avec un statut inférieur à celui des États¹⁷⁷⁸. Par exemple, l'OMM compte, sous la catégorie de membres intitulée « territoires », six membres non-étatiques parmi lesquels figurent la Nouvelle Calédonie, la Polynésie française¹⁷⁷⁹.

Parmi les organisations internationales qui proposent aux entités territoriales infra-étatiques un statut de membre, l'Organisation mondiale du tourisme nous fournit un exemple particulièrement intéressant. On avait constaté que cette organisation était fonctionnelle dans un secteur d'activité dans lequel les administrations centrales des États ont une tendance à renoncer, complètement ou en partie, à leurs compétences en faveur des autorités locales. Une telle pratique de décentralisation peut entraîner l'exclusion de l'État central de toute exercice des compétences dans ce domaine, y compris la coopération au niveau international. Par conséquent, l'établissement d'une coopération étroite et systématique entre les entités territoriales infra-étatiques et cette organisation devient crucial¹⁷⁸⁰. Ceci pousse cette organisation très particulière¹⁷⁸¹ à être souple dans sa structure. Ainsi, les articles 4 et 6 de ses Statuts permettent que même les territoires et les groupes de territoires qui n'ont pas la responsabilité de leurs relations extérieures puissent devenir membres associés de cette organisation¹⁷⁸².

Dans tous les exemples d'organisations internationales permettant aux entités territoriales infra-étatiques de devenir membres associés, l'acquisition de ce statut est conditionnée par l'approbation de leurs États d'appartenance. En revanche, dans le cas de l'Organisation mondiale du tourisme, une autre condition y est ajoutée. En raison d'une interprétation restrictive de l'article 6 de ses Statuts, pour qu'une entité territoriale infra-étatique puisse devenir membre associé de l'Organisation, il faut que son État d'appartenance soit membre au moment de sa demande d'adhésion¹⁷⁸³. Considérant le fait que, dans ce domaine de compétence, les gouvernements centraux des États se désengagent de plus en plus et se

¹⁷⁷⁸ Pour une brève analyse des actes constitutifs de ces trois organisations, concernant les catégories d'entités susceptibles de devenir membre, voir SOREL (J.-M.), « La prise en compte des collectivités territoriales non-étatiques... », op. cit., pp. 134-136.

¹⁷⁷⁹ Voir le site Internet de l'OMM : http://www.wmo.int/pages/members/membership/index_fr.html.

¹⁷⁸⁰ PELLET (A.), « La participation des collectivités territoriales... », op. cit., p. 153.

¹⁷⁸¹ La particularité de cette organisation vient de son origine non-gouvernementale. C'est par la suite qu'elle s'est transformée en une organisation intergouvernementale. *Ibid.*, p. 145.

¹⁷⁸² Actuellement l'OMT compte sept membres associés (la situation en avril 2005 selon la dernière mise à jour du site internet de l'OMT : <http://www.unwto.org/states/ass/fr/ass.php>).

¹⁷⁸³ En effet, e vertu du paragraphe 3 de l'article 6 des Statuts de l'OMT et selon la résolution 391-C (XIII) du 1^{er} octobre 1999 de l'Assemblée générale de l'OMT, la candidature de la collectivité territoriale pour obtenir le statut de membre associé doit être appuyée par son État qui doit être membre de l'Organisation. Voir PELLET (A.), « La participation des collectivités territoriales non-étatiques... », op. cit., p. 151.

retirent, en conséquence, de l'OMT, cette condition d'adhésion empêche le recrutement de nouveaux membres associés, pourtant crucial pour un fonctionnement effectif de l'Organisation.

Force est de constater que, malgré quelques exemples importants concernant la présence des entités territoriales infra-étatiques au sein des organisations internationales, l'État reste toujours le maître du jeu. D'ailleurs, comme J.-M. Sorel le constate justement, si certaines organisations peuvent proposer, perçant un « interétatisme 'pur et dur' »¹⁷⁸⁴, des statuts particuliers à ces entités traditionnellement enfermées dans la sphère étatique, c'est en raison du « caractère très technique de leur spécialisation » et de leur « impact assez faible [...] sur les aspects sensibles de la souveraineté »¹⁷⁸⁵.

b. Les entités territoriales infra-étatiques en tant que partenaires consultatifs

Au sujet de l'établissement d'un partenariat avec les entités territoriales infra-étatiques, les institutions européennes sont particulièrement actives. Les autorités publiques locales et régionales sont représentées par deux organisations européennes ayant un statut d'organe consultatif auprès du Conseil de l'Europe et de l'Union européenne.

La première est le Congrès des pouvoirs locaux et régionaux de l'Europe¹⁷⁸⁶, regroupant les représentants des collectivités territoriales de tous les États membres du Conseil de l'Europe. Cet organe consultatif du Conseil de l'Europe est chargé de faire des recommandations, préparer des rapports de suivi sur les questions du développement de l'autonomie et de la démocratie locales. Ayant une configuration fortement parlementaire, c'est surtout un lieu de lobbying pour les représentants des entités territoriales locales qui essaient d'exercer une influence sur le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe¹⁷⁸⁷.

En ce qui concerne l'Union européenne, elle aussi tend à prendre en compte le phénomène de décentralisation et le développement de l'autonomie locale¹⁷⁸⁸. Ainsi, pour assurer une représentation formelle des entités publiques infra-étatiques, le Comité des régions a été fondé

¹⁷⁸⁴ PELLET (A.), « La participation des collectivités territoriales non-étatiques... », op. cit., p. 156.

¹⁷⁸⁵ SOREL (J.-M.), « La prise en compte des collectivités territoriales non-étatiques... », op. cit., p. 135.

¹⁷⁸⁶ Sur la statut de cette institution, voir SCHNEIDER (C.), « L'Europe des régions : la réforme de la Conférence permanente des pouvoirs locaux et régionaux du Conseil de l'Europe », *AFDI*, 1994, pp. 597-617.

¹⁷⁸⁷ Sur ce sujet, voir RUIZ FABRI (H.), « Le Conseil de l'Europe et les collectivités infra-étatiques... », op. cit., p. 170 et s.

¹⁷⁸⁸ Pour une analyse approfondie sur la prise en compte du développement de l'autonomie locale par l'Union européenne, voir MALO (L.), *Autonomie locale et Union européenne*, op. cit.

en 1994 pour répondre aux revendications des entités infra-étatiques de représenter directement les intérêts locaux et d'accéder à une forme de reconnaissance au niveau communautaire en dehors de l'État d'appartenance¹⁷⁸⁹. À cet égard, il faut également évoquer la nécessité pour l'Union européenne d'un rapprochement avec des collectivités locales et régionales « qui sont désormais chargées de mettre en œuvre des politiques de l'UE »¹⁷⁹⁰. La mise en place de tels mécanismes de participation et de consultation a donc une utilité non seulement du point de vue des entités publiques infra-étatiques, mais aussi celui de l'Union européenne¹⁷⁹¹.

Dans ses relations avec les institutions européennes, comme la fonction du Congrès des pouvoirs locaux et régionaux de l'Europe auprès du Conseil de l'Europe, il s'agit aussi d'une organisation consultative¹⁷⁹² à travers laquelle les autorités locales exercent une activité de lobbying au sein de l'Union européenne¹⁷⁹³.

Grâce à ces institutions, les entités infra-étatiques publiques deviennent des interlocuteurs directs des institutions européennes. La mise en place de ces deux institutions est très importante dans la mesure où cela signifie que la légitimité démocratique et représentative des autorités locales a été reconnue au niveau international par les organisations internationales.

¹⁷⁸⁹ Sur le soubassement philosophique et historique de cet organe, ainsi que sur son fonctionnement et sa structure voir MALO (L.), *Autonomie locale et Union européenne*, p. 80 et s.

¹⁷⁹⁰ Voir *Le Livre blanc sur la gouvernance globale*, Commission des Communautés européennes, 25 juillet 2001, COM(2001) 428 final, p. 15. Toutefois, la Commission reconnaît que les mécanismes mis en place ne sont pas à la hauteur de la fonction dont ces entités infra-étatiques publiques sont chargées. Elle affirme en effet : « la manière dont l'Union fonctionne actuellement ne permet pas une interaction suffisante dans un partenariat à niveaux multiples, dans lequel les gouvernements nationaux impliquent pleinement leurs régions et leurs villes dans la définition des politiques européennes. Les régions et les villes ont souvent l'impression que malgré la responsabilité accrue qui leur incombe dans la mise en œuvre des politiques communautaires, leur rôle d'intermédiaire, élu et représentatif, en contact avec la population, n'est pas exploité ».

¹⁷⁹¹ MALO (L.), *Autonomie locale et Union européenne*, p. 22-23.

¹⁷⁹² Étant en principe non obligatoire, dans certains domaines, la consultation du Comité des régions constitue néanmoins une obligation pour les institutions communautaires. Voir FERAL (P.-A.), « Communauté européenne, Comité des régions et collectivités territoriales françaises. Une triple dynamique institutionnelle, juridique et politique », in *L'Europe et les régions*, G. Vandersanden (sous dir.), Éd. de l'Université de Bruxelles, 1997, p. 101 et s.

¹⁷⁹³ Pour une analyse générale sur les activités de lobbying des entités territoriales infra-étatiques au sein des institutions communautaires voir GOERGEN (P.), « Le face à face des régions et de l'Union européenne à Bruxelles : une activité spécifique de lobbying ? » in *L'action extérieure des entités subétatiques : pour une approche comparée Europe, Amérique du Nord*, F. Massart-Piérard (sous dir.), Presses universitaires de Louvain, 2008, pp. 35-48.

2. Des efforts visant à l'encadrement juridique des activités des entités infra-étatiques sur le plan international

Comme au niveau national, il existe au niveau international des efforts destinés à enregistrer ce mouvement de décentralisation de la coopération internationale et à établir un droit commun au niveau de différents ordres juridiques nationaux. Cette entreprise s'avère très importante car, elle permet d'abord, au niveau interne, l'harmonisation des législations nationales. Dans la mesure où une coopération transfrontière n'est possible qu'entre deux ou plusieurs entités infra-étatiques de différents ordres juridiques nationaux disposant des compétences analogues, ce point revêt une importance considérable. L'établissement d'un droit unifié répond ensuite, au niveau international, les soucis de sécurité juridique des États méfiants à l'égard des activités extraterritoriales des entités internes.

Dans cette perspective, il convient d'examiner d'abord les instruments internationaux mis en place en vue de faciliter les coopérations transfrontières (a) et, ensuite, les efforts destinés à la détermination du statut des organismes issus de ces coopérations (b).

a. Des efforts qui cherchent à inciter les coopérations transfrontières

Les conventions internationales et les accords interétatiques bi- ou multilatéraux, qui offrent un cadre juridique précis et incitent les États à harmoniser leurs législations nationales, sont des outils indispensables de la coopération transfrontière entre entités territoriales infra-étatiques. À cet égard, les efforts déployés par les organisations internationales, qui s'inscrivent dans une perspective d'harmonisation entre leurs États membres, se montrent particulièrement utiles et efficaces.

Sur le plan international, c'est surtout sur le continent européen que des avancées juridiques ont été réalisées en matière d'encadrement juridique des actions externes des entités publiques infra-étatiques. Le Conseil de l'Europe reste le premier lieu où les coopérations régionales des collectivités territoriales sont soutenues et incitées¹⁷⁹⁴. On peut citer notamment la « Convention-cadre européenne sur la coopération transfrontalière des collectivités ou

¹⁷⁹⁴ D'une manière générale, sur l'incitation des coopérations entre autorités locales par le Conseil de l'Europe, voir RUIZ FABRI (H.), « Le Conseil de l'Europe et les collectivités infra-étatiques... », op. cit. ; LEJEUNE (Y.), « L'apport du Conseil de l'Europe à l'élaboration d'un droit commun de la coopération transfrontalière », op. cit. ; LEVRAT (N.), L'émergence des instruments juridiques de la coopération transfrontière au sein du Conseil de l'Europe », in *Le droit des relations transfrontalières entre autorités régionales ou locales relevant d'États distincts. Les expériences franco-belge et franco-espagnole*, Y. Lejeune (sous dir.), Bruylant, 2005, pp. 17-36 ; AUDEOUD (O.), « Les collectivités infra-étatiques dans la vie internationale », op. cit., p. 158 et s.

autorités territoriales » du 21 mai 1980, destinée à encourager et à faciliter les coopérations transfrontalières dans le continent européen¹⁷⁹⁵.

Cette initiative du Conseil de l'Europe s'inscrit dans la même « logique d'harmonisation »¹⁷⁹⁶ sur laquelle est construite la Charte européenne de l'autonomie locale de 1985. Cette Charte favorise le principe de subsidiarité, l'idée selon lequel, « les collectivités infra-étatiques doivent pouvoir agir librement pour toutes les questions pour lesquelles elles sont les mieux placées en raison notamment de leur proximité de la population »¹⁷⁹⁷ et « compte tenu de l'ampleur et de la nature des tâches publiques ainsi que des exigences d'efficacité et d'économie »¹⁷⁹⁸.

Incités par la Convention-cadre du Conseil de l'Europe, les nombreux États européens transfrontaliers ont conclu entre eux des traités de coopération transfrontalière¹⁷⁹⁹. Ces traités reflètent les soucis de sécurité juridique des États¹⁸⁰⁰. En effet, afin de délimiter les compétences externes des autorités locales, les États recourent à des traités interétatiques. Ces accords leur permettent également de reconnaître symétriquement les coopérations transfrontalières et leurs conséquences au sein de chaque ordre juridique interne des collectivités territoriales partenaires¹⁸⁰¹.

Au sujet de l'encadrement juridique des activités extraterritoriales des autorités locales et de l'harmonisation des normes au niveau européen, les efforts déployés par l'Union européenne doivent être également soulignés¹⁸⁰². Il faut noter d'abord que, en tant que titulaires de droits et d'obligations, les entités territoriales infra-étatiques sont déjà considérées comme des sujets

¹⁷⁹⁵ Sur la portée de cette convention voir DECAUX (E.), « La Convention-cadre européenne sur la coopération transfrontalière des collectivités ou des autorités locales », op. cit.

¹⁷⁹⁶ RUIZ FABRI (H.), « Le Conseil de l'Europe et les collectivités infra-étatiques... », op. cit., p. 184.

¹⁷⁹⁷ *Ibid.*, p. 174.

¹⁷⁹⁸ Préambule de la Résolution statutaire (2000) du 15 mars 2000 relative au Congrès des pouvoirs locaux et régionaux en Europe. (accessible à <http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Treaties/Html/Resol20001.htm>)

¹⁷⁹⁹ Il s'agit des traités suivants : la Convention Benelux du 12 septembre 1986 ; la Convention du 23 mai 1991 conclue entre l'Allemagne et le Pays-Bas ; l'Accord du 26 novembre 1993 signé entre l'Italie et la France, le Traité du 10 mars 1995 conclu entre l'Espagne et la France ; le Traité de Karlsruhe du 23 janvier 1996 signé entre l'Allemagne et la France ; l'Accord de Bruxelles du 16 septembre 2002 conclu entre la France et la Belgique et le Traité du 2 octobre 2002 signé à Valence entre le Portugal et l'Espagne.

¹⁸⁰⁰ FERNANDEZ de CASADEVANTE ROMANI (C.), « Les traités internationaux, outils indispensables de la coopération transfrontalière entre collectivités ou autorités territoriales », in *Vers un droit commun de la coopération transfrontalière ?*, H. Labayle (sous dir.), Bruylant, 2006, p. 94.

¹⁸⁰¹ WISMER (N.), « Les obstacles à un droit commun de la coopération transfrontalière », in *Vers un droit commun de la coopération transfrontalière ?*, H. Labayle (sous dir.), Bruylant, 2006, p. 36 et s.

¹⁸⁰² Sur ce sujet, voir notamment LABAYLE (H) (sous dir.), *Vers un droit commun de la coopération transfrontalière ?*, Bruylant, 2006, 267 p. ; THOUVENIN (J.-M.), « Collectivités territoriales non-étatiques et Union européenne », in *Les collectivités territoriales non-étatiques dans le système juridique international*, SFDI, Pedone, 2002, pp. 185-195.

de l'ordre juridique européen¹⁸⁰³. L'appui des institutions communautaires, qui se montrent d'ailleurs très tôt intéressées par le rapprochement des régions tant au niveau national que transnational, s'inscrit dans la dynamique d'encourager l'« intégration européenne de proximité »¹⁸⁰⁴. En effet, considérée comme un instrument fondamental pour la cohésion et l'intégration européenne, la coopération transfrontalière, interrégionale et transnationale reçoit un large soutien de la part de l'Union européenne. C'est dans cet objectif que les institutions communautaires ont adopté le Règlement du 5 juillet 2006, relatif à un groupement européen de coopération territoriale (GECT). Ce Règlement communautaire, qui s'applique d'une manière obligatoire et uniforme à l'ensemble des États membres de l'Union européenne, constitue sans doute un pas très important dans la perspective de l'émergence d'un droit commun de la coopération frontalière en Europe¹⁸⁰⁵.

b. Une consécration internationale pour le statut des organismes issus des coopérations transfrontières

En ce qui concerne le statut des organismes issus des coopérations transfrontières, on avait constaté que la solution classique que propose le droit international est leur rattachement à l'ordre juridique national de la Partie contractante dans lequel l'organisme de coopération créé a son siège¹⁸⁰⁶. Selon ce principe, le fondement juridique de ces organismes de coopération transfrontière, ainsi que leur capacité juridique se déterminent selon les lois nationales du rattachement et varient donc d'un État à l'autre. Dans le but d'harmoniser et d'uniformiser les législations nationales sur le statut des organismes de coopération transfrontalière et interrégionale, le Protocole n°3 additionnel à la Convention-cadre européenne sur la coopération transfrontalière des collectivités ou autorités territoriales a été adopté, le 9 septembre 2009, par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe et ouvert à la signature des États membres¹⁸⁰⁷. En effet, ce protocole « apporte une solution à cette diversité de situations en fournissant un 'noyau dur' de règles sur l'établissement, les membres, les opérations et les responsabilités des groupements, permettant ainsi que la création de GEC,

¹⁸⁰³ FERAL (P.-A.), « Communauté européenne, Comité des régions... », op. cit.

¹⁸⁰⁴ LEVRAT (N.), « Commentaire de la proposition de règlement communautaire relatif à l'institution d'un groupement européen de coopération territoriale dans la perspective de l'émergence d'un droit commun », in *Vers un droit commun de la coopération transfrontalière ?*, H. Labayle (sous dir.), Bruylant, 2006, p. 151 et s.

¹⁸⁰⁵ *Idem.*, p. 147.

¹⁸⁰⁶ Voir *Infra*.

¹⁸⁰⁷ Ce protocole très récent, signé par dix États qui ne l'ont pas encore ratifié, n'est pas encore entré en vigueur. (Les informations datent du 14 janvier 2011).

tout en étant assujettie au droit de l'État qui en accueillera le siège, repose sur un ensemble commun 'harmonisé' de règles applicables »¹⁸⁰⁸ au niveau européen.

En dehors de cette entreprise d'harmonisation des règles fondées sur des principes communs aux États membres du Conseil de l'Europe, ce protocole apporte deux nouveautés. La première concerne la personnalité juridique de ces organismes. Selon l'article 2, par. 1 du Protocole, « dans un souci de sécurité juridique et de simplicité », ces organismes disposeront désormais, obligatoirement, d'une personnalité juridique¹⁸⁰⁹. La deuxième nouveauté que ce protocole apporte, concerne la composition de ces organismes. Ces organismes issus de la coopération transfrontalière étaient normalement destinés aux entités publiques infra-étatiques et seules ces dernières pouvaient devenir membres d'un organisme de ce genre. Mais l'article 3 du Protocole n°3 élargit les catégories de membres potentiels de ces organismes dits « groupements eurorégionaux de coopération ». Selon cette disposition, à côté des collectivités et autorités locales, « les États membres du Conseil de l'Europe dont relèvent les collectivités ou autorités territoriales concernées » et, sous certaines conditions, d'autres personnes morales, auront désormais la possibilité de devenir parties à ce genre de groupement de coopération. Ainsi, une entité territoriale infra-étatique aura la possibilité de se voir placée à côté et en face de son État d'appartenance, voire des États étrangers, dans une plate-forme extraterritoriale, donc internationale.

Les nouveautés que ce texte apporte sont à mettre en parallèle avec les avancées enregistrées au sein de l'Union européenne. On peut évoquer notamment le règlement adopté le 5 juillet 2006 par les institutions européennes, relatif à un groupement européen de coopération territoriale (GECT)¹⁸¹⁰. Ces groupements, créés dans l'objectif de faciliter et de promouvoir les coopérations transfrontalières, posséderont également une personnalité et capacité juridiques dans chacun des États membres (art. 1). Il y a également eu des avancées considérables au niveau de la structure de ces organismes. Un GECT se distingue des

¹⁸⁰⁸ Rapport explicatif relatif au Protocole n°3 à la Convention-cadre européenne sur la coopération transfrontalière des collectivités ou autorités territoriales relatif aux groupements eurorégionaux de coopération (GEC). Accessible sur le site Internet du Conseil de l'Europe : <http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Reports/Html/206.htm>.

¹⁸⁰⁹ Voir également le rapport explicatif relatif au Protocole n°3.

¹⁸¹⁰ Règlement n°1082/2006 du Parlement européen et du Conseil. Journal officiel L 210 du 31.7.2006. Pour une analyse de ce règlement communautaire voir FERAL (P.-A.), « Coopération territoriale au sein de l'Union européenne : deux années de GECT », *RLCT*, 2008, n°38, pp. 56-61. Voir également MALO (L.), *Autonomie locale et Union européenne*, op. cit., p. 294 et s.

structures de coopération classiques sur trois points importants¹⁸¹¹. Premièrement, selon le paragraphe 2 de l'article 1 du Règlement, un groupement européen peut être créé non seulement pour des actions de coopération transfrontalière mais également pour des actions de coopération transnationale et interrégionale. Deuxièmement, un GECT peut être créé tant pour la gestion des programmes européens que pour la mise en œuvre de projets de coopération à la seule initiative des personnes publiques concernées. Et enfin, comme le Protocole n°3 du Conseil de l'Europe, le Règlement communautaire ouvre aussi ces groupements à toute personne morale de droit public, y compris les États. Ainsi, ces organismes, constitués des entités de différent niveau¹⁸¹², deviennent véritablement internationalisés.

Le deuxième point à évoquer au sujet de l'internationalisation de ces entités concerne leur rattachement, certes partiel, au droit européen. Selon l'article 2, les règles qui s'appliquent à ces groupements sont d'abord les dispositions de ce règlement communautaire et, si celui-ci l'autorise expressément, les dispositions de la convention constitutive du GECT et de son statut. S'il s'agit d'un point non couvert par ces deux instruments, les lois de l'État membre où le GECT a son siège s'appliquent.

Grâce à ces avancées, ces groupements de coopération transfrontière disposent d'un statut que certains qualifient de « miracle »¹⁸¹³ et deviennent ainsi un outil de gestion entre des acteurs de différente nature et de différent niveau.

En conclusion, on peut constater que l'affirmation internationale de ces entités, considérées par certains comme des « concurrentes potentielles de l'État »¹⁸¹⁴, s'examine souvent sous l'angle de la notion de souveraineté¹⁸¹⁵. Il est vrai que ce phénomène « tend à réduire le pouvoir de l'État au regard des relations externes »¹⁸¹⁶ et à éroder le monopole des États dans

¹⁸¹¹ DEGRON (R.), « Le groupement européen de coopération territoriale : consécration des eurorégions ? », *AJDA*, 2008, n°25, pp. 1373-1377, particulièrement p. 1375.

¹⁸¹² Certains auteurs pensent toutefois que cette réintégration des États constitue le retour de l'interventionnisme étatique, et, par conséquent, un recul dans le développement de la coopération décentralisée. Voir par exemple LEVRAT (N.), « Commentaire de la proposition de règlement communautaire... », op. cit., p. 168 et s.

¹⁸¹³ KADA (N.), *Les collectivités territoriales dans l'Union Européenne...*, op. cit., p. 166 et 167.

¹⁸¹⁴ DAILLIER (P.), « Débats », in *Les collectivités territoriales non-étatiques dans le système juridique international*, SFDI, Pedone, 2002, p. 197.

¹⁸¹⁵ Voir notamment LAFORE (R.), « L'action à l'étranger des collectivités territoriales », op. cit. SCHNEIDER (C.), « La souveraineté de l'État au carrefour du droit international... », op. cit.

¹⁸¹⁶ AUDEOUD (O.), « Les collectivités infra-étatiques dans la vie internationale », op. cit., p. 150.

ce domaine¹⁸¹⁷. En ce sens, il remet en cause la configuration essentiellement état-centrique et interétatique de l'ordre international, fondée sur la notion de souveraineté des États.

Mais, cette évolution, qui s'affirme certes de plus en plus dans la pratique, n'est suivie sur le plan juridique que d'une manière encore très limitée. Comme on l'a déjà dit, la capacité d'action internationale des entités infra-étatiques relève d'un domaine où le fait précède le droit. Ainsi, du point de vue du droit international contemporain, ce phénomène ne remet pas en cause le principe de la souveraineté de l'État dans la mesure où « [l']attribution aux collectivités infraétatiques de certaines prérogatives pour la gestion internationale de leurs affaires locales ne revient pas à faire de ces collectivités des sujets souverains de l'ordre juridique international »¹⁸¹⁸. Il est vrai qu'aucune réforme de l'État, aussi profonde soit-elle, ne sera en mesure de remettre en cause le principe de la souveraineté en tant que marque indélébile de l'ordre juridique international. Elle ne pourrait être remise en cause que par une profonde réforme du droit en général, et du droit international en particulier.

À cet égard, la question qui se pose du point de vue de l'affirmation internationale de ces entités infra-étatiques n'est pas celle de savoir si les États souhaiteront ou non accorder plus d'habilitations fonctionnelles à exercer sur le plan international pour leurs collectivités territoriales. Il est certain que l'État n'est pas tout-à-fait prêt à laisser certaines de ses prérogatives sur le plan international. Il continue à résister. Mais, le problème qui doit nous préoccuper est celui de constater qu'en dépit des évolutions importantes en matière de décentralisation des relations internationales, le droit international reste incapable de les enregistrer à leurs justes valeurs et donne une image encore plus conservatrice que les États eux-mêmes.

Malgré ce constat, on peut néanmoins affirmer que grâce aux actions extraterritoriales des entités infra-étatiques, la frontière infranchissable qui existait entre l'ordre local et l'ordre international, s'est constamment affaiblie¹⁸¹⁹. En matière d'affaires étrangères, l'État reste sans doute le maître du jeu. Mais, au fur à mesure que « l'interpénétration des choses du dedans et du dehors s'accélèrera », les entités infra-étatiques deviendront inévitablement des acteurs de plus en plus actifs de la scène internationale¹⁸²⁰.

¹⁸¹⁷ DECAUX (E.), « La Convention-cadre européenne... », op. cit., p. 559.

¹⁸¹⁸ Voir SCHNEIDER (C.), « La souveraineté de l'État au carrefour du droit international... », op. cit., p. 449.

¹⁸¹⁹ CHICOT (P.-Y.), « Les politiques internationales des collectivités territoriales... », op. cit., p. 443.

¹⁸²⁰ *Idem.*, p. 458.

Parmi ces nouveaux acteurs de la scène internationale qui ont bouleversé la configuration état-centrique de l'ordre international¹⁸²¹, il faut également citer ceux de la société civile que l'on va maintenant examiner.

¹⁸²¹ COHEN (S.), *Les États face aux nouveaux acteurs*, CERI, 2004, 11 p., accessible sur Internet : http://www.lycee.edunet.tn/his_geo_nabeul/pdf/dossiers/nouv_acteurs.pdf; publié également comme article dans la revue *Politique internationale*, 107, printemps 2005, pp. 409-424 ; CHICOT Pierre-Yves, « Les politiques internationales des collectivités territoriales françaises... », op. cit., p. 435.

Section II. Une capacité représentative des organisations de la société civile

L'État subit aujourd'hui la pression de nouvelles formes d'organisations et d'entités atypiques, détentrices désormais d'une force représentative irrécusable. Le monopole des États sur les relations internationales découle en grande partie de leur revendication du monopole du pouvoir représentatif de toute sorte d'intérêts collectifs sur le plan international. Ce monopole est également mis en cause par les activités des organisations non étatiques¹⁸²². Il a été en effet considéré que, même la reconnaissance de leur existence en tant que force représentative et d'influence, tant sur le plan national qu'international, « présuppose l'existence une conception partagée de la politique »¹⁸²³.

Du point de vue du pouvoir de représentation, l'État est en crise. La complexité de la société internationale nécessite le dépassement d'une vision exclusivement état-centrique de la coopération internationale et incite de plus en plus à l'ouverture de l'espace international aux acteurs de nature autre qu'étatique¹⁸²⁴. La société politique essaie de se développer et s'organiser en dehors de l'État. À cet égard, les groupements de la société civile, constituent une alternative considérable¹⁸²⁵.

Cependant, le concept de société civile couvre un très large domaine d'activités et d'entités. De ce fait, il sera utile d'effectuer tout de suite une délimitation sur les groupements de la société civile qui nous concernent particulièrement dans l'analyse de ce mouvement non étatique de revendication du pouvoir représentatif. À l'heure actuelle, il n'existe ni une définition globale ni une catégorie préétablie d'organisations de la société civile. Suivant une approche pragmatique, chacun opère une délimitation en fonction du sujet d'étude. Considérant la question de la capacité représentative de la société civile, on va, de la même manière, privilégier une catégorie d'organisations de la société civile qui revendiquent spécifiquement un pouvoir représentatif sur le plan international. Cette catégorie nous renvoie au modèle-libéral « ONG »¹⁸²⁶ dont les activités dépassent d'une simple mission caritative et

¹⁸²² CHEVALLIER (J.), *L'État postmoderne*, op. cit., p. 42.

¹⁸²³ ARNAUD, (A.-J.), *Critique de la raison juridique*, 2. *Gouvernants sans frontières. Entre mondialisation et post-mondialisation*, LGDJ, 2003, p. 281.

¹⁸²⁴ En ce sens, B. Badie écrit que « [l]a politique internationale s'y construit comme un jeu de mobilisation, d'expression multiples et croisées, qui ne se limite plus à un simple face-à-face entre les gouvernements ». Voir BADIE (B.), *La diplomatie des droits de l'homme: entre éthique et volonté de puissance*, Fayard, 2002, p. 293.

¹⁸²⁵ K. Benyekhlef affirme en effet que « [l]a société civile constitue [...] une certaine assurance démocratique face à un État-Léviathan parfois peu soucieux du respect des droits fondamentaux de ses citoyens ». Voir BENYekhLEF (K.), *Une possible histoire de la norme...*, op. cit., p. 595.

¹⁸²⁶ Il a été en effet affirmé que la société civile, conçue de cette manière, trouve sa meilleure expression dans ces organisations non gouvernementales, dites ONG. Voir par exemple le Rapport de la Commission sur la Gouvernance Globale, « Our Global Neighbourhood », Oxford University Press, 1995, p. 254.

qui s'engagent pour l'expression des préférences collectives en vue de la défense du bien commun et constituent ainsi un lieu de contre-pouvoir, capable d'exercer des pressions politiques sur des instances délibératives et décisionnelles. On va donc exclure des groupements du secteur privé¹⁸²⁷, des réseaux de lobbying et d'influence destinés à la défense des intérêts particuliers¹⁸²⁸, pour se concentrer uniquement sur « association[s] spontanée[s] des citoyens pour la défense d'intérêts collectifs »¹⁸²⁹, qui sont à la recherche d'un espace politique autonome, en dehors du système politique actuel de représentation et mettant en cause l'ordre juridique constitué par ce dernier¹⁸³⁰.

Dans cette perspective, La capacité représentative de ces groupements de la société civile, qui s'affirme de plus en plus au niveau mondial, mérite d'être évoquée (Paragraphe 1). Cependant, la reconnaissance de cette capacité représentative de la société civile n'est pas inconditionnelle. Celle-ci s'apprécie par rapport un certain de nombre de critères que ces organisations non étatiques doivent remplir (Paragraphe 2).

Voir également FRYDMAN (B.), « Vers un statut de la société civile dans l'ordre international », *Droits fondamentaux*, n°1, juillet-décembre 2001, p. 154 et 155. Frydman conçoit ces organisations de la société civile fondées sur le model libéral ainsi : « Appuyées sur les libertés d'expression, d'association et de réunion, ces organisations recourent aux médias, notamment à la télévision et à Internet, pour informer et tenter de mobiliser, par delà les frontières, l'opinion publique au service des causes qu'elles défendent. Elles participent ainsi à la constitution d'un espace public global ».

On doit cependant noter que selon un autre point de vue, une ONG ne peut pas être totalement assimilée à la société civile. Selon ce point de vue, définie comme une « associations citoyenne de solidarité », une ONG se singularise par « sa 'distance' avec chacun des trois pôles stylisant le système social : la puissance publique, la sphère économique, la société civile. Face à la représentation naïve de l'appartenance des ONG à la société civile, nous partons de l'hypothèse qu'une ONG se positionne comme un point dans cet espace tridimensionnel, plus ou moins proche de chaque pôle, selon les relations réelles qu'elle entretient avec lui ». Voir FREYSS (J.), « La solidarité internationale, une profession ? Ambivalence et ambiguïtés de la professionnalisation », in *Revue Tiers-Monde*, 2004, n°180. pp. 735-772, p. 738.

¹⁸²⁷ Il est aujourd'hui communément accepté qu'en raison de la mondialisation économique, il existe un certain glissement du pouvoir détenu par les autorités publiques vers des opérateurs économiquement dominants. Considérés comme acteurs de la gouvernance globale, ils participent activement à la régulation juridique, économique et politique de la société universelle. Voir en ce sens MEHDI (R.), « Mutations de la société internationale et adaptations institutionnelles : le grand défi », in *Une société internationale en mutation : quels acteurs pour une gouvernance ?*, L. Boisson de Chazournes et R. Mehdi (sous dir.), 2005, Bruylant, p. 14 ; Cependant, représentants des intérêts privés, ces acteurs sont dépourvus d'une capacité représentative d'intérêts publics.

¹⁸²⁸ ARNAUD (A.-J.), *Critique de la raison juridique...*, op. cit., p. 285.

¹⁸²⁹ DUPUY (P.-M.), « Le concept de société civile internationale, identification et genèse », in *L'émergence de la société civile internationale. Vers la privatisation du droit international ?*, H. Gherari et S. Szurek (sous dir.), Pedone, 2003, p. 10.

¹⁸³⁰ ARNAUD (A.-J.), *Critique de la raison juridique...*, op. cit., p. 279.

Paragraphe 1. Une capacité représentative croissante de la société civile à l'ère de la mondialisation

La « déterritorialisation des problèmes »¹⁸³¹ et des relations économiques, politiques et sociales est une caractéristique de la mondialisation. De ce fait, il existe incontestablement un besoin de gouvernance mondiale. La gouvernance est considérée comme une réponse à la question de savoir « comment gouverner sans gouvernement »¹⁸³². En ce sens, elle est envisagée comme un processus de transactions entre des acteurs de nature et de niveau différents¹⁸³³, y compris les organisations de la société civile. De ce point de vue, on peut affirmer qu'il existe un lien direct entre l'expansion de la société civile et le besoin de la gouvernance mondiale résultant du phénomène de mondialisation. Il est vrai que le rôle de la société civile s'est renforcé « concomitamment avec l'apparition d'une forme de gouvernance à plusieurs niveaux, plus diffuse, dans un monde de plus en plus intégré »¹⁸³⁴ (A).

Dans ce processus de mondialisation et de gouvernance mondiale où tout se déterritorialise, les ONG jouent un rôle très important¹⁸³⁵. Il est vrai que ces organisations ont une « capacité de déterritorialisation » considérable¹⁸³⁶. Leurs activités qui s'inscrivent souvent dans un mouvement global, détaché de la notion de territoire et de frontière, répondent à un besoin de réflexion globale face aux causes et problèmes transfrontaliers. En conséquence, comme un mouvement dynamique, souple, elles peuvent rapidement s'adapter et répondre à ce processus de déterritorialisation de la gouvernance (B).

¹⁸³¹ Voir EPINEY (A.), « Européanisation et mondialisation du droit : convergences et divergences », in *Le droit saisi par la mondialisation*, C.-A. Morand (sous dir.), Bruylant, 2001 p. 149.

¹⁸³² Selon U. Beck, c'est une conséquence du passage de la Première Modernité (modèle national/communautariste) à la Deuxième Modernité qui suppose « l'apparition des régimes internationaux » de « gouvernance without government ». Voir BECK (U.), *Pouvoir et contre-pouvoir à l'ère de la mondialisation*, Flammarion, 2003, p. 432.

¹⁸³³ La gouvernance mondiale est définie comme « les processus par lesquels les sociétés politique, économique et civile négocient les modalités et les formes d'arrangements sociaux planétaires sur la base du principe de la coopération conflictuelle ». Voir LAMY (P.), LAÏDI (Z.), « La gouvernance, ou comment donner un sens à la mondialisation », in *Gouvernance mondiale*, P. Jacquet, J. Pisani-Ferry, L. Tubiana *et al.*, La documentation française, 2002, p. 203-204.

¹⁸³⁴ SCHOLTE (J.-A.), « Société civile et gouvernance mondiale », in *Gouvernance mondiale*, P. Jacquet, J. Pisani-Ferry, L. Tubiana *et al.*, La documentation française, 2002, p. 217-218.

¹⁸³⁵ LAMY (P.), LAÏDI (Z.), « La gouvernance, ou comment donner un sens à la mondialisation », *op. cit.*, p. 203-204.

¹⁸³⁶ POMADE (A.), *La société civile et le droit de l'environnement : contribution à la réflexion sur les théories des sources du droit et de la validité*, LGDJ, 2010, p. 71.

A. Le rôle de la société civile dans l'espace public mondial émergent

Couvrant des rapports sociaux qui échappent aux systèmes classiques – administratif et économique – de régulation, la société civile constitue un espace autonome et distinct par rapport à ceux-ci (1). Considérées aujourd'hui comme de « vrais acteurs de la diplomatie moderne »¹⁸³⁷, les ONG forment désormais des réseaux transnationaux, contribuant ainsi à l'émergence d'un espace public mondial (2).

1. Un espace public autonome émergeant dans le mouvement de la société civile

Hegel est sans conteste celui qui a le premier élaboré le concept moderne de société civile. Cette conception marque la rupture entre l'État et la société civile dans la mesure où cette dernière englobe spécifiquement les relations économiques de la société privée. Cette séparation est une construction spécifique au capitalisme tel qu'il s'est développé en Europe occidentale dans des systèmes libéraux. Dans cette conception, la société civile est « émancipée par rapport à l'État » mais demeure encore « dans la dépendance de ce dernier », dans la mesure où elle « n'existe que par rapport à lui »¹⁸³⁸. Se distinguant de cette conception de la société civile conçue par son opposition à la société politique organisée par l'État, Habermas élabore une définition de la société civile « recentrée » sur elle-même¹⁸³⁹. Ainsi, sans abandonner toute comparaison avec l'État, il propose de présenter la société civile pour « ce qu'elle est » et non en rapport avec « ce dont elle se distingue »¹⁸⁴⁰(a). Cependant, cette conception de la société civile qui s'affirme comme un lieu de communications formant un espace public autonome suscite également des questions sur le rapport qu'elle aura avec le pouvoir politique (b).

¹⁸³⁷ RYFMAN Philippe, *Les ONG*, Découvert, 2009 (première éd. en 2004), p. 104. L'auteur fait allusion au constat d'un haut fonctionnaire du ministère français des Affaires étrangères.

¹⁸³⁸ ARNAUD (A.-J.), *Critique de la raison juridique...*, op. cit., p. 276. Dans le même sens, voir KERVÉGAN (J.-F.), « Commentaire à l'œuvre de Hegel », in *Principes de la philosophie du droit*, G. W. F. Hegel, Presses universitaires, 2003, p. 59. L'auteur affirme effectivement que Hegel conçoit une société civile à la fois « distincte de l'État mais subordonnée à lui ». Voir également DUPUY (P.-M.), « L'unité de l'ordre juridique international... », op. cit., p. 419.

¹⁸³⁹ POMADE (A.), *La société civile et le droit de l'environnement...*, op. cit., p. 8.

¹⁸⁴⁰ *Ibid.*

a. *La restitution de la fonction de la société civile*

Dans sa vision globale de la société contemporaine, Habermas distingue deux sous-systèmes qui prennent traditionnellement en charge la régulation de la société : le système administratif et le système économique. Contrairement à Hegel qui identifiait la société civile par rapport à ce qui relève des rapports privés ou, d'une manière générale, ce qui ne relève pas du système administratif, Habermas voit la société civile comme une sphère publique politisée englobant des formes de communications – *le monde vécu* – qui échappent à la régulation de ces deux systèmes¹⁸⁴¹. Ainsi, il conçoit la société civile comme un lieu où les citoyens pourront s'émanciper de ces deux systèmes qui, selon lui, réduisent chacun d'entre nous soit au consommateur ou à l'agent économique soit à l'usager des services publics ou au fonctionnaire, en « délest[ant] ceux qui s'y engagent de la préoccupation d'autrui et du bien commun et leur imposent au contraire d'adopter une attitude stratégique, orientée vers le succès » et la satisfaction des intérêts individuels¹⁸⁴². S'opposant donc à cette soumission des citoyens à l'individualisation, Habermas, « partisan d'une 'démocratie radicale' », est convaincu qu'ils « ne pourront reconquérir leur autonomie qu'à la condition de reconstruire un espace public digne de ce nom et de le mobiliser dans la discussion des grandes questions de société »¹⁸⁴³. En ce sens, Habermas porte un intérêt particulier « au développement et à la vigueur du tissu associatif, aux nouvelles formes de contestation politique (contestation du nucléaire et de l'armement, combats pour la protection de l'environnement) et de solidarité (assistance médicale, alimentaire, humanitaire...) »¹⁸⁴⁴.

Dans cette conception de la société civile, celle-ci est envisagée comme un lieu ou un moyen de communication et de discussion, c'est-à-dire *l'espace public*, où se forme l'opinion publique par l'usage public de la raison¹⁸⁴⁵. Selon Habermas, cet espace public ne doit pas

¹⁸⁴¹ Chez Habermas, la société civile est appréhendée de la façon suivante : « [...] son cœur institutionnel est désormais formé par ces groupements et ces associations non étatiques et non économiques à base bénévole qui rattachent les structures communicationnelles de l'espace public à la composante 'société' du monde vécu. La société civile se compose de ces associations, organisations et mouvements qui à la fois accueillent, condensent et répercutent en les amplifiant dans l'espace public politique, la résonance que les problèmes sociaux trouvent dans les sphères de la vie privée. Le cœur de la société civile est donc constitué par un tissu associatif qui institutionnalise dans le cadre d'espaces publics organisés les discussions qui se proposent de résoudre les problèmes surgis concernant les sujets d'intérêt général ». Voir HABERMAS (J.), *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, Paris, Gallimard, 1997, p. 394. Voir également FRYDMAN (B.), « Habermas et la société civile contemporaine », in *La société civile et ses droits*, B. Frydman (sous dir.), Bruylant, 2004, p. 136-137.

¹⁸⁴² *Ibid.*

¹⁸⁴³ *Ibid.*

¹⁸⁴⁴ *Ibid.*

¹⁸⁴⁵ *Idem*, p. 125. Sur ce rattachement de l'espace public à la formation de l'opinion et de la volonté, voir MELKEVIK (B.), « Habermas et la conception démocratique du droit », article accessible en ligne : <http://www.reds.msh-paris.fr/communication/docs/mel5.pdf>, p. 3.

être conçu comme une structure organique ou institutionnelle. Il s'agirait d'un espace autonome rassemblant « des groupements désintéressés et non étatiques, proches des problèmes de la société et de ses préoccupations d'intérêt général »¹⁸⁴⁶. Ces groupements constituent ainsi « un réseau permettant de communiquer des contenus et des prises de position, et donc des opinions »¹⁸⁴⁷ qui se forment dans « des processus plus ou moins spontanés »¹⁸⁴⁸.

Habermas voit cette émergence d'un espace public autonome comme un signe de la configuration post-souverainiste de la société. Selon lui, se dessine à l'échelle mondiale un espace public qu'il conçoit comme un « ordre cosmopolitique », fondé sur le droit cosmopolitique, c'est-à-dire le droit des citoyens du monde. Au cœur de cette pensée post-étatique, Habermas replace « la société civile transnationale » qui se développe « à la faveur des développements des communications, des solidarités et des mouvements politiques au-delà des frontières étatiques »¹⁸⁴⁹. Remettant ainsi en cause l'organisation politique état-centrique de la société internationale, ce modèle de gouvernance au-delà des États nations s'inscrit dans une perspective d'une « démocratie cosmopolitique »¹⁸⁵⁰ qui permet « l'accès des citoyens (la représentation et la voix) aux affaires internationales de façon parallèle et indépendante par rapport à leur propre gouvernement »¹⁸⁵¹. Cette participation transnationale des citoyens serait assurée en grande partie à travers les acteurs non étatiques qui, en situation de communication et d'interaction permanentes, contrôleront les activités des États et participeront aux mécanismes de prise de décision¹⁸⁵².

Le rôle des ONG s'affirme également du point de vue de leur représentativité. Prévoyant l'établissement « d'une éventuelle démocratie post-étatique », Habermas attribue aux groupements de la société civile une capacité de représentation des citoyens qui participeront à travers ces organisations à l'exercice du « pouvoir politique supranational »¹⁸⁵³. En ce sens,

¹⁸⁴⁶ POMADE (A.), *La société civile et le droit de l'environnement...*, op. cit., p. 8.

¹⁸⁴⁷ HABERMAS (J.), *Droit et démocratie...*, op. cit., p. 387.

¹⁸⁴⁸ *Idem.*, p. 386.

¹⁸⁴⁹ WEERTS (L.), « Quatre modèles théoriques pour penser la société civile dans l'ordre juridique international », in *Société civile et démocratisation des organisations internationales*, N. Angelet et al., Academia Press, 2005, pp. 107-162, accessible en ligne : http://www.ulb.ac.be/droit/cdi/fichiers/modeles_theoriques.pdf, p. 34-35.

¹⁸⁵⁰ Voir ARCHIBUGI (D.), *La démocratie cosmopolitique : sur la voie d'une démocratie mondiale*, les Éditions du Cerf, 2009, 81 p.

¹⁸⁵¹ WEERTS (L.), « Quatre modèles théoriques pour penser la société civile... », op. cit., p. 38.

¹⁸⁵² Sur le rôle des ONG dans cet espace public émergé à l'échelle globale voir également MELKEVIK (B.), « Le droit cosmopolitique : la reformulation habermasienne », 1998, article non paginé, accessible en ligne : <http://www.reds.msh-paris.fr/communication/textes/mel2.htm>.

¹⁸⁵³ FRYDMAN (B.), « Vers un statut de la société civile dans l'ordre international », op. cit., p. 155 et 156.

il imagine un parlement mondial, conçu sur le modèle délibératif¹⁸⁵⁴. Ce parlement mondial garantira une véritable représentation des peuples qui « ne seraient plus représentés par leur gouvernement, mais en tant que totalité des citoyens du monde ». Ainsi, « [l]es pays qui refuseraient de faire élire leurs députés selon les procédures démocratiques (dans le cadre d'élections où l'on tiendrait compte des minorités nationales) pourraient être représentés par des organisations non étatiques que le Parlement mondial nommerait lui-même pour représenter les populations opprimées »¹⁸⁵⁵.

On voit que dans cet espace public mondial conçu de cette manière, les organisations non étatiques se voient attribuées une fonction de représentation. Celle-ci risque d'être replacée dans une position de concurrence par rapport à celle des États. À cet égard, il sera particulièrement important de situer le rôle de la société civile par rapport aux lieux d'exercice du pouvoir politique, notamment par rapport à l'État.

b. Le rapport de la société civile avec le pouvoir politique

Dans son sens établi notamment dans les sociétés libérales, la société civile se définit comme le « contre-pouvoir »¹⁸⁵⁶, ayant la « vocation à être une opposante de l'État »¹⁸⁵⁷. Mais cette opposition ne signifie pas que la société civile a pour vocation à se substituer à l'État ou à le « court-circuiter »¹⁸⁵⁸. Face à l'État qui reste « sans doute incontournable », la société civile, en tant que représentant des libertés individuelles et des intérêts collectifs, doit « le surveiller, le conditionner et, parfois, le contraindre »¹⁸⁵⁹.

¹⁸⁵⁴ Contrairement à l'Assemblée générale des Nations Unies composée de représentants des gouvernements nationaux, ce parlement, conçu sur le modèle délibératif, serait composé des représentants des citoyens du monde. Voir WEERTS (L.), « Quatre modèles théoriques pour penser la société civile... », op. cit., p. 36.

¹⁸⁵⁵ HABERMAS (J.), *La paix perpétuelle...*, op. cit., p. 77.

¹⁸⁵⁶ DUPUY (P.-M.), « L'unité de l'ordre juridique international... », op. cit., p. 420.

¹⁸⁵⁷ ARNAUD (A.-J.), *Critique de la raison juridique...*, op. cit., p. 275.

Ce rôle de contre-pouvoir de la société civile est souligné non seulement face à l'État mais également au capital. En ce sens voir BECK (U.), *Pouvoir et contre-pouvoir à l'ère de la mondialisation*, op. cit., p. 33 et s.

¹⁸⁵⁸ ARNAUD (A.-J.), *Critique de la raison juridique...*, op. cit., p. 281. Dans le même sens SZUREK (S.), « La société civile internationale et l'élaboration du droit international », in *L'émergence de la société civile internationale. Vers la privatisation du droit international ?*, H. Gherari et S. Szurek (sous dir.), Pedone, 2003, p. 73. L'auteur affirme en effet que « les ONG ne demandent pas moins d'État, mais *un autre État*, susceptible d'agir dans les domaines d'intérêt commun, dans l'intérêt général ».

¹⁸⁵⁹ DUPUY (P.-M.), « L'unité de l'ordre juridique international... », op. cit., p. 420. Habermas apprécie également ce « potentiel politique de résistance et d'action de la société civile, face aux puissantes machines de l'État et de l'économie de marché. Dans sa philosophie du droit, il replace cette société civile au cœur du système politique démocratique et lui confère un rôle déterminant dans l'établissement, la mise en œuvre et le contrôle d'un ordre juridique légitime ». Voir FRYDMAN (B.), « Habermas et la société civile contemporaine », op. cit., p. 136.

Selon J. Freyss, la société civile est « la forme politique de l'apolitisme ». L'apolitisme doit être entendu ici comme la non revendication du pouvoir politique dans le sens qu'exerce l'État. En ce sens, « la société civile n'entend pas *gouverner* au sens propre et strict, qui est l'affaire des gouvernants ». En usant de sa capacité d'influence sur les instances délibératives et décisionnelles¹⁸⁶⁰, elle vise tout simplement à contribuer à un remodelage et à l'exercice du pouvoir politique et « propos[e] l'établissement d'un nouveau contrat social »¹⁸⁶¹ adapté aux nouveaux besoins des sociétés. Dans cette perspective, elle recourt à des instruments démocratiques participatifs sans remettre en cause le modèle représentatif qui fonde la légitimité de l'État. En effet, le modèle de la démocratie qu'elle propose, la démocratie participative, n'a pas pour objectif de remplacer la démocratie représentative, le modèle mis en œuvre dans les régimes libéraux, mais de la compléter¹⁸⁶².

Partant, on peut certes affirmer qu'en se proposant comme le « seul espace politique »¹⁸⁶³ alternatif à celui contrôlé par l'État¹⁸⁶⁴, la société civile s'oppose à la centralisation du pouvoir politique par celui-ci¹⁸⁶⁵. Mais, en le faisant, elle n'a aucunement pour objectif de s'y substituer ou de l'anéantir. Comme A.-J. Arnaud l'affirme, la fonction de la société civile est qu'elle constitue un « espace autonome [...] conçu comme une zone intermédiaire s'interposant entre les sphères publique et privé, trouvant sa justification en lui-même, c'est-à-dire dans la spécificité des fonctions qu'il remplit – gestion des intérêts collectifs, prise en charge du secteur non lucratif [...] – et qui ne sont réductibles ni aux fonctions remplies par l'État, ni aux fonctions remplies par l'entreprise privée »¹⁸⁶⁶. Ainsi, comme « une structure intermédiaire »¹⁸⁶⁷ entre les citoyens et le pouvoir politique, la société civile est dotée d'« une

¹⁸⁶⁰ HABERMAS (J.), *Droit et démocratie...*, op. cit., p. 400.

¹⁸⁶¹ ARNAUD (A.-J.), *Critique de la raison juridique...*, op. cit., p. 282.

¹⁸⁶² Voir DASTOLI (V.), « Les limites de la société civile », *Associations Transnationales*, 2002/1, p. 33. Selon l'auteur, ce qu'il faut faire c'est de « trouver des formes de coopération entre la démocratie participative et la démocratie représentative qui permettent de prendre en compte la richesse et la diversité de la société », composée non seulement du « pouvoir économique » et du « pouvoir public » mais aussi de la société civile.

Dans le même sens U. Beck affirme que, contrairement au projet d'*État néolibéral* où le rôle de la société civile se résume dans sa fonction de source de légitimité, « [l']objectif de la société civile mondiale et de ses acteurs est de fonder et de développer une liaison entre la société civile et l'État » en vue d'arriver à une « *forme cosmopolitique d'étatité* ». Voir BECK (U.), *Pouvoir et contre-pouvoir à l'ère de la mondialisation*, op. cit., p. 55.

¹⁸⁶³ FREYSS (J.), « La solidarité internationale, une profession? », *Revue Tiers Monde*, n°180, octobre-décembre 2004, p. 752-753.

¹⁸⁶⁴ OST (F.), « Mondialisation, globalisation, universalisation... », op. cit., p. 29.

¹⁸⁶⁵ FRYDMAN (B.), « Vers un statut de la société civile dans l'ordre international », op. cit., p. 151.

¹⁸⁶⁶ ARNAUD (A.-J.), *Critique de la raison juridique...*, op. cit., p. 277.

¹⁸⁶⁷ WEERTS (L.), « Quatre modèles théoriques pour penser la société civile... », op. cit., p. 31. Dans le même sens, voir IOVANE (M.), « La participation de la société civile à l'élaboration et à l'application du droit international de l'environnement », *RGDIP*, 2008, p. 475.

fonction essentielle d'intégration sociale »¹⁸⁶⁸ qui permet, en rapport avec les systèmes administratif et économique, l'émergence d'un « espace public organisé »¹⁸⁶⁹.

2. Un réseau transnational d'ONG contribuant à l'émergence d'un espace public organisé

A. Mahiou attire l'attention sur la mutation qu'ont eu les mouvements de la société civile « pour passer des associations classiques de défense d'intérêts professionnels et scientifiques aux associations militantes dont les projets sont plus globaux et souvent motivés par des engagements politiques »¹⁸⁷⁰. Ces organisations militantes se regroupent notamment dans des domaines comme le droit humanitaire, les droits de l'homme, l'environnement qui relèvent des défis globalisés¹⁸⁷¹. On doit également ajouter à ceux-ci le domaine économique dans lequel, face à une mondialisation libérale et sauvage, elles s'organisent autour des idées altermondialistes¹⁸⁷².

Face à ces défis du monde globalisé, la réaction des ONG n'est pas le repli mais, au contraire, la « mondialisation de la réponse »¹⁸⁷³. En effet, conscients du fait que la promotion et la défense des droits de l'homme, le respect du droit humanitaire ou la protection de l'environnement nécessitent des mobilisations à l'échelle mondiale, les mouvements pour la défense des « causes cosmopolites » se sont universalisés¹⁸⁷⁴. À cet égard, on peut notamment évoquer des ONG comme Amnesty international, Médecins sans frontières, Greenpeace. Considérées formant des « réseaux transnationaux de militance »¹⁸⁷⁵, ces organisations de la société civile s'estiment aujourd'hui « le porte-parole de l'opinion publique mondiale ou, à

¹⁸⁶⁸ FRYDMAN (B.), « Habermas et la société civile contemporaine », op. cit., p. 139.

¹⁸⁶⁹ HABERMAS (J.), *Droit et démocratie...*, op. cit., p. 401.

¹⁸⁷⁰ MAHIOU (A.), « Le droit international ou la dialectique de la rigueur et de la flexibilité », op. cit., p. 245.

¹⁸⁷¹ *Idem.*, p. 246.

¹⁸⁷² À cet égard, il suffit d'évoquer notamment l'impact du mouvement social qu'elles ont créé à Seattle en novembre 2009. Voir RYFMAN (P.), *Les ONG*, op. cit., p. 94. D'une manière générale voir également COHEN (S.), « ONG, altermondialistes et société civile internationale », *RFSP*, 2004, pp. 379-397.

¹⁸⁷³ RYFMAN (P.), *Les ONG*, op. cit. p. 103-104.

¹⁸⁷⁴ P.-M. Dupuy affirme en effet que, dans ces domaines où « l'interne et l'international sont désormais confondus », « la société civile n'est plus seulement nationale, elle est universelle parce que les problèmes affrontés débordent par nature les frontières ». Voir DUPUY (P.-M.), « L'unité de l'ordre juridique international... », op. cit., p. 420 et 422.

Une autre raison qui pousse les ONG vers des activités transnationales est qu'une transnationalisation de l'action donne accès à des ressources supplémentaires et permet à une meilleure visibilité. Voir POULIGNY (B.), « Acteurs en enjeux d'un processus équivoque... », op. cit., p. 170.

¹⁸⁷⁵ FERRY (J.-M.), *Europe la voie kantienne. Essai sur l'identité postnationale*, op. cit., p. 185.

tout le moins, de la partie la plus mobilisée pour la défense d'intérêts communs à l'humanité »¹⁸⁷⁶.

Selon Habermas, le rôle de ces organisations non étatiques est important non seulement du point de vue de leur capacité d'influence sur les instances délibératives et décisionnelles, mais aussi en tant qu'acteurs de « la création et [de] la mobilisation d'espaces publics supranationaux »¹⁸⁷⁷. Selon lui, c'est ainsi que se dessine un « réseau transnational » de la société civile qui « regroupe les acteurs pertinents travaillant au niveau international sur un problème particulier, mus par un discours et des valeurs communes et unis par un échange soutenu d'informations et de services »¹⁸⁷⁸. On assiste ainsi à l'émergence d'un « espace public transnational de discussion »¹⁸⁷⁹ et de solidarité¹⁸⁸⁰ de plus en plus envahissant et influent.

Il est vrai que, surtout depuis le dernier quart du XX^e siècle, de nombreux exemples de mouvements de sensibilisation et de mobilisation sans frontière qu'elles ont déclenchés ont montré que ces organisations transnationales ont des impacts considérables dans les mécanismes délibératifs et décisionnels de la gouvernance mondiale. À cet égard, il suffit de penser aux campagnes contre les mines anti-personnelles, le travail des enfants, le racisme ou des campagnes en faveur de la juridiction pénale internationale, du statut des femmes ou encore des campagnes de sensibilisation pour le SIDA, le changement climatique, la protection des populations autochtones. On peut ainsi constater qu'à la poursuite des objectifs communs, ayant une dimension transnationale, la contribution des ONG est cruciale. C'est d'ailleurs en ce sens que le Secrétaire général des Nations Unies, Kofi Annan, a souligné,

¹⁸⁷⁶ MAHIOU (A.), « Le droit international ou la dialectique de la rigueur et de la flexibilité », op. cit., p. 247.

¹⁸⁷⁷ HABERMAS (J.), *La paix perpétuelle...*, op. cit., p. 44-45.

¹⁸⁷⁸ WEERTS (L.), « Quatre modèles théoriques pour penser la société civile... », op. cit., p. 39.

¹⁸⁷⁹ OST (F.), KERCHOVE (van de) (M.), *De la pyramide au réseau ?...*, op. cit., p. 178.

¹⁸⁸⁰ Sur ce point, on va se référer notamment à SCHOLTE (J.-A.), « Société civile et gouvernance mondiale », op. cit. Pour citer un passage démonstratif de l'opinion de l'auteur à propos de l'émergence d'un espace transnational de solidarité et la contribution de la société civile :

« ...nombre d'organisations transfrontalières de la société civile ont mis en place des réseaux d'assistance mutuelle entre des populations autrefois éloignées et qui partagent des expériences et des valeurs communes, liées par exemple à un handicap, à une idéologie ou à une profession. En outre, certains programmes lancés par des associations de la société civile ont suscité une meilleure compréhension réciproque entre des cultures extrêmement différentes au moyen, par exemple, d'un dialogue inter religieux, d'initiatives de paix et d'efforts visant à protéger des populations menacées. Dans le même temps, certains acteurs de la société civile tels que les organisations d'aide humanitaire et les groupes en faveur de la coopération en matière de développement ont contribué à faire naître une politique sociale internationale garantissant une aide sociale transfrontalière pour les enfants, les populations âgées, handicapées, invalides et pauvres ainsi que pour les chômeurs. La lutte que la société civile a menée pour un accès plus équitable aux potentialités de la mondialisation et une répartition plus juste de ses fruits – notamment entre groupes d'âge, classes sociales, pays, races et sexes – avait également pour but de consolider les liens sociaux » (p. 226).

dans son rapport du Millénaire, l'importance des coalitions des acteurs différents, comme les institutions internationales, les ONG, les sociétés transnationales, qui forment désormais « des réseaux de politique mondiale »¹⁸⁸¹.

Cependant, comme il a été souligné par F. Ost et M. van de Kerchove, il faut noter que ce succès mondial des ONG ne relève pas du hasard. Pour expliquer leur montée en puissance sur la scène mondiale, plusieurs facteurs peuvent être cités : « une grande capacité de mobilisation de moyens humains et financiers, une excellente connaissance des terrains d'action, la flexibilité et rapidité de leurs interventions sont autant de raisons de succès »¹⁸⁸². On doit également évoquer le développement des nouvelles technologies de communication qui a certainement contribué à l'expansion des activités de la société civile sur le plan mondial. Facilitant et démocratisant la communication, notamment à travers Internet, les progrès techniques ont, en effet, permis à des personnes partageant les mêmes visions et préoccupations de se mobiliser ensemble sans que les frontières et les distances ne constituent un obstacle¹⁸⁸³. Grâce aux nouvelles technologies de communication dont les groupes de la société civile se servent abondamment, le monde « se synchronise » au temps réel : l'image d'un enfant qui vient de perdre sa jambe sur une mine suscite une émotion sans frontière ou des crimes contre l'humanité indignent le monde entier¹⁸⁸⁴. Ainsi les gens sympathisent avec les organisations de la société civile, qui militent pour éveiller une conscience mondiale, et se canalisent de plus en plus vers elles¹⁸⁸⁵.

Ainsi, on doit désormais reconnaître que l'existence d'un réseau transnational de la société civile, qui revendique une capacité représentative d'« intérêts transnationaux », relève d'une

¹⁸⁸¹ Le Rapport du Millénaire du Secrétaire général des Nations Unies, *Nous, les peuples : le rôle des Nations Unies au XXI^e siècle*, p. 57, par. 336.

Ici, il a lieu d'ouvrir une parenthèse à l'exemple de *l'Union mondiale pour la Nature (UICN)* qui est particulièrement intéressant du point de vue de la coalition des acteurs étatiques et non étatiques. Du point de vue de son statut juridique, il s'agit, certes, d'une ONG mais la présence des membres étatiques lui donne un caractère *sui generis*. Ainsi, cette organisation de nature semi-gouvernementale qui réunit en son sein des acteurs étatiques et non étatiques, va au-delà d'une simple coopération irrégulière que pratiquent actuellement la plupart d'organisations internationales. On peut considérer que cette organisation, dont tous les membres, y compris les ONG, ont le droit de vote, peut constituer l'exemple d'un nouveau modèle d'institutionnalisation. Sur les caractéristiques et les particularités de cette organisation voir OLIVIER (J.), *L'Union mondiale pour la nature (UICN) : une organisation singulière au service du droit de l'environnement*, Bruylant, 2005, 372 p.

¹⁸⁸² OST (F.), KERCHOVE (van de) (M.), *De la pyramide au réseau ?...*, op. cit., p. 176.

¹⁸⁸³ SCHOLTE (J.-A.), « Société civile et gouvernance mondiale », op. cit., p. 219.

¹⁸⁸⁴ LAURENT (P.), « L'émergence d'une société civile internationale », *Associations Transnationales*, 2002, p.

14.

¹⁸⁸⁵ SCHOLTE (J.-A.), « Société civile et gouvernance mondiale », op. cit., p. 218

« réalité sociale » irrécusable¹⁸⁸⁶. C'est d'ailleurs pour la même raison qu'aujourd'hui les instances étatiques et interétatiques de délibération et de décision leur ouvrent, de plus en plus, leur porte dans l'objectif de démocratisation et de légitimation de leurs politiques.

B. Une dynamique « désétatisée » qui répond au processus de déterritorialisation

Le processus de mondialisation entraîne une diminution considérable du pouvoir effectif des autorités politiques nationales. Le cadre national ne paraît plus adapté à l'échelle à laquelle se posent la plupart des enjeux contemporains¹⁸⁸⁷. Mis en doute par les phénomènes transfrontaliers qui lui échappent bien souvent, l'État se trouve actuellement face une crise de représentation et de légitimité. À travers l'État, tout système institutionnel international souffre de cette crise. De ce point de vue, la contribution de la société civile peut être doublement importante. En tant que « sujet de l'opinion publique »¹⁸⁸⁸, elle se charge d'une fonction de représentation des intérêts et des opinions que « les États et les organisations internationales ignorent ou sous-estiment »¹⁸⁸⁹ (1). Ensuite, s'appuyant sur la reconnaissance de cette capacité de représentation qui leur permet de participer aux processus délibératifs et décisionnels, les organisations de la société civile contribuent à la légitimation des mécanismes institutionnels de gouvernance mondiale (2).

1. Le processus de la mondialisation et la crise de représentation

L'impuissance de la régulation étatique traditionnelle face aux « phénomènes transnationaux que sont le transport aérien, les télécommunications, la production transfrontalière, la finance électronique, les marchés mondiaux et la dégradation écologique »¹⁸⁹⁰ est un constat qui ne relève quasiment plus de contestation. Ainsi, un besoin de régulation et de gouvernance s'est manifesté à l'échelle mondiale. La mise en place des mécanismes de gouvernance, tant au niveau international que régional, s'effectue généralement à travers les organisations intergouvernementales, où siègent exclusivement des représentants des États. Mais ce fait est

¹⁸⁸⁶ DUPUY (P.-M.), « L'unité de l'ordre juridique international... », op. cit., p. 420 et 426. J. Chevallier les qualifie également comme des « porte-parole représentatifs des divers intérêts sociaux ». Voir CHEVALLIER (J.), « Vers un droit postmoderne ? », in *Les transformations de la régulation juridique*, J. Clam et G. Martin (sous dir.), LGDJ, 1998, p. 34.

¹⁸⁸⁷ OST (F.), KERCHOVE (van de) (M.), *De la pyramide au réseau ?...*, op. cit., p. 178.

¹⁸⁸⁸ FRYDMAN (B.), « Habermas et la société civile contemporaine », op. cit., p. 125.

¹⁸⁸⁹ MAHIOU (A.), « Le droit international ou la dialectique de la rigueur et de la flexibilité », op. cit., p. 247.

¹⁸⁹⁰ SCHOLTE (J.-A.), « Société civile et gouvernance mondiale », op. cit., p. 218.

doublement contesté, d'abord en raison d'une légitimité des dirigeants politiques de plus en plus fragilisée et mise en doute (a) et, ensuite par le constat selon lequel une représentation étatique fondée sur l'identité nationale ne serait plus en mesure de revendiquer une représentation globale de ses citoyens qui s'identifient désormais à la fois par plusieurs identités collectives (b).

a. Le déficit de légitimité politique

Il est vrai que l'État subit actuellement une « crise de représentation »¹⁸⁹¹. Ce constat s'affirme notamment par le fait que les citoyens sont de plus en plus désintéressés des élections et de la vie politique exercée au sein des institutions et partis politiques¹⁸⁹². De nombreux citoyens sont aujourd'hui convaincus que l'orientation des décisions politiques, notamment en matière économique, n'est plus décidée à l'échelle nationale et que le véritable pouvoir ne s'exerce plus au sein de leur gouvernement. À travers les États, les institutions internationales se voient également fragilisées par cette crise de représentation à laquelle doivent faire face aujourd'hui la plupart des institutions politiques. Le *Livre blanc sur la gouvernance européenne* affirme en effet que « les citoyens ont de moins en moins confiance dans les institutions et la politique, ou tout simplement s'en désintéressent »¹⁸⁹³. Ce constat reflète aujourd'hui un problème général qu'occupe toutes les institutions où s'exerce le pouvoir politique. Étant jugée trop éloignée des citoyens¹⁸⁹⁴, même une organisation supranationale comme l'Union européenne, qui assure la représentation directe des citoyens à travers le Parlement européen, n'échappe pas à ce souci. Il est certain que ce problème est d'autant plus présent dans d'autres institutions internationales où se décident actuellement les sujets de gouvernance globale, mais qui souffrent d'une crise de représentation et de démocratie.

Afin de combler ce déficit de représentation et de démocratie, la mise en place des mécanismes de gouvernance globale et régionale, permettant le déroulement d'une procédure délibérative et décisionnelle plus démocratique et participative avec la présence des acteurs de la société civile, est d'une importance cruciale. En effet, dans le *Rapport du Millénaire du Secrétaire*

¹⁸⁹¹ OST (F.), KERCHOVE (van de) (M.), *De la pyramide au réseau ?...*, op. cit., p. 177.

¹⁸⁹² DASTOLI (V.), « Les limites de la société civile », op. cit., p. 33-34.

¹⁸⁹³ Voir *Le Livre blanc sur la gouvernance européenne*, Commission des Communautés européennes, 25 juillet 2001, COM(2001) 428 final, p. 3.

¹⁸⁹⁴ *Ibid.*

général des Nations Unies, il a été clairement affirmé que « [l]a gouvernance au niveau international suppose une démocratisation des structures de décision par lesquelles elle s'exerce »¹⁸⁹⁵. À cet égard, en ce qui concerne la démocratisation du système onusien, on peut évoquer notamment le Rapport de la *Commission sur la gouvernance globale* qui a proposé des réformes facilitant la participation de la société civile mondiale¹⁸⁹⁶. Dans le même sens, la Commission des Communautés européennes a publié le *Livre blanc*, qui souligne, pour une bonne gouvernance européenne¹⁸⁹⁷, l'importance « d'ouvrir davantage le processus d'élaboration des politiques de l'Union européenne, afin d'assurer une participation plus large des citoyens et des organisations à leur conception et à leur application »¹⁸⁹⁸.

Ainsi, constate J.-A. Scholte, « de nombreuses organisations de la société civile ayant pour vocation de promouvoir la création de ces nouveaux lieux de gouvernance et/ou d'influencer leur politique ont vu le jour »¹⁸⁹⁹. Il est aujourd'hui banal de dire que les dirigeants politiques ne sont plus les seuls décideurs et qu'ils sont soumis à différentes « tendances de l'opinion publique » dont la fabrication leur échappe pour inclure également d'autres revendicateurs du pouvoir¹⁹⁰⁰, parmi lesquelles se trouvent les ONG qui « s'imposent de manière de plus en plus pressante comme interlocuteurs en matière de régulation sociale »¹⁹⁰¹.

b. Le déficit de représentation de diverses identités

La configuration état-centrique de la société internationale, close sur le modèle de l'État-nation, a fait en sorte que l'appartenance nationale s'apprécie comme la seule identité collective à faire valoir sur le plan international. Mais aujourd'hui, l'identité nationale est incapable de réunir en son sein tous les intérêts et toutes les préoccupations qu'auront les

¹⁸⁹⁵ Voir Le Rapport du Millénaire du Secrétaire général des Nations Unies, *Nous, les peuples : le rôle des Nations Unies au XXI^e siècle*, p. 8, par. 44.

¹⁸⁹⁶ *Our global neighbourhood*, op. cit., p. 253 et s.

¹⁸⁹⁷ Ce besoin de gouvernance est particulièrement manifeste au sein de la construction européenne qui se présente comme une structure supranationale, au-delà de l'État et incluant la participation d'une pluralité d'acteurs de nature différente.

¹⁸⁹⁸ *Le Livre blanc sur la gouvernance globale*, op. cit., p. 3. Dans le document de discussion de la Commission sur son rapport avec les ONG, il a été également souligné le rôle majeur de ces organisations dans le « renforcement d'une démocratie plus participative dans l'Union européenne et au-delà ». Voir le document de discussion de la Commission « La Commission et les organisations non gouvernementales: le renforcement du partenariat », COM(2000) 11 final du 18.1.2000, p. 4

Sur ce sujet voir GEORGOPOULOS (T.) et PRAT (A.), « Une doctrine de l'Union européenne en matière de gouvernance », *Une société internationale en mutation : quels acteurs pour une gouvernance ?*, L. Boisson de Chazournes et R. Mehdi (sous dir.), 2005, Bruylant, pp. 247-260.

¹⁸⁹⁹ SCHOLTE (J.-A.), « Société civile et gouvernance mondiale », op. cit., p. 218.

¹⁹⁰⁰ ARNAUD, (A.-J.), *Critique de la raison juridique...*, op. cit., p. 272.

¹⁹⁰¹ *Idem.*, p. 276-277.

citoyens. Il ne s'agit plus que des intérêts nationaux dont ils sont intéressés. Ils ont d'autres préoccupations et intérêts qui dépassent l'identité nationale, les frontières nationales et qui leur rassemblent autour d'autres identités collectives de nature transnationale¹⁹⁰².

Dans le processus de mondialisation où des relations transnationales se développent d'une manière très accélérée, la manifestation de cette diversification des identités à l'échelle mondiale était inévitable. Bouleversant ainsi « les liens de solidarité collective fondés sur l'appartenance à un État ou une nation », la mondialisation a incité, en même temps, d'autres sentiments d'appartenance et de collectivité¹⁹⁰³, fondés notamment sur la classe, le sexe, la religion, la race, l'orientation sexuelle¹⁹⁰⁴ ou encore sur un concept de citoyenneté qui sera transnationale¹⁹⁰⁵. Ainsi, ont émergé des mouvements identitaires, tels que mouvements de femmes, protection des droits de l'Homme, santé, antinucléaire etc., qui « transcendent les frontières nationales, augmentant la communauté de 'voisinage globale' »¹⁹⁰⁶.

Les organisations de la société civile jouent un rôle très important dans l'expression de ces identités méta-nationales. Suivant le modèle libéral d'organisation, elles constituent un lieu où se produit la réflexion politique et la solidarité en tant qu'expressions des identités. Ainsi, elles servent non seulement à la mobilisation et au soutien des personnes qui s'identifient dans des identités collectives exclues, discriminées¹⁹⁰⁷, elles leur permettent également d'exprimer leur identité, leur différence, bref, de s'exprimer en tant que telles dans des instances délibératives et décisionnelles. En ce sens, elles contribuent efficacement au renforcement de « la cohésion sociale dans le cadre d'une communauté mondiale naissante »¹⁹⁰⁸ et « à la création d'un espace public transnational de discussion où peuvent se

¹⁹⁰² En ce sens, M. Koskeniemi affirme que :

« to believe that the world is naturally composed of States, acting as unitary actors, with uniform identities in the pursuit of monolithic national interests, expressed in what they have "consented" to, is simply poor sociology – however much it constituted the credo of "realism". Interests transgress national boundaries. People live in States, but we also live as men and women, as academics and workers, Serbs and Croats. Modern sociology insists that inasmuch as our identities are no longer determined by homogenous national backgrounds, we have come to live with partly conflicting, partly overlapping functional identities. Increasing individualisation of our life-choices has offered us the possibility of choosing to participate in professional, sporting and other societies overlapping national boundaries and forming "interlocking communities" with interests, values and consent not reducible to those of any formal State ». Voir KOSKENIEMI (M.), « International law in post-realist era », *AYBIL*, 1995, vol. 16, p. 9-10.

¹⁹⁰³ SCHOLTE (J.-A.), « Société civile et gouvernance mondiale », op. cit., p. 226.

¹⁹⁰⁴ *Idem.*, p. 218.

¹⁹⁰⁵ Sur ce sujet, l'exemple de la citoyenneté européenne est particulièrement illustratif.

¹⁹⁰⁶ ARNAUD (A.-J.), *Critique de la raison juridique...*, op. cit., p. 287. Dans le même sens, voir également le Rapport de la Commission sur la Gouvernance Globale, *Our global neighbourhood*, op. cit., p. 43.

¹⁹⁰⁷ *Le Livre blanc sur la gouvernance globale*, op. cit., p. 18.

¹⁹⁰⁸ SCHOLTE (J.-A.), « Société civile et gouvernance mondiale », op. cit., p. 226. Il convient cependant de préciser que ce concept de communauté mondiale est incomparable à celui que l'État-nation a tenté à construire

forger des représentations et bientôt des projets normatifs à la taille des questions qui se posent »¹⁹⁰⁹.

2. La fonction légitimatrice de la société civile

On a constaté que tous les systèmes politiques, y compris les démocraties libérales, souffrent d'une diminution de la capacité de représentation. Les citoyens sont de plus en plus désintéressés de la vie politique exercée au sein des institutions et partis politiques. Ainsi, la légitimité des dirigeants politiques, qui participent au premier chef aux instruments normatifs et de régulation mondiale, est très fragilisée. À travers la représentation étatique, les institutions internationales se trouvent également face à cette crise de représentation et de légitimité. À cet égard, le développement de la démocratie participative, qui est d'ailleurs une des conditions d'une bonne gouvernance¹⁹¹⁰, s'avère important tant à l'échelle nationale qu'internationale.

Il est vrai qu'aujourd'hui, la démocratie représentative connaît des limites et souffre d'un déficit de légitimité. Elle doit être complétée par la démocratie participative. C'est dans cette perspective que L. Dutoit souligne le nécessaire rassemblement de la démocratie représentative, assurée à travers les États, et de la démocratie associative, réalisée par les organisations de la société civile¹⁹¹¹. La participation de la société civile n'a pas qu'une utilité démocratique. Elle est également considérée par les instances internationales de délibération et de décision comme une « source de légitimité à exploiter »¹⁹¹².

sur des liens notamment socio-culturels. Ces mouvements transnationaux qui se communautarisent au-delà des frontières sont débarrassés « de ce que l'on peut appeler le *mythe communautariste*, c'est-à-dire l'idée selon laquelle il faut d'abord qu'il y ait des liens sociaux – [...] qu'ils soient déjà existants, déterminés – pour qu'il y ait *alors* et *ensuite*, dans ces cadres et espaces nationaux et ethniques, au territoire *délimité*, une possible action politique ». Voir BECK (U.), *Pouvoir et contre-pouvoir à l'ère de la mondialisation*, op. cit., p. 100.

¹⁹⁰⁹ OST (F.), KERCHOVE (van de) (M.), *De la pyramide au réseau ?...*, op. cit., p. 178.

¹⁹¹⁰ MEHDI (R.), « Mutations de la société internationale et adaptations institutionnelles : le grand défi », in *Une société internationale en mutation : quels acteurs pour une gouvernance ?* L. Boisson de Chazournes et R. Mehdi (sous dir.), 2005, Bruylant, p. 13.

¹⁹¹¹ Voir DUTOIT (L.), *Parlement européen et société civile*, op. cit., p. 41 et s.

¹⁹¹² Voir par exemple le Rapport de la Commission sur la Gouvernance Globale, « Our Global Neighbourhood », op. cit., pp. 32-55 et 254-255 ; Le document de discussion de la Commission « La Commission et les organisations non gouvernementales: le renforcement du partenariat », COM(2000) 11 final du 18.1.2000 ; *Le Livre blanc sur la gouvernance globale*, Commission des Communautés européennes, 25 juillet 2001, COM(2001) 428 final, p. 18. Voir également SANCHEZ-SALGADO (R.), *Comment l'Europe construit la société civile*, Dalloz, Coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèse, 2007, p. 300. Selon l'auteur, l'Europe construit effectivement sa Société Civile en tant que « source de légitimité à exploiter ».

Il faut dire cependant que, bien que ce soit parfois le cas, cette expression ne doit pas être entendue pour décrire une fonction instrumentalisée de la société civile. Du point de vue des institutions internationales, la

Selon O. Costa¹⁹¹³, il existe trois dimensions de légitimation¹⁹¹⁴ : la légitimation par les outputs (*extrants*) ; la légitimation par les inputs (*intrants*) et la légitimation par des mécanismes de contrôle. La première consiste à une légitimation par la mise en place des politiques et des décisions capables de répondre aux attentes de leurs destinataires. Suivant une « approche clientéliste », cette hypothèse ne fait pas appel à une contribution des sujets externes. Ainsi, on va s'intéresser respectivement à la deuxième (a) et à la troisième hypothèse (b).

a. Une légitimation par les « inputs »

Dans cette hypothèse, la légitimation s'effectue par « la participation et la prise en compte des opinions et demandes des destinataires des politiques ». Du point de vue de la contribution des organisations de la société aux processus décisionnels, on peut essentiellement parler d'une participation informelle mettant en œuvre des actions souvent extérieures en vue d'influencer¹⁹¹⁵ les procédures. Mais, pour que cette participation ait une fonction légitimatrice du point de vue des instances internationales, il faut qu'il y ait des possibilités de participation directe et formelle pour les ONG au processus et aux mécanismes de prise de décisions. À cet égard, les efforts des instances internationales et, plus particulièrement, l'acceptation des États sont importants.

Les États n'hésitent pas à manifester leur mécontentement à l'égard des activités des ONG¹⁹¹⁶ qui sont spécialisées notamment dans les domaines qui risquent de les gêner comme les droits de l'homme, le droit humanitaire et éventuellement l'environnement. Mais, en même temps, ils savent que la collaboration et l'appui des ONG sont parfois indispensables pour fonder la

participation des ONG n'est pas une référence civile à avoir en vue de renforcer en apparence leur légitimité. Leur participation s'impose également comme un facteur d'efficacité et de démocratie. Les ONG possèdent une force représentative non négligeable. En ce sens, elles sont des partenaires indispensables d'une gouvernance démocratique tant au niveau national qu'au niveau international.

¹⁹¹³ Voir COSTA (O.), « La responsabilité politique dans l'UE : une logique fédéraliste ? » in *Europe : de l'intégration à la fédération*, F. Esposito et N. Levrat (sous dir.), Academia Bruylant, 2010, p. 125-126.

¹⁹¹⁴ Cependant, il faut noter à propos de ces trois hypothèses que l'auteur les apprécie par rapport aux mécanismes décisionnels de l'Union européenne que l'on va essayer d'adapter à la participation des ONG en tant que moyens de légitimation.

¹⁹¹⁵ Dans le dictionnaire *Le Petit Robert*, l'influence est définie d'une manière générale comme l'« action qu'exerce une chose, un phénomène, une situation sur qqn ou qqch ». Envisagé selon une approche notionnelle, ce terme met l'accent sur l'efficacité de l'action. De ce point de vue, c'est une question de résultat. L'influence peut également s'envisager selon une approche conceptuelle privilégiant la manière dont le résultat est obtenu. Voir POMADE (A.), *La société civile et le droit de l'environnement...*, op. cit., p. 496, note 2972.

¹⁹¹⁶ RYFMAN (P.), *Les ONG*, op. cit., p. 88.

légitimé de leurs actions gouvernementales et intergouvernementales. Comme il a été constaté très justement par P. Niggli et A. Rothenbühler,

« [L]orsque les gouvernements autorisent des ONG à suivre les conférences internationales, leur communiquent certaines informations triées sur le volet ou les consultent sur des affaires en cours, cela contribue à masquer leur déficit démocratique. Si des ONG vont même jusqu'à critiquer les gouvernements et revendiquer d'autres solutions devant l'opinion mondiale, cela renforce l'apparence de débat démocratique. Quand ensuite un gouvernement affirme à une de ses commissions parlementaires qu'il a consulté les ONG à propos des affaires internationales importantes, il suggère avoir pris en considération autant que possible tous les points de vue de l'opposition »¹⁹¹⁷.

Au regard de leur participation légitimatrice dans la gouvernance mondiale, la société civile effectue sa fonction notamment au stade de la formation et de l'élaboration des normes internationales. On avait vu que Habermas replace les groupements de la société civile au cœur l'espace public politique. Dans sa philosophie, celui-ci est conçu comme « une caisse de résonance apte à répercuter les problèmes qui [...] doivent être traités par le système politique. En ce sens, l'espace public est un système d'alerte doté d'antennes peu spécifiques mais sensibles à l'échelle de la société dans son ensemble ». Mais l'espace public doit aussi « renforcer la pression qu'exercent les problèmes eux-mêmes », c'est-à-dire non seulement percevoir et identifier ces problèmes mais aussi les formuler « de façon convaincante et influente, les appuyer par des contributions et les dramatiser de façon à ce qu'ils puissent être repris et traités par l'ensemble des organismes parlementaires »¹⁹¹⁸. Les ONG étant au cœur de ce système jouent un rôle considérable pour la prise en compte des problèmes de la société mondiale.

En effet, les acteurs de la société civile participent désormais à tous les stades de l'élaboration des règles internationales¹⁹¹⁹, notamment dans les domaines des droits de l'homme¹⁹²⁰, du droit humanitaire¹⁹²¹ et de l'environnement¹⁹²². Leur rôle a été également décisif dans

¹⁹¹⁷ NIGGLI (P.) et ROTHENBÜHLER (A.), « ONG et gouvernance mondiale : une légitimité contestée », *ASPD*, Vol. 23, n°2, 2004, accessible en ligne : <http://aspd.revues.org/447>, p. 28.

¹⁹¹⁸ HABERMAS (J.), *Droit et démocratie...*, op. cit., p. 386.

¹⁹¹⁹ Voir SZUREK (S.), « La société civile internationale et l'élaboration... », op. cit., p. 49 et s.

¹⁹²⁰ Voir COHEN-JONATHAN (G.) et FLAUSS (J.-F.) (sous dir.), *Les organisations non gouvernementales et le droit international des droits de l'homme*, Bruylant, 2005, 258 p.

¹⁹²¹ DOMESTICI-MET (M.-J.), « Le rôle des associations dans la création du droit. L'exemple du droit humanitaire », in *Les associations, acteurs privilégiés du droit et de la gouvernance*, N. Perlo (sous dir.), Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2009, pp. 121-143 ; VEUTHEY (M.), « Le rôle des acteurs non étatiques dans le respect du droit international humanitaire », *AFRI*, 2009, vol. X, pp. 993-1020.

¹⁹²² POMADE (A.), *La société civile et le droit de l'environnement...*, op. cit. ; IOVANE (M.), « La participation de la société civile... » op. cit., plus particulièrement p. 479 et s. ; VARELLA (M. D.), « Le rôle des

l'avancée d'une justice pénale internationale¹⁹²³. Concernant cette contribution dans la formation des règles et des structures internationales, on doit également évoquer leur rôle au stade de l'entrée en vigueur de celles-ci, qui nécessite souvent la signature et l'adoption des conventions concernées par les États. Dans cette perspective, les ONG organisent des campagnes de pression et de mobilisation pour inciter les États à les accepter.

Considérant ce rôle croissant des ONG dans les processus délibératifs et décisionnels, il est important que ce dialogue avec les instances internationales prenne une forme permanente et s'institutionnalise¹⁹²⁴. Outre la capacité matérielle et d'expertise¹⁹²⁵ de ces organisations qu'elles mettent à disposition des instances internationales, c'est surtout la fonction légitimatrice de leur participation aux délibérations des systèmes internationaux de négociation qui rend indispensable une telle institutionnalisation¹⁹²⁶. En effet, il est aujourd'hui considéré que la consultation des ONG par les organisations intergouvernementales est une obligation¹⁹²⁷, une condition de la délibération démocratique¹⁹²⁸. Toutefois, on doit dire à cet égard que la pratique des instances internationales n'est pas à la hauteur des attentes et de ce qu'il faut. Le seul mécanisme institutionnel reste encore l'octroi des statuts consultatifs et d'observateurs, qui ne permettent qu'une participation limitée et précaire des ONG.

organisations non gouvernementales dans le développement du droit international de l'environnement », *JDI (Clunet)*, 2005, pp. 41-76 ; MALJEAN-DUBOIS (S.), « La 'gouvernance internationale des questions environnementales'. Les ONG dans le fonctionnement institutionnel des conventions internationales de protection de l'environnement », in *Une société internationale en mutation : quels acteurs pour une gouvernance ?*, L. Boisson de Chazournes et R. Mehdi (sous dir.), 2005, Bruylant, pp. 85-103.

¹⁹²³ AOUN (E.), FICET (J.), « La mobilisation d'un réseau d'ONG la coalition française pour la cour pénale internationale et la ratification du statut de Rome par la France », in *ONG et Humanitaire*, J. Simeant et P. Dauvin (sous dir.), L'Harmattan, 2004, pp. 61-89.

¹⁹²⁴ R. Mehdi affirme en ce sens qu'« [u]n degré plus complet de participation des acteurs non étatiques est atteint lorsque les rapports entre ceux-ci et les organisations internationales sont régis par des mécanismes institutionnalisés ». Voir MEHDI (R.), « Mutations de la société internationale... », op. cit., p. 10. Voir également FRYDMAN (B.), « Vers un statut de la société civile dans l'ordre international », op. cit., p. 154.

¹⁹²⁵ Il est vrai qu'aujourd'hui, la capacité technique et matérielle des ONG atteint un niveau considérable, même parfois supérieur à celui des États. À cet égard, A. Mahiou écrit que « [c]ertaines ONG ont acquis une expertise assez performante pour apporter un point de vue différent de celui des organismes officiels nationaux ou internationaux, obligeant ainsi les États et les organisations internationales à remettre en cause leurs évaluations et parfois leurs politiques, notamment en matière d'environnement ». Voir MAHIOU (A.), « Le droit international ou la dialectique de la rigueur et de la flexibilité », op. cit., p. 247.

¹⁹²⁶ Dans cette perspective, Habermas affirme en effet qu'une « participation institutionnalisée d'organisations non gouvernementales renforcerait la légitimation de la procédure, dans la mesure où l'on réussirait par là même à faire en sorte que les processus de décision transnationaux soient transparents aux espaces publics nationaux et à les rattacher aux processus de décision de ce niveau inférieur ». Voir HABERMAS (J.), *Après l'État nation...*, op. cit., p. 122.

¹⁹²⁷ CHARNOVITZ (S.) « Nongovernmental Organizations and International Law », *AJIL*, 2006, p. 368 et s.

¹⁹²⁸ BAŞLAR (K.), *Uluslararası Hukukta Hükümet Dışı Kuruluşlar (Organisations non-étatiques en droit international)*, USAK, Istanbul, 2005, p. 242.

b. Une légitimation par les mécanismes de contrôle et de surveillance

Dans cette hypothèse, les organisations de la société civile contribuent à la légitimation des instances délibératives et décisionnelles par les mécanismes de contrôle et de surveillance auxquels elles recourent. Il est vrai que les ONG exercent un rôle significatif et de plus en plus croissant non seulement dans l'élaboration mais aussi dans la mise en œuvre des normes internationales¹⁹²⁹. Elles veillent attentivement à ce que les États se conforment à leurs obligations internationales.

Cette fonction des ONG s'effectue de deux manières. D'abord, d'une manière formelle, elles contribuent activement aux procédures de contrôle de l'application des engagements étatiques au sein des organisations internationales et des structures instituées par des conférences internationales. À cet égard, on peut notamment évoquer les procédures de contrôle établies pour la protection des droits de l'homme et de l'environnement¹⁹³⁰. Dans ces domaines, les ONG constituent, pour les instances internationales, des sources d'information indispensables sur les activités des États qui s'engagent à l'égard de ces instances. Elles n'hésitent pas à dénoncer les États pour mobiliser les mécanismes de surveillance et de contrôle mis en place par des institutions et des conférences internationales¹⁹³¹. Dans certains cas et conditions, les ONG disposent également des possibilités d'accès direct aux instances judiciaires internationales¹⁹³².

Les ONG remplissent également cette fonction de contrôle et de surveillance d'une manière informelle. Dans cette hypothèse, elles font recourt à leur capacité de mobiliser l'opinion publique¹⁹³³ en dénonçant les politiques injustes des États et des institutions internationales,

¹⁹²⁹ SANDS (P.), « La société civile internationale et la mise en œuvre du droit international », in *L'émergence de la société civile internationale. Vers la privatisation du droit international ?*, H. Gherari et S. Szurek (sous dir.), Pedone, 2003, pp. 85-103 ; IOVANE (M.), « La participation de la société civile... », op. cit., p. 498 et s. ; MAHIOU (A.), « Le droit international ou la dialectique de la rigueur et de la flexibilité », op. cit., p. 258 et s.

¹⁹³⁰ Voir DUPUY (P.-M.), « L'unité de l'ordre juridique international... », op. cit., p. 423.

¹⁹³¹ P.-M. Dupuy l'affirme en effet que, « ces systèmes de contrôle ne peuvent, la plupart du temps, fonctionner de façon tant soit peu efficace sans le concours actif d'un certain nombre d'organisations non gouvernementales. Elles fournissent assistance aux requérants ou pétitionnaires individuels ; elles transmettent des informations indispensables aux administrations internationales chargées, par exemple, de la protection des droits de la femme, de l'enfant, de la diversité biologique ou de la lutte contre la désertification ». *Ibid.*

¹⁹³² Voir à ce sujet SOUMY (I), *L'accès des organisations non gouvernementales aux juridictions internationales*, Bruylant, 2008, 603 p. ; LA PRADELLE (G.), « La société civile internationale et l'accès au contentieux », in *L'émergence de la société civile internationale. Vers la privatisation du droit international ?*, H. Gherari et S. Szurek (sous dir.), Pedone, 2003, pp. 125-139 et, dans le même ouvrage, GHERARI (H.), « L'accès à la justice interétatique », pp. 141-166.

¹⁹³³ MALJEAN-DUBOIS (S.), « La 'gouvernance internationale des questions environnementales'... », op. cit., p. 98 et s.

notamment spécialisées dans des domaines économiques et financiers, comme la Banque mondiale et le FMI¹⁹³⁴.

Pour conclure, on peut affirmer que la participation des ONG aux processus de délibération, de décision et de mise en œuvre est importante pour la légitimité des instances de gouvernance mondiale. Cette participation accrue des ONG découle, certes, de leur capacité représentative reconnue au niveau international. Toutefois, cette reconnaissance n'est pas automatique. Elle s'apprécie, tant par les instances délibératives et décisionnelles que par l'opinion publique, par rapport à un certain nombre d'éléments qui déterminent leur champ d'action.

Paragraphe 2 : La reconnaissance conditionnelle de la capacité représentative des ONG

Il existe deux éléments qui sont indispensables à une activité effective des ONG : liberté et légitimité. Le premier étant envisagé comme un critère formel de la détermination de la capacité représentative s'apprécie souvent d'un point de vue juridique. Il est vrai que, pour participer effectivement aux processus délibératifs et décisionnels, les ONG ont besoin d'une certaine liberté d'action, liée à l'existence d'un statut juridique (A). Mais cette capacité représentative des ONG est également conditionnée par un élément d'appréciation informel, qui est leur légitimité. En effet, on peut constater que la détermination de la capacité représentative des ONG est intimement liée à leur légitimité. Il existe une corrélation entre elles¹⁹³⁵. Plus une ONG gagne de la légitimité par ses activités, plus elle sera considérée représentative dans ses activités et plus sa participation et son influence au sein des instances délibératives et décisionnelles seront élevées¹⁹³⁶ (B).

A. Une capacité représentative juridiquement limitée

La capacité juridique des entités et les droits dont elles jouissent s'apprécient souvent par rapport à l'existence d'une personnalité juridique internationale¹⁹³⁷. Considérées comme des entités du droit interne, celle-ci fait défaut chez les ONG (1). À cet égard, l'octroi de statuts

¹⁹³⁴ DUPUY (P.-M.), « L'unité de l'ordre juridique international... », *op. cit.*, p. 425.

¹⁹³⁵ POMADE (A.), *La société civile et le droit de l'environnement...*, *op. cit.*, p. 500.

¹⁹³⁶ *Idem.*, p. 506.

¹⁹³⁷ CHARNOVITZ (S.) « Nongovernmental Organizations and International Law », *op. cit.*, p. 355.

pragmatiques par les instances internationales leur offre le seul cadre juridique leur permettant d'agir au niveau international (2).

1. Une personnalité juridique inexistante

Considérée « dans tous les systèmes juridiques à la fois un haut lieu de la pensée et un instrument technique précieux, efficace et subtile pour répondre à des besoins pratiques de la vie sociale »¹⁹³⁸, cette personnalité juridique n'est possédée que par des entités reconnues comme sujets du droit. Selon P.-M. Dupuy, le sujet du droit est une entité « dotée par les normes d'un ordre juridique déterminé d'un ensemble de droits et d'obligations, ainsi que des capacités nécessaires à leur exercice »¹⁹³⁹. Du point de vue du droit international, les entités reconnues comme sujets du droit forment une liste très restreinte, ne comprenant, à l'heure actuelle, que les États et les organisations internationales. Procédant ainsi à une distinction de sujet/objet, cette approche considère « le reste » comme « objet du droit international »¹⁹⁴⁰.

Toutefois, cette perspective restrictive ne permet pas de comprendre l'évolution du droit international et la présence de plus en plus confirmée des entités non étatiques comme les ONG¹⁹⁴¹. Ainsi, certains internationalistes ont contesté cette distinction réductrice de sujet/objet du droit international en optant pour des termes plus larges comme « participants »¹⁹⁴² ou « acteurs »¹⁹⁴³ du droit international. C'est notamment le terme « acteur » qui est utilisé pour qualifier les ONG. Il est vrai que l'emploi de ce terme a pour objectif d'élargir le cercle des sujets internationaux. Toutefois, cet objectif reste non atteint car, si l'emploi de cette qualification a une utilité pour apprécier tous les intervenants de l'ordre juridique international « dans un contexte à la fois politique et sociologique beaucoup

¹⁹³⁸ REUTER (P.), « La personnalité juridique internationale du comité international de la Croix-Rouge », in *Études en l'honneur de J. PICTET*, MNP, 1984, p. 783.

¹⁹³⁹ DUPUY (P.-M.), KERBRAT (Y.), *Droit international public*, op. cit., p. 27.

¹⁹⁴⁰ Selon K. Baslar, les ONG ne disposent pas d'un statut international *de jure* mais elles sont sujets *de facto* de l'ordre juridique international. Voir BAŞLAR (K.), *Uluslararası Hukukta Hükümet...*, op. cit., p. 242.

¹⁹⁴¹ P.-M. Dupuy affirme en effet que « la question des sujets du droit et celle de l'évolution de son objet sont de plus en plus souvent intriquées ». Partant, il écrit justement qu'« on aurait sans doute tort de penser trop exclusivement l'évolution du statut international des organisations non gouvernementales en termes de personnalité juridique » et par rapport à la reconnaissance de leur qualité de sujet du droit international Voir DUPUY (P.-M.), « L'unité de l'ordre juridique international... », op. cit., p. 427.

¹⁹⁴² Voir HIGGINS (R.), *Problems and Process : International Law and How We Use It*, Clarendon Press, 1994, p. 49.

¹⁹⁴³ Voir MERLE (M.), *Les acteurs dans les relations internationales*, Économica, 1986, p. 157 et s. ; COHEN (S.), *Les États face aux nouveaux acteurs*, op. cit.

plus large »¹⁹⁴⁴, elle ne permet pas pour autant de déceler le statut juridique de ces entités non étatiques¹⁹⁴⁵.

Concernant la reconnaissance d'une personnalité juridique objective pour les ONG, le seul instrument international a été élaboré dans le cadre du Conseil de l'Europe. Conscient du rôle de plus en plus croissant des ONG dont les activités dépassent souvent les frontières nationales, le Conseil de l'Europe a adopté la *Convention européenne sur la reconnaissance de la personnalité juridique des organisations internationales non gouvernementales*¹⁹⁴⁶. Cette convention prévoit l'attribution automatique de la part des États contractants d'une personnalité juridique de droit interne aux organisations non gouvernementales créées dans le cadre du droit interne d'un État contractant. C'est-à-dire, une fois qu'une ONG se crée et s'attribue d'une personnalité juridique selon la législation interne d'un État contractant, elle possède automatiquement, sans besoin d'aucune procédure, une personnalité juridique dans les autres États contractants¹⁹⁴⁷. Toutefois, cette personnalité juridique et les droits et obligations qui en découlent restent soumises à la législation nationale de chaque État contractant sans être attachés à un régime juridique international. Ainsi, peut-on affirmer que cette Convention permet aux ONG de jouir non pas d'une personnalité juridique internationale mais d'un statut juridique que l'on peut qualifier de « transnational » ou « extraterritorial ». En ce sens, on peut affirmer que la philosophie de cette Convention s'aligne sur la tendance dominante qui est d'octroyer aux ONG un statut juridique pragmatique et limité.

2. L'octroi d'un statut international fonctionnel

L'existence d'un statut juridique international est un élément déterminant pour les ONG de la reconnaissance de leur capacité représentative. En effet, la possession d'un statut juridique est un des moyens pour les ONG de « trouver des “points de rencontre” avec le politique », qui

¹⁹⁴⁴ DUPUY (P.-M.), KERBRAT (Y.), *Droit international public*, op. cit., p. 29.

¹⁹⁴⁵ DUPUY (P.-M.), « L'unité de l'ordre juridique international... », op. cit., p. 426.

¹⁹⁴⁶ Entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1991, cette convention a été ratifiée actuellement par seulement 11 États. Pour un commentaire détaillé sur cette convention, voir WIEDERKEHR (M.-O.), « La convention européenne sur la reconnaissance de la personnalité juridique des organisations internationales non gouvernementales », *AFDI*, 1997, p. 749-761.

¹⁹⁴⁷ Cet automatisme de l'attribution d'une capacité juridique ne peut être écarté par les États contractants qu'en vertu de l'article 4 de la Convention, pour des raisons de dangers qui peuvent contrevenir « à la sécurité nationale, à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection des droits et libertés d'autrui » ; ou compromettre « les relations avec un autre État ou le maintien de la paix et de la sécurité internationales ».

est sans doute une condition importante de l'efficacité de la société civile¹⁹⁴⁸. Car, dans l'état actuel de la configuration politique de la société internationale, les ONG ont besoin des « institutions démocratiques », étatiques et interétatiques, pour voir que leurs réclamations et leurs revendications se transforment en règles de droit et décisions politiques¹⁹⁴⁹. Ainsi, P. Roubier écrit que la possession d'« un titre régulier qui permet à celui qui en bénéficie d'en réclamer les effets », est « le moyen le plus sûr pour créer des droits et des devoirs »¹⁹⁵⁰. Dans le même sens, R. Ranjeva affirme que « sans statut juridique, il n'y pas d'action juridique possible »¹⁹⁵¹.

Toutefois, en dehors de cet exemple de la Convention européenne qui ne concerne que très peu d'États, il semble que les ONG ne possèdent pas un statut juridique objectif opposable à tous sur le plan international. C'est en fonction de relations qu'elles établissent avec des sujets internationaux, que ce soient les États ou les organisations internationales, que les ONG peuvent exercer des droits et compétences¹⁹⁵². À cet égard, les statuts mis en place par les organisations internationales constituent un mécanisme important qui permet, officiellement, aux ONG d'entrer en dialogue avec celles-ci. La quasi-totalité des organisations internationales ont aujourd'hui établi ce genre de mécanismes formels¹⁹⁵³. Il se peut également que les représentants de la société civile obtiennent des statuts semblables dans des conférences internationales¹⁹⁵⁴. Toutefois, dans ces cas, il ne s'agit généralement que d'un statut d'observateur, n'offrant que des moyens de participation et d'intervention assez limités.

En tant que premier exemple d'institutionnalisation des relations entre les ONG et les organisations internationales sous un statut consultatif, le modèle mis en place par l'ECOSOC mérite une certaine attention¹⁹⁵⁵. Suivant cet exemple, d'autres institutions internationales ont

¹⁹⁴⁸ LAURENT (P.), « L'émergence d'une société civile internationale », op. cit., p. 16.

¹⁹⁴⁹ FRYDMAN (B.), « Habermas et la société civile contemporaine », op. cit., p. 140. Dans cette conception, les institutions démocratiques sont conçues comme un lieu de « transformation de la communication sociale en pouvoir politique légitime et de celui-ci en règles de droit » (p. 139).

¹⁹⁵⁰ ROUBIER (P.), « De la légitimité des situations juridiques », *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, vol. 1, *Théorie générale du droit*, Bruylant, 1963, p. 270 et 281.

¹⁹⁵¹ RANJEVA (R.), « Les organisations non gouvernementales et la mise en œuvre du droit international », *RCADI*, 1997, vol. 270, p. 69.

¹⁹⁵² CICIRIELLO (M. C.), « Les organisations non gouvernementales sujets de droit international: un problème ouvert », in *International Law: New Actors, New Concepts - Continuing Dilemmas, Liber Amicorum Boidar Bakoti*, B. Vukas et T. Šošić, MNP, 2010, pp. 107-123.

¹⁹⁵³ LEROUX (N.), *La condition juridique des organisations non-gouvernementales internationales*, p. 315. Parmi les rares organisations qui font exception, on peut citer notamment le FMI.

¹⁹⁵⁴ Concernant par exemple les conférences internationales de l'environnement, voir MALJEAN-DUBOIS (S.), « La 'gouvernance internationale des questions environnementales'... », op. cit., p. 93 et s.

¹⁹⁵⁵ En terme d'institutionnalisation des relations avec les ONG, on peut tout de suite penser à l'exemple de l'Organisation internationale du travail (OIT) qui accepte, depuis sa création, des acteurs de la société civile.

aussi créé leurs critères de sélection et leurs procédures de désignation des ONG ayant une certaine capacité représentative¹⁹⁵⁶.

De ce point de vue, on peut constater qu'il existe un certain nombre de paramètres changeants, suivant le fonctionnement des instances internationales concernées, qui déterminent la nature de ces relations et, par conséquent, le champ d'action de leurs activités. Mais d'une manière générale, on verra que, pour les États et notamment les organisations internationales, le partenariat avec les ONG relève d'une question de démocratie et d'efficacité. De plus, elles contribuent activement à la légitimation des processus de prise de décision. Malgré cela, le statut juridique octroyé aux ONG reste très limité et précaire. En laissant les ONG intervenir sur la scène internationale dans des statuts pragmatiques et des catégories fonctionnelles, le droit international reconnaît certes leur existence, mais ne crée pas une nouvelle catégorie juridique¹⁹⁵⁷. Ce sont surtout les États, « jaloux de leur prérogatives », qui « ne cherchent [pas] forcément à clarifier trop rigoureusement » la situation juridique des ONG pour maintenir leur capacité internationale dans une situation quasi embryonnaire¹⁹⁵⁸.

Considérant le rôle que ces organisations jouent dans le domaine international, c'est sans doute un paradoxe¹⁹⁵⁹. Mais ce sont aussi les ONG elles-mêmes qui « ne veulent pas [...] se doter d'un statut plus précis et, partant, plus contraignant, qui risquerait de porter atteinte à leur liberté d'action ». P.-M. Dupuy reconnaît en effet qu'« [u]ne bonne part de leur dynamique tient ainsi au maintien de l'ambiguïté de leur statut, considéré par elles comme

Mais contrairement l'OIT qui accueille des syndicats organisés sur le modèle corporatiste, l'ECOSOC se met en relation avec des ONG constituées sur le modèle libéral. Voir LEROUX (N.), *La condition juridique des organisations non-gouvernementales internationales*, op. cit., p. 316.

¹⁹⁵⁶ Sur les conditions appliquées, d'une manière générale, aux ONG désirant agir légitimement, voir le tableau sur la Charte des droits et devoirs des associations européennes de Schmitter, traduit et cité par DUTOIT (L.), *Parlement européen et société civile*, p. 41.

¹⁹⁵⁷ MEYER (D.), « ONG: une catégorie juridique introuvable, une définition utilitaire. Réflexions sur une définition en droit des ONG », in *ONG et Humanitaire*, J. Simeant et P. Dauvin (sous dir.), L'Harmattan, 2004, p. 140-141.

¹⁹⁵⁸ DUPUY (P.-M.), « L'unité de l'ordre juridique international... », op. cit., p. 117 et 427, voir également du même auteur, « Le concept de société civile internationale, identification et genèse », op. cit., p. 17.

¹⁹⁵⁹ MAHIOU (A.), « Le droit international ou la dialectique de la rigueur et de la flexibilité », op. cit., p. 248. M. Merle affirme que l'absence d'un statut juridique objectif pour les ONG qui ont une vocation internationale constitue une contradiction majeure. Voir MERLE (M.), *Les acteurs dans les relations internationales*, op. cit., p. 161. Dans le même sens P.-M. Dupuy affirme que « les organisations non gouvernementales, y compris les plus représentatives d'entre elles d'après les critères utilisés par les institutions spécialisées, ont un statut très précaire et une capacité que les États veulent maintenir dans une situation quasi embryonnaire, ce qui ne correspond pas à la réalité de l'influence croissante que les plus importantes d'entre elles sont amenées à jouer, tant pour le fonctionnement des procédures de contrôle mises en œuvre dans le cadre des organisations internationales générales que pour la promotion de nouvelles normes de droit international ». Voir DUPUY (P.-M.), « L'unité de l'ordre juridique international... », op. cit., p. 117.

une arme, par les États comme une faiblesse qu'ils ne souhaitent pas nécessairement éliminer »¹⁹⁶⁰. Il est vrai que, comme M. Bettati l'affirme, « la souplesse et la plasticité de l'informel s'oppose toujours à la rigidité des statuts. La clandestinité assure souvent l'efficacité. La reconnaissance engendre parfois la servitude »¹⁹⁶¹.

Il est vrai que les ONG ont parfaitement appris à agir efficacement au niveau international sans une personnalité juridique¹⁹⁶². D'ailleurs, dans ce processus de mondialisation où les relations politiques, économiques et sociales s'effectuent de manière informelle et au-delà des frontières, ce serait une erreur d'apprécier la capacité représentative des ONG uniquement en termes de reconnaissance juridique et de légalité. Il est vrai que, les actions de la société civile s'effectuent en grande partie de façon informelle et dans une sphère qui échappe au droit et extérieure aux mécanismes institutionnels. C'est en effet une caractéristique de la gouvernance mondiale qui « fait simultanément référence à des institutions, à des procédures mais également aux finalités ». Ce concept impose une approche qui dépasse le seul critère d'architecture institutionnelle¹⁹⁶³. Dans cette hypothèse, le critère qui s'impose pour une reconnaissance de la capacité d'action et de représentation des ONG, sera leur légitimité. Mais, en même temps, ces sont les mêmes instances, notamment les États, qui critiquent les ONG et contestent bien souvent leur légitimité. Si cette discordance dans l'attitude des États se justifie par l'hétérogénéité de la nature et des activités des ONG, elle reflète aussi une certaine volonté des États d'instrumentaliser et de relativiser leur rôle en fonction des domaines et sujets concernés.

B. Une légitimité qui justifie la capacité représentative de la société civile

La légitimité des ONG détermine et justifie leur capacité représentative sur le plan international. La question de la légitimité des ONG s'apprécie en fonction des modalités de leur intervention dans le processus décisionnel. Il existe différentes conceptions de la société

¹⁹⁶⁰ *Idem.*, p. 117 et 427.

¹⁹⁶¹ BETTATI (M.) DUPUY (P.-M.) (sous dir.), *Les ONG et le droit international*, Economica, 1986, p. 14. Dans le même sens A. Mahiou écrit : « L'intérêt et l'apport du mouvement associatif international résident d'abord dans son autonomie, son souci de refléter l'opinion publique et la défense des intérêts collectifs, la sincérité de ses engagements, la vitalité entreprenante de ses initiatives même lorsqu'elles sont teintées parfois d'utopie ; tous ces éléments sont malaisés à maintenir ou à faire prospérer s'ils sont soumis à un réseau de règles et de procédures visant à contenir l'activisme et les réactions, spontanées ou mûrement réfléchies, des ONG ». Voir MAHIOU (A.), « Le droit international ou la dialectique de la rigueur et de la flexibilité », op. cit., p. 249.

¹⁹⁶² CHARNOVITZ (S.) « Nongovernmental Organizations and International Law », op. cit., p. 356.

¹⁹⁶³ LAMY (P.) LAÏDI (Z.), « La gouvernance, ou comment donner un sens à la mondialisation », op. cit., p. 204.

civile et autant de critères et d'arguments qui permettent de fonder la légitimité des acteurs de la société civile¹⁹⁶⁴. La notion de légitimité peut être appréhendée de diverses manières, selon que l'on se place d'un point de vue moral, politique ou juridique¹⁹⁶⁵. Du point de vue juridique, on a vu qu'il s'agit de la possession par une ONG d'un titre régulier – statut consultatif – auprès des institutions internationales, qui lui confère une certaine légitimité¹⁹⁶⁶. Il est vrai que la reconnaissance d'un statut juridique signifie que la capacité représentative de cette ONG est reconnue. Sur ce point, il faut notamment attirer l'attention sur la fonction de la sélection. Les instances institutionnelles désirant la participation des ONG établissent des conditions et des principes permettant d'apprécier la représentativité des acteurs non étatiques. Pour une ONG, être sélectionnée par une institution légitime et à partir de certains critères objectifs a non seulement une fonction de légalisation de ses activités mais aussi une fonction légitimatrice. En effet, la pratique de la sélection permet de désigner les ONG les plus aptes à représenter l'intérêt dont elles revendiquent la capacité de représentation légitime. Toutefois, cette force légitimatrice de la légalité n'est pas inconditionnelle. Comme toute légitimité déduite d'une situation juridique, cette légitimité est aussi relative et falsifiable.

Excluant ainsi les considérations juridiques que l'on a examinées, il convient maintenant d'étudier cette problématique d'abord du point de vue politique (1) et, ensuite, du point de vue sociologique (2), qui sont deux aspects de cette question de légitimité ayant un impact considérable sur la capacité représentative et d'action des ONG sur la scène internationale.

¹⁹⁶⁴ Voir WEERTS (L.), « Quatre modèles théoriques pour penser la société civile... » op. cit.. Selon l'auteur, il existe essentiellement quatre modèles théoriques de la société civile. Il s'agit du « modèle libéral », du « modèle organique/communautaire », du « modèle délibératif » et du « modèle cognitif ». Selon lui, chaque modèle se distingue par rapport aux principes d'identité et de priorité que les acteurs de la société civile privilégient et aux rapports qu'ils entretiennent avec l'ordre politique aux processus de la prise de décision et de l'élaboration du droit.

¹⁹⁶⁵ ROUBIER (P.), « De la légitimité des situations juridiques », op. cit., p. 266.

¹⁹⁶⁶ *Idem.*, p. 270. Force est de constater que cette reconnaissance n'a pas été bénéficiée que par les ONG. Elle a une double utilité. En effet, si, du point de vue d'une ONG, l'attribution d'un titre juridique a une fonction légitimatrice, la mise en place d'une telle démocratie participative permet également que l'action de l'instance attributaire elle-même soit légitimée par cette participation de l'ONG. C'est en effet ce qui explique « l'utilité de reconnaître une légitimité à la Société Civile » (voir POMADE (A.), *La société civile et le droit de l'environnement...*, p. 496). Dans cette perspective, le document de discussion de la Commission sur le rôle des ONG dans leur rapport avec la Commission et autres institutions européennes est démonstratif. En effet, il a été affirmé que « leur rôle dans la définition et la mise en œuvre des actions politiques aident à faire accepter l'Union européenne dans l'opinion publique. Dans certains cas, elles jouent un rôle de contrepois aux activités et aux avis d'autres groupements d'intérêt dans la société ». Voir Le document de discussion de la Commission « La Commission et les organisations non gouvernementales: le renforcement du partenariat », 18 janvier 2000, COM(2000) 11 final, p. 5.

1. Des considérations politiques sur la légitimité de la société civile

Dans le système démocratique, la légitimité du pouvoir politique vient essentiellement des élections par lesquelles une capacité de représentativité et le mandat du pouvoir sont donnés aux représentants élus¹⁹⁶⁷. Tout en reconnaissant que le critère de l'élection « n'est pas systématiquement considéré comme un élément déterminant de la représentativité »¹⁹⁶⁸, il a été toutefois reconnu qu'en termes de légitimité politique, celui-ci reste déterminant. Ainsi, pour les ONG qui ne remplissent pas ce critère de l'élection, il a été affirmé par la grande majorité de la doctrine que la légitimité politique leur fait défaut¹⁹⁶⁹.

De ces réflexions, on peut constater que la question de la légitimité politique est exclusivement envisagée par rapport à l'existence formelle d'une capacité représentative¹⁹⁷⁰. Toutefois, considérer l'élection et la démocratie représentative comme l'unique source de la légitimité politique est une approche incontestablement réductrice. L'élection n'est qu'une source de « légitimité formelle » à travers laquelle les citoyens participent à la vie politique. Mais, selon J. Habermas, « la participation des citoyens à la vie politique moderne ne se limite pas à l'exercice sporadique du droit de vote ». Suivant le modèle de la démocratie participative, « elle implique également l'influence, le contrôle et la critique, au jour le jour, des actes et des décisions des pouvoirs publics »¹⁹⁷¹. De ce point de vue, la fonction des ONG est incontestable. Il est vrai qu'elles participent activement à la formation et à l'expression des

¹⁹⁶⁷ ARNAUD (A.-J.), *Critique de la raison juridique...*, op. cit., p. 283.

¹⁹⁶⁸ POMADE (A.), *La société civile et le droit de l'environnement...*, op. cit., p. 498. L'auteur donne l'exemple des juges.

À propos de ce critère d'être élu, il convient de préciser que si celui-ci est un critère de la légitimité, il n'est pas forcément un critère *sine quo non* du pouvoir représentatif. Pour justifier ce propos il suffit de penser au nombre de gouvernements ou de dirigeants politiques non élus démocratiquement qui représentent néanmoins leurs pays.

¹⁹⁶⁹ Voir POMADE (A.), *La société civile et le droit de l'environnement...*, op. cit., p. 498 ; LAURENT (P.), « L'émergence d'une société civile internationale », op. cit., p. 14 ; ARNAUD, (A.-J.), *Critique de la raison juridique...*, op. cit., p. 283-284. Selon A.-J. Arnaud, du point de vue politique, la légitimité de la société civile, qui détermine « son rapport aux lieux constitutionnels du pouvoir », « n'est pas constitutionnellement assurée ».

Ce point de vue reflète également la tendance générale chez les politiques qui contestent systématiquement la légitimité politique des organisations de la société civile. Voir par exemple la déclaration de Lionel Jospin, publiée au Monde du 18 avril 2001 : « Les organisations non gouvernementales n'ont pas une légitimité ni une capacité d'agir du même ordre que celles que confère la souveraineté, surtout lorsque celle-ci procède du suffrage universel », cité par RYFMAN (P.), *Les ONG*, op. cit., p. 97.

¹⁹⁷⁰ CHARNOVITZ (S.) « Nongovernmental Organizations and International Law », p. 365.

¹⁹⁷¹ FRYDMAN (B.), « Habermas et la société civile contemporaine », p. 140. Voir également du même auteur « Vers un statut de la société civile dans l'ordre international », op. cit., p. 151 et s. Selon cette approche, l'établissement d'un système démocratique dépend de l'existence d'« un contrôle permanent par l'opinion publique de l'action des pouvoirs constitués ». Dans cette perspective, B. Frydman décrit les trois grands principes démocratiques sur lesquels s'organisent les modalités de ce contrôle: « Le premier est le *principe de publicité*, aux termes duquel les actes des autorités publiques ne peuvent produire d'effets qu'à la condition d'avoir été préalablement rendus publics » ; « Le deuxième principe interdit aux pouvoirs constitués d'utiliser la force, la contrainte ou l'intimidation en vue de contrôler ou d'influencer le cours des débats publics » ; le troisième est la « *liberté de la presse* et, plus largement, les règles qui garantissent le pluralisme dans les médias » (p. 152).

réflexions politiques de l'opinion publique (a). Et même, elles la représentent, dans certains cas et certaines conditions, auprès des instances délibératives et décisionnelles (b).

a. La reconnaissance d'une légitimité politique des ONG découlant de leur capacité à contribuer à la réflexion politique

On avait constaté que l'État ne détient plus le monopole du pouvoir représentatif. La représentation internationale des intérêts communs à un groupe de citoyens ne relève plus exclusivement de l'État. À travers cette contestation du rôle de l'État, l'efficacité de la démocratie représentative se trouve également remise en cause. « [F]ondée sur le principe d'une autorité déléguée dans un espace-temps limité – celui de l'État-nation entre deux élections – », la démocratie représentative « suffit de moins en moins à prendre en charge la représentation de la société »¹⁹⁷². Ainsi, la compréhension de la démocratie évolue d'un modèle de « mise en cause périodique de la légitimité politique des détenteurs du pouvoir » vers un modèle qui « repose sur une citoyenneté active »¹⁹⁷³. Ce constat se justifie surtout par le mécontentement général des citoyens à l'égard des partis politiques qui sont à la recherche d'autres moyens d'action politique, notamment aux groupements de la société civile¹⁹⁷⁴.

Partageant ce point de vue, Habermas affirme effectivement que le fonctionnement effectif de la démocratie moderne repose nécessairement sur le « jeu combiné » des institutions politiques et de la société civile¹⁹⁷⁵. Dans cette perspective, Habermas propose « une conception de la démocratie distincte de sa version républicaine - postulant le monopole des élus sur la formulation de l'intérêt général – et de sa version libérale – attachée à une conception cumulative de l'intérêt général, conçu comme l'addition des intérêts particuliers »¹⁹⁷⁶. Selon cette perspective, qui « identifie le pouvoir constituant à l'espace public délibératif », la délibération n'est plus considérée comme une activité des représentants élus mais issue des communications ordinaires des citoyens¹⁹⁷⁷. Ainsi, la légitimité politique

¹⁹⁷² Voir LAÏDI (Z.), LAMY (P.), « La gouvernance ou comment donner un sens à la mondialisation », op. cit., p. 202.

¹⁹⁷³ Voir CRÉPEAU (F.), « Mondialisation, pluralisme et souveraineté... », op. cit., p. 18. Selon A. Mahiou, cette croyance est notamment partagée par les ONG qui considèrent qu'« il y a une absence ou une insuffisance d'association ou de participation des citoyens à l'action diplomatique, avec un déficit d'expression de l'opinion publique qu'il convient de combler ». MAHIOU (A.), « Le droit international ou la dialectique de la rigueur et de la flexibilité », op. cit., p. 243.

¹⁹⁷⁴ SCHOLTE (J.-A.), « Société civile et gouvernance mondiale », op. cit., p. 218.

¹⁹⁷⁵ HABERMAS (J.), *Droit et démocratie...*, op. cit.

¹⁹⁷⁶ WEERTS (L.), « Quatre modèles théoriques pour penser la société civile... », op. cit., p. 33.

¹⁹⁷⁷ BLONDIAUX (L.) et SINTOMER (Y.), « L'impératif délibératif », *Rue Descartes*, 2009/1 n°63, p. 31.

d'une décision ne découlera plus exclusivement d'une volonté prédéterminée et représentée par des élus mais de son élaboration dans le cadre d'une procédure organisant un échange argumentatif ou une discussion¹⁹⁷⁸ et rassemblant les espaces publics institutionnels et les « espaces publics autonomes », c'est-à-dire la société civile¹⁹⁷⁹.

En effet, on peut désormais affirmer que les citoyens manifestent « une véritable volonté de participation »¹⁹⁸⁰ aux processus délibératifs et décisionnels tant aux niveaux local et national qu'au niveau mondial. Et cette volonté de participation trouve son expression dans des mouvements de la société civile. Il est vrai que cette participation active et usuelle des citoyens est assurée notamment à travers les ONG, qui assurent une transmission de l'opinion publique aux instances démocratiques de délibération et de décision. Ainsi, elles contribuent activement à la réflexion politique sur les préoccupations, les problèmes et l'avenir de la société¹⁹⁸¹. C'est précisément cette participation des ONG aux processus délibératifs et décisionnels et leur capacité à contribuer à la réflexion politique qui leur attribuent une certaine légitimité politique¹⁹⁸².

Cette capacité de transmission des ONG prend encore plus d'ampleur sur le plan mondial. J.-A. Scholte constate en effet que, en raison de l'inefficacité des instances nationales de participation et de représentation dans la gestion de la gouvernance mondiale, les citoyens ont le sentiment d'être écartés des plates-formes de délibération et de décision et d'être dépossédés de leur droit de parole sur des questions qui leur concernent de très près¹⁹⁸³. Ainsi, en « prétend[ant] être le principal lieu d'élaboration d'un contre-projet démocratique » face à l'unilatéralisme des États et des institutions interétatiques qui se trouvent dans l'incapacité « de s'affranchir de la tutelle des marchés », les ONG revendiquent cette légitimité pour « assurer une véritable représentation des peuples de la planète »¹⁹⁸⁴. En ce sens, ils « jouent un rôle irremplaçable de 'conscience critique' : foyers d'idées nouvelles et de valeurs en

¹⁹⁷⁸ WEERTS (L.), « Quatre modèles théoriques pour penser la société civile... », op. cit., p. 33.

¹⁹⁷⁹ FRYDMAN (B.), « Habermas et la société civile contemporaine », op. cit., p. 140. En traduisant la pensée d'Habermas, l'auteur écrit que « la production du droit légitime n'est pas tant le monopole des organes de l'État mais plutôt le produit du jeu combiné des espaces publics institutionnels et des 'espaces publics autonomes', ou si l'on préfère de la société civile ».

¹⁹⁸⁰ ARNAUD, (A.-J.), *Critique de la raison juridique...*, op. cit., p. 283.

¹⁹⁸¹ DASTOLI (V.), « Les limites de la société civile », op. cit., p. 34.

¹⁹⁸² LAURENT (P.), « L'émergence d'une société civile internationale », op. cit., p. 15.

¹⁹⁸³ SCHOLTE (J.-A.), « Société civile et gouvernance mondiale », op. cit., p. 224.

¹⁹⁸⁴ OST (F.), KERCHOVE (van de) (M.), *De la pyramide au réseau ?...*, op. cit., p. 177.

construction, elles assument également un rôle indispensable de dénonciation des compromissions de l'action publique »¹⁹⁸⁵.

Cela dit, F. Ost et M. van de Kerchove affirment toutefois que « les ONG ne sauraient prétendre exercer un rôle de représentation globale des peuples qui n'est pas le leur, ni d'arbitrage général entre les intérêts concurrents qu'ils poursuivent, pas plus qu'elles ne devraient contribuer à affaiblir les États sous peine de contribuer au jeu de la privatisation et du déclin du politique que précisément elles dénoncent ». Il leur revient alors « de revitaliser les mécanismes de la représentation politique et d'en enrichir le débat en vue de la définition de nouvelles priorités »¹⁹⁸⁶. En supplément aux mécanismes représentatifs nationaux, ces organisations non étatiques permettent à cet égard aux citoyens du monde de faire entendre leur voix auprès des instances internationales et de participer ainsi à la gouvernance mondiale¹⁹⁸⁷.

b. Une légitimité politique de la société civile découlant de son aptitude à s'exprimer au nom d'une collectivité

L'amélioration de la prise de conscience et de la participation des citoyens est l'objectif principal de l'organisation politique de la société en forme d'associations se situant en dehors de l'organisation politique de l'État¹⁹⁸⁸. À cet égard, on peut affirmer que le rôle des ONG est particulièrement important du point de vue politique lorsqu'elles représentent certaines catégories de citoyens désavantagés de faire entendre leur voix auprès des instances délibératives et décisionnelles.

Dans un document de discussion de la Commission sur le renforcement du partenariat avec les ONG, la Commission a en effet souligné ce « rôle des ONG lorsqu'elles représentent certaines catégories de citoyens auprès des institutions européennes (par exemple les handicapés ou les minorités ethniques) ou s'expriment sur des problèmes bien précis (tels que la protection de l'environnement, le bien-être des animaux, le commerce mondial) ». Selon la Commission, ses ONG sont particulièrement « capables d'atteindre les groupes de population

¹⁹⁸⁵ *Idem.*, p. 178.

¹⁹⁸⁶ *Ibid.*

¹⁹⁸⁷ SCHOLTE (J.-A.), « Société civile et gouvernance mondiale », op. cit. p. 224.

¹⁹⁸⁸ DUTOIT (L.), *Parlement européen et société civile*, op. cit., p. 46.

les plus pauvres et les plus désavantagés et de permettre à ceux qui ne font pas suffisamment entendre leur voix par d'autres canaux de s'exprimer »¹⁹⁸⁹.

On peut également constater qu'une telle reconnaissance de la capacité et de l'aptitude à s'exprimer au nom d'une collectivité permet aux ONG d'être prises en compte et de siéger plus facilement dans des instances délibératives et décisionnelles¹⁹⁹⁰. Dans ce cas, les ONG sont considérées, en quelque sorte, comme représentant mandaté du groupe concerné. La légitimité du représentant se justifie alors par les principes démocratiques selon lesquels les idées minoritaires ont le droit de se faire entendre et méritent le respect de la majorité¹⁹⁹¹. En tant que porte-parole du groupe qu'elles représentent, les ONG fondent leur légitimité sur ce mandat¹⁹⁹².

2. Des considérations sociologiques sur la légitimité de la société civile

Dans la conception de la société civile de J. Habermas, celle-ci correspond à un espace public autonome qui se distingue à la fois de l'espace administratif et de l'espace économique. Envisagé donc comme un lieu ou un moyen de communication et de discussion, c'est dans cet espace autonome que se forme l'opinion publique pour être ensuite transportée par les acteurs de la société civile, notamment par les ONG, en vue d'influencer et de contrôler les systèmes administratif et économique¹⁹⁹³. Dans cette perspective, on peut affirmer que les ONG exécutent « une fonction essentielle d'intégration sociale »¹⁹⁹⁴ et forment une structure intermédiaire entre les citoyens et le pouvoir politique¹⁹⁹⁵. Il est vrai que ce sont des

¹⁹⁸⁹ Le document de discussion de la Commission « La Commission et les organisations non gouvernementales: le renforcement du partenariat », op. cit., p. 5

¹⁹⁹⁰ POMADE (A.), *La société civile et le droit de l'environnement...*, op. cit., p. 497.

¹⁹⁹¹ Voir NIGGLI (P.) et ROTHENBÜHLER (A.), « ONG et gouvernance mondiale : une légitimité contestée », op. cit., p. 26.

¹⁹⁹² POMADE (A.), *La société civile et le droit de l'environnement...*, op. cit., p. 505.

¹⁹⁹³ Voir FRYDMAN (B.), « Habermas et la société civile contemporaine », op. cit., p. 136-137.

¹⁹⁹⁴ *Idem.*, p. 139.

¹⁹⁹⁵ *Idem.*, p. 151 : « Les acteurs de la société civile, qui animent le débat public, comme les associations et les mouvements, mais aussi les intellectuels et les journalistes, accomplissent de ce point de vue une mission importante, dans la mesure où ils contribuent à informer et à mobiliser l'opinion, à structurer les prises de position, et donc finalement à rendre audible, notamment à l'intention des gouvernants, les revendications des citoyens ».

Dans le même sens voir *Le Livre blanc sur la gouvernance globale*, Commission des Communautés européennes, 25 juillet 2001, COM(2001) 428 final, p. 18 : La société civile « permet de faire participer plus activement les citoyens à la réalisation des objectifs de l'Union et de leur offrir un canal structuré pour des réactions, des critiques et des protestations ».

mouvements sociaux qui permettent la formation de l'opinion publique et son expression¹⁹⁹⁶. Dans ce modèle délibératif de la société civile qui s'impose entre les structures étatiques et le marché, les ONG puisent leur légitimité principalement dans leur capacité à dégager et à exprimer les tendances de l'opinion publique.

Dans cette perspective, on peut constater que la légitimité des ONG est fondée sur des considérations sociologiques qui s'identifient principalement dans une appréciation morale de leurs actions (a). Il se peut également que les activités des ONG, ne s'attachant pas forcément par un lien moral aussi fort à la société, puisent leur légitimité dans l'adhésion physiologique des citoyens à ces actions (b).

a. La légitimité morale

Dans leurs activités, les ONG s'appuient particulièrement sur les idées. En effet, si leur mode d'action est essentiellement la sensibilisation et la mobilisation des citoyens, l'efficacité de leur action n'est assurée que lorsque celle-ci s'inscrit dans un « cadre moral » clairement identifié¹⁹⁹⁷ et s'appuie sur des idées puissantes et mobilisatrices¹⁹⁹⁸. À cet égard, on doit mentionner la notion de « juste » comme une référence couramment utilisée par les acteurs de la société civile. Il est vrai que, face à l'accusation de non légitimité, l'argument le plus régulièrement invoqué par les ONG est que la cause défendue par elles est juste¹⁹⁹⁹. S'identifiant ainsi dans la « manifestation d'opinion émise à l'encontre de lois injustes », les ONG justifient leur légitimité sur le plan moral. De ce point de vue, la légitimité de l'action des ONG est identique à celle des actes de désobéissance civile²⁰⁰⁰.

La montée en puissance du phénomène de la société civile depuis le dernier quart du XX^e siècle montre effectivement que la pratique des ONG s'est notamment relancée après l'émergence des notions comme les « biens » ou « intérêts communs de l'humanité »²⁰⁰¹ ou

¹⁹⁹⁶ Le rôle de la société civile dans l'expression d'une « conscience mondiale » ou « conscience sociale » est régulièrement évoqué par les auteurs. Voir par exemple POULIGNY (B.), « Acteurs en enjeux d'un processus équivoque... », op. cit., p. 174 ; SCHOLTE (J.-A.), « Société civile et gouvernance mondiale », op. cit., p. 221.

¹⁹⁹⁷ WEERTS, « Quatre modèles théoriques pour penser la société civile... », op. cit., p. 39.

¹⁹⁹⁸ Voir également SCHOLTE (J.-A.), « Société civile et gouvernance mondiale », p. 221 : « La mobilisation de la société civile sur les questions de gouvernance mondiale présente une légitimité morale lorsque les acteurs concernés poursuivent des objectifs nobles et remplissent le rôle de conscience sociale ».

¹⁹⁹⁹ Selon P. Roubier, la légitimité morale est notamment « invoquée par les opposants au pouvoir, contre les lois injustes ». Voir ROUBIER (P.), « De la légitimité des situations juridiques », op. cit., p. 268.

²⁰⁰⁰ POMADE (A.), *La société civile et le droit de l'environnement...*, op. cit., p. 498.

²⁰⁰¹ POULIGNY (B.), « Acteurs en enjeux d'un processus équivoque... », op. cit., p. 173.

encore « les droits de l'homme »²⁰⁰². Il est vrai que, pour justifier et légitimer leur action, les ONG se réfèrent bien souvent à des concepts tels que l'action humanitaire ou la protection des droits de l'homme et de l'environnement²⁰⁰³. Ce sont des concepts idéologiques²⁰⁰⁴, porteurs des valeurs morales.

Ensuite, d'autres mouvements sociaux se sont organisés en fonction du développement des sociétés et des problèmes et préoccupations qui vont avec. Ainsi, ont vu le jour de nouvelles ONG, écologistes, antinucléaires, etc., qui aussi justifient leur existence et légitimité sur un fondement moral. Si cette mission éthique des ONG s'est légèrement transformée notamment « en conséquence du développement du processus de globalisation », elles continuent encore à revendiquer une légitimité morale. En effet, comme A.-J. Arnaud l'affirme, face à la globalisation des échanges économiques et financiers valorisant une « rationalité marchande phagocytante », s'est développé un mouvement de la société civile, dénonciateur « des conséquences les plus sauvages d'une globalisation débridée »²⁰⁰⁵. Ainsi, sont apparues des ONG « antimondialisatrices » ou « altermondialisatrices » qui s'opposent à l'idéologie du libre-marché et à l'augmentation des inégalités²⁰⁰⁶. Ainsi, incorporé aux revendications idéologiques, l'existence d'un fondement moral a été toujours avancée par ces groupements de la société civile pour légitimer leurs activités et revendications.

Toutefois, il faut ajouter aussi que les revendications de légitimité de la société civile à partir des valeurs morales ne vont pas sans poser certains problèmes. Pour certains, il faut se méfier

²⁰⁰² DUPUY (P.-M.), « L'unité de l'ordre juridique international... », op. cit., p. 424.

²⁰⁰³ Pour citer quelques exemples concrets, on peut notamment évoquer le fait que « de nombreuses initiatives de la société civile portant sur les enjeux écologiques mondiaux ont fait appel à des valeurs transcendantes comme la préservation des systèmes de survie de la planète et l'éthique intergénérationnelle. De même, de nombreuses campagnes transnationales menées dans le souci d'éviter la souffrance humaine remplissent le critère de légitimité morale, qu'il s'agisse des programmes de secours en cas de catastrophe, d'éradication de la pauvreté, de défense des droits de l'homme ou des initiatives visant à mettre un terme au trafic illicite d'armes, de drogue et d'êtres humains. Tout aussi incontestable est la légitimité morale des efforts récents de la société civile visant à obliger les grands groupes pharmaceutiques à assouplir l'application des brevets qu'ils détiennent sur des traitements contre le sida pour permettre aux pays pauvres d'y avoir plus facilement accès ». Voir SCHOLTE (J.-A.), « Société civile et gouvernance mondiale », op. cit., p. 221.

Dans le même sens voir MILANI (C.), « La complexité dans l'analyse du système-monde : l'environnement et les régulations mondiales », *Droit et société*, 2000, p. 455. Selon l'auteur, « la prise en compte de l'environnement dans les efforts de restructuration de l'ordre mondial ne saurait être analysée sans que les aspects liés à l'éthique ne soient effectivement considérés. Les formes de mobilisation collective qui se créent aujourd'hui autour de l'environnement sont plus ambitieuses dans leur ampleur comme dans leur objectif ; elles comportent un engagement moral très important ».

²⁰⁰⁴ FREYSS (J.), « La solidarité internationale, une profession? », op. cit., p. 755.

²⁰⁰⁵ Voir ARNAUD (A.-J.), *Critique de la raison juridique...*, op. cit., p. 278-279.

²⁰⁰⁶ Sur ce sujet, on peut notamment évoquer les événements de Seattle, Davos, Washington, Okinawa, Melbourne, Prague, Porto Alegre et Gênes organisés par certains groupes de la société civile contre la forme actuelle de la gouvernance mondiale. Ces événements ont certainement saisi l'opinion publique sur des bases certes idéologiques mais aussi morales et humanitaires.

des références à des notions morales justificatives et omniprésentes qui ne servent qu'à une « auto-légitimation » infondée²⁰⁰⁷. Ces critiques ont été notamment adressées aux ONG des pays occidentaux et du Nord. On avait remarqué que la culture de la société civile et d'organisation au sein des acteurs non étatiques trouve son origine notamment dans les pays de système libéral. Aujourd'hui encore, dans les mouvements de la société civile, le poids de ces pays est indéniable. Ces organisations de la société civile sont souvent accusées d'imposer des valeurs et des croyances qui ne sont pas partagées par tous les individus et toutes les cultures²⁰⁰⁸.

b. Une efficacité légitimatrice appréciée par l'opinion publique

Dans cette hypothèse, la légitimité des ONG est fondée sur différentes appréciations des citoyens liées à leur performance et à leur efficacité dans l'action. Selon A. J. Scholte, c'est une « légitimité de résultats » que les organisations de la société civile acquièrent en raison de leur savoir-faire, leurs connaissances, leurs compétences²⁰⁰⁹. Il est vrai qu'après de l'opinion publique, les ONG ont été souvent considérées plus efficaces et crédibles que les organismes étatiques ou interétatiques « dans la réalisation d'opérations d'aide humanitaire et de programmes de réduction de la pauvreté » ou encore pour rendre « la gouvernance mondiale plus 'gérable' »²⁰¹⁰. De ce point de vue, l'action des ONG est considérée par l'opinion publique légitime parce qu'elles « font du bon travail »²⁰¹¹.

Dans le même sens, L. D. Brown écrit que la légitimité des ONG, qu'il qualifie comme une « légitimité normative », est reconnue « pour leur adéquation à des normes de performance

²⁰⁰⁷ POULIGNY (B.), « Acteurs en enjeux d'un processus équivoque. La naissance d'une 'international civile' », p. 169. L'auteur écrit : « Le discours sur la légitimité repose essentiellement, pour sa part, sur la défense de valeurs communes, au nom d'une 'conscience mondiale' ou 'conscience de l'humanité'. Il sert principalement aux intéressés à se distinguer du secteur marchand qui, lui, défendrait des intérêts particuliers (une distinction qui apparaît plus floue dans la notion de *stakeholders* utilisée outre-Atlantique). Le risque est grand de n'y trouver qu'une forme d'auto-légitimation. Si la mondialisation donne une impression de connexions (*connectedness*) universelles, elle ne produit pas la perception équivalente d'une communauté qui serait fondée sur des valeurs et croyances partagées. Même en Europe, une telle communauté ne va pas de soi » (p. 174).

²⁰⁰⁸ SCHOLTE (J.-A.), « Société civile et gouvernance mondiale », op. cit., p. 221.

²⁰⁰⁹ *Idem.*, p. 222.

²⁰¹⁰ Pour citer quelques exemples, l'auteur évoque notamment « des groupes de réflexion s'intéressant aux questions d'environnement, comme le Conseil international des unions scientifiques, l'Union mondiale pour la nature et l'Institut des ressources mondiales ont fait beaucoup pour améliorer les connaissances sur les systèmes écologiques à l'échelle mondiale. Les organisations de défense des consommateurs ont pointé du doigt un certain nombre de risques que les échanges mondiaux peuvent occasionner pour la santé. Les mouvements de défense des populations autochtones ont apporté des connaissances inaccessibles par d'autres sources sur les conditions de vie de ces populations ». *Ibid.*

²⁰¹¹ *Ibid.*

(‘elle fait du bon travail’), pour leur capacité à mettre en place les structures et les procédures souhaitées (‘elle est un bon représentant des intérêts des groupes’), pour leur adéquation à leurs tâches (‘les [ONG] savent très bien mobiliser la base’), ou pour la personnalité de leurs responsables et de leur personnel (‘les responsables sont engagés et efficaces’) »²⁰¹².

La proximité des ONG par rapport au terrain, aux informations, est sans doute un autre argument de considération du point de vu de leur légitimité auprès des citoyens²⁰¹³. Il a été en effet considéré que « [l]es acteurs légitimés pour agir sont ceux qui disposent des informations nécessaires concernant les problèmes et les lacunes »²⁰¹⁴. Dans cette perspective, elles mettent en avant notamment leur « grande et irremplaçable capacité [...] de détecter les besoins sur le terrain, initier des projets, les implémenter et contrôler l’exécution de ces politiques »²⁰¹⁵. Il est vrai que, la plupart du temps, elles ont une parfaite connaissance des problèmes et des solutions envisageables. Cette proximité des ONG leur permet de disposer d’une force de raisonnement irrécusable²⁰¹⁶. De la même manière, les ONG se justifient aux yeux des gens comme une source de contestation et de contrôle de l’ordre établi. L’opinion publique apprécie ainsi la fonction des ONG, « parce qu’elles exercent une fonction tribunitienne ou d’alerte »²⁰¹⁷. Ainsi, elles « prétendent tirer une légitimité supérieure de leur proximité immédiate avec les préoccupations et valeurs des citoyens – légitimité attestée par le soutien renouvelé de ceux-ci »²⁰¹⁸.

Cependant, il faut souligner aussi le rôle de l’indépendance des ONG sur l’appréciation de l’opinion publique. Il existe en effet une corrélation entre la légitimité des ONG et leur transparence et gestion démocratique. L’indépendance des ONG est contestée principalement en raison de leur dépendance financière vis-à-vis des institutions publiques, aussi bien nationales qu’internationales. Ces entités, surtout celles qui possèdent des structures lourdes et des professionnels salariés ou mènent des activités financièrement coûteuses, ont besoin de ressources importantes. Il a été justement défendu que cette dépendance économique peut également impliquer une dépendance politique vis-à-vis des institutions publiques, qui les

²⁰¹² BROWN (L. D.), « Légitimité et responsabilité de la société civile : les enjeux et les défis », publié au bulletin électronique hebdomadaire de CIVICUS, janvier 2007, accessible en ligne : www.civicus.org/content/e-CIVICUS441_fr.htm, p. 8.

²⁰¹³ OST (F.), « Mondialisation, globalisation, universalisation... », op. cit., p. 29.

²⁰¹⁴ GEORGOPOULOS (T.) et PRAT (A.), « Une doctrine de l’Union européenne en matière de gouvernance », op. cit., p. 254.

²⁰¹⁵ ARNAUD, (A.-J.), *Critique de la raison juridique...*, op. cit., p. 285.

²⁰¹⁶ POULIGNY (B.), « Acteurs en enjeux d’un processus équivoque... », op. cit., p. 174.

²⁰¹⁷ *Ibid.*

²⁰¹⁸ OST (F.), KERCHOVE (van de) (M.), *De la pyramide au réseau ?...*, op. cit., p. 177.

transformera en « de simples opérateurs privés pour la mise en œuvre des stratégies des acteurs publics »²⁰¹⁹.

Il est vrai que le risque d'« instrumentalisation des mouvements de la société civile »²⁰²⁰ est bien présent. Les États et les institutions internationales sont désormais conscients de « l'influence croissante qu'exerce la société civile »²⁰²¹. C'est le cas par exemple dans le domaine humanitaire. À partir du moment où les actions des ONG ont été prises très au sérieux par l'opinion publique, elles ont découvert qu'elles peuvent être instrumentalisées par les États pour justifier leurs interventions auprès de l'opinion publique²⁰²².

C'est effectivement pour cette raison que les ONG, souhaitant avoir une bonne réputation et, ainsi, fonder leur légitimité, doivent faire des efforts incessants pour veiller à leur autonomie et à leur liberté d'action²⁰²³. À cet égard, la transparence des ONG s'avère nécessaire pour qu'elles acquièrent une certaine légitimité aux yeux de l'opinion. Dans cette perspective, il existe un certain nombre de conditions concernant l'organisation interne des ONG. Au premier chef, vient la condition de la démocratie interne²⁰²⁴. Comme P. Laurent l'affirme, « [s]e revendiquer de la société civile n'apporte en soi aucune garantie démocratique. La société civile ne possède aucune qualité qui la rendrait *naturellement* démocratique »²⁰²⁵. Il faut que ces organisations s'appliquent d'abord à elles-mêmes les critères démocratiques qu'elles revendiquent de la part des instances administratives. L'autre tâche qui leur incombe pour une organisation interne démocratique est d'assurer une représentation cohérente permettant d'exprimer correctement la voix de l'organisation auprès de l'opinion publique et des instances délibératives et décisionnelles²⁰²⁶.

²⁰¹⁹ FREYSS (J.), « La solidarité internationale, une profession? », op. cit., p. 739.

²⁰²⁰ ARNAUD (A.-J.), *Critique de la raison juridique...*, op. cit., p. 286.

²⁰²¹ LAURENT (P.), « L'émergence d'une société civile internationale », op. cit., p. 16. Ainsi, affirme l'auteur, ils « s'efforcent de l'appriivoiser par le discours flatteur et les subsides ou de la diluer en baptisant société civile des groupements qui ne sont que des prolongements des institutions étatiques ».

²⁰²² FREYSS (J.), « La solidarité internationale, une profession? », op. cit., p. 754. Selon l'auteur, ce risque « d'instrumentalisation suscite une vive résistance des ONG qui renforce la prise de distance vis-à-vis des autorités publiques. Ces phénomènes viennent se greffer sur la représentation politique de la « société civile contre l'État », caractéristique de l'humanitaire, ce qui conduit à un positionnement qui, sans être ouvertement hostile à l'État, refuse la coopération ».

²⁰²³ MAHIOU (A.), « Le droit international ou la dialectique de la rigueur et de la flexibilité », op. cit., p. 262.

²⁰²⁴ La démocratie s'impose pour toute organisation politique comme critère de la légitimité. À cet égard, les ONG n'échappent pas à cette règle. Voir SCHOLTE (J.-A.), « Société civile et gouvernance mondiale », op. cit., p. 223 et s.

²⁰²⁵ LAURENT (P.), « L'émergence d'une société civile internationale », op. cit., p. 15. Dans le même sens, voir SCHOLTE (J.-A.), « Société civile et gouvernance mondiale », op. cit., p. 225.

²⁰²⁶ LAURENT (P.), « L'émergence d'une société civile internationale », op. cit., p. 15. Sur ce point, l'auteur écrit qu'il y a un paradoxe fondamental auquel doit faire face la société civile : « comment institutionnaliser ce

On doit également noter que ces observations sur la transparence et l'indépendance des ONG ont également des répercussions dans l'appréciation de leur légitimité politique que l'on a examinée. En tout état de cause, du point de vue de la représentativité des ONG, ce sont elles-mêmes qui établissent leur légitimité par leurs pratiques, tant avec leurs actions sur le terrain que par leur transparence dans l'organisation et dans l'action. La question de légitimité elle-même est une question hautement politique²⁰²⁷ et les considérations sur son fondement dépendent largement de l'efficacité des activités des ONG. Et l'efficacité passe toujours par l'organisation, par la professionnalisation dans l'organisation²⁰²⁸. La professionnalisation des ONG légitime également leur participation aux processus délibératifs et décisionnels qui font appel à une « société civile organisée »²⁰²⁹. Ce constat montre encore une fois que la légitimité de la capacité représentative des ONG se détermine en grande partie par rapport à l'appréciation de l'opinion publique²⁰³⁰.

Pour conclure, on peut constater que l'État, en l'état actuel, est l'expression d'une séparation extrêmement brutale et fictive entre la sphère internationale et la sphère nationale. La configuration fondamentalement état-centrique de l'ordre international actuel, dont la souveraineté est le principe à la fois traducteur et protecteur, constitue l'obstacle commun devant les revendications du mouvement de la société civile au niveau à la fois national et international. Mais comme on l'avait affirmé concernant les activités internationales des entités publiques infra-étatiques, le phénomène qui confirme la capacité représentative de la société civile relève également d'un domaine où le fait précède le droit. Loin des appréciations et des catégories formelles, rendues obsolètes par la pratique, la société civile

qui n'est pas institutionnalisable ? En solutionnant le problème de la coordination, la société civile ne perdrait-elle pas du même coup toute sa vigueur ? ». Selon lui, cette impasse vient d'une vision de l'institutionnalisation calquée sur celle liée au pouvoir que la société civile ne doit pas prendre comme objectif. Car, elle « n'a pas pour but l'organisation d'un pouvoir mais l'élargissement d'un espace public et, pour atteindre cet objectif, les conditions d'efficacité s'apparentent plus à des structures souples et mobiles, changeantes dans l'espace et limitées dans le temps ».

²⁰²⁷ GEORGOPOULOS (T.) et PRAT (A.), « Une doctrine de l'Union européenne en matière de gouvernance », op. cit., p. 252.

²⁰²⁸ Dans cette perspective, J. Freyss constate que, motivées et guidées par la recherche de l'efficacité, les ONG se canalisent dans un processus de professionnalisation. Selon l'auteur, cette professionnalisation est possible dans deux manières. La première est la professionnalisation *dans* l'action, c'est-à-dire mobiliser les compétences et les savoirs techniques nécessaires à l'efficacité de l'action menée. La deuxième est la professionnalisation *des* ONG qui signifie disposer des « capacités collectives à agir solidairement ». Voir FREYSS (J.), « La solidarité internationale, une profession? », op. cit., p. 758 et s.

²⁰²⁹ FRYDMAN (B.), « Vers un statut de la société civile dans l'ordre international », op. cit., p. 155.

²⁰³⁰ NIGGLI (P.) et ROTHENBÜHLER (A.), « ONG et gouvernance mondiale : une légitimité contestée », *Annuaire suisse de politique de développement*, Vol. 23, n°2, 2004, p. 26, accessible en ligne : <http://aspd.revues.org/447>.

s'affirme dans l'action, à la fois par sa légitimité et sa capacité de savoir-faire. Ainsi, assurant elles-mêmes leur présence sur le plan international, les ONG remettent sérieusement en question le monopole du pouvoir représentatif des États dans l'ordre juridique international.

Conclusion du Titre I

L'accroissement et l'accélération des activités transnationales et transfrontières qu'implique le phénomène de la mondialisation ont eu pour conséquence l'émergence d'un « nouvel espace de pouvoir »²⁰³¹ dans lequel interagissent désormais des entités autres que les États. L'émergence de nouveaux acteurs sur la scène internationale est novatrice dans la mesure où ces acteurs constituent de nouveaux centres de pouvoir représentatifs d'intérêts divers dont la représentation sur la scène internationale n'est pas assurée par les États pour différentes raisons. En effet, l'État se trouve dans l'incapacité de répondre à toutes les exigences de la vie collective et de résoudre les problèmes auxquels il est confronté. Il est, selon le mot de Giddens, « trop petit pour les grands problèmes de la vie, et trop grand pour les petits problèmes »²⁰³². Le glissement de pouvoir vers le haut (entités supranationales) et vers le bas (entités infra-étatiques) s'explique effectivement par cette insuffisance de l'État.

Dans la perspective de l'émergence d'autres acteurs représentatifs formant un nouvel espace de pouvoir, les exemples d'intégration institutionnelle de la communauté internationale revêtent une importance considérable. Quoique les États restent omniprésents dans la création et la structure institutionnelle des organisations internationales de nature supranationale, ces dernières représentent et défendent les intérêts d'un ensemble bien plus large que simplement interétatique. L'Autorité internationale des fonds marins en constitue à cet égard la meilleure preuve. Malgré les difficultés liées à la persistance de l'interétatisme dans son fonctionnement, elle reflète parfaitement l'évolution d'une institutionnalisation internationale fondée pour la représentation et la défense de l'intérêt de l'humanité tout entière. Cependant, c'est surtout l'Union européenne qui reste, en l'état actuel, l'exemple le plus frappant d'un certain dépassement du modèle étatique d'organisation sociétale²⁰³³. Elle offre en effet un cadre *sui generis* où s'exercent un certain nombre de fonctions considérées propres à l'État et constitue, de ce fait, un niveau de pouvoir supérieur (niveau supranational) à celui qu'incarne l'État (niveau national). Les institutions internationales de nature supranationales sont novatrices en ce sens qu'elles engendrent un nouvel espace politique représentatif dans un niveau supranational et contribuent ainsi à la désétatisation de l'espace international.

²⁰³¹ DUTHEIL de la ROCHERE (J.), « Mondialisation et régionalisation », op. cit. p. 435.

²⁰³² GIDDENS (A.), *Les conséquences de la modernité*, traduit par O. Meyer, L'Harmattan, 1994, p. 71.

²⁰³³ Voir SCANDAMIS (N.), *Le paradigme de la gouvernance européenne. Entre souveraineté et marché*, op. cit., p. 42 et p. 48.

Cette désétatisation de l'espace international s'effectue également par la contribution des entités infra-étatiques – publiques ou civiles. Il convient de préciser que leur contribution sur la scène internationale ne doit pas être appréciée en termes de l'existence ou non d'une personnalité juridique internationale. Comme J. Barberis l'a constaté il y a presque trente ans, attachée à une vision état-centrique de l'ordre juridique international, « [l]a doctrine n'a pas toujours su interpréter les modifications que la communauté internationale subit continuellement, en particulier lorsqu'il s'agit de vérifier si certaines entités possèdent la personnalité juridique internationale ». Estimant que seuls les États peuvent être sujets de droit international, cette approche a exclu les autres entités²⁰³⁴. Ce concept très formel ne permet donc pas de rendre compte des mouvements qui s'effectuent en dehors du cadre exclusivement interétatique et, parfois, en marge du droit. Les activités internationales des entités infra-étatiques relèvent, on l'a constaté, d'un domaine où le fait précède le droit.

La souveraineté est souvent considérée comme un obstacle devant une configuration pluraliste, autre qu'état-centrique de l'ordre juridique international²⁰³⁵. Il est vrai que, dans sa configuration classique fondée sur la notion de souveraineté et conçu comme un système exclusivement interétatique, l'ordre juridique international n'arrive pas à enregistrer les mutations des sociétés. En raison de cette configuration état-centrique de l'ordre juridique international et d'une vision du pouvoir politique attachée au modèle étatique, le glissement du pouvoir vers le haut et vers le bas est interprété comme des mouvements de création de nouveaux États. En effet, l'exemple de l'Union européenne ou les pratiques de décentralisation du pouvoir dans l'État montrent qu'on pense l'organisation politique et le pouvoir représentatif toujours en termes d'État. Mais créer de nouveaux États de taille plus petite (État fédéré) ou plus grande (Union européenne) ne constitue pas une solution à l'impasse de l'État tout court.

D'ailleurs, la critique de la configuration état-centrique ne doit pas conduire à des alternatives qui prendront d'autres sujets du droit comme centre, en ignorant à leur tour les autres acteurs de la vie internationale. L'alternative du système état-centrique ne serait ni un système individu-centrique comme le proposaient les opposants à la notion de souveraineté et à l'État

²⁰³⁴ BARBERIS (J.), « Nouvelles questions concernant la personnalité juridique internationale », *RCADI*, 1983, vol. 179, p. 172 et 173. En effet, même la reconnaissance de la personnalité juridique des organisations internationales a été longtemps refusée. Voir *infra*.

²⁰³⁵ Comme exemple, on peut se référer à O. Beaud qui considère le principe de souveraineté contraire à la théorie de Fédération qu'il développe comme une entité politique constituée d'États souverains. Voir BEAUD (O.), *Théorie de la fédération*, op. cit., p. 43.

tout-puissant, ni un système institutionnel international correspondant à un modèle d'État mondial, encore plus géant et éloigné des citoyens. La mise en place d'un système incluant tous les acteurs et toutes les dynamiques de la vie commune, sans les mettre forcément sur un pied d'égalité mais en leur offrant un cadre d'action correspondant à leur capacité d'action et à leur légitimité, s'avère nécessaire. Comme A.-J. Arnaud l'affirme, « c'est à la fois par le haut et par le bas que s'implémente progressivement une démocratie à l'occidentale sur la surface du globe »²⁰³⁶.

Cette mutation de la communauté internationale, marquée par la diversité de centres de pouvoir représentatif, a eu pour conséquence de mettre en évidence de plus en plus nettement l'insuffisance d'un système normatif centré essentiellement et exclusivement sur l'État et les rapports interétatiques, et la nécessité d'un nouveau droit, adapté à cette pluralité de sujets et au processus d'intégration suscité par les phénomènes de mondialisation.

²⁰³⁶ ARNAUD André-Jean, *Critique de la raison juridique...*, op. cit., p. 134.

Titre II : La remise en cause du monopole du pouvoir normatif des États

La mondialisation a entraîné la régression de la puissance économique et politique des États²⁰³⁷, accompagnée de l'émergence de nouveaux centres de pouvoir représentatif sur le plan international²⁰³⁸. On a pu, en effet, observer qu'une communauté intégrée et de plus en plus « désétatisée » émerge au niveau tant mondial que régional²⁰³⁹. Cette transformation des sociétés contemporaines sur le plan socio-économique, mais aussi politique et institutionnel, a également eu des répercussions sur le plan juridique. Il est vrai que, comme J. Habermas l'affirme, « le changement de structure de la société se traduit par un changement du droit lui-même »²⁰⁴⁰. Ainsi, à l'instar de la société qu'il est censé régir, le droit qui accompagne cette transformation « se désétatise » également²⁰⁴¹.

Il convient de préciser tout de suite que la désétatisation du droit ne signifie pas la disparition des États mais la perte de maîtrise totale dont disposaient les États dans leur ensemble sur le plan international²⁰⁴². Certes, les États y demeurent encore d'une manière plus forte que n'importe quel autre acteur. Ils contrôlent les processus normatifs, y prennent l'initiative et en donnent la direction. Mais la diminution du rôle des États dans le processus normatif est désormais une réalité indéniable dans la mesure où la régulation des phénomènes de la mondialisation qui dépassent tout cadre étatique et interétatique fait nécessairement appel à des méthodes pluralistes. La société contemporaine est en effet caractérisée par l'accroissement et l'accélération des activités transnationales et transfrontières, impliquant des acteurs de différents niveaux et de différente nature.

Toutefois, comme J. Verhoeven le constate, « force est néanmoins d'admettre qu'enfermé dans une société interétatique, le droit demeure largement en recul sur ces réalités »²⁰⁴³. Il est vrai que l'ordre juridique international se montre très conservateur et lent à réagir face aux

²⁰³⁷ Voir AUBY (J.-B.), *La globalisation, le droit et l'État*, op. cit., p. 136.

²⁰³⁸ RUIZ FABRI (H.), « La contribution de l'Organisation Mondiale du Commerce à la gestion de l'espace juridique mondial », op. cit., p. 350.

²⁰³⁹ Voir *infra*, Titre I, Partie II.

²⁰⁴⁰ HABERMAS (J.), *Droit et démocratie...*, op. cit., p. 422. Dans le même sens, J. Chevallier affirme que « le droit, en tant que production sociale, est appelé à évoluer en fonction des mutations sociales ». Voir CHEVALLIER (J.), « Vers un droit post-moderne ?... », op. cit., p. 660.

²⁰⁴¹ Il est vrai que la diminution de la maîtrise des États sur le phénomène juridique est intimement liée à l'émergence des revendications du pouvoir représentatif que l'on a examiné au Titre I de la seconde Partie. En ce sens voir également VERHOEVEN (J.), « Considérations sur ce qui est commun. Cours général... », op. cit., p. 107.

²⁰⁴² Voir *infra*. Titre I, Partie I.

²⁰⁴³ VERHOEVEN (J.), « l'État et l'ordre juridique international », op. cit., p. 762.

phénomènes de la mondialisation. Qu'elle soit voulue ou subie, la mondialisation existe. Maintenant, la question est de savoir comment elle sera régulée. Si on préfère l'ordre au désordre et que la régulation passe par le droit, il faut que ce dernier soit adapté aux exigences de la mondialisation²⁰⁴⁴.

Le concept de gouvernance globale est alors avancé comme un instrument d'ajustement entre différents facteurs d'un phénomène que l'on appelle la mondialisation. La gouvernance correspond à la fois à « la recherche de nouvelles techniques de gouvernement » et à « une approche normative capable de soutenir cette recherche »²⁰⁴⁵. Le but de la gouvernance globale est la réorganisation des processus de prise de décision dans un monde non plus état-centrique mais polycentrique au sein duquel viennent prendre place des entités étatiques (États, organisations internationales, des entités supra- et infra-étatiques) comme des acteurs non étatiques, créant des rapports non plus strictement pyramidaux et hiérarchiques mais enchevêtrés. Pour une gouvernance effective au niveau planétaire cette nouvelle configuration doit prendre en compte à la fois la pluralité des sujets et la pluralité des niveaux²⁰⁴⁶.

C'est justement en ce sens qu'il faut s'interroger sur la possibilité d'un « droit sans les États »²⁰⁴⁷ et d'une production normative « désétatisée ». Dans cette perspective, il convient d'examiner d'abord ce processus de désétatisation du droit qui se produit en amont de la production normative (Chapitre I) pour s'intéresser ensuite à une désétatisation du droit en aval du phénomène normatif (Chapitre II).

²⁰⁴⁴ A. Pellet constate effectivement que « comme tout droit, le droit international est un instrument de gestion de la société qu'il régit et doit permettre de trouver des solutions adaptées aux différends qui y surgissent ». Voir PELLET (A.), « L'adaptation du droit international aux besoins changeants de la société internationale », RCADI, vol. 329, 2007, p. 46-47.

²⁰⁴⁵ Sur cette vision de concept de gouvernance, voir BENYEKHEF (K.), *Une possible histoire de la norme...*, op. cit., p. 627 et s. et plus particulièrement p. 633.

²⁰⁴⁶ A.-J. Arnaud affirme effectivement qu'aujourd'hui, « on ne peut plus parler de régulation sociale, de régulation juridique, de production normative, de production du droit, de prise de décision politique [...] sans prendre en compte la fragmentation de la souveraineté et la segmentation du pouvoir qui caractérisent les sociétés contemporaines ». ARNAUD (A.-J.), *Entre modernité et mondialisation...*, op. cit., p. 137.

²⁰⁴⁷ Voir COHEN-TANUGI (L.), « Le droit sans les États ? », in *La mondialisation entre illusion et utopie*, APD, pp. 285-289 ; TEUBNER (G.) (sous dir.), *Global Law without a State*, Dartmouth, 1997, 305 p. ; BELLEY (J.-G.), « Le pluralisme juridique comme doctrine de la science du droit », in *Pour un droit pluriel, Études offertes au Professeur Jean-François Perrin*, Helbing & Lichtenhahn, 2002, p. 140.

Chapitre I : La désétatisation du droit international en amont de la production normative

On avait constaté que la souveraineté est la traduction du privilège d'exclusivité dont les États disposent ensemble dans l'ordre juridique international sur la production de la norme juridique. Selon J. Chevallier, ce « concept-clé ayant présidé la construction du droit moderne, en relation étroite avec l'édification de l'État [...], non seulement n'a jamais suffi à rendre compte des différentes dimensions du phénomène juridique, mais encore il tend à perdre de plus en plus de sa substance du fait de l'évolution du droit en cours dans les sociétés contemporaines ». Selon lui, il n'est, certes, pas question de prétendre le dépassement total de cette conception du droit « marqué par l'empreinte étatique ». L'État « reste au principe de la formation des identités collectives et constitue toujours le lieu privilégié d'encadrement et de régulation des rapports sociaux ». Néanmoins, il faut admettre que les évolutions récentes, qui ont remis en cause la représentation totalisatrice de l'État, exigent une réévaluation de ce lien constitutif entre l'État et le droit²⁰⁴⁸.

Parmi ces évolutions, on doit évoquer notamment le phénomène de la mondialisation qui contribue à transformer les processus de production normative et les rapports entre les systèmes normatifs relevant de l'ordre juridique international. Comme J.-B. Auby l'observe, sous la pression des phénomènes de la mondialisation, le droit international contemporain s'éloigne de plus en plus des rives de l'interétatisme classique²⁰⁴⁹ (Section I).

Le système état-centrique n'est donc pas insensible aux transformations de la société. Face aux exigences du processus de la mondialisation et aux revendications de représentation de nouveaux centres de pouvoir, une redéfinition des fonctions de l'État et la reconfiguration de sa structure semblent inévitables. Selon J. Chevallier, cette « reconfiguration des appareils d'État » donne naissance à un modèle nouveau d'État qu'il qualifie « État post-moderne »²⁰⁵⁰. Ce changement de paradigme ne manque pas d'effet sur le phénomène juridique. Le lien entre le droit et l'État se redéfinit et la conception du droit s'émancipe de l'empire de l'État. Ainsi, concomitamment à la reconfiguration structurelle et fonctionnelle de l'État, un paradigme nouveau du droit apparaît (Section II).

²⁰⁴⁸ Voir CHEVALLIER (J.), « Souveraineté et droit », in *Les évolutions de la souveraineté*, D. M. Desgrées du Loû (sous dir.), LARAJ, 2006, p. 203 et s.

²⁰⁴⁹ AUBY (J.-B.), *La globalisation, le droit et l'État*, op. cit., p. 97

²⁰⁵⁰ CHEVALLIER (J.), *L'État post-moderne*, op. cit., particulièrement p. 19 et s.

Section I. Le droit international échappe aux États : l'intégration et le pluralisme

Les transformations que la mondialisation a provoquées ont des répercussions sur les processus de production normative dans l'orbite internationale. Ce phénomène qui s'identifie souvent comme une mondialisation du droit, a eu deux conséquences importantes sur « la capacité *souveraine* de l'État à dire le droit »²⁰⁵¹. La première est l'émergence d'autres acteurs et sources d'action normative dans la sphère internationale jusque-là réservée aux seuls États. C'est le concept du pluralisme qui traduit ce phénomène de multiplication de faiseurs du droit qui est effectivement un des caractéristiques du processus de la mondialisation du droit²⁰⁵² (Paragraphe I). Quant à la deuxième, il s'agit de l'intégration normative qui se manifeste à travers le rapprochement des droits nationaux et la dilution de la distinction classique entre ce qui désigne le « national » et l'« international ». Les États n'ont pas la maîtrise totale sur ce processus d'intégration normative qui se produit au niveau mondial (Paragraphe II).

Paragraphe I. Le phénomène du pluralisme : La rupture d'équivalence entre le droit et l'État

Il s'avère indispensable de recourir au pluralisme pour comprendre l'évolution du phénomène normatif qui se désétatise tant à l'échelle globale que locale²⁰⁵³. Le concept de pluralisme a deux apports qui modifient profondément la conception moderne du phénomène normatif. Le pluralisme constitue d'abord une rupture par rapport à l'idée selon laquelle le droit doit se rattacher systématiquement et exclusivement à l'État. S'opposant ainsi à cette conception monocentriste du droit, il développe sa propre vision juridique en vue de « décrire et comprendre les modalités de la production des normes juridiques, leur articulation et éventuellement leur application »²⁰⁵⁴ (A). Le concept du pluralisme traduit ensuite l'émergence d'une société polycentrique caractérisée par la multiplication des lieux de production de la norme juridique et par la pluralité d'acteurs impliqués dans le processus normatif (B).

²⁰⁵¹ BENYEKHFLEF (K.), *Une possible histoire de la norme...*, op. cit., p. 4.

²⁰⁵² DELMAS-MARTY (M.), « Les processus de mondialisation du droit », in *Le droit saisi par la mondialisation*, C.-A. Morand (sous dir.), Bruylant, 2001, p. 63 et s.

²⁰⁵³ Voir TEUBNER (G.), « Global Bukowina : Legal Pluralism in the World Society », in *Global Law without a State*, G. Teubner (sous dir.), Dartmouth, 1997, p. 4.

²⁰⁵⁴ FONTAINE (L.), « Le pluralisme comme théorie des normes », in *Droit et pluralisme*, L. Fontaine (sous dir.), Bruylant, 2007, p. 127.

A. La fin de la « monocentricité » dans la conception du droit

Selon A.-J. Arnaud, le pluralisme implique, d'une manière générale, la fragmentation des souverainetés et la multiplicité de lieux d'édiction du droit²⁰⁵⁵. Ces deux phénomènes ne sont pas tout à fait étrangers aux historiens de la pensée juridique. L'Europe a, par exemple, connu au moyen âge cette coexistence des systèmes juridiques concurrents à plusieurs niveaux non hiérarchisés²⁰⁵⁶. Donc, le pluralisme n'est pas un phénomène nouveau. Pourtant, il est longtemps resté à la marge de la théorie du droit au profit d'une conception du droit et de l'État qui se veut la seule possible : le monisme étatique²⁰⁵⁷. Cette notion est de nouveau apparue notamment avec les théories sociologiques du droit qui proposent un « système admettant des normativités concurrentes »²⁰⁵⁸. Conçu comme un concept juridique (1), le pluralisme s'oppose de front à l'étatisation du droit (2).

1. Le pluralisme comme un concept juridique

Le phénomène du pluralisme s'examine souvent dans le sens d'un pluralisme juridique. Il a lieu de préciser tout de suite qu'il n'existe pas une seule vision du pluralisme juridique²⁰⁵⁹. Mais selon l'acceptation générale, on peut parler du pluralisme juridique en cas d'une coexistence de deux ou plusieurs systèmes juridiques qui agissent simultanément dans le même espace social et lorsqu'il existe une pluralité de sources du droit²⁰⁶⁰. En ce sens, le pluralisme s'identifie comme un phénomène de normativité multiple, produite tant par les instances étatiques ou interétatiques que par des acteurs non étatiques.

Selon les défenseurs du pluralisme juridique, la base du pluralisme peut être, certes, sociologique mais également normative ou institutionnelle²⁰⁶¹. Cette approche vise à proposer une analyse juridique du phénomène du pluralisme qui ne serait plus qu'un simple

²⁰⁵⁵ ARNAUD (A.-J.), *Entre modernité et mondialisation...*, op. cit., p. 58.

²⁰⁵⁶ Sur ce sujet voir BERGEL (J.-L.), « le plurijuridisme, rapport introductif », in *Le Plurijuridisme*, J.-L. Bergel (sous dir.), Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2005, p. 13 ; BENYEKHEF (K.), *Une possible histoire de la norme...*, op. cit., plus particulièrement titre II sur la norme pré-moderne, p. 399 et s. ; ARNAUD (A.-J.), *Entre modernité et mondialisation...*, op. cit., pp. 59-63.

²⁰⁵⁷ FONTAINE (L.), « Le pluralisme comme théorie des normes », op. cit., p. 133. Voir également BENYEKHEF (K.), *Une possible histoire de la norme...*, op. cit., p. 55. Selon l'auteur, « le pluralisme est un artefact historique mis entre parenthèses par l'idéologie étatique et positiviste afin d'assurer sa prééminence ».

²⁰⁵⁸ FONTAINE (L.), « Le pluralisme comme théorie des normes » (p. 127).

²⁰⁵⁹ Pour une analyse de différentes visions du concept du pluralisme juridique, voir BELLEY (J. G.), « Pluralisme juridique », in *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, A.-J. Arnaud (sous dir.), 1993, p. 446 et s.

²⁰⁶⁰ Voir BERGEL (J.-L.), « Le plurijuridisme », op. cit., p. 12 ; AUBY (J.-B.), *La globalisation, le droit et l'État*, op. cit., p. 204 ; TERRÉ (D.), « Le pluralisme et le droit », in *Le Pluralisme*, APD, t. 49, 2006, p. 76.

²⁰⁶¹ AUBY (J.-B.), *La globalisation, le droit et l'État*, op. cit., p. 204 et 205.

phénomène sociologique²⁰⁶². Selon cette nouvelle vision qui se réclame du réalisme, « la régulation sociale échappe dans une large mesure au contrôle du droit des États »²⁰⁶³. C'est en ce sens qu'on assiste, à travers une vision pluraliste du phénomène juridique, à une désétatisation du droit.

Toutefois, du point de vue des théories positivistes qui dominent tout phénomène juridique, il ne peut exister qu'un « pluralisme normatif » et non plus un « pluralisme juridique »²⁰⁶⁴. En effet, le pluralisme normatif peut être admissible, du point de vue du positivisme juridique, dans la mesure où il comprendra, partant d'une vision sociologique du droit, des normes sociales, morales, religieuses, etc., formant des ensembles normatifs qui « ne peuvent exister en dernière instance que parce que les États acceptent, favorisent, tolèrent ou même, parfois, ignorent leur existence »²⁰⁶⁵. Alors que ce ne serait pas le cas pour le pluralisme juridique qui s'oppose à la vision monocentriste des théories positivistes.

2. Un concept contestataire de l'étatisation du droit

C'est effectivement par son opposition à la vision monocentriste du droit que le concept du pluralisme juridique apporte sa contribution au processus de la désétatisation du droit. Acceptée comme « postulat de la théorie du positivisme légaliste », la monocentricité exprime « la croyance érigée en certitude que tout ce qui touche à la souveraineté étatique – à commencer par le droit – émane d'une source légitime et ne peut émaner que d'une seule »²⁰⁶⁶. Selon cette conception du droit, « le droit constitue un système unique essentiellement étatique, dans lequel l'État est à la fois l'unique source du droit et le seul espace normatif. Même lorsque d'autres phénomènes juridiques surgissent, ils sont purement

²⁰⁶² Selon L. Fontaine, sans remettre en cause toute théorie du droit, une telle entreprise d'analyse juridique passe inévitablement par une approche positiviste, empirique. Il est vrai qu'il est toujours difficile de s'abstraire de la vision positiviste du droit. Toutefois, selon elle, il ne s'agit pas de la construction d'une « théorie positiviste du pluralisme », mission impossible pour des raisons inhérentes au positivisme qui exclut toute approche pluraliste au phénomène normatif. Il s'agit tout simplement de penser le pluralisme à l'aide d'une théorie du droit positiviste, qui permettra de saisir la « puissance normative » du phénomène pluraliste par une méthode scientifique. Voir FONTAINE (L.), « Le pluralisme comme théorie des normes », op. cit., p. 130-131. Sur l'incompatibilité du pluralisme et du positivisme voir également p. 134 et s.

On va voir que cette antinomie, toujours constante, entre le positivisme et la logique polycentrique est également évoquée à propos du droit cosmopolitique. Sur ce sujet voir BENYEKHEF (K.), *Une possible histoire de la norme...*, op. cit., p. 679.

²⁰⁶³ BELLEY (J.-G.), « Le pluralisme juridique comme doctrine de la science du droit », in *Pour un droit pluriel, Études offertes au Professeur Jean-François Perrin*, Helbing & Lichtenhahn, 2002, p. 164

²⁰⁶⁴ Voir FONTAINE (L.), « Le pluralisme comme théorie des normes », op. cit., p. 128 et 129.

²⁰⁶⁵ LEBEN (C.), « De quelques doctrines de l'ordre juridique », op. cit., p. 38. Ainsi, on peut constater que la réconciliation du pluralisme normatif se fait toujours à travers la prémisse de la souveraineté de l'État.

²⁰⁶⁶ ARNAUD (A.-J.), *Entre modernité et mondialisation...*, op. cit., p. 281.

et simplement intégrés dans le système juridique global, dont l'unité est ainsi préservée, ou ignorée par lui »²⁰⁶⁷.

On peut constater que le monocentrisme correspond à un état de confusion, d'équivalence entre l'État et le droit. Il est vrai que, selon la théorie moderne de l'État et de droit, ces derniers sont considérés comme des « réalités étroitement liées », « indissociables, consubstantielles l'une à l'autre »²⁰⁶⁸. Selon D. de Béchillon, dans la théorie moderne, l'État enferme tout phénomène juridique dans une sorte de fiction qu'il crée lui-même. Elle impose une lecture fictive du monde dans lequel l'État est le critère exclusif, sinon unique de la juridicité des normes qui n'est affirmée que « par la relation qu'elles entretiennent avec l'État qui, selon les cas, les crée lui-même par le truchement de l'un de ses 'organes', ou 'habilité' une personne autre que lui à les fabriquer en vertu du pouvoir – purement fictionnel, lui aussi – dont il les investit »²⁰⁶⁹. Selon l'auteur, cette reconnaissance du caractère absolu du monopole, que l'État détient pour déterminer seul ce qui est juridique et ce qui ne l'est pas, est « la marque et le moyen le plus sûr de son extraordinaire auto-nomie : sa souveraineté »²⁰⁷⁰.

Vu sous cet angle, on peut affirmer que la monocentricité signifie en quelque sorte l'étatisation du droit. Selon D. Terré, le pluralisme s'affirme comme un concept contestataire en ce qu'il dénonce cette étatisation du droit²⁰⁷¹. Les théoriciens du pluralisme juridique

²⁰⁶⁷ Voir BERGEL (J.-L.), « Le plurijuridisme », op. cit., p. 14.

Selon D. Terré, sans renfermer tout phénomène juridique à l'ordre juridique étatique, le rôle central de ce dernier a été reconnu même par certains défenseurs du pluralisme juridique, comme Santi Romano qui « accord[e] au centralisme juridique un rôle essentiel ». L'auteur précise que « [s]elon Santi Romano, un ordre juridique, qu'il soit reconnu ou non, existe dans sa propre sphère. Mais le problème est alors de caractériser les rapports d'un ordre juridique avec un autre et principalement ceux des ordres juridiques non étatiques avec celui de l'État. C'est pourquoi, dans sa typologie des ordres juridiques, Santi Romano définit l'importance de chacun d'eux par rapport à l'État. Il parle de relevance ou d'irrelevance pour signaler si un ordre tient compte ou non de l'existence d'un autre. Et selon lui, l'État jouit, de par son universalisme et sa souveraineté, d'une supériorité indiscutable : quelles que soient les modalités de relevance d'un ordre juridique non étatique pour l'État, cet ordre sera de toute façon, directement ou indirectement, subordonné à l'État ». Voir TERRÉ (D.), « Le pluralisme et le droit », in *Le Pluralisme*, APD, t. 49, 2006, p. 77.

Pour une réflexion semblable, voir également BENYEKHFLEF (K.), *Une possible histoire de la norme...*, op. cit., p. 836. Selon l'auteur, « [u]n pluralisme juridique tous azimuts, qui n'accorderait aucun statut particulier à la norme étatique en raison, d'abord, de son évidente centralité normative et, ensuite, dans les sociétés démocratiques, de sa qualité démocratique, nous mènerait vers des difficultés normatives encore plus grandes que celles dénoncées jusqu'ici ».

²⁰⁶⁸ CHEVALLIER (J.), *L'État post-moderne*, op. cit., p. 99. Dans le même sens voir également BENYEKHFLEF (K.), *Une possible histoire de la norme...*, op. cit., p. 43 et 44 ; TERRÉ (D.), « Le pluralisme et le droit », in *Le Pluralisme*, APD, t. 49, 2006, p. 74.

²⁰⁶⁹ Voir BÉCHILLON (de) (D.), « La structure des normes juridiques à l'épreuve de la post-modernité », in *La production des normes entre État et société civile. Les figures de l'institution et de la norme entre États et société civile*, E. Serverin et A. Berthoud (sous dir.), L'Harmattan, 2000, p. 69.

²⁰⁷⁰ *Idem.*, p. 70.

²⁰⁷¹ TERRÉ (D.), « Le pluralisme et le droit », op. cit., p. 74

défendent effectivement que cette conception moniste du droit est incapable de rendre compte les réalités sociales et politiques des normativités et elle est périmée²⁰⁷² et que, contrairement à ce que suppose la vision monocentriste, le droit « n'est pas un tout uniforme, identifié à l'État, mais il est multiple et hétérogène »²⁰⁷³.

Partant, D. Terré affirme que le pluralisme juridique se manifeste comme « un mouvement de relativisation de l'État ». Selon lui, l'État est relativisé par cette vision pluraliste qui « dénonce le caractère totalisant et exclusif du monisme juridique qui contribue non seulement à conforter l'idée d'une suprématie étatique, mais aussi à méconnaître la complexité de la vie sociale en donnant d'elle l'image d'un Tout cohérent et homogène »²⁰⁷⁴. Selon J. Chevallier cette image n'a jamais reflété la réalité :

« malgré ses prétentions totalisantes et sa recherche de l'exclusivité, l'ordre juridique étatique n'est jamais parvenu à ramener à lui et à condenser l'intégralité des phénomènes juridiques ; il a toujours été pris à revers et court-circuité par des normes se formant en d'autres lieux et échappant au moins en partie à sa médiation »²⁰⁷⁵.

En ce sens, le pluralisme juridique s'affirme surtout comme un « ajustement du droit à la complexité »²⁰⁷⁶ des réalités sociales et politiques des sociétés contemporaines²⁰⁷⁷. Il est vrai que, « [q]uelle que soit la signification que l'on attache au terme 'pluralisme', l'idée à laquelle il renvoie toujours correspond à l'existence et/ou à la reconnaissance de valeurs et d'intérêts distincts, multiples, pluriels »²⁰⁷⁸. Du point de vue strictement juridique, la prise en compte de la pluralité de valeurs et d'intérêts liée au droit suppose à la fois une pluralité au niveau du contenu des règles, qui seront adaptées à la pluralité de ses destinataires, et une

²⁰⁷² BENYEKHFLEF (K.), *Une possible histoire de la norme...*, op. cit., p. 44 et s. Selon l'auteur, le pluralisme est en effet « une théorie qui nous permettra de dépeindre plus justement et de mieux saisir les réalités normatives. Loin de statocentrisme, le pluralisme facilitera un nouvel entendement du droit » (p. 55).

²⁰⁷³ TERRÉ (D.), « Le pluralisme et le droit », op. cit., p. 74. Dans le même sens voir également CARBONNIER (J.), *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 2001, 10^e éd., p. 18-19.

²⁰⁷⁴ Voir TERRÉ (D.), « Le pluralisme et le droit », op. cit., p. 74 et 76. Selon l'auteur, l'idée d'opposition contre l'État est inhérente au pluralisme qui signifie, selon lui, « la société contre l'État. Ou, plus exactement, les sociétés, les groupements, contre l'État » (p. 78).

Dans le même sens F. Crépeau constate que l'intensification du pluralisme diminue le rôle de l'État dans le phénomène juridique. Voir CRÉPEAU (F.), « Mondialisation, pluralisme et souveraineté... », op. cit., p. 16.

²⁰⁷⁵ CHEVALLIER (J.), *L'État post-moderne*, op. cit., p. 123.

²⁰⁷⁶ BENYEKHFLEF (K.), *Une possible histoire de la norme...*, op. cit., p. 43. Dans le même sens voir ARNAUD (A.-J.), *Entre modernité et mondialisation...*, p. 281.

²⁰⁷⁷ Pour les différents aspects de l'encadrement juridique de la complexité, voir les contributions au colloque de Brest du 24 mars 2006, publié sous le titre de *Droit et complexité. Pour une nouvelle intelligence du droit vivant*, DOAT (M.), LE GOFF (J.) et PÉDROT (P.) (sous dir.), Presses universitaires de Rennes, 2007, 252 p.

²⁰⁷⁸ FONTAINE (L.), « Le pluralisme comme théorie des normes », op. cit., p. 125.

pluralité quant au mode de production de ces règles, impliquant une pluralité d'acteurs et/ou de sources du droit. On va constater qu'il s'agit ici de la vision d'une société polycentrique.

B. L'apparition d'une logique polycentrique

Le phénomène du pluralisme s'analyse souvent sous l'angle de la philosophie du droit. Cependant, il a un visage bien concret qui se dessine par des phénomènes de la mondialisation, des « phénomènes politiques, économiques et culturels caractéristiques du temps présent qui dépassent, de loin, » non seulement le concept d'État-nation mais également tout système interétatique²⁰⁷⁹. De ce point de vue, le pluralisme se conçoit comme « mode d'organisation et de régulation d'une société » mondialisée, polycentrique qui est caractérisée à la fois par la pluralité des lieux de production normative (1) et par la multiplicité des acteurs sociaux impliqués dans la gouvernance (2)²⁰⁸⁰.

1. Le pluralisme entendu comme une pluralité des lieux de production normative

Dans les sociétés contemporaines, la régulation juridique s'effectue désormais « par l'intervention d'acteurs multiples, situés dans des espaces juridiques différents et non hiérarchisés les uns aux autres »²⁰⁸¹. Cela s'appelle la polycentricité. Selon A.-J. Arnaud, la polycentricité signifie que « l'État n'est pas au centre de toute la vie juridique, et tout droit n'est pas nécessairement un système hiérarchisé de normes, de type pyramidal ». Selon lui, c'est en ce sens qu'elle constitue « un défi à l'ordre juridique pyramidal que nous a légué le positivisme étatique et juridique issu de la philosophie 'moderne' »²⁰⁸².

Le pluralisme, dans le sens d'une pluralité de systèmes d'ordonnement, existe partiellement dans les ordres juridiques nationaux où coexistent le droit international et le droit interne qui se chargent en même temps d'une partie de la régulation juridique dans le

²⁰⁷⁹ PETEV (V.), « Pluralisme juridique, construction européenne et droits participatifs, in *Le Pluralisme*, APD, t. 49, 2006, p. 14. Selon l'auteur, en tant qu'expression de la multiplicité et de la diversité, le pluralisme fait sans doute « partie intégrante du processus de la mondialisation qui pose un défi, auquel aucun ordre juridique (national, international ou transnational) ne saurait échapper » (p. 15).

²⁰⁸⁰ *Ibid.*

²⁰⁸¹ CHEVALLIER (J.), « La régulation juridique en question », *Droit et société*, 2001, p. 835.

²⁰⁸² ARNAUD (A.-J.), *Entre modernité et mondialisation...*, op. cit., p. 281.

même champ social²⁰⁸³. On verra que ce pluralisme a été encore renforcé suivant l'extension à la fois spatiale et substantielle du droit international qui est désormais devenu applicable directement aux ordres juridiques nationaux dans des domaines de plus en plus nombreux relevant des rapports juridiques autres qu'interétatiques. Cette extension du droit international constitue, certes, l'expression d'un processus de désétatisation du droit. Cependant, rien que la coexistence des ordres juridiques interne et international ne nous permet pas de conclure que ce pluralisme juridique puisse signifier la fin du monopole des États dans la production du droit²⁰⁸⁴. Quoique le droit international s'appuie sur une logique naturellement pluraliste puisqu'interétatique, comme le droit interne, il est un droit intégralement maîtrisé par les États.

De ce fait, il convient de préciser que, du point de vue de la désétatisation du droit international par le phénomène du pluralisme, la polycentricité n'a un sens que s'il existe des ensembles normatifs non étatiques qui coexistent et interagissent simultanément avec les ordres juridiques étatiques. Cet aspect du pluralisme juridique suppose donc l'existence des normes produites directement par des acteurs non étatiques. Ce point qui relève, de notre point de vue, de la désétatisation du droit international en aval du processus normatif, sera examiné au chapitre suivant. Au regard de la désétatisation du droit international en amont de la production normative, c'est surtout à la pluralité des acteurs impliqués dans le processus normatif qu'il faut s'intéresser.

2. Le pluralisme entendu comme une pluralité d'acteurs impliqués dans la production normative internationale

Entendu comme une pluralité de producteurs du droit, le pluralisme s'impose dans l'ordre juridique international comme un fait. En effet, il convient de rappeler que, contrairement à ce que l'on peut croire, la pluralité est une notion inhérente à la souveraineté des États²⁰⁸⁵. Cette pluralité se manifeste à travers la notion d'intersubjectivité qui suppose que la production de la norme internationale s'effectue nécessairement dans un processus communicationnel et

²⁰⁸³ Au sujet du pluralisme en droit international voir SOREL (J.-M.), « Le rôle du droit international dans le développement du pluralisme (et vice versa) : une liaison moins naturelle qu'il n'y paraît », in *Droit et pluralisme*, L. Fontaine (sous dir.), Bruylant, 2007, pp. 73-99.

²⁰⁸⁴ Il importe de préciser que la question de la coexistence des ordres juridiques ou des normativités non étatiques se pose particulièrement concernant des ordres juridiques constitués en marge des États et relève en grande partie de la désétatisation du droit en aval que l'on examinera au chapitre suivant. Voir *supra*.

²⁰⁸⁵ Voir *infra*, le Premier titre de la Partie I.

pluraliste, incluant nécessairement une pluralité d'États. À cet égard, contrairement au droit interne qui est édicté par un seul foyer juridique, c'est-à-dire l'État, le droit interétatique suppose toujours un certain pluralisme. Mais ce pluralisme, dominé par la logique interétatique, autrement dit par la logique de la souveraineté des États, n'implique que les États. Le pluralisme entendu comme l'implication d'autres acteurs que les États tend ainsi à élargir cette conception de l'intersubjectivité pour permettre la participation de ceux-ci à l'émergence d'un droit international, et non plus interétatique.

En ce sens, on peut observer qu'il existe actuellement plusieurs éléments qui permettent de constater l'émergence d'une logique polycentrique. Le phénomène s'affirme d'abord par la diversification des acteurs impliqués dans le processus de la production normative au sein des institutions régionales et mondiales²⁰⁸⁶. On a constaté que l'institutionnalisation de la logique interétatique n'a pas vraiment changé le rôle central des États²⁰⁸⁷. Cela est tout aussi vrai du point de vue de la production normative. En effet, selon la vision monocentriste, quelque soit le lieu et le niveau d'émission du droit – international ou infra-étatique –, l'État contrôle sa création par le monopole dont il dispose sur le phénomène normatif en tant qu'expression de sa souveraineté²⁰⁸⁸.

Toutefois, certains exemples d'institutionnalisation ont partiellement modifié la donne. Comme on a pu le constater à travers l'exemple de l'Union européenne, un nouvel espace politique représentatif se dessine au niveau supranational indépendamment de la représentation étatique²⁰⁸⁹. Cette rupture d'équivalence qui se produit entre l'État et la notion de pouvoir politique conduit à une rupture d'équivalence entre l'État et le droit²⁰⁹⁰. Il est vrai que la production du droit européen implique une pluralité d'acteurs comprenant certes les États mais également les citoyens qui y sont présents à travers le Parlement européen et des acteurs de la société civile, des entreprises, des partenaires sociaux²⁰⁹¹.

On pourrait également constater que, au sein de tant d'autres exemples d'institutionnalisation, notamment dans les domaines qui relèvent d'une gouvernance globale, « si les États restent au cœur des dispositifs internationaux de production normative, ils n'en détiennent plus le

²⁰⁸⁶ DELMAS-MARTY (M.), *Les forces imaginantes du droit I. Le relatif et l'universel*, op. cit., p. 26.

²⁰⁸⁷ Voir infra, Titre II de la Première Partie.

²⁰⁸⁸ BEAUD (O.), *La puissance de l'État*, op. cit., p. 197

²⁰⁸⁹ Voir infra.

²⁰⁹⁰ J. Chevallier constate effectivement que le phénomène de l'Union européenne reflète parfaitement cette évaluation du paradigme du droit. Voir CHEVALLIER (J.), « Vers un droit post-moderne ?... », op. cit., p. 672.

²⁰⁹¹ La participation et la contribution de ces derniers au processus normatif seront évoquées ultérieurement.

monopole »²⁰⁹². Les États ne sont plus considérés comme unique créateur du droit mais se situent parmi d'autres acteurs qui participent à la production normative.

Cette diversification de la représentation affecte également la représentation étatique. Sur ce point, il convient de rappeler l'exemple des entités infra-étatiques qui réclament de plus en plus de pouvoirs normatifs et administratifs pour la régulation des affaires relevant de leurs activités²⁰⁹³. A.-J. Arnaud constate effectivement que même dans le domaine de la production de la norme juridique, il existe un « mouvement de délocalisation » qui remet en cause le monopole des États en la matière et conduit à la fragmentation des souverainetés²⁰⁹⁴. Dans le même sens, K. Benyekhlef affirme que le système international n'est plus conçu comme un système d'États, un système intergouvernemental, mais comme un système transgouvernemental qui permet l'intervention de « plusieurs réseaux de fonctionnaires représentant différentes administrations ou agences de réglementations [...], de magistrats, de législateurs (députés) provenant d'une pluralité de nations ». Selon lui, ce modèle qu'il qualifie de « transgouvernementalisme », se propose comme une réponse aux exigences de la mondialisation²⁰⁹⁵. Supposant donc que les unités publiques de différents États puissent interagir sans se renfermer dans la représentation totalisatrice de leurs États d'appartenance, le transgouvernementalisme s'inscrit dans la perspective de la désétatisation de l'ordre juridique international.

La fragmentation et la multiplication des centres représentatifs tendent également à élargir le processus de la production normative internationale vers les milieux sociaux. Le droit vient désormais « from the social peripheries » et non plus uniquement « from the political centres of nation states and international institutions »²⁰⁹⁶. Ainsi, « le nombre des opérateurs juridiques et surtout l'intensité de leur activité normative augmentent »²⁰⁹⁷. C'est effectivement en ce sens que l'accroissement du poids des acteurs non étatiques dans les processus de production normative a été évoqué²⁰⁹⁸.

²⁰⁹² DELMAS-MARTY (M.), « Les processus de mondialisation du droit », op. cit., p. 63.

²⁰⁹³ Voir infra.

²⁰⁹⁴ L'auteur affirme effectivement que « de plus en plus nombreux sont les pouvoirs réclamés par les communautés locales, de telle manière que la régulation pourrait être, de degré en degré, dans le futur, effectuée par les autorités régionales ». Voir ARNAUD (A.-J.), *Entre modernité et mondialisation...*, op. cit., p. 282 et 283.

²⁰⁹⁵ Voir BENYEKHLEF (K.), *Une possible histoire de la norme...*, op. cit., p. 747 et p. 753.

²⁰⁹⁶ TEUBNER (G.), « Global Bukowina : Legal Pluralism in the World Society », op. cit., p. 7.

²⁰⁹⁷ BELLEY (J.-G.), « Le pluralisme juridique comme doctrine de la science du droit », p. 138.

²⁰⁹⁸ Voir AUBY, (J.-B.), *La globalisation, le droit et l'État*, op. cit., p. 99 ; BOISSON de CHAZOURNES (L.), « Gouvernance et régulation au 21^{ème} siècle : quelques propos iconoclastes », in *Une société internationale en*

On assiste sur le plan international à l'émergence des « acteurs 'rivaux' de l'État »²⁰⁹⁹ qui tend à élargir « la palette des producteurs de droit »²¹⁰⁰. Parmi ces acteurs figurent notamment les entreprises transnationales, considérées comme « les 'nouveaux pouvoirs' qui domine le monde »²¹⁰¹. De la même perspective, il faut également évoquer le rôle de la société civile qui « conteste à l'État sa capacité à pouvoir tout diriger et tout contrôler »²¹⁰². Ainsi, parallèlement à la reconnaissance de sa capacité représentative que l'on avait déjà évoquée, la société civile a acquis un rôle dans le processus de la transformation de la régulation juridique²¹⁰³.

Du point de vue de la production normative, toutes ces évolutions ne peuvent s'expliquer que par une théorie pluraliste du droit, supposant une intersubjectivité non plus exclusivement interétatique mais multiple, hétérogène. C'est effectivement en ce sens ce que le pluralisme juridique s'affirme aujourd'hui comme « le constat descriptif et l'idéologie prescriptive qui s'accordent le mieux avec la dynamique de la régulation juridique et la vision du monde des acteurs qui comptent politiquement, économiquement et socialement »²¹⁰⁴. Signifiant la multiplicité et la diversité des producteurs du droit²¹⁰⁵, le phénomène du pluralisme est l'affirmation du constat selon lequel l'interétatisme ne sera plus l'horizon indépassable du droit international.

Paragraphe II. Une intégration normative approfondie par la mondialisation

Le deuxième phénomène de la mondialisation qui affecte le monopole du pouvoir normatif des États est l'intégration normative. L'intégration normative est un processus en cours depuis l'existence des rapports intersociaux. Il est vrai que l'interrelation normative entre différents ordres juridiques n'est pas vraiment une nouveauté. Mais avec la mondialisation, ce

mutation : quels acteurs pour une gouvernance ?, L. Boisson de Chazournes et R. Mehdi (sous dir.), 2005, Bruylant, pp. 19-40.

²⁰⁹⁹ SCANDAMIS (N.), *Le paradigme de la gouvernance européenne. Entre souveraineté et marché*, p. 39.

²¹⁰⁰ AUBY (J.-B.), *La globalisation, le droit et l'État*, p. 26.

²¹⁰¹ DELMAS-MARTY (M.), *Trois défis pour un droit mondial*, Seuil, 1998, p. 138

²¹⁰² ARNAUD (A.-J.), *Entre modernité et mondialisation...*, op. cit., p. 281.

²¹⁰³ Pour ne donner qu'un exemple de la contribution de la société civile à l'élaboration normative, on peut se référer à A. Pomade qui évoque le rôle de la société civile dans l'élaboration du droit de l'environnement, qui s'inscrit dans le paradigme émergent de la postmodernité. Selon elle, par sa présence aux lieux d'émission des normes juridiques et par sa participation à leur élaboration, la société civile contribue au processus de désétatisation du droit en matière de l'environnement. Voir POMADE (A.), *La société civile et le droit de l'environnement*, op. cit., p. 302 et s.

²¹⁰⁴ BELLEY (J.-G.), « Le pluralisme juridique comme doctrine de la science du droit », op. cit., p. 164.

²¹⁰⁵ AUBY (J.-B.), *La globalisation, le droit et l'État*, op. cit., p. 98.

phénomène s'est particulièrement accéléré et accentué, conduisant à une intégration normative à l'échelle mondiale. Ce processus, que l'on peut qualifier de mondialisation du droit, s'effectue par différents moyens qui conduisent, concomitamment à l'ouverture des espaces économiques et politiques qu'entraînent les phénomènes de la mondialisation, à l'ouverture des espaces juridiques et, ainsi, à l'extension du droit international (A). La réussite de cette intégration normative, qui réduit considérablement l'autonomie de volonté des États, et affecte ainsi leur rôle dans le phénomène juridique, est intimement liée à une vision pluraliste (B).

A. L'extension du droit international

Le processus de mondialisation donne naissance à des rapports économiques qui font fi des frontières politiques. La régulation juridique de ces relations dépasse le cadre national sans entrer dans l'espace juridique international, conçu traditionnellement pour des rapports interétatiques²¹⁰⁶. Ce phénomène tend à créer un « espace public global »²¹⁰⁷, sans frontières, dans lequel les normes juridiques pourront s'appliquer indifféremment des frontières étatiques (1). À côté de cette extension spatiale du droit international, on assiste également à une extension substantielle. Construit par et pour les États, le droit international est traditionnellement accepté comme un ordre juridique exclusivement interétatique. Depuis quelques décennies, ce modèle dit « westphalien » a été sérieusement remis en cause par les phénomènes transnationaux²¹⁰⁸. Il est désormais admis que le droit international d'aujourd'hui est caractérisé par un élargissement des champs juridiques concernés (2).

1. L'extension spatiale du droit international

La mondialisation est un phénomène complexe de facteurs, comportant des mouvements d'abord économique, mais aussi culturel, sociologique, politique et juridique. Il s'agit avant tout d'un phénomène de communication. Des progrès technologiques dans le domaine de l'informatique, du transport et de la science ont entraîné l'intensification des rapports de plus en plus interdépendants et le rapprochement des pays et des cultures. Ce processus

²¹⁰⁶ ARNAUD (A.-J.), *Entre modernité et mondialisation...*, op. cit., p. 132.

²¹⁰⁷ Voir STOLL (P.-T.), « Le droit international économique face aux défis de la mondialisation », *RGDIP*, 2009, p. 275.

²¹⁰⁸ OST (F.), KERCHOVE (van de) (M.), *De la pyramide au réseau ?...*, op. cit., p. 162 et s.

d'intégration mis en marche d'abord dans le domaine économique a incité l'ouverture des espaces économiques, conduisant ensuite à l'ouverture des espaces sociaux, politiques et juridiques. Cette évolution implique la déterritorialisation des activités humaines²¹⁰⁹ qui engendre naturellement un besoin de régulation adaptée, elle aussi déterritorisée (a). Formé ainsi par des normes et des mécanismes juridiques « indifférents à la localisation spatiale des objets auxquels ils s'appliquent », ce droit internationalisé suppose une applicabilité verticale de ses normes à travers les ordres juridiques nationaux qui sont devenus de plus en plus pénétrables aux droits venus de l'extérieur²¹¹⁰ (b).

a. L'intégration normative à travers la déterritorialisation des activités humaines

La mondialisation des échanges et des activités humaines entraîne la mondialisation des catégories juridiques²¹¹¹ et déclenche un processus d'intégration normative au niveau mondial. Suivant le mode de production de la mondialisation, cette intégration peut être ascendante ou descendante²¹¹². La première hypothèse est celle que A.-J. Arnaud qualifie de « globalisation *from-below* »²¹¹³. Dans ce cas, l'intégration est ascendante. Ce modèle d'intégration consiste à une élaboration des principes communs à partir des droits nationaux. Ainsi, « certaines catégories juridiques, relevant traditionnellement d'un système national, sont reprises et utilisées par d'autres systèmes juridiques et finissent par être utilisées dans l'ensemble des systèmes juridiques »²¹¹⁴. Quant à l'intégration descendante, elle suppose une élaboration des principes au niveau international, qui deviennent ensuite applicable dans

²¹⁰⁹ On a effectivement constaté que la déterritorialisation des problèmes et des solutions est une caractéristique du phénomène de la mondialisation. Dans le domaine économique notamment, les activités se produisent désormais « sans aucun rattachement spatial particulier, sur des réseaux – Internet, notamment –, qui sont absolument mondiaux ». Cette déterritorialisation concerne tous les étapes des activités économiques : la production, la commercialisation ou la circulation des produits. Voir AUBY (J.-B.), *La globalisation, le droit et l'État*, op. cit., p. 15.

²¹¹⁰ *Idem*, p. 34 et s. Selon J.-B. Auby, la déterritorialisation du droit et son applicabilité verticale résultent effectivement de la pression que le phénomène de la globalisation exerce sur le droit. Dans le même sens, voir SCHIFF BERMAN (P.), « From International Law to Law and Globalization », *CJTL*, vol. 43, 2005, p. 485 et s.

²¹¹¹ Voir COHEN-TANUGI (L.), « Le droit sans les États ? », op. cit., p. 286. Cependant, C.-A. Morand précise que ce rapport entre les phénomènes socio-économiques de la mondialisation et la mondialisation du droit n'est pas mécanique : « Le droit dispose d'une forte autonomie par rapport à la structure sociale dans laquelle il s'insère ». Voir MORAND (C.-A.), « Le droit saisi par la mondialisation... », op. cit., p. 81-82.

²¹¹² DELMAS-MARTY (M.) (sous dir.), *Critique de l'intégration normative : l'apport du droit comparé à l'harmonisation des droits*, PUF, 2004, p. 29 et 30.

²¹¹³ ARNAUD (A.-J.), *Critique de la raison juridique...*, op. cit. p. 40.

²¹¹⁴ BOY (L.), « Normes », *Revue internationale de droit économique*, 1998, p. 145.

l'ensemble des ordres juridiques internes. Il s'agirait cette fois de la « globalisation *from-above* »²¹¹⁵.

La mondialisation du droit, qui est un phénomène bien réel²¹¹⁶, traduit ce mouvement des « 'droits venus d'ailleurs' qui pénètrent dans les droits nationaux en passant tout simplement par la porte qui leur est ouverte » grâce aux phénomènes transnationaux²¹¹⁷. Les États n'ont plus vraiment la maîtrise de ce phénomène de la mondialisation du droit qui entraîne l'affaiblissement de leur pouvoir normatif.

Cet affaiblissement se manifeste d'abord par l'effacement de la fonction des frontières étatiques en tant que critère de la normativité²¹¹⁸. La mondialisation du droit suppose la disparition de la distinction méthodologique entre le droit interne et le droit international²¹¹⁹. Par là, elle remet notamment en cause l'impénétrabilité du territoire étatique, qui est un principe cher à l'ordre juridique international que l'on a qualifié « westphalien ». Dans cette configuration état-centrique, les frontières étatiques remplissaient une fonction de barrière permettant à l'État de contrôler tout phénomène juridique, d'une part, à l'intérieur de son territoire – tout passe par l'État et dans la mesure qu'il souhaite – et, d'autre part, par rapport à l'ordre juridique international. De ce point de vue, la présence de cette barrière se traduisait comme une « discontinuité normative » entre l'ordre juridique international et les ordres juridiques internes. Considéré par les États comme synonyme de leur autonomie et de leur indépendance, ce concept de « chacun chez soi » était marqué notamment par l'absence de rapport hiérarchique entre les normes internationales et internes, par une applicabilité interne des normes internationales dépendant de bon vouloir des États et par l'absence d'influence des instruments de coopération internationale sur le droit interne²¹²⁰.

²¹¹⁵ ARNAUD (A.-J.), *Critique de la raison juridique...*, op. cit., p. 40.

²¹¹⁶ Voir LOQUIN (E.) et KESSEDJIAN (C.) (sous dir.), *La mondialisation du droit*, Litec, 2000, 612 p.

On tient à préciser que l'expression de « globalisation du droit », que certains auteurs préfèrent employer, a une signification identique à celle de « mondialisation du droit ». Voir par exemple, AUBY (J.-B.), *La globalisation, le droit et l'État*, op. cit.

²¹¹⁷ DELMAS-MARTY (M.), *Critique de l'intégration normative*, op. cit., p. 13.

²¹¹⁸ Sur ce sujet voir PONTIER (J.-M.), « La problématique du territoire et du droit », in *Droit et complexité. Pour une nouvelle intelligence du droit vivant*, Doat M., Le Goff J., Pédrot P. (sous dir.), Presses universitaires de Rennes, 2007, pp. 39-62.

²¹¹⁹ Selon J.-B. Auby la « déterritorialité » et la « transnationalité » sont effectivement deux caractéristiques du phénomène de globalisation du droit. Voir AUBY (J.-B.), *La globalisation, le droit et l'État*, op. cit., p. 53.

²¹²⁰ Voir DELMAS-MARTY (M.), « La grande complexité juridique du monde », op. cit., p. 97 et 98.

Cette fonction du territoire²¹²¹ a été largement remise en cause par des phénomènes transnationaux, « insensibles aux frontières » étatiques²¹²². M. Delmas-Marty constate effectivement que, caractérisée par les avancées technologiques qui « abolissent les distances et se jouent des frontières », la mondialisation favorise le « développement de stratégies transnationales à caractère privé qui affectent l'ensemble des échanges, qu'il s'agisse des flux économiques et financiers, mais aussi scientifiques et culturels ainsi que des flux migratoires ». Ainsi, ajoute-t-elle, ces phénomènes de la mondialisation marquent « l'affaiblissement des principes de souveraineté et de territorialité des États et le dépassement des systèmes de droit nationaux »²¹²³.

Ces phénomènes rendent compte de la nécessité d'une interaction entre le niveau local, national, régional et international au niveau de prises de décision et d'élaboration des normes²¹²⁴. Selon K. Benyekhlef, cette exigence de dialogue entre local et global, à laquelle seule une gouvernance globale peut répondre, annonce la fin de la « stratégie territoriale »²¹²⁵. Dans cette nouvelle configuration de la société mondiale marquée par la complexité des rapports spatiaux, la relation entre le pouvoir et le territoire doit être en effet repensée. Selon lui, il existe désormais une « disjonction évidente entre l'organisation politique du territoire et la géographie économique, politique et sociale contemporaine remettant en cause la validité conceptuelle du territoire »²¹²⁶. Comme J.-G. Belley le constate, nous vivons désormais dans une société mondialisée dans laquelle « le mouvement importe davantage que l'ordre »²¹²⁷.

²¹²¹ Il s'agit bien sûr des territoires étatiques. Sinon, le principe de territorialité, qui détermine la validité d'une norme juridique, reste sans doute intact. Dans ce processus de mondialisation où toute approche état-centrique est mise en doute notamment en matière de l'environnement, du commerce, de la criminalité, des droits de l'homme, une « vision nouvelle des territoires », « indifférente aux découpages nationaux », s'impose. Voir AUBY (J.-B.), *La globalisation, le droit et l'État*, op. cit., p. 106. Au sujet du changement dans la compréhension du concept du territoire, voir également TEUBNER (G.), « Global Bukowina : Legal Pluralism in the World Society », op. cit., p. 8.

²¹²² BENYEKHFLEF (K.), *Une possible histoire de la norme...*, op. cit., p. 609. Voir également OST (F.), « Mondialisation, globalisation, universalisation... », op. cit., p. 12 et s.

²¹²³ Voir DELMAS-MARTY (M.), *Les forces imaginantes du droit I. Le relatif et l'universel*, op. cit., p. 36 et 37.

²¹²⁴ Considéré comme « laboratoire de la mondialisation », l'espace juridique européen constitue à cet égard l'exemple le plus concret de cette nécessaire interaction entre différents niveaux. Voir DELMAS-MARTY (M.), « L'espace juridique européen, laboratoire de la mondialisation », *Recueil Dalloz Sirey*, 2000, n°27, p. 421.

²¹²⁵ BENYEKHFLEF (K.), *Une possible histoire de la norme...*, op. cit., p. 610. Dans le même sens F. Ost M. van de Kerchoeve affirment que l'existence d'une telle pluralité de niveaux territoriaux de gouvernance implique incontestablement « une mise en question de la liaison monolithique entre ordre juridique et territoire ». Voir OST (F.) et KERCHOVE (van de) (M.), « Pluralisme temporel et changement », in *Nouveaux itinéraires en droit, Hommage à F. Rigaux*, Bruylant, 1993, p. 388.

²¹²⁶ BENYEKHFLEF (K.), *Une possible histoire de la norme...*, op. cit., p. 624.

²¹²⁷ BELLEY (J.-G.), « Le pluralisme juridique comme doctrine de la science du droit », op. cit., p. 149.

La conséquence la plus importante de cette déterritorialisation des activités humaines et, par conséquent, du phénomène normatif est sans doute la pénétrabilité des systèmes juridiques nationaux.

b. La pénétrabilité des systèmes juridiques nationaux comme manifestation de l'intégration normative

L'interdépendance est sans doute l'un des traits les plus caractéristiques de la communauté internationale contemporaine²¹²⁸. Résultat direct de cette interdépendance grandissante entre les sociétés, un processus d'intégration se poursuit notamment dans les domaines touchés par la mondialisation. R.-J. Dupuy constate que ce rétrécissement du monde met en cause le vieux monde des États cloisonné des territoires impénétrables²¹²⁹. Cette évolution s'affirme également sur le plan normatif. Devenus de plus en plus vulnérables aux phénomènes normatifs venus de l'extérieur²¹³⁰, les ordres juridiques nationaux ne constituent plus en effet des forteresses juridiques. Cette pénétrabilité des systèmes juridiques conduit à une extension spatiale du champ d'application du droit international notamment à travers le concept de « l'effet direct »²¹³¹.

Ce concept, qui porte atteinte, pour certains, à la souveraineté des États, implique l'applicabilité directe des normes internationales dans les ordres juridiques internes. Il est certain que, en vertu du principe de *pacta sunt servanda*, les États ont logiquement l'obligation d'appliquer les traités qu'ils ont régulièrement ratifiés et auxquels ils sont devenus parties²¹³². En intégrant en quelque sorte le droit international dans le droit interne, cette obligation permet certes d'élargir la portée du droit international. Cependant, dans cette hypothèse, l'applicabilité des normes internationales relève des mesures internes d'exécution dont l'existence et l'efficacité dépendent de la volonté des États. C'est effectivement sur ce point que la qualité d'applicabilité directe d'une norme internationale joue un rôle. Leur validité et applicabilité internes ne dépendant pas de leur transposition par l'État dans la

²¹²⁸ CARILLO-SALCEDO (J.-A.), « Droit international et souveraineté des États... », op. cit., p. 51.

²¹²⁹ Voir DUPUY (R.-J.), « Le dédoublement du monde », op. cit., p. 314.

²¹³⁰ AUBY (J.-B.), *La globalisation, le droit et l'État*, op. cit., p. 27.

²¹³¹ C.-A. Morand constate effectivement que ce concept « assouplit la distinction entre le droit interne et le droit international. De ce fait, il conduit à l'extension du champ d'applicabilité du droit international. Voir MORAND (C.-A.), « Le droit saisi par la mondialisation : définitions, enjeux et transformations », op. cit., p. 83.

À propos du concept de l'effet direct voir notamment VERHOEVEN (J.), « La notion d'« applicabilité directe » du droit international », *R.B.D.I.*, 1980, pp. 243-264 ; WITTE (de) (B.), « Direct effect, supremacy and the nature of legal order », in *The evolution of EU law*, P. Craig and G. de Burca (sous dir.), 1999, Oxford, pp. 177-213.

²¹³² Voir PELLET (A.), « Les fondements juridiques internationaux du droit communautaire », *Académie de droit européen*, Florence, *Recueil des cours*, Kluwer Law International, 1997, vol. V, t. 2, p. 256.

sphère nationale²¹³³, ces normes internationales échappent au contrôle des États. Supprimant ainsi cet « écran que les États ont l'habitude de dresser à la pénétration de ces normes en droit interne », l'applicabilité directe des normes internationales constitue un phénomène qui semble en effet entamer la souveraineté des États²¹³⁴.

Selon D. Carreau, les domaines d'élection des normes du droit international d'applicabilité directe sont le droit européen, la protection des droits de l'homme dans le cadre du Conseil de l'Europe, le statut des étrangers lorsqu'il est réglé par des conventions d'établissement, le régime des biens étrangers lorsqu'il est réglé dans un cadre conventionnel bilatéral, et les relations économiques internationales lorsque trouve à s'y appliquer la clause de la nation la plus favorisée ou la clause du traitement national²¹³⁵.

Dans ces domaines, le champ d'applicabilité des normes fait fi des frontières étatiques et elles sont applicables directement aux personnes privées qui sont en droit d'en exiger le respect à leur égard même devant les instruments judiciaires nationaux. Parmi ces domaines, les normes qui relèvent d'une formation supranationale²¹³⁶ nous intéressent particulièrement, car, d'une part, elles échappent, lors de leur élaboration, à la logique interétatique et, d'autre part, elles affirment leur primauté sur les droits nationaux. En ce sens, elles forment un droit mondial, unifié dont rien que l'idée « heurte de front l'État et sa souveraineté »²¹³⁷.

À cet égard, on doit évoquer notamment l'effet direct du droit européen²¹³⁸ qui nous offre l'exemple le plus avancé d'un tel rapport entre les normes internationales et les ordres juridiques nationaux. Dans l'ordre juridique européen, « en vertu des principes d'effet direct et de primauté du droit communautaire, les individus sont directement et en priorité gouvernés par des normes supranationales »²¹³⁹.

²¹³³ J. Verhoeven définit l'applicabilité directe comme « l'aptitude d'une règle de droit international à conférer par elle-même aux particuliers, sans requérir aucune mesure interne d'exécution, des droits dont ils puissent se prévaloir devant les autorités (juridictionnelles) de l'État où cette règle est en vigueur ». Voir VERHOEVEN (J.), « La notion d'« applicabilité directe » du droit international », op. cit., p. 243.

²¹³⁴ MORAND (C.-A.), « La souveraineté, un concept dépassé à l'heure de la mondialisation ? », in *L'ordre juridique international, un système en quête d'équité et d'universalité, Liber amicorum Georges Abi-Saab*, MNP, 2001, p. 161.

²¹³⁵ Voir CARREAU (D.), *Droit international*, op. cit., p. 471.

²¹³⁶ Il s'agit spécifiquement des sources supranationales en matière des droits de l'homme ou économique que l'on examinera ultérieurement au sujet des formes de régulation alternatives. Voir *infra*.

²¹³⁷ Voir BENYEKHELEF (K.), *Une possible histoire de la norme...*, op. cit., p. 569.

²¹³⁸ Sur l'effet direct du droit européen voir WITTE (de) (B.), « Direct Effect, Supremacy and the Nature of Legal Order », op. cit., p. 177 et s.

²¹³⁹ CHALTIEL (F.), « Contribution à la théorie juridique du statut de l'État membre de l'Union européenne : l'exemple français », op. cit., p. 165.

Dans l'ordre juridique européen, le principe de l'effet direct est en effet doublement renforcé. Premièrement, contrairement au droit international général, ce principe s'applique non seulement aux traités constitutifs de l'Union européenne, mais aussi au droit dérivé²¹⁴⁰ dont la production se fait à travers ses institutions et échappe bien souvent à la maîtrise de ses États membres. Deuxièmement, l'effet direct du droit européen n'est pas un principe qui n'existe que dans la théorie. Son respect dans les ordres juridiques internes fait l'objet d'un « contrôle sourcilleux » de la Cour de Justice de l'Union européenne²¹⁴¹.

2. L'extension substantielle du droit international

Suivant la déterritorialisation des activités humaines et la mondialisation du droit, le champ d'application du droit international s'est considérablement élargi. À cette dimension spatiale de l'extension du droit international s'ajoute la dimension substantielle qui consiste dans le développement des règles juridiques, destinées non seulement aux États mais également à d'autres acteurs de la vie internationale²¹⁴². La mondialisation a des effets sur le contenu du droit international qui n'est plus considéré comme un droit exclusivement interétatique (a). En dehors de ce champ proprement interétatique du droit international, se profile désormais un champ juridique désétatisé, formé par des dynamiques mondiales d'homogénéisation normative (b).

a. Le droit international n'est plus seulement un droit interétatique

Le droit international s'est traditionnellement présenté, on l'a constaté, comme un droit exclusivement interétatique, destinée à assurer la juxtaposition des États. Ce fait découle notamment de la place privilégiée que se réservent les États dans le processus d'élaboration du droit international. Expression du principe de la souveraineté des États, ce privilège fait que les États s'affirment comme seuls créateurs du droit international, élaboré par ceux-ci en fonction de leurs intérêts propres.

Selon K. Benyekhlef, « [c]ette nature processuelle, toujours présente, a laissé une place croissante à un droit matériel de plus en plus explicite ayant pour objet, au-delà des États, les

²¹⁴⁰ PELLET (A.), « Les fondements juridiques internationaux du droit communautaire », op. cit., p. 256.

²¹⁴¹ *Idem.*, p. 260.

²¹⁴² AUBY (J.-B.), *La globalisation, le droit et l'État*, op. cit., p. 24 et s.

individus et touchant des secteurs comme la santé, l'environnement, le développement durable, l'économie ou la criminalité internationale ». Ainsi, constate-t-il, l'objet du droit international dépasse « la coordination strictement politique (des souverainetés) pour embrasser des champs *techniques* de l'activité humaine. [...] Il abandonne une vision purement égoïste des intérêts étatiques pour se saisir de nouvelles finalités, qui ne peut manquer de changer la portée du droit international public »²¹⁴³.

Il est vrai que l'ordre juridique international ne se résume plus uniquement à des relations entre États. Aux matières classiques qui sont destinées à la régulation des rapports interétatiques, comme le droit des traités, le droit des relations diplomatiques, le droit des espaces internationaux (la mer et l'atmosphère), se sont désormais ajoutées des matières comme les droits de l'homme, le droit de l'environnement, le droit économique, dont l'intérêt dépasse le simple cadre interétatique pour concerner l'ensemble de sujets du droit, les États mais aussi les organisations internationales, la société civile, les opérateurs économiques et les individus²¹⁴⁴.

Partageant ce constat sur le dépassement de la vision interétatique du droit international, impuissant face à « la complexité et la récurrence des phénomènes globaux »²¹⁴⁵, les auteurs défendent aujourd'hui l'idée selon laquelle il ne s'agirait plus d'un droit *inter-national* mais, désormais, d'un droit mondial²¹⁴⁶, d'un droit global²¹⁴⁷ ou transnational, destiné à régir « ce qui est entrepris au-delà des frontières nationales »²¹⁴⁸ par une pluralité de sujets qui ne sont pas forcément étatiques ou interétatiques²¹⁴⁹.

²¹⁴³ BENYEKHFLEF (K.), *Une possible histoire de la norme...*, op. cit., p. 569.

²¹⁴⁴ M. Virally affirme effectivement que « [d]roit interétatique, élaboré par les États en fonction de leurs intérêts propres [...] évolue [...] vers un droit *superétatique* chargé d'assurer la protection et la promotion d'intérêts infra-étatiques - ceux des hommes et des femmes vivant sous l'autorité étatiques ou de groupes qu'ils constituent à l'intérieur des États - ou d'intérêts communs - ceux de la communauté internationale toute entière, ou même d'un simple ensemble régional ». Voir VIRALLY (M.), « Panorama du droit international contemporain. Cours général... », op. cit., p. 358.

²¹⁴⁵ BENYEKHFLEF (K.), *Une possible histoire de la norme...*, op. cit., p. 569.

²¹⁴⁶ Selon C.-A. Morand, ce droit mondial est bien différent à la fois du droit international public et du droit interne. Voir MORAND (C.-A.), « Le droit saisi par la mondialisation : définitions, enjeux et transformations », op. cit., p. 82. Voir également RUIZ FABRI (H.), « La contribution de l'Organisation Mondiale du Commerce... », op. cit., p. 351.

²¹⁴⁷ Voir AUBY (J.-B.), *La globalisation, le droit et l'État*, op. cit. ; BENYEKHFLEF (K.), *Une possible histoire de la norme...*, op. cit., p. 569.

²¹⁴⁸ Voir SCANDAMIS (N.), *Le paradigme de la gouvernance européenne...*, op. cit., p. 39.

²¹⁴⁹ En effet, C. Leben conclut son cours à l'Académie de La Haye en affirmant que le droit international « a cessé d'être exclusivement 'le droit gouvernant les relations entre États', pour devenir le droit de relations internationales élargies englobant les individus, aussi bien dans le domaine des droits de l'homme que dans le droit des investissements et demain, peut-être, dans d'autres secteurs des relations économiques

b. Les dynamiques mondiales d'homogénéisation

Il est vrai que le phénomène de la mondialisation transforme la nature même du droit international public. L'objet et les destinataires de ce droit ne sont plus exclusivement les États. C'est désormais un droit « moins centré sur l'État »²¹⁵⁰. Selon J.-B. Auby, ce phénomène de désétatisation concerne aujourd'hui pratiquement tous les domaines d'activités humaines déterritorialisées, transnationales. Selon lui, on peut désormais parler du droit global du commerce, du droit global de l'environnement, du droit global des droits fondamentaux²¹⁵¹. Considérés par M. Delmas-Marty comme deux dynamiques mondiales d'homogénéisation inséparables dans ce processus de la mondialisation du droit²¹⁵², l'extension substantielle du contenu droit international est visible surtout dans les domaines économique (i) et des droits de l'homme (ii)²¹⁵³.

i. L'intégration par le marché

On avait déjà souligné la force intégratrice du marché au sujet du phénomène de l'intégration régionale et, plus particulièrement, à propos de l'exemple de l'intégration européenne. Il est vrai que les activités économiques des opérateurs transnationaux, qui exigent une harmonisation des règles commerciales et douanières, constituent un moyen d'intégration normative. Considéré comme « laboratoire de la mondialisation »²¹⁵⁴ et modèle le plus avancé du rapprochement normatif des ordres juridiques nationaux, l'ordre juridique européen constitue, selon M. Delmas-Marty, l'exemple le plus significatif de l'intégration normative. Dans cette perspective, elle donne l'exemple réussi de l'intégration du droit du contrat dans le continent européen grâce notamment à l'objectif du marché unique européen²¹⁵⁵. Dans ce

internationales ». Voir LEBEN (C.), « La théorie du contrat d'État et l'évolution du droit international des investissements », *RCADI*, 2003, vol. 302, p. 376.

²¹⁵⁰ AUBY (J.-B.), *La globalisation, le droit et l'État*, op. cit., p. 106 et p. 226 et s.

²¹⁵¹ Cette liste n'est pas exhaustive. D'autres domaines peuvent développer un besoin de normes au niveau global. Voir AUBY (J.-B.), *La globalisation, le droit et l'État*, op. cit., p. 53 et s.

²¹⁵² Voir DELMAS-MARTY (M.), *Trois défis pour un droit mondial*, op. cit.

²¹⁵³ Avant de passer à l'analyse de ces domaines que l'on considère tous les deux comme dynamique de l'intégration normative, on tient à faire une précision sur les définitions de différents phénomènes normatifs relevant. En ce qui concerne le domaine économique, c'est l'expression de « globalisation du droit » qui est plus souvent utilisée. Quant au domaine des droits de la personne, il s'agit cette fois de « l'universalisation du droit » ou du « droit cosmopolitique ». Pour nous, ces deux phénomènes font partie de la mondialisation du droit qui comprend tous les aspects de ce processus d'intégration normative à l'échelle mondiale. Sur ce point, voir MORAND (C.-A.), « Le droit saisi par la mondialisation : définitions, enjeux et transformations », op. cit., p. 85 et s. ; OST (F.), KERCHOVE (van de) (M.), *De la pyramide au réseau ?...*, op. cit., pp. 158-161.

²¹⁵⁴ DELMAS-MARTY (M.), « L'espace juridique européen, laboratoire de la mondialisation », op. cit., p. 421 et s.

²¹⁵⁵ DELMAS-MARTY (M.), *Critique de l'intégration normative*, op. cit., p. 37 et s.

processus d'intégration normative qualifié d'« européanisation du droit »²¹⁵⁶, le marché constitue sans doute une des dynamiques d'homogénéisation avec le développement des droits de l'homme.

Cette fonction d'homogénéisation normative du marché est également observable à l'échelle mondiale²¹⁵⁷. Suivant le processus de « deep integration » qui s'est mis en marche notamment à partir des années 1980, les économies nationales ont fusionné pour former une économie globalisée²¹⁵⁸. Ce processus de globalisation du marché, impliquant notamment la globalisation du commerce, de la communication et de la concurrence, a entraîné le développement d'ensembles normatifs nouveaux, comme *lex mercatoria*, *lex electronica* et *lex economica*. Ces ensembles normatifs autonomes, qui découlent, on le verra, des sources non-étatiques et notamment des activités des opérateurs économiques, se sont vus intégrés progressivement à ce droit international, mondialisé, globalisé.

Cet élargissement de l'objet du droit international s'effectue particulièrement à travers des activités régulatrices des institutions de gouvernance mondiale parmi lesquelles on doit citer notamment l'OMC. La contribution de l'OMC à l'émergence d'un droit économique global est à la fois d'ordre institutionnel, normatif et juridique²¹⁵⁹. Formant un ensemble identique d'engagements, de droits et d'obligations pour tous ses États membres, le droit de l'OMC s'impose comme un « droit mondial » en matière de concurrence économique²¹⁶⁰. Elle exige notamment la compatibilité des droits douaniers nationaux aux engagements inscrits dans ses accords et, par ses mécanismes judiciaires, elle contrôle leur respect de la part des États membres. Selon K. Benyekhlef, cette affirmation de la primauté normative est un des traits essentiels du constitutionnalisme auquel l'OMC contribue dans le domaine du droit international économique²¹⁶¹. C'est effectivement en ce sens que H. Ruiz Fabri affirme que, contribuant ainsi à « l'unification des règles » à l'échelle mondiale²¹⁶², l'OMC constitue

²¹⁵⁶ EPINEY (A.), « Européanisation et mondialisation du droit : convergences et divergences », op. cit., p. 147 et s.

²¹⁵⁷ DELMAS-MARTY (M.), *Les forces imaginantes du droit I. Le relatif et l'universel*, op. cit., p. 97.

²¹⁵⁸ ARNAUD (A.-J.), *Entre modernité et mondialisation...*, op. cit., p. 129.

²¹⁵⁹ STOLL (P.-T.), « Le droit international économique face aux défis de la mondialisation », op. cit., p. 276 et s.

²¹⁶⁰ Au sujet de la primauté du droit de l'OMC sur les droits internationaux régionaux et sur les droits nationaux, voir RUIZ FABRI (H.), « Le règlement des différends au sein de l'OMC : naissance d'une juridiction, consolidation d'un droit », op. cit., p. 330 et 331.

²¹⁶¹ BENYEKHELF (K.), *Une possible histoire de la norme...*, op. cit., p. 711.

²¹⁶² RUIZ FABRI (H.), « La contribution de l'Organisation Mondiale du Commerce... », op. cit., p. 358.

l'expression la plus concrète de « l'idée kantienne de l'importance cruciale de la coopération économique internationale pour la 'constitutionnalisation' du droit international »²¹⁶³.

Un autre exemple de mécanisme international d'harmonisation normative que l'on peut évoquer dans le domaine du commerce international est sans doute la Commission des Nations Unies sur le commerce international (CNUDCI). Principal organe juridique du système des Nations Unies dans le domaine du droit commercial international, cette institution a vu le jour pour une meilleure modernisation et harmonisation des règles du commerce international. À travers ses travaux notamment sur le droit de la vente internationale, des paiements, du transport, de l'arbitrage et du commerce électronique, elle a contribué au rapprochement des droits nationaux et, ainsi, à l'intégration normative à l'échelle mondiale²¹⁶⁴.

ii. L'universalisation des droits de l'homme²¹⁶⁵

L'universalisation des droits fondamentaux des individus s'inscrit également dans ce mouvement de la mondialisation du droit. Dans cette perspective, il convient d'évoquer notamment le développement des droits de l'homme qui, selon S. Sur, s'affirment à l'échelle mondiale comme « des droits nomades », « véhiculaires, à vocation universelle, indépendants de tout ordre juridique déterminé et les concernant tous de façon égale »²¹⁶⁶.

Amplifiée après la deuxième guerre mondiale, cette reconnaissance de l'universalité de certains droits à travers des valeurs communes a profondément bouleversé l'ordonnement classique fondé sur le dualisme du droit interne et international²¹⁶⁷. Considéré comme un ordre juridique supranational dans lequel est institué un statut de citoyenneté doté de droits à faire prévaloir au niveau européen²¹⁶⁸, l'espace juridique européen reflète particulièrement

²¹⁶³ RUIZ FABRI (H.), « Le règlement des différends au sein de l'OMC... », op. cit., p. 305.

²¹⁶⁴ Voir site Internet de la CNUDCI : <http://www.uncitral.org/uncitral/index.html>

²¹⁶⁵ Il faut préciser d'emblée que la reconnaissance de l'universalité de certains droits se distingue de l'universalisme. En effet, comme P. Tavernier le constate à juste titre, l'universalisme « se définit [...] comme un état d'esprit ou une doctrine, alors que l'universalité décrit une situation, un état de fait, mais aussi un but à atteindre et par conséquent un processus ». Aini conçu, « l'universalisme s'oppose au particularisme ». Voir TAVERNIER (P.), « Réussite ou échec 40 ans après l'adoption des pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme ? », in *Droit international et diversité des cultures juridiques*, J.-M. Thouvenin, C. Tomuschat (sous dir.), SFDI, Pedone, 2008, p. 413.

²¹⁶⁶ SUR (S.), « Vers une Cour pénale internationale : la Convention de Rome entre les ONG et le Conseil de sécurité », *RGDIP*, 1999, p. 34.

²¹⁶⁷ BENYEKHFLEF (K.), *Une possible histoire de la norme...*, op. cit., p. 659.

²¹⁶⁸ Voir infra.

cette évolution²¹⁶⁹. À travers la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui rassemble les droits civiques, politiques, économiques et sociaux des citoyens européens ainsi que de toutes personnes vivant sur le territoire de l'Union, et son adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme, « le droit commun européen internalise des principes hérités du droit des gens »²¹⁷⁰. Ainsi, les droits fondamentaux individuels et les droits civils, politiques, sociaux qui sont attachés au statut de citoyenneté européenne se voient consacrés au niveau intracommunautaire et accèdent à une applicabilité sur l'ensemble de l'espace politique européen d'une manière à la fois verticale et horizontale. Selon J.-M. Ferry, c'est en sens que le droit commun européen est conforme à l'esprit du cosmopolitisme kantien²¹⁷¹.

Au niveau international, la formation de « nouvelles catégories juridiques identifiées à l'humanité »²¹⁷² ne soulève quasiment plus de contestation²¹⁷³. La conceptualisation de cette universalisation des droits fondamentaux de la personne se fait souvent à travers la notion de droit cosmopolitique. K. Benyekhlef estime que le droit cosmopolitique est un droit destiné à la protection des droits de la personne, reconnus désormais comme étant universels. C'est « une forme de droit mondial », reconceptualisé à la fin du XX^e siècle pour « pallier les insuffisances du droit international et des droits nationaux modernes » et répondre « aux immenses défis normatifs posés par la mondialisation » en matière de la reconnaissance et protection des droits de la personne²¹⁷⁴.

Selon K. Benyekhlef, si le droit cosmopolitique en tant que tel est un droit en devenir, les principes qu'il énonce font partie des ordres juridiques interne et international et leur juridicité est indéniable²¹⁷⁵. On constate effectivement que ce phénomène se concrétise notamment à travers le concept de droits de l'homme. En ce sens, J. Habermas affirme que ces droits dont la positivité est reconnue font partie du droit cosmopolitique. Il écrit effectivement que le droit cosmopolitique

²¹⁶⁹ Voir DELMAS-MARTY (M.), « Les processus de mondialisation du droit », op. cit., p. 66 et 69.

²¹⁷⁰ FERRY (J.-M.), *Europe la voie kantienne. Essai sur l'identité postnationale*, op. cit., p. 134.

²¹⁷¹ *Ibid.*

²¹⁷² DELMAS-MARTY (M.), *Les forces imaginantes du droit I. Le relatif et l'universel*, op. cit., p. 54.

²¹⁷³ Toutefois, l'absence de mécanismes institutionnels et judiciaires destinés à la protection de ces droits au niveau universel sème le doute sur l'existence d'un véritable droit supranational à l'échelle mondiale. En ce sens voir MORAND (C.-A.), « Le droit saisi par la mondialisation... », op. cit., p. 92.

Cependant, les développements récents relatifs à la dénationalisation du droit pénal – droit pénal « sans État et sans territoire » –, plus particulièrement la création d'une juridiction pénale internationale, montrent que la formation d'un droit universel se poursuit dans ce sens aussi. À ce sujet voir ROTH (R.), « Droit pénal transnational : un droit pénal sans État et sans territoire ? », in *Le droit saisi par la mondialisation*, C.-A. Morand (sous dir.), Bruylant, 2001, pp. 131-145.

²¹⁷⁴ BENYEKHFLEF (K.), *Une possible histoire de la norme...*, op. cit., p. 679.

²¹⁷⁵ *Idem.*, p. 680.

« n'est pas d'origine morale, mais une modalité spécifique du concept moderne des droits subjectifs et donc d'un concept juridique. Les droits de l'homme ont par nature un caractère juridique. Ce qui leur confère une appartenance de droits moraux n'est pas leur contenu, ni, à plus forte raison, leur structure, mais le sens de leur validité, qui dépasse l'ordre juridique des États-nations »²¹⁷⁶.

À propos de la théorie du droit cosmopolitique de J. Habermas, B. Melkevik constate que son concept du droit international développé « autour de pôles comme l'Organisation des Nations Unies et les chartes internationales de droit de l'Homme » suit l'idée kantienne d'un droit cosmopolitique²¹⁷⁷. Se référant à Kant, J. Habermas affirme effectivement que « les droits fondamentaux, en raison de leur contenu sémantique, appellent un 'état cosmopolite' fondé sur le droit international ». Il se réfère à cet égard à la Déclaration universelle des Droits de l'homme de l'ONU que seuls les tribunaux internationaux, fonctionnant d'une manière qui dépasse la prémisse de la souveraineté des États, peuvent transformer en droits exigibles²¹⁷⁸.

J. Habermas souligne le caractère universaliste et unificateur du droit cosmopolitique. Selon lui, « la clef du droit cosmopolitique réside dans le fait qu'il concerne, par-delà les sujets collectifs du droit international, le statut des sujets de droit individuels, fondant pour ceux-ci une appartenance directe à l'association des cosmopolites libres et égaux »²¹⁷⁹. Selon B. Melkevik, en insistant sur le fait que le droit cosmopolitique concerne spécifiquement le « statut des sujets individuels », c'est-à-dire « le statut d'hommes et de femmes libres et leur liberté de communiquer », J. Habermas affirme, d'une part, que les individus sont « les seuls auteurs et les seuls destinataires du droit cosmopolitique » et, d'autre part, que le droit cosmopolitique n'est « nullement la question des relations internationales entre les États ». Selon l'auteur, sur ce point J. Habermas se distingue de Kant : « Si Kant était un fervent partisan de la souveraineté absolue des États, nous ne pouvons en dire autant d'Habermas »²¹⁸⁰. Dans sa perspective du droit cosmopolitique inhérent au modèle communicationnel, ce droit « met les frontières et la souveraineté des États entre parenthèses » pour concerner directement tous les citoyens du monde, les cosmopolites²¹⁸¹.

²¹⁷⁶ HABERMAS (J.), *La paix perpétuelle...*, op. cit., p. 86.

²¹⁷⁷ Voir MELKEVIK (B.), « Le droit cosmopolitique : la reformulation habermasienne », article non paginé, op. cit.

²¹⁷⁸ HABERMAS (J.), *Droit et démocratie...*, op. cit., p. 487.

²¹⁷⁹ HABERMAS (J.), *La paix perpétuelle...*, op. cit., p. 57.

²¹⁸⁰ MELKEVIK (B.), « Le droit cosmopolitique : la reformulation habermasienne », op. cit.

²¹⁸¹ *ibid.*

Comme M. Delmas-Marty l'affirme, cette évolution dans le domaine des droits de l'homme montre que « le droit ne tournerait plus autour de l'État mais autour de l'homme »²¹⁸².

B. Le pluralisme comme condition d'une intégration normative réussie

L'intégration normative est un phénomène bien réel qui touche de plus en plus de domaines d'activités humaines et qui se poursuit, *volens nolens*, à l'échelle mondiale. Toutefois, la réussite d'une intégration normative passe nécessairement par une démarche pluraliste. L. Boy affirme effectivement que « toute démarche fondée sur la recherche d'une intégration normative réussie doit viser à proposer [...] un droit commun 'pluraliste', *a fortiori* au niveau mondial »²¹⁸³.

Il est vrai que la pluralité des acteurs impliqués dans le processus de production normative et la multiplication des espaces normatifs et leur enchevêtrement « donne[nt] lieu à une juxtaposition et à une intersection d'espaces normatifs pour lesquels il importe d'assurer un dialogue, un échange, une inter-compréhension susceptibles d'en faciliter le déploiement et l'usage »²¹⁸⁴. Avant de revenir sur ces conditions pluralistes d'une intégration normative réussie (2), il convient d'abord de se pencher sur le rapport entre l'idée d'intégration et le pluralisme qui peut paraître, à certains égards, antinomique (1).

1. Le pluralisme et l'intégration normative : existe-t-il une antinomie ?

Le phénomène d'intégration normative, qui implique logiquement une idée d'unité, peut sembler contradictoire à l'idée du pluralisme. Dans les développements qui suivent, R.-J. Dupuy évoque justement l'existence de cette « contradiction fondamentale » qui caractérise la communauté internationale d'aujourd'hui :

²¹⁸² Selon M. Delmas-Marty, ce processus d'universalisation des droits fondamentaux et d'accès des individus à un statut central du point de vue du droit international commence déjà avec l'élaboration de la Déclaration universelle des droits de l'homme qu'elle considère comme instrument d'intégration officielle de l'idée de la communauté internationale et des droits individuels dans un document international. C'est en ce sens qu'elle évoque la résistance de certains États, notamment ceux du bloc soviétique, qui y voyaient un affaiblissement du principe de la souveraineté de l'État. Voir DELMAS-MARTY (M.), *Les forces imaginantes du droit I. Le relatif et l'universel*, op. cit., p. 55 et 56.

²¹⁸³ BOY (L.), « Normes techniques et normes juridiques », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 21, Dossier : *La normativité*, janvier 2007, p. 6 (accessible en ligne : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/pdf/conseil-constitutionnel-50558.pdf>)

²¹⁸⁴ BENYEKHEF (K.), *Une possible histoire de la norme...*, op. cit., p. 3.

« Du fait de son intégration matérielle et de l'indépendance objective existant entre ses membres, elle éprouve le besoin d'un droit international commun qui, par sa cohérence, consacrerait cette unité nouvelle. Mais au même moment, celle-ci se fractionne sur le plan socio-culturel par la prise de conscience de disparités diverses, et spécialement de celles tenant aux niveaux de développement, ce qui active le conflit idéologique et, du même coup, l'affrontement culturel »²¹⁸⁵.

Les exigences de l'unité et de l'affirmation des diversités sont effectivement deux réalités de la communauté internationale contemporaine. Toutefois, elles ne sont pas antinomiques l'une de l'autre. Parlant spécifiquement du point de vue de l'intégration normative, le pluralisme n'est pas tout-à-fait contradictoire au besoin d'un droit commun au niveau mondial. Bien au contraire, il est la condition même de la réussite d'une intégration normative qui aura l'aptitude de refléter et d'englober les diversités des sociétés contemporaines²¹⁸⁶. En effet, le besoin d'unité s'affirme non pas pour créer une homogénéité, en l'occurrence, juridique, mais pour préserver et ménager les diversités de toutes les communautés composant en somme la même communauté internationale. Pour illustrer ce propos, on peut se référer au sens que J. Habermas donne au terme « intégration » dans son ouvrage intitulé *L'intégration républicaine*. Selon lui, le terme « intégrer », comme le terme « inclure » d'ailleurs, « ne signifie pas [...] enfermer dans une identité ou se refermer sur l'autre. 'Inclure l'autre' signifie plutôt que les frontières de la communauté sont ouvertes à tous, y compris et précisément à ceux qui sont des étrangers les uns pour les autres et souhaitent le rester »²¹⁸⁷. De ce point de vue, l'intégration normative ne signifie pas l'uniformisation du droit. Comme M. Delmas-Marty le souligne justement, elle correspond précisément à une « recherche d'un droit commun, ou plutôt d'un droit en commun [...] qui permettrait de communiquer et d'échanger, de 'commercer', dans tous les sens du terme, sans exclure la multiplicité des systèmes juridiques nationaux »²¹⁸⁸. Son objet étant « d'éviter la fragmentation qui accompagne généralement le pluralisme », l'intégration suppose ainsi plus un système ordonné qu'une uniformisation²¹⁸⁹.

²¹⁸⁵ DUPUY (R.-J.), *Dialectiques du droit international*, op. cit., p. 238.

²¹⁸⁶ Selon J.-M. Sorel, le pluralisme est effectivement un « mouvement qui [...] conduit à la prise en compte de cette multiplicité, sans tendre vers une uniformisation anesthésiante, sans la logique panthéiste de dilution du moi dans la totalité ». Voir SOREL (J.-M.), « Le rôle du droit international dans le développement du pluralisme (et vice versa) : une liaison moins naturelle qu'il n'y paraît », op. cit., p. 76.

²¹⁸⁷ Voir HABERMAS (J.), *L'intégration républicaine*, Préface, Fayard, 1998, p. 6.

²¹⁸⁸ DELMAS-MARTY (M.), « La grande complexité juridique du monde », op. cit., p. 103.

²¹⁸⁹ DELMAS-MARTY (M.), « L'espace juridique européen, laboratoire de la mondialisation », op. cit., p. 421.

Ainsi, on peut constater que, permettant de faciliter la compréhension des phénomènes juridiques du monde, le pluralisme devient un élément crucial, le complément nécessaire d'une intégration normative harmonieuse et capable de refléter les diversités humaines²¹⁹⁰.

2. Les conditions d'une intégration normative pluraliste

L'intégration normative à l'échelle régionale et mondiale a pris une toute autre allure avec le phénomène de la mondialisation. Ce processus d'intégration normative, dit également de la mondialisation du droit, semble aujourd'hui être un mouvement inévitable. Il est important, surtout pour des raisons démocratiques et d'efficacité, que ce processus réponde aux exigences d'une vision pluraliste. Cependant, il faut dire que c'est un objectif qui n'est pas toujours réussi. Selon H. Ruiz Fabri, il existe deux « conceptions possibles de la mondialisation du droit : mondialisation par exportation d'un droit national ou mondialisation par élaboration multilatérale de règles communes »²¹⁹¹. La première renvoie à un système normatif, certes, unifié mais hégémonique et certainement non pluraliste (a), alors que la deuxième prévoit une intégration normative fondée sur une élaboration pluraliste des normes et leur harmonisation (b).

a. Le risque d'hégémonie comme obstacle à une intégration normative pluraliste

Suivant la mondialisation des échanges et l'ouverture des espaces économiques, politiques, juridiques nationaux, une intégration normative au niveau mondial et l'émergence d'« un ordre juridique mondial interne »²¹⁹² sont aujourd'hui considérées comme des processus inévitables. Toutefois, pour certains, ce processus de « mondialisation du droit » contient le risque d'hégémonie des plus puissants. Ce risque est d'abord évoqué au niveau des États puissants qui n'hésiteront pas, grâce à leur domination économique et politique et quand la défense de leurs intérêts l'exige, à refuser de s'accommoder au droit en vigueur et à imposer au monde entier le leur en faisant en sorte que leurs lois nationales deviennent le droit de la mondialisation²¹⁹³. En lien avec la privatisation de la régulation juridique et la montée en

²¹⁹⁰ Voir GLENN (H. P.), « Penser le plurijuridisme », in *Le Plurijuridisme*, J.-L. Bergel (sous dir.), Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2005, p. 34.

²¹⁹¹ RUIZ FABRI (H.), « La contribution de l'Organisation Mondiale du Commerce... », op. cit., p. 359.

²¹⁹² STEIGER (H.), « Plaidoyer pour une juridiction internationale obligatoire », op. cit., p. 827.

²¹⁹³ Voir OST (F.), KERCHOVE (van de) (M.), *De la pyramide au réseau ?...*, op. cit., pp. 166-168 ; DELMAS-MARTY (M.), « Les processus de mondialisation du droit », op. cit., p. 64.

puissance des entreprises transnationales, l'émergence du marché comme une puissance hégémonique a été également constatée²¹⁹⁴. Il est vrai que, à défaut d'un gouvernement mondial, chargé de défendre l'intérêt général de l'humanité et de déterminer le droit qui y convient, ce risque est bien réel.

Ce risque d'hégémonie, qui menace ainsi l'existence et l'affirmation des diversités, se transforme en une peur qui influence ensuite le processus d'intégration normative. Les inégalités de fait qui existent entre les États empêchent que ces derniers se lancent dans un processus d'ouverture et d'intégration. On peut effectivement voir dans l'exemple de l'intégration européenne que le fait de « réunir des États ayant déjà une forte identité, politique, économique, culturelle et juridique »²¹⁹⁵ peut alléger – bien qu'il ne puisse pas effacer complètement – ce risque d'hégémonie. Il est vrai que plus les États accomplissent leur unité politique et culturelle au niveau national et plus ils réalisent leur développement économique, moins ils sont réticents à l'ouverture vers l'extérieur. Ainsi, on peut constater que l'équivalence dans le rapport de force joue un rôle important dans le processus d'intégration.

Ce fait peut permettre effectivement de comprendre la réussite et l'avancée de l'expérience européenne par rapport aux autres processus de régionalisme concernant le niveau d'intégration. C'est d'ailleurs pour la même raison que l'intégration normative réussie par l'OMC reste modeste par rapport à celle réalisée par l'Union européenne. Alors que cette dernière a pu entamer une harmonisation profonde en matière économique et spécifiquement concernant la liberté de circulation – des personnes et des capitaux –, en considérant le nombre de ses membres et l'inégalité qui existe entre eux, l'OMC se voit contrainte d'avancer plus prudemment et lentement pour une harmonisation des règles²¹⁹⁶.

L'intégration normative est un processus non seulement inévitable mais également nécessaire. Car, la complexité des rapports sociaux qui font fi des frontières étatiques et brouillent les distinctions classiques du droit positif appelle à un nouvel ordre juridique international dont le

²¹⁹⁴ M. Delmas-Marty écrit en effet : « d'autant qu'à l'oligarchie des États s'ajoute une oligarchie privée qui commande le fonctionnement du marché, dès lors que la faible intensité normative (normes non obligatoires) se combine avec l'absence de sanctions contraignantes pour favoriser les entreprises les plus puissantes ». Voir DELMAS-MARTY (M.), *Les forces imaginantes du droit I. Le relatif et l'universel*, op. cit., p. 187.

²¹⁹⁵ DELMAS-MARTY (M.), « L'intégration pénale européenne », accessible en ligne : www.ieim.uqam.ca/IMG/pdf/Integration_penale_europeenne.pdf, p. 1.

²¹⁹⁶ En ce sens voir CULOT (H.), « Soft law et droit de l'OMC », *RIDE*, 2005, p. 271.

défi est « de concilier le pluralisme de la société avec son unité »²¹⁹⁷. Ainsi, entre le risque d'hégémonie, qui constitue un obstacle devant l'intégration normative, et la désintégration, qui signifiera le désordre, la seule solution semble être la recherche d'un processus pluraliste et démocratique d'élaboration des normes.

Comme M. Delmas-Marty l'affirme, si l'intégration européenne est relativement réussie parce qu'elle est pluraliste et « ne marque pas l'extension hégémonique d'un seul système, mais la recherche d'un dénominateur commun, par une sorte de métissage juridique des divers systèmes nationaux »²¹⁹⁸. Selon elle, ce système est pluraliste surtout parce qu'il privilégie l'harmonisation à l'unification sur le plan normatif.

b. L'harmonisation comme une méthode pluraliste d'intégration normative

Selon M. Delmas-Marty, l'intégration normative se réalise suivant trois différents modèles qui sont, en ordre d'intégration croissante, coopération, harmonisation et unification²¹⁹⁹. S'agissant tout d'abord du processus d'intégration normative le moins poussé, celui qui s'effectue par coopération, on peut dire qu'il s'agit d'un processus de rapprochement des législations nationales qui résulte essentiellement de la coopération volontaire des États. Ce modèle, qui existe pratiquement depuis les premières relations entre États, est traditionnellement interétatique²²⁰⁰. Ce processus d'intégration normative est, de ce fait, pluraliste, mais dans la mesure où il est très lent et limité, il ne répond pas véritablement à l'exigence d'un droit commun.

C'est notamment l'intégration normative par l'harmonisation ou par l'unification qui répond à la fois au besoin d'un droit commun et à l'exigence du respect au pluralisme. En ce qui concerne l'intégration normative par l'harmonisation, elle a pour objectif de rapprocher les droits nationaux par référence aux principes communs. Puisqu'« [i]l ne s'agit plus de co/ordonner des normes nationales mais de sub/ordonner la norme nationale à la norme » supranationale²²⁰¹, l'harmonisation implique une intégration normative suffisamment approfondie. Mais, ce rapprochement des droits nationaux autour de principes communs « ne

²¹⁹⁷ BERGEL (J.-L.), « Le plurijuridisme, rapport introductif », op. cit., p. 11.

²¹⁹⁸ DELMAS-MARTY (M.), « L'intégration pénale européenne », op. cit., p. 3.

²¹⁹⁹ *Idem.*, p. 4. Pour une analyse détaillée de ces différents processus d'interaction normative voir également du même auteur *Le pluralisme ordonné*, Les forces imaginantes du droit (II), Seuil, 2006, 308 p.

²²⁰⁰ *Ibid.*

²²⁰¹ *Idem.*, p. 6.

va pas jusqu'à imposer à tous les États des règles strictement identiques »²²⁰². Dans la mesure où l'harmonisation implique la subordination de la règle nationale à la norme supranationale, elle engendre certes une certaine hiérarchie normative, mais c'est une hiérarchie assouplie²²⁰³. Selon M. Delmas-Marty, c'est effectivement l'intérêt de cette technique d'intégration qui permet ainsi « d'éviter l'uniformité, sans renoncer pour autant à l'objectif d'intégration »²²⁰⁴. C'est notamment grâce au jeu de « marge nationale d'appréciation » – expression directe d'une reconnaissance de la diversité et de la pluralité²²⁰⁵ – que l'harmonisation « ménage une sorte de droit à la différence »²²⁰⁶ et suppose ainsi un processus d'intégration normative pluraliste²²⁰⁷.

Quant à l'intégration normative par l'unification, elle consiste à imposer des règles communes auxquelles les États sont strictement tenus de se conformer à l'identique²²⁰⁸. En ce sens, elle répond parfaitement au besoin d'un droit commun. Mais pour qu'elle soit un processus d'intégration normative pluraliste, il faut que cette unification s'effectue soit d'une manière « spontanée », soit par « hybridation »²²⁰⁹. Il est vrai que l'unification normative peut aussi découler d'une uniformisation imposée par un pouvoir hégémonique qui, sans tenir compte des particularités et des diversités de chaque société, souhaiterait exporter/imposer son droit au reste du monde. Mais, tant qu'on reste dans l'hypothèse d'une unification spontanée ou par hybridation, l'unification peut également être une technique d'intégration normative pluraliste.

²²⁰² *Ibid.*

²²⁰³ DELMAS-MARTY (M.), « La grande complexité juridique du monde », op. cit., p. 94.

²²⁰⁴ L'auteur donne à cet égard quelques principes communs qui, tout en contribuant à l'intégration normative, reconnaissent un droit à la différence : « Ainsi en est-il de la clause de subsidiarité qui n'impose la primauté de la norme internationale (devenue alors supranationale) que sous réserve de l'inefficacité du droit interne ; ou encore de la clause de complémentarité, s'inscrit dans le statut de la CPI (convention de Rome, 1998), dont la véritable signification est de donner une compétence subsidiaire à la CPI, seulement si l'État normalement compétent n'a ni la possibilité ni la volonté de juger l'affaire ; l'intégration du droit international n'étant ainsi imposée que de façon indirecte et sans obligation de respecter une stricte identité normative avec le droit international. On peut encore citer le principe d'« équivalence fonctionnelle », inscrit dans la convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales ». *Idem.*, p. 95.

²²⁰⁵ Sur ce sujet voir DELMAS-MARTY (M.) et IZORCHES (M. L.), « Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit », *RIDC*, 2000, pp. 753-780.

²²⁰⁶ DELMAS-MARTY (M.), « La grande complexité juridique du monde », op. cit., p. 94.

²²⁰⁷ Toutefois, garantir le pluralisme par le jeu de marge nationale d'appréciation est un point paradoxal, car la reconnaissance d'une marge nationale d'appréciation trop large freinera l'intégration et une véritable harmonisation, alors qu'une reconnaissance trop étroite signifiera la dominance, l'hégémonie de certaines valeurs qui ne sont pas encore partagées par l'ensemble. Voir, en ce sens, DELMAS-MARTY (M.), « Les processus de mondialisation du droit », op. cit., p. 75-76.

²²⁰⁸ DELMAS-MARTY (M.), « L'intégration pénale européenne », op. cit., p. 10.

²²⁰⁹ *Ibid.* Selon l'auteur, l'unification spontanée est très rare. Quant à l'unification par l'hybridation, elle « implique la fusion des droits nationaux en une norme unifiée, applicable selon une stricte hiérarchie » et « suppose un législateur ayant le pouvoir de définir une règle précise et un juge pour l'appliquer ». Voir DELMAS-MARTY (M.), *Les forces imaginantes du droit I. Le relatif et l'universel*, op. cit., p. 20.

On a pu donc constater que les techniques d'harmonisation et d'unification peuvent toutes les deux contribuer à une intégration normative pluraliste. Cependant, leurs apports seront tous différents du point de vue du dépassement de la logique interétatique. Pour comprendre cette différence, on peut comparer les deux ordres juridiques européens qui donnent chacun l'exemple d'une de ces techniques d'intégration normative. Le premier est celui qui se forme autour de la Convention européenne des droits de l'homme. La CEDH est un parfait exemple d'harmonisation des législations nationales. En posant simplement des principes généraux, elle laisse aux États la possibilité de ménager leur diversité tout en respectant le minimum « seuil de compatibilité »²²¹⁰. Comme on peut le constater, malgré un niveau d'intégration plus élevé par rapport à la coopération, l'harmonisation suppose, comme la coopération, des formes interétatiques.

Le deuxième exemple d'intégration normative est celle réalisée au sein de l'Union européenne. Comme toute organisation internationale, la construction européenne entraîne un « processus de rapprochement des systèmes juridiques » des États membres²²¹¹. Mais la pratique d'intégration poursuivie par l'Union européenne se distingue d'autres exemples de régionalisme notamment en ce qu'elle vise à une unification normative très poussée, orchestrée par un centre supranational²²¹². Par rapport à l'harmonisation qui suppose une « appartenance partielle », permettant ainsi une « multi-appartenance : c'est-à-dire l'appartenance simultanée à des ensembles normatifs différents et non hiérarchisés », l'unification, qui exige une conformité absolue, impose « l'appartenance totale à l'ensemble de référence ». En ce sens, l'unification s'oppose à l'existence d'un espace polycentrique, une forme de pluralisme, qui peut résulter normalement de la technique d'harmonisation²²¹³. Cependant, puisque cette technique d'intégration implique « une stricte hiérarchie des normes »²²¹⁴, elle suppose le dépassement de l'interétatisme notamment en raison de l'effet direct du droit supranational.

²²¹⁰ Toutefois, on doit dire que le caractère général et abstrait des principes posés risque de conduire à une désintégration dans la mesure où leur sens serait complètement vidé notamment par un recours constant au principe de la marge nationale d'appréciation. Selon M. Delmas-Marty, l'imprécision, découlant de la nature générale et abstraite de la norme n'exigeant qu'une simple « obligation de compatibilité » (harmonisation), « doit être compensée en logique floue par un surcroît de transparence dans la motivation et de rigueur dans l'application des critères qui déterminent le sens de la notion imprécise ». Selon elle, c'est également « la condition pour répondre aux critiques qui s'attachent à la variabilité de la marge ». Voir DELMAS-MARTY (M.), « Les processus de mondialisation du droit », p. 75.

²²¹¹ CHEVALLIER (J.), « Vers un droit post-moderne ?... », op. cit., p. 672.

²²¹² Voir *infra*.

²²¹³ DELMAS-MARTY (M.), « Les processus de mondialisation du droit », op. cit., p. 71 et p. 73.

²²¹⁴ DELMAS-MARTY (M.), « La grande complexité juridique du monde », op. cit., p. 94.

Le choix entre différentes techniques d'intégration normative n'est pas une simple question de préférence. Si, dans de nombreux domaines, la coopération demeure encore la seule voie possible d'une intégration normative en raison notamment de la logique de la souveraineté des États, la croissance des interdépendances entre les États et leur volonté de faire face à la mondialisation les incitent désormais à une intégration normative approfondie. Mais à l'échelle mondiale, il est difficile d'arriver à une intégration parfaite (unification) en raison du nombre d'États concernés et de leur grande diversité²²¹⁵. En dehors de quelques principes relevant notamment de droits de l'homme, qui ont accédé au rang du droit international général par une reconnaissance internationale de leur caractère impératif²²¹⁶, il est rare qu'une stricte hiérarchisation soit atteinte au niveau mondial²²¹⁷. C'est pourquoi, l'harmonisation reste la technique suivie dans de nombreuses pratiques d'internationalisation²²¹⁸. Mais, pour que ce processus n'aboutisse ni à une fausse intégration ni à une intégration hégémonique, il faut absolument qu'il soit un processus d'intégration fondé sur une démarche pluraliste de production normative.

²²¹⁵ *Idem.*, p. 96.

²²¹⁶ Au sujet du *jus cogens* instituant une hiérarchie dans l'ordre juridique international, voir *Infra*.

²²¹⁷ Même au niveau régional, une unification normative n'est pas une chose aisée. En ce sens, M. Delmas-Marty affirme que, si nombreux d'autres principes relevant des droits fondamentaux font aujourd'hui l'objet d'une unification normative à l'échelle de certaines régions comme par exemple l'Europe, même dans ce continent, « beaucoup de questions conflictuelles, notamment dans le domaine des droits sociaux, ou dans ceux qui touchent à la morale et à la religion (avortement ou blasphème, par exemple), ne peuvent être d'emblée unifiées ». Voir DELMAS-MARTY (M.), « La grande complexité juridique du monde », *op. cit.*, p. 94.

²²¹⁸ Pour des exemples d'instruments internationaux d'harmonisation voir DELMAS-MARTY (M.), *Pour un droit commun*, Seuil, 1994, pp. 136-138.

Section II. La démarche pluraliste de production normative

Le pluralisme en amont de la production normative signifie qu'il existe une pluralité d'acteurs qui participent aux processus classiques d'élaboration des normes. Dans cette nouvelle configuration, un modèle de régulation juridique autoritaire, imposé par le haut n'est plus valable. Ce constat sur l'incapacité des modes de régulations traditionnels à répondre à la complexité des sociétés contemporaines conduit inévitablement à une remise en question de la conception moderne du droit (Paragraphe I). Il a été défendu que, suivant cette crise du droit moderne, un nouveau paradigme pluraliste de production normative émerge. Privilégiant « la concertation et la participation des principaux protagonistes à l'élaboration de la norme »²²¹⁹, ce paradigme tend à désétatiser la production normative à travers des modes de production normative reconnues formellement comme interétatique mais qui subissent une certaine « désétatisation » dans la mesure où la participation des entités non étatiques dans l'élaboration des normes se confirme de plus en plus et leur part dans la détermination de la norme internationale s'accroît (Paragraphe II).

Paragraphe I. La remise en question de la conception moderne d'élaboration de la norme juridique

Reflétant le point de vue d'un certain nombre de penseurs de plus en plus croissant, J. Chevallier constate que la modernité est entrée en crise. Selon lui, étant « parti prenante à la construction de la modernité » et, par conséquent, « imprégné par les valeurs sous-jacentes à celle-ci », le phénomène juridique « ne peut manquer de subir le contrecoup de la crise de la modernité »²²²⁰. C'est notamment à travers le phénomène du pluralisme que cette crise se manifeste (A). Cette crise de la modernité se confirme notamment par le déclin des valeurs fondamentales de la pensée moderne²²²¹, parmi lesquelles il faut évoquer notamment la présomption de rationalité et de légitimité du droit (B).

²²¹⁹ BENYEKHEF (K.), *Une possible histoire de la norme...*, op. cit., p. 799.

²²²⁰ CHEVALLIER (J.), « Vers un droit post-moderne ?... », op. cit., p. 664.

²²²¹ Pour un exposé bref et complet des grands traits du droit moderne, voir MORAND (C.-A.), *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, pp. 28-50.

A. Le pluralisme et l'inadéquation de la théorie moderne du droit

M. Delmas-Marty constate que « caractérisé par un espace normatif homogène, centré autour des institutions de l'État » et par l'unité et la hiérarchie, le droit dans sa conception traditionnelle « a horreur du pluriel »²²²². Selon les défenseurs du pluralisme juridique, cette conception moderne du droit ne répond plus aux exigences contemporaines d'efficacité, de flexibilité et d'économie et elle se montre inadaptée aux réalités des sociétés contemporaines marquées par le pluralisme²²²³.

Face à cette incapacité du droit moderne « à gérer la pluralité, à accepter la diversité des sources de production de la norme »²²²⁴, l'émergence d'un nouveau paradigme du droit a été avancée²²²⁵. Ce constat, selon lequel un nouveau paradigme du droit qui procède différemment de ce qui a traditionnellement existé et considéré comme le droit moderne, est aujourd'hui partagé par une partie considérable de la doctrine. Pour certains, les caractéristiques de ce nouveau procédé juridique signalent l'émergence d'une pensée juridique nouvelle qu'ils qualifient « post-moderne »²²²⁶. Pour d'autres, qui constatent également ce changement de paradigme, ce n'est rien d'autre qu'une dynamique masquée dans la pensée moderne. Ainsi, pour souligner à la fois cette continuité et la rupture qui existe par rapport à la pensée moderne, ils préfèrent utiliser des expressions comme « hyper-moderne », « néo-moderne »²²²⁷, « radicalisation de la modernité »²²²⁸.

Cette divergence terminologique entre différentes approches ne vient pas d'un simple choix d'appellation. Elle reflète notamment les différentes interprétations du réel et le désaccord qui consiste en sa systématisation. Mais au-delà de cette divergence, certes fondamentale, on peut constater que, du point de vue de l'intégration d'une démarche pluraliste dans la vision du droit, ces approches contestataires de la modernité partagent le même point de vue et

²²²² DELMAS-MARTY (M.), « Les processus de mondialisation du droit », op. cit., p. 64-65.

²²²³ Voir BENYEKHEF (K.), *Une possible histoire de la norme...*, op. cit., p. 42.

²²²⁴ *Ibid.*

²²²⁵ Sur la transformation de la structure de la norme juridique, voir BÉCHILLON (de) (D.), « La structure des normes juridiques à l'épreuve de la post-modernité », op. cit., p. 47 et s.

²²²⁶ Voir notamment ARNAUD (A.-J.), *Entre modernité et mondialisation...*, op. cit. ; OST (F.), KERCHOVE (van de) (M.), *De la pyramide au réseau ?...*, op. cit. ; BENYEKHEF (K.), *Une possible histoire de la norme...*, op. cit. ; CHEVALLIER (J.), « Vers un droit post-moderne ?... », op. cit. ; MAISANI (P.), WIENER (F.), « Réflexions autour de la conception post-moderne du droit », *Droit et Société*, 1994, pp. 443-464.

²²²⁷ MORAND (C.-A.), *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, LGDJ, 1999, 224 p.

²²²⁸ GIDDENS (A.), *Les conséquences de la modernité*, L'Harmattan, 1994, p. 57.

proposent toutes un droit qui « s’efforce[rait] de prendre en compte la complexité du réel »²²²⁹.

La complexité est une réalité du monde contemporain qui se traduit notamment, selon M. Delmas-Marty, comme « interdépendances, discontinuités, interactions, instabilité, imprévisibilité ». Selon elle, « tous ces traits marquent le passage d’une structure simple à la structure complexe qui caractériserait le droit dit ‘postmoderne’ »²²³⁰. S’opposant ainsi à la simplicité du droit moderne, le droit postmoderne substitue le pluralisme à l’unité.

Selon J. Chevallier, « [l]a complexité se mesure d’abord à la multiplicité des foyers de droit »²²³¹. C’est en ce sens que le pluralisme juridique est considéré comme « le concept-clé d’une vision post-moderne du droit »²²³². En effet, selon les défenseurs du droit postmoderne, celui-ci est un paradigme pluraliste car il suppose un partage du pouvoir normatif et met fin ainsi au monopole des États en la matière²²³³. Ce nouveau paradigme juridique s’appuie sur deux suppositions permettant de rompre avec le paradigme classique du droit²²³⁴. D’abord, suivant l’émergence d’autres acteurs représentatifs qui contribuent à la démocratie participative, il conteste l’idée selon laquelle l’État sera l’incarnation de la volonté générale.

B. Le pluralisme et la rationalité de la norme juridique

Le droit moderne est caractérisé par deux processus qui sont liés tous les deux à l’émergence de l’État moderne : la rationalisation du droit et la subjectivisation du droit²²³⁵. Ces deux processus ont un certain nombre de conséquences qui caractérisent le droit moderne. Du point de vue du lien entre le droit et l’État, on peut se référer notamment à la fonction totalisatrice de l’État, considéré à la fois comme l’incarnation de la Raison et comme l’incarnation de la volonté générale. Suivant la remise en cause de cette prémisse, le droit moderne, en tant que pur produit de l’État, a perdu la présomption de rationalité dont il jouissait (1). La rationalité

²²²⁹ CHEVALLIER (J.), « Vers un droit post-moderne ?... », op. cit., p. 671.

²²³⁰ DELMAS-MARTY (M.), « La grande complexité juridique du monde », op. cit., p. 102.

²²³¹ CHEVALLIER (J.), « Vers un droit post-moderne ?... », op. cit., p. 672.

²²³² SOUSA SANTOS (de) (B.), « Droit : une carte de la lecture déformée. Pour une conception post-moderne du droit », *Droit et société*, 1988, p. 403. Dans le même sens, voir BENYEKHLEF (K.), *Une possible histoire de la norme...*, op. cit., p. 43 ; POMADE (A.), *La société civile et le droit de l’environnement*, op. cit., p. 300. Selon ce dernier, si « [l]e droit moderne se rattachant au ‘monisme juridique’, le droit postmoderne se rapporte pour sa part au ‘pluralisme juridique’ ».

²²³³ *Idem.*, p. 297 et s.

²²³⁴ CHEVALLIER (J.), « Vers un droit post-moderne ?... », op. cit., p. 668 et s.

²²³⁵ CHEVALLIER (J.), *L’État post-moderne*, op. cit. p. 100 et s.

de la norme juridique n'étant plus inhérente exclusivement au fait que celle-ci soit produite de l'État, elle doit être désormais fondée sur un processus de rationalisation (2).

1. La remise en cause de la rationalité intrinsèque du droit étatique

Dès l'émergence de l'État moderne, le droit s'est vu « investi d'un capital d'autorité » découlant d'une présomption de rationalité. Entouré par cet « aura de rationalité », il est « perçu comme un Ordre sacré, projection d'une *Raison transcendante* au corps social, dépositaire du savoir et source de tout pouvoir »²²³⁶. Cette présomption de rationalité du droit, en tant que pur produit de l'État, est contestée par des rationalités concurrentes. Critiqué en raison de « son incapacité à rendre compte de la complexité du réel », le droit étatique n'est plus considéré comme « l'expression sacralisée de la volonté générale »²²³⁷ ou l'incarnation de la Raison : « ayant perdu l'aura qui l'entourait, il se trouve désormais soumis à l'épreuve du jugement critique »²²³⁸.

Ce processus de démythification du droit est directement lié à la démythification de l'État. L'État souffre d'une « crise de représentation »²²³⁹. Il est désormais concurrencé par des acteurs ayant une certaine capacité représentative sur le plan international²²⁴⁰. Descendu sur terre et devenu un acteur du jeu social parmi d'autres, l'État a perdu ainsi son « privilège de la transcendance : la légitimité ne lui est plus acquise de plein droit mais au vu de la pertinence des actions engagées »²²⁴¹.

Ainsi, la rationalité de la norme juridique n'est plus reconnue comme inhérente à son existence mais elle se mesure par sa légitimité et son succès. N'étant plus posée comme un postulat, la rationalité de la norme juridique doit désormais être fondée sur une « entreprise de *rationalisation* »²²⁴².

²²³⁶ *Idem.*, p. 102.

²²³⁷ MAISANI, (P.) WIENER (F.), « Réflexions autour de la conception post-moderne du droit », op. cit., p. 447.

²²³⁸ CHEVALLIER (J.), *L'État post-moderne*, op. cit., p. 104.

²²³⁹ OST (F.), KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau ?...*, op. cit., p. 177.

²²⁴⁰ Voir *infra*.

²²⁴¹ CHEVALLIER (J.), *L'État post-moderne*, op. cit., p. 105.

²²⁴² CHEVALLIER (J.), « Vers un droit post-moderne ?... », op. cit., p. 683.

2. En quête d'une nouvelle rationalité de la norme juridique

Le pluralisme suppose une métamorphose de la rationalité du droit. Selon les défenseurs de la pensée postmoderne, une démarche pluraliste implique logiquement la recherche d'une « nouvelle raison juridique », d'une « rationalité multiple ou complexe »²²⁴³, d'une « rationalité paradoxale et éclatée »²²⁴⁴. Constituant ainsi une rupture par rapport à la vision moderne du droit, la post-modernité sonne, selon eux, la fin de la pensée dialectique à la recherche de la Raison transcendante. Cela dit, il a été en même temps affirmé que, puisqu'il s'agit d'une recherche de nouvelle rationalité, qui consiste à adapter le processus de rationalisation du droit au contexte nouveau des sociétés contemporaines, ce nouveau paradigme ne serait pas une approche anti-moderne mais se présenterait comme « hyper-modernité »²²⁴⁵. En effet, traduisant « la persistance de l'empire de la Raison » et du besoin de la rationalisation, cette démarche s'aligne sur la modernité qui exprime « d'abord et avant tout [...] la croyance dans les vertus de la Raison »²²⁴⁶.

Conforme à cet ordre d'idée, J. Habermas propose une relecture critique de la modernité, centrée sur la « discussion » et fondée sur une rationalité non plus intrinsèque mais « communicationnelle »²²⁴⁷. Dans la théorie habermasienne, le rapport entre la rationalité de la norme et sa légitimité est renversé. Contrairement au droit moderne classique qui tire sa légitimité d'une manière intrinsèque de sa rationalité, la norme juridique élaborée dans un processus communicationnel devient rationnelle grâce à sa légitimité. Cette légitimité démocratique assure ensuite la rationalité de tout système politique, et aussi du droit qui est censé réguler la société.

Ainsi, la question de la légitimité de la norme juridique occupe une place importante dans sa démonstration sur la nouvelle rationalité du droit. C'est à travers sa « théorie de la

²²⁴³ ARNAUD (A.-J.), *Entre modernité et mondialisation...* », op. cit., et du même auteur « Du jeu fini au jeu ouvert. Réflexions additionnelles sur le Droit post-moderne », *Droit et société*, 1991, p. 53.

²²⁴⁴ OST (F.), KERCHOVE (van de) (M.), *De la pyramide au réseau ?...*, op. cit.

²²⁴⁵ CHEVALLIER (J.), « Vers un droit post-moderne ?... », p. 682.

²²⁴⁶ *Idem.*, p. 661 et 682.

²²⁴⁷ Habermas affirme effectivement qu'« [u]ne raison pure, qui pourrait ne se vêtir qu'après coup des atours du langage, cela n'existe pas. C'est d'emblée une raison qui s'incarne à la fois dans les réseaux de l'activité communicationnelle et dans les structures du monde vécu » Voir HABERMAS (J.), *Le discours philosophique de la modernité*, Gallimard, Paris, 1988, p. 381.

Ainsi, « [à] une légitimité intrinsèque, fondée sur la représentation du droit comme incarnation de la Raison, succède une *légitimité procédurale* [...] attestée par ses modes d'élaboration : le passage par différentes formes de discussion et des voies de communication correspondantes permettra de postuler le caractère « rationnel » du contenu de la norme ». Voir CHEVALLIER (J.), *L'État post-moderne*, op. cit., p. 141.

discussion » que J. Habermas propose une solution au problème de légitimation du droit. Il constate que

« [p]ar suite de la croissance et du changement qualitatif des tâches qui incombent à l'État, le besoin de légitimation change aussi ; plus le droit est sollicité en tant que moyen de régulation politique et de structuration sociale, plus s'accroît aussi la charge de légitimation que doit supporter la *genèse démocratique* du droit »²²⁴⁸.

En effet, selon J. Habermas, si le problème de légitimation se pose notamment en raison de « l'inefficacité des opérations régulatrices de l'État » face à la complexité des rapports sociaux des sociétés contemporaines, ce motif n'est pas le seul : « Quel que soit l'enchaînement par lequel les problèmes de ce type s'associent aux conséquences des problèmes de régulation non résolus, l'absence de légitimation résulte d'une perturbation de la *genèse démocratique* du droit »²²⁴⁹.

J. Habermas place au cœur de ce processus démocratique « la politique délibérative »²²⁵⁰ qui permettra les conditions de l'émergence de l'autorégulation d'une communauté juridique. Ainsi, il envisage la démocratie comme « une pluralité processuelle qui converge vers l'objectif de faire d'individus, concrets, les auteurs et les destinataires de leurs lois, normes et institutions »²²⁵¹. C'est effectivement en ce sens que la théorie de la discussion délibérative de J. Habermas s'inscrit dans l'objectif de l'élargissement de l'intersubjectivité évoquée précédemment²²⁵².

On peut constater que, dans la théorie habermasienne, ce processus démocratique est le seul moyen de produire un droit démocratique et légitime. Pour lui, un droit démocratique et

²²⁴⁸ HABERMAS (J.), *Droit et démocratie...*, op. cit., p. 456-457.

²²⁴⁹ *Idem.*, p. 458. En ce sens, Y. Sintomer affirme que « la théorie du discours montre que les normes juridiques atteignent une certaine rationalité substantielle dans la mesure où elles ont été engendrées par des procédures discursives rationnelles (juridiques et démocratiques) ». Voir SINTOMER (Y.) « Weber, Habermas et la sociologie du droit », in *La sociologie du droit de Max Weber*, J.P. Heurtin, N. Molfessis (sous dir.), Dalloz, 2006, p. 75.

²²⁵⁰ HABERMAS (J.), *Droit et démocratie...*, op. cit., p. 320. L'auteur affirme effectivement que « le concept de démocratie fondé sur la théorie de la discussion suppose l'image d'une société décentrée qui crée toutefois, au moyen de l'espace public politique, une arène spécialement chargée de percevoir, d'identifier et de traiter les problèmes intéressant la société dans son ensemble. Si l'on abandonne les concepts issus de la philosophie du sujet, on n'a plus besoin de concentrer la souveraineté, de façon faussement concrète, dans le peuple, ni de la confiner dans l'anonymat des compétences définies par le droit constitutionnel. Le "Soi" de la communauté juridique qui s'organise elle-même est résorbé par les formes de communication asubjectives qui régulent la formation de l'opinion et de la volonté au moyen de la discussion, de façon à ce que leurs résultats faillibles aient toutes les chances d'être raisonnables. (...) Même anonyme, la souveraineté du peuple ne se retire dans les procédures démocratiques et dans l'implémentation juridique des conditions communicationnelles qui la rendent possible, que pour mettre en valeur son statut de pouvoir généré au moyen de la communication » (p. 326).

²²⁵¹ MELKEVIK (B.), « Habermas et la conception démocratique du droit », op. cit., p. 1.

²²⁵² Voir *infra*, titre I de la Première Partie.

légitime est un droit fondé sur la discussion, une discussion délibérative permettant la formation de l'opinion et de la volonté, qui permet, à son tour, aux composants de la société, d'exercer leur autonomie politique et de produire le droit légitime²²⁵³.

J. Habermas écrit que la réalisation du « paradigme procéduraliste », devenu indispensable pour assurer la légitimité du droit, passe nécessairement par « l'institutionnalisation de différents types de discussion et de formes de communications correspondantes ». L'institutionnalisation de la discussion suppose ainsi la mise en place d'une « procédure démocratique » qui « permet le libre jeu des thèmes et des contributions, des informations et des raisons ». Selon lui, cette « procédure démocratique par laquelle le droit généré » constitue « la seule source de légitimité »²²⁵⁴.

Toutefois, cette procédure discursive n'a pas pour but de retrouver d'une manière démocratique la *Raison transcendante* qui sera exprimée à travers la norme délibérée. Contrairement au modèle traditionnel du droit dans lequel la règle juridique est sacralisée, idéalisée, J. Habermas, conscient du risque de l'idéalisation de ce qui est délibéré, souligne l'idéal de la discussion²²⁵⁵. Pour lui, ce qui importe n'est pas ce que disent les participants de la discussion ou ce qui résulte de cette discussion, mais le fait qu'ils communiquent et tentent d'élaborer une décision résultant de cette communication²²⁵⁶. Ainsi, dans cette hypothèse, cette analyse de rationalité du droit est « amenée à mettre l'accent moins sur le résultat (substantiel), variable historiquement, que sur la genèse (procédurale) ». Parce que, tout

²²⁵³ Selon Habermas, « [l]e droit ne prend pas tout son sens normatif en vertu de sa seule forme, pas plus qu'en vertu d'un contenu moral donné a priori, mais à travers une procédure d'édiction du droit qui engendre la légitimité ». Voir HABERMAS (J.), *Droit et démocratie...*, op. cit., p. 153.

L. Boy constate que « cette affirmation entend fournir une réponse nouvelle à la conception libérale illustrée par Kant et à la conception républicain défendue par Rousseau qui avaient toutes deux pour résultat de transférer au seul Législateur politique toute la charge de l'autonomie politique des citoyens » (voir BOY (L.), « Normes », op. cit., p. 135). D'ailleurs, la légitimation de ce transfert et de cette concentration du pouvoir politique, assurée en principe par la démocratie représentative, elle-même est remise en doute.

²²⁵⁴ HABERMAS (J.), *Droit et démocratie...*, op. cit., p. 478.

²²⁵⁵ On ne doit pas oublier que le pluralisme et l'intégration normative sont deux concepts-clés de la mondialisation qui est avant tout un phénomène de communication. Donc, quel que soit son objet, il est important que les intéressés détiennent les moyens communicationnels nécessaires. Celui qui détiendra ces moyens, sera celui qui dominera le phénomène de la mondialisation et déterminera les processus décisionnels et normatifs.

²²⁵⁶ Voir FRYDMAN (B.), « Négociation ou marchandage ? De l'éthique de la discussion au droit de la négociation », in *Droit négocié, droit imposé?*, F. Ost, P. Gérard et M. van de Kerchove (sous dir.), Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 2006, p. 245 et s. L'auteur écrit : « ...le processus de la communication porte en lui-même l'idéal d'une discussion transparente menée selon la loi du meilleur argument, de sorte que lorsque les parties s'engagent dans une négociation, cet idéal forme nécessairement l'horizon de leurs attentes réciproques et conditionne la légitimité de leurs échanges » (p. 247).

simplement, « [l]e contenu des normes peut varier, mais la direction de l'évolution est [toujours] déterminée par les structures formelles de l'échange argumenté »²²⁵⁷.

On verra que l'intérêt de cette théorie de « rationalité procédurale » est patent dans la mesure où elle permet de rendre compte de la nouvelle conception de la régulation sociale qui s'effectue désormais à travers des normes élaborées suivant une démarche pluraliste.

Paragraphe II. L'émergence d'un paradigme pluraliste du droit

Suivant la crise générale de l'autorité, particulièrement de l'autorité des pouvoirs publics, P. Amselek constate l'émergence d'un « nouvel état d'esprit » des destinataires du droit. Selon lui, le droit « n'est 'reçu' par les intéressés que dans la mesure où ces derniers éprouvent le sentiment d'en être vraiment responsables, de lui donner leur 'consensus' »²²⁵⁸. En ce sens, il constate que la négociation, la conciliation et le compromis avec les différents acteurs représentatifs ou groupes d'intérêt de la société deviennent « la tâche primordiale des pouvoirs publics » et ces termes s'insèrent dans la terminologie de la technique juridique. Par là, affirme-t-il, « le droit tend à devenir de plus en plus une sorte de technique de 'cogestion' des conduites qui s'inscrit dans un dialogue permanent et complexe entre les gouvernants et les gouvernés eux-mêmes »²²⁵⁹.

Dans ce processus de transformation de la technique juridique, le concept de la procéduralisation occupe une place importante. Favorisant une vision pluraliste du droit, ce concept tend à mettre en place « une procédure de discussion publique raisonnable » à la recherche de légitimité et d'efficacité des normes juridiques²²⁶⁰ (A). Dans cette recherche de la concertation en vue de conférer à la norme une légitimité qui assure ensuite son efficacité, la technique de la négociation mérite d'être évoquée (B).

²²⁵⁷ Voir SINTOMER (Y.) « Weber, Habermas et la sociologie du droit », op. cit., p. 75.

²²⁵⁸ AMSELEK (P.), « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », *RDP*, 1982, p. 292.

²²⁵⁹ *Ibid.*

²²⁶⁰ OST (F.), « Jupiter, Hercule, Hermès : trois modèles du juge », in *La force du droit*, P. Bouretz (sous dir.), Éditions Esprit, 1991, p. 266.

A. La procéduralisation de l'élaboration du droit à la recherche de légitimité et d'efficacité

Il existe différentes acceptations de ce terme qui revêt un sens particulier en fonction des domaines d'analyse concernés. Mais d'une manière générale, on peut observer qu'il s'agit d'un phénomène apparu avec le mouvement de reconnaissance et de rationalisation, mis à jour notamment par J. Habermas et J. Rawls²²⁶¹. Le phénomène juridique n'est pas épargné de revendications de procéduralisation. Du point de vue de la production du droit, la procéduralisation peut avoir deux sens distincts contenant tous les deux une vision pluraliste du droit. Le premier sens de ce terme correspond à son aspect substantiel qui dévoile le nouveau paradigme du droit émergent : le droit procédural. Quant au deuxième, il relève de l'aspect formel de la procéduralisation, qui exprime l'exigence d'une démarche institutionnelle en tant que garant d'une procédure communicationnelle et pluraliste.

Dans ce deuxième sens, la procéduralisation signifie « l'institution d'une procédure pour l'édiction de règles ou la prise de décisions »²²⁶². Cette signification de la procéduralisation dévoile l'aspect formel du terme qui désigne le processus formel à suivre lors de l'élaboration du droit. Selon A. Jeammaud, « [i]l peut s'agir d'une information ou d'une consultation préalable de porteurs ou de représentants des intérêts en cause, d'un débat contradictoire, d'une demande d'avis, d'une tentative de négociation ». L'objectif de cette « subordination de la validité ou de l'efficacité juridiques d'un acte au respect d'une procédure » est « à la fois, d'assurer à la décision ou à la règle future qualité (justice autant que justesse) et légitimité (la rendre acceptable sinon satisfaisante pour tous, et dissuader de la contester) »²²⁶³. Dans cet aspect, la procéduralisation met l'accent sur l'exigence d'un processus de la production du droit qui permettra et assurera l'intervention de tous les intéressés. La procéduralité du droit est vue comme la garantie formelle de sa légitimité qui conditionnera ensuite son succès.

La procéduralisation du droit est devenu un mode de rationalisation des modes d'élaboration des normes juridiques qui constitue une des caractéristiques de la technique juridique contemporaine. Elle est défendue notamment par J. Habermas en vue d'« un renforcement du principe de publicité ». Celui-ci consiste à une « ouverture de lieux de discursivité renforcée » qui seule pourra permettre « à assurer l'autonomie du monde vécu face aux 'superstructures'

²²⁶¹ QUINTANE (G.), « La procéduralisation du droit public, promesses ou menace ? », in *Les évolutions du droit. Contractualisation et procéduralisation*, C. Pigache (sous dir.), Publications de l'Université de Rouen, 2004, p. 167. Voir également FRYDMAN (B.), « Négociation ou marchandage ? De l'éthique de la discussion au droit de la négociation », op. cit., p. 238 et s.

²²⁶² JEAMMAUD (A.), « Introduction à la sémantique de la régulation juridique », in *Les transformations de la régulation juridique*, J. Clam et G. Martin (sous dir.), LGDJ, 1998, p. 67.

²²⁶³ *Ibid.*

systemiques »²²⁶⁴. Ainsi conçue, la procéduralisation assure à la fois la légitimité (1) et l'efficacité de la norme (2).

1. La procéduralisation comme une condition de la légitimité de la norme

La procéduralisation de la production du droit s'impose d'abord comme une nécessité pour des raisons de légitimité²²⁶⁵. Dans la conception moderne du droit, la légalité de la norme et sa légitimité se confondent. La validité de la norme dépend de sa légalité, c'est-à-dire d'être édictée par une autorité compétente²²⁶⁶, et sa légitimité se rattache à la légitimité de son créateur, c'est-à-dire l'État, qui se justifiait notamment « dans le caractère démocratique de sa production normative, dans le respect du principe de légalité par ses institutions de pouvoir et dans le respect des droits et libertés par ses organes de régulation de l'activité sociale »²²⁶⁷. Partant, on peut constater que la légitimité de la norme dépend particulièrement des conditions démocratiques de son élaboration. Toutefois, les autorités publiques souffrent aujourd'hui d'un déficit démocratique. Leur légitimité démocratique ne se présume plus.

Avec la remise en cause de la légitimité de l'État, le droit qu'il produit est, lui aussi, remis en cause. En effet, on a constaté qu'un rattachement de la norme juridique à une instance étatique ou interétatique ne lui confère plus en soi une légitimité démocratique. Dans cette perspective, le concept de la légitimité procédurale a été proposé. Selon ce concept, la légitimité de la norme n'est pas inhérente à son existence mais dépend du déroulement démocratique d'une procédure permettant la participation de tous les intéressés et la recherche d'un consensus²²⁶⁸.

Cette démocratisation de la production du droit, lui conférant ainsi sa légitimité, s'impose tant au niveau des ordres juridiques internes qu'au niveau international. Toutefois, alors que même le cadre étatique suscite des interrogations concernant la nature démocratique du processus normatif, la question de savoir comment garantir une production démocratique du

²²⁶⁴ Voir MUNCK (de) (J.) et LENOBLE (L.), « Droit négocié et procéduralisation », in *Droit négocié, droit imposé?*, F. Ost, P. Gérard et M. van de Kerchove (sous dir.), Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 2006, p. 180.

²²⁶⁵ BOY (L.), « Normes », op. cit., p. 144.

²²⁶⁶ Voir OST (F.), « Jupiter, Hercule, Hermès : trois modèles du juge », op. cit., p. 253.

²²⁶⁷ CRÉPEAU (F.), « Mondialisation, pluralisme et souveraineté... », op. cit., p. 16.

²²⁶⁸ Il a été en effet constaté que la recherche de la démocratisation de la production normative est une réflexion caractéristique du nouveau paradigme juridique, marqué par le pluralisme et la pensée postmoderne. Voir en ce sens MAISANI, (P.) WIENER (F.), « Réflexions autour de la conception post-moderne du droit », op. cit., p. 455.

droit sur le plan international attend encore une réponse. En effet, si la mondialisation des mécanismes décisionnels et régulateurs est une chose inévitable, voire nécessaire, ce phénomène n'a fait qu'amplifier le déficit démocratique des décideurs. Loin de répondre aux exigences d'une démocratie participative, ces mécanismes excluent même les institutions de démocratie représentative les plus légitimes qui existent à l'heure actuelle : les parlements nationaux. C.-A. Morand constate effectivement que, si les parlements nationaux jouaient un certain rôle lors de la création des institutions internationales et supranationales qui assurent aujourd'hui une fonction de régulation parfois plus que les États, « une fois que ces instances [...] prennent leur autonomie normative, les parlements sont définitivement écartés du processus de production du droit »²²⁶⁹.

Selon C.-A. Morand, cette structure des mécanismes décisionnels « allergique à la démocratie » est inhérente à leur nature exclusivement inter-étatique²²⁷⁰. S'inscrivant dans cet ordre de pensée, il a été défendu que l'exclusivité du rôle de l'État était incompatible avec une perspective de processus démocratique et pluraliste au niveau mondial et que l'affaiblissement de l'État y serait inévitable. Toutefois, en l'état actuel des choses et considérant le développement d'une économie mondiale sans contrôle, l'affaiblissement de l'État risque de ne pas conduire forcément à une démocratisation des mécanismes décisionnels. Au contraire, il peut se traduire comme le triomphe des sociétés transnationales et la « tyrannie du marché »²²⁷¹ où le droit se confondrait avec les exigences du libéralisme économique²²⁷².

Le concept de la procéduralisation de la production du droit a été avancé justement pour exclure ce risque de désordre et d'hégémonie, – qui est d'ailleurs l'argument le plus souvent avancé pour critiquer le concept de pluralisme –. La démocratisation des procédures de prise de décision et des processus de la production normative au niveau global se profile en effet à la fois comme une possible réponse à une dénationalisation du pouvoir politique et juridique engendrée par le processus de la mondialisation et comme une précaution face au risque d'hégémonie du plus puissant. Proposant l'institutionnalisation du pluralisme comme forme et l'institutionnalisation de la communication comme méthode, cette démarche, que l'on peut

²²⁶⁹ MORAND (C.-A.), « Régulation, complexité et pluralisme juridiques », *Mélanges Paul Amselek*, Bruylant, 2005, p. 622.

²²⁷⁰ *Ibid.*

²²⁷¹ Voir FRISON-ROCHE (M.-A.), « Le modèle du marché », in *Droit et esthétique*, APD, t. 40, 1995, p. 286 et s.

²²⁷² Voir DELMAS-MARTY (M.), *Les forces imaginantes du droit I. Le relatif et l'universel*, op. cit., p. 96 et s.

qualifier de « démocratie procédurale », vise à assurer le caractère démocratique de la norme et sa légitimité.

2. La procéduralisation comme une condition de l'efficacité de la norme juridique

On a constaté que l'efficacité de la norme juridique dépend largement de sa légitimité et que, depuis la perte de l'aura de rationalité qui entourait le droit étatique, cette légitimité est nécessairement fondée sur une logique délibérative, procédurale. Dans cette perspective, la participation se présente comme la condition principale de l'efficacité de la norme juridique. Comme J. Chevallier le constate, désormais, la règle de droit fait autorité non pas parce « qu'elle s'énonce comme un ordre obligatoire, auquel tous sont tenus de se soumettre », mais parce qu'elle est entourée du consensus de ses destinataires qui ont participé à son élaboration²²⁷³. Selon lui, c'est effectivement ce consensus qui assure l'efficacité de la norme qui dépend non plus de la soumission, mais de l'adhésion des destinataires²²⁷⁴.

Ce souci d'efficacité des normes est particulièrement présent au sein des mécanismes de gouvernance mondiale comme l'OMC. Contribuant activement à l'élaboration des normes à vocation mondiale et, par conséquent, à l'intégration normative, ces mécanismes doivent mettre en place des processus pluralistes pour assurer « la bonne application des régimes élaborés »²²⁷⁵. À cet égard, la procéduralisation de la production normative, qui repose sur la participation et la représentation de tous les intéressés, devient une condition de la légitimité de la norme et, par conséquent, de son efficacité. C'est effectivement en ce sens que la Commission européenne a souligné l'importance de la collaboration avec les acteurs non étatiques dans l'élaboration de la politique sociale européenne. Dans son *Livre Blanc sur la Gouvernance européenne*²²⁷⁶, elle a affirmé que l'inscription des rapports de dialogue et de partenariat avec les acteurs économiques, sociaux, les ONG et les groupes organisés a surtout pour but d'assurer la bonne réception du droit européen par les parties intéressées²²⁷⁷.

²²⁷³ CHEVALLIER (J.), *L'État post-moderne*, op. cit., p. 141.

²²⁷⁴ *Idem.*, p. 128. Dans le même sens, K. Benyekhlef écrit que « dans nos sociétés contemporaines, une norme ne peut s'appliquer avec efficacité que si ses destinataires ont participé peu ou prou à son élaboration ». Voir BENYEKHLEF (K.), *Une possible histoire de la norme...*, op. cit., p. 805.

²²⁷⁵ RUIZ FABRI (H.), « La contribution de l'Organisation Mondiale du Commerce... », op. cit., p. 361.

²²⁷⁶ Op. cit.

²²⁷⁷ C'est en effet une acceptation générale de considérer la participation des acteurs non étatiques comme garant de l'efficacité du droit. Comme B. Frydman l'affirme, plus le système politique s'éloigne des destinataires du droit, plus le droit qu'il édicte perd de sa légitimité. Voir FRYDMAN (B.), « Habermas et la société civile contemporaine », op. cit., p. 142.

La deuxième condition de l'efficacité de la norme juridique est sa capacité à répondre au besoin social auquel elle est destinée. Face à la complexité des rapports sociaux et à la technicité des problèmes posés, l'aspect technique et scientifique de la norme juridique s'accroît. Ainsi, le recours à l'expertise devient un moyen d'élaboration des normes qui se généralise de plus en plus dans des domaines techniques et scientifiques exigeant des connaissances expérimentales²²⁷⁸. Comme P. Amselek le constate

« les normes juridiques sont fabriquées aujourd'hui et mises au point à partir d'études préalables plus ou moins fouillées ; on tient compte, pour leur préparation, de tout un savoir de plus en plus important, de toute une série de données diverses collectées au moyen de techniques perfectionnées d'observation, de sondage, de prévision »²²⁷⁹.

Dans des processus de production normative fondés sur l'expérience, le savoir technique et scientifique, la contribution des acteurs qui en possèdent est sans doute très importante. Au moment de l'élaboration des normes juridiques, des experts du domaine, des maîtres du sujet et des connaisseurs du terrain sont de plus en plus souvent sollicités par les négociateurs gouvernementaux qui n'ont pas le niveau de connaissance spécialisée requis²²⁸⁰.

On peut observer que la question d'efficacité de la norme juridique est ainsi devenue une préoccupation qui tend à modifier profondément la logique moderne de la production normative. C'est effectivement en raison de cette « préoccupation d'efficacité » que le besoin d'un droit flexible, adaptable aux changements s'est manifesté. La production de ce droit, que certains qualifient de « pragmatique »²²⁸¹, relève de plus en plus de l'association de ses destinataires lors de son élaboration. Ainsi, « le droit devient [...] un droit négocié, qui est le fruit d'une délibération collective »²²⁸². Ce droit « n'est plus dicté par un souverain paternaliste, il se négocie par l'entremise de la consultation »²²⁸³, invitant ses destinataires « à participer à la définition des normes auxquelles ils sont soumis »²²⁸⁴. Ainsi défini, le droit

²²⁷⁸ Voir CASTEL (R.), « Savoirs d'expertise et production de normes », in *Normes juridiques et régulation sociale*, F. Chazel et J. Commaille (sous dir.), LGDJ, 1991, p. 177 et s.

²²⁷⁹ AMSELEK (P.), « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », op. cit., p. 283.

²²⁸⁰ BOISSON de CHAZOURNES (L.), « Gouvernance et régulation au 21^e siècle : quelques propos iconoclastes », op. cit., p. 29.

²²⁸¹ Voir CHEVALLIER (J.), *L'État post-moderne*, op. cit., p. 137-138. En ce sens, voir également ARNAUD (A.-J.), *Entre modernité et mondialisation...*, op. cit., p. 279. Selon lui, le pragmatisme est effectivement une des caractéristiques du droit postmoderne.

²²⁸² CHEVALLIER (J.), *L'État post-moderne*, op. cit., p. 141.

²²⁸³ BENYEKHELF (K.), *Une possible histoire de la norme...*, op. cit., p. 30.

²²⁸⁴ CHEVALLIER (J.), *L'État post-moderne*, op. cit., p. 124. Dans le même sens, K. Benyekhlef écrit que, ainsi, « le processus d'élaboration de la norme passe d'une logique représentative (représentants élus édictant la loi) à une logique participative par laquelle les acteurs concernés – entreprises, ONG et société civile – sont invités à

négocié sera naturellement plus un droit de conciliation qu'un droit de commandement²²⁸⁵. Contrairement au droit moderne autoritaire et unilatéral, ce droit suppose le pluralisme et le consensus et marque le passage « d'un droit 'monologique' [...] à un droit 'dialogique' »²²⁸⁶.

Cette transformation de la technique juridique, que les auteurs comme J. Chevallier et K. Benyekhlef ont pu notamment observer au niveau de droits nationaux, affecte également, d'une certaine manière, l'espace juridique international. On sait que le droit interétatique est par nature un droit négocié, un droit « dialogique ». Mais, ce droit créé par les États ne s'adresse qu'à eux. Avec l'élargissement du contenu du droit international, qui n'est plus qu'un droit interétatique mais aussi le droit de l'environnement, le droit humanitaire, les droits de l'homme, le droit du commerce, ce droit est devenu un ensemble normatif qui concerne tout aussi les individus, les entités non étatiques, infra-étatiques et supranationales. Ainsi, ce problème d'efficacité que pose un droit étatique du fait d'être un droit imposé, monologique, risque également de se poser au niveau international si celui-ci reste un droit négocié exclusivement par les États sans permettre la consultation d'autres intéressés qui sont aussi destinataires de ce droit.

Une procéduralisation de la production normative au niveau international, favorisant une logique de discussion et de négociation avec les destinataires du droit et tous les intéressés, notamment les partenaires sociaux, les ONG et les opérateurs économiques, permettra ainsi l'élargissement de l'étendue de la notion d'intersubjectif. Et c'est cette représentation plurielle des intérêts et des intéressés lors de l'élaboration du droit fondée sur un processus communicationnel démocratique qui attribuera à la norme sa légitimité²²⁸⁷.

Cette démocratisation du processus d'élaboration des normes est particulièrement importante au niveau international, notamment dans des domaines qui échappent à la régulation du droit étatique ou interétatique où le rapport de forces entre les acteurs non étatiques qui y interagissent et participent à la régulation n'est pas équilibré. Comme exemple, on peut évoquer le commerce international et le cyberspace. Dans ces domaines, la régulation

définir le contenu de la régulation ». Voir BENYEKHLEF (K.), *Une possible histoire de la norme...*, op. cit., p. 806.

²²⁸⁵ Voir PUIG (P.), « Hiérarchie des normes : du système au principe », *RTDC*, 2001, p. 749 et s.

²²⁸⁶ CHEVALLIER (J.), « Vers un droit post-moderne ?... », op. cit., p. 675. Dans le même sens, voir POMADE (A.), *La société civile et le droit de l'environnement*, op. cit., p. 324 et 325. Selon l'auteur, la logique de négociation remet en cause la « logique d'imposition » et « l'unilatéralité de la norme ».

²²⁸⁷ BOY (L.), « Normes », op. cit., p. 137.

s'effectue d'une manière autonome, directement par les acteurs non étatiques²²⁸⁸. Ainsi, la représentation des différents intérêts et intéressés devient cruciale pour permettre une construction démocratique de nouveaux *corpus juris* comme la *lex mercatoria* et la *lex electronica*²²⁸⁹. En effet, on verra au sujet de la production normative par des organismes internationaux de normalisation que le fait d'être négociée et élaborée directement par les intéressés confère à la norme issue même d'une source non étatique une légitimité qui lui permet de s'intégrer au droit positif²²⁹⁰.

Elle est également liée au fait que les États s'engagent pour l'ouverture du processus de production normative à d'autres acteurs de la vie pour des raisons pratiques liées à l'efficacité de ces acteurs ou pour des raisons liées tout simplement aux exigences démocratiques.

B. La technique de négociation

Comme on vient de le constater, la négociation n'est pas un terme étranger au droit international. Comme une technique de production normative, elle existe déjà concernant la norme conventionnelle et désigne spécifiquement le stade antérieur à la conclusion d'un traité bi- et multilatéral. Toutefois, ce processus n'est ouvert traditionnellement qu'aux États, ou aux institutions interétatiques. Dans ce modèle classique de production normative et suivant la logique dominante de l'ordre juridique international, la négociation est aussi interétatique. L'introduction du concept du pluralisme, qui se traduit par la multiplication des acteurs impliqués dans le processus d'élaboration des normes internationales, ouvre ce jeu de négociation à des acteurs non étatiques et élargit sa compréhension (1). Apparue comme l'expression concrète d'une technique de régulation « désétatisée », la négociation est utilisée notamment dans le modèle de co-régulation (2).

1. Le passage d'un jeu fermé à un jeu ouvert dans la production du droit

A.-J. Arnaud constate qu'au « jeu fermé entre individus appartenant à des statuts en nombre limité, pour faire des opérations en nombre également limité, la société contemporaine tend à substituer un modèle ouvert ». Selon lui, « [d]e ces nouveaux rapports fluctuants entre le

²²⁸⁸ Voir supra.

²²⁸⁹ Pour une réflexion dans ce sens à propos de la *lex electronica*, voir la conclusion de TRUDEL (P.), « La *lex electronica* », in *Le droit saisi par la mondialisation*, C.-A. Morand (sous dir.), Bruylant, 2001, pp. 259-262.

²²⁹⁰ Voir supra.

social et le juridique, naît une nouvelle structure du jeu, qui préfigure ce que pourrait être le Droit d'une société post-moderne ». Ainsi, permettant l'intervention de différents sous-systèmes et, donc, d'une pluralité d'acteurs, la décision complexe résulte, selon lui, « de la conjonction récursive de trois opérations systématiques. Ces opérations consistent respectivement dans la construction des problèmes, dans leur projection sous forme de plans, et dans la sélection de la 'bonne' décision, au sens de solution 'la plus satisfaisante' »²²⁹¹.

Dans cet objectif d'ouverture des systèmes régulateurs, et plus particulièrement de la production du droit, à des sous-systèmes régulés, la technique de négociation est devenu le modèle indispensable. L'apport principal de cette technique est que, « [e]n négociant la formation et la mise en œuvre du droit avec les groupes d'intérêts concernés, le législateur et l'administration accroissent le couplage structurel avec les systèmes sociaux que les régulations cherchent à orienter »²²⁹². Ainsi, l'autorité régulatrice, qui sent « la nécessité de prendre en considération les points de vue des groupes concernés, les logiques de leur action »²²⁹³, se rapproche des groupes visés par l'acte de régulation et fait ainsi cet acte le leur.

²²⁹¹ Pour expliquer ce processus de formation de la « décision complexe », l'auteur examine l'exemple du droit européen qui, selon lui, reflète ce jeu complexe :

« L'ensemble des mouvements de luttes contre les réticences à la volonté politique européenne, les groupements d'intérêts, les collectifs de défense, les Comités de réflexion et de pratique de base, dans les matières les plus diverses traditionnellement réglées par le Droit, appartiennent au sous-système de construction des problèmes. Au sous-système de conception des plans d'action, correspond l'ensemble des centres de recherche, observatoires européens, cabinets de praticiens et études d'avocats, pour ce qui concerne la lignée politique, ainsi que, pour la lignée judiciaire, les divers modes alternatifs de règlement des conflits. Le troisième sous-système, celui de sélection des décisions, se compose des institutions parlementaires et exécutives, des organes de coopération, des Commissions, des Cours – celle de Luxembourg et celle de Strasbourg –, des organes de médiation et d'arbitrage, sans oublier les institutions judiciaires nationales.

La conjonction des trois sous-systèmes mentionnés constitue le système global de décision complexe, et cette conjonction seule la forme. Le jeu se structure donc aujourd'hui à travers une triple intervention. Des solutions qui seraient fournies directement par des organes agissant au niveau de la construction des problèmes ou à celui de la conception des plans d'action, n'auraient pas le caractère de décision, même si elles en avaient les apparences ; inversement, une décision prise au stade du choix d'action n'est décision complexe que si elle est l'aboutissement de l'action des sous-systèmes précédents. Ce qui se passe encore le plus fréquemment aujourd'hui, tant dans la lignée politique que dans la lignée judiciaire des décideurs de Droit, c'est que les décisions sont prises officiellement dans ce sous-système de sélection des décisions comme s'il s'agissait du système tout entier. Il s'agit là d'une simplification qui ne permet pas de rendre compte de l'élaboration contemporaine de la règle du jeu. Une décision ainsi élaborée ne revêt pas le caractère de décision complexe, et transforme le Droit ainsi produit en une création d'inspiration « moderne », au sens où nous l'avons défini à partir des acquis de la philosophie moderne du Droit et de l'État.

La nécessité de la conjonction des trois sous-systèmes est une condition de la production de décision complexe ». Voir ARNAUD (A.-J.), « Du jeu fini au jeu ouvert. Réflexions additionnelles sur le Droit post-moderne », op. cit., p. 53 et s.

²²⁹² MORAND (C.-A.), « Régulation, complexité et pluralisme juridiques », op. cit., p. 628.

²²⁹³ *Idem.*, p. 629.

Cependant, il convient de préciser que la négociation s'entend plutôt comme une pratique de discussion entre tous les intéressés qu'un marchandage entre les parties²²⁹⁴. Pour illustrer cette distinction, on peut se référer à la définition proposée par A.-J. Arnaud du « droit négocié ». Selon lui, il s'agit du droit qui,

« s'il est édicté par l'autorité légitime, a été conçu, au stade de ce que j'ai nommé ailleurs l'*avant-dire-droit*, non comme le produit d'un sage ou d'une élite ou d'un groupe des gens éclairés ou encore des intérêts d'une classe sociale, mais l'aboutissement d'une négociation entre ceux qui, par métier, savent mieux que les autres quelles sont les contraintes conjoncturelles, d'une part, et ceux qui, parce qu'ils vivent plus au ras du sol, connaissent les aspirations des destinataires de ce droit. Le droit est ainsi, au stade de sa production, de plus en plus négocié entre les techniciens (on dit volontiers, souvent avec une pointe de mépris, les 'technocrates') et les groupes représentatifs de plus en plus nombreux à être écoutés, sollicités, voire reconnus – jusqu'à l'être en qualité d'ONG »²²⁹⁵.

La négociation n'est pas, non plus, une simple « *technique d'équilibrage de préférences données* ». J. De Munck et J. Lenoble affirment effectivement que le droit négocié évoque certes « l'émergence d'un droit participatif » mais il va au-delà. En tant que « critique profonde de la conception classique de la participation, [...] il s'attaque au dispositif cognitif qui en fondait la possibilité ». Appelant au renforcement du principe de publicité, la négociation se propose comme un « learning process » qui permet de « construire dialogiquement non seulement la solution, mais aussi les préférences »²²⁹⁶.

Il semble que cette nouvelle technique juridique ait également une certaine influence sur le plan international. Depuis quelques décennies, on assiste à une croissance qualitative et quantitative de la normativité internationale. Relevant traditionnellement d'un processus interétatique, ces activités normatives ne laissent pas indifférents d'autres acteurs de la scène internationale. On a pu constater précédemment que les acteurs non étatiques, notamment les ONG, s'intéressent de plus en plus au processus d'élaboration du droit et essaient d'accéder aux lieux d'émission de la norme internationale et d'influencer son contenu. Elles sont

²²⁹⁴ Pour une analyse générale des modèles de négociation proposés dans la doctrine, notamment par Rawls et Habermas voir FRYDMAN (B.), « Négociation ou marchandage ? De l'éthique de la discussion au droit de la négociation », op. cit., p. 231 et s.

²²⁹⁵ ARNAUD A.-J.), *Entre modernité et mondialisation...*, op. cit., p. 279. Dans le même sens, voir BOY (L.), « Normes », op. cit., p. 135. Selon l'auteur, la négociation signifie « associer les partenaires sociaux à l'élaboration de la norme ».

²²⁹⁶ MUNCK (de) (J.) et LENOBLE (L.), « Droit négocié et procéduralisation », op. cit., p. 181 et 182.

présentes désormais à tous les stades de l'élaboration des règles internationales²²⁹⁷, notamment dans les domaines des droits de l'homme²²⁹⁸, du droit humanitaire²²⁹⁹, de l'environnement²³⁰⁰. On doit également évoquer l'influence des opérateurs économiques dans la formation du droit du commerce et de la finance.

La participation de ces acteurs non étatiques aux mécanismes délibératifs et décisionnels de la gouvernance globale s'inscrit dans l'objectif de promouvoir certains principes constitutionnels et démocratiques comme les principes de participation démocratique, de transparence et de délibération. K. Benyekhlef souligne notamment l'importance de la participation de la société civile qui, selon lui, contribue au processus global de constitutionnalisation²³⁰¹. Il est vrai que, considérées comme lieux de démocratie participative, les ONG permettent notamment une participation de plus en plus directe et efficace des individus à l'élaboration du droit international²³⁰².

On peut observer que le poids de ces acteurs s'accroît notamment dans des domaines qui échappent à la régulation étatique ou interétatique et qui relèvent d'un besoin de gouvernance globale²³⁰³. Les États se voient souvent contraints de discuter, par exemple avec des acteurs de la société civile qui ont une importante capacité de mobilisation et d'influence sur l'opinion publique, ou encore, avec les entreprises multinationales dont l'adhésion conditionne souvent l'efficacité de la norme. La technique de négociation commence à

²²⁹⁷ Voir SZUREK (S.), « La société civile internationale et l'élaboration du droit international », *op. cit.*, p. 49 et s.

²²⁹⁸ Voir COHEN-JONATHAN (G.) et FLAUSS (J. F.) (sous dir.), *Les organisations non gouvernementales et le droit international des droits de l'homme*, Bruylant, 2005, 258 p.

²²⁹⁹ DOMESTICI-MET (M.-J.), « Le rôle des associations dans la création du droit... », *op. cit.*, p. 121 et s. ; VEUTHEY (M.), « Le rôle des acteurs non étatiques dans le respect du droit international humanitaire », *AFRI*, 2009, vol. X, pp. 993-1020.

On doit également évoquer le rôle des ONG dans la création d'une justice pénale internationale. À ce sujet voir AOUN (E.), FICET (J.), « La mobilisation d'un réseau d'ONG la coalition française pour la cour pénale internationale et la ratification du statut de Rome par la France », in *ONG et Humanitaire*, J. Simeant et P. Dauvin (sous dir.), L'Harmattan, 2004, pp. 61-89.

²³⁰⁰ POMADE (A.), *La société civile et le droit de l'environnement...*, *op. cit.* ; IOVANE (M.), « La participation de la société civile à l'élaboration et à l'application du droit international de l'environnement », *op. cit.*, p. 465 et s., plus particulièrement p. 479 et s. ; VARELLA (M. D.), « Le rôle des organisations non gouvernementales dans le développement du droit international de l'environnement », *op. cit.*, p. 41 et s. ; MALJEAN-DUBOIS (S.), « La 'gouvernance internationale des questions environnementales'... », *op. cit.*, p. 85 et s.

²³⁰¹ Voir BENYEKHFLEF (K.), *Une possible histoire de la norme...*, *op. cit.*, p. 704 et s., plus particulièrement p. 708.

²³⁰² COHEN-JONATHAN (G.), « L'individu comme sujet de droit international – droit international des contrats et droit international des droits de l'homme – », in *Mélanges Paul Amselek*, Bruylant, 2005, p. 225.

²³⁰³ Selon K. Benyekhlef, cette « recherche de la concertation dans l'élaboration de la norme constitue un élément crucial de la gouvernance qui [...], se veut une technique renouvelée du gouvernement des hommes dont l'un des objectifs est d'associer étroitement les acteurs de la société civile et du marché à la prise de décision ». Voir BENYEKHFLEF (K.), *Une possible histoire de la norme...*, *op. cit.*, p. 804.

s'imposer dans ces domaines comme le modèle de régulation des rapports sociaux. Ainsi, s'affirme de plus en plus la recherche de concertation dans l'élaboration de la norme internationale qui est désormais négociée avec des acteurs non étatiques²³⁰⁴.

Laisant de côté ces activités, certes non négligeables et influentes dans le processus d'élaboration de la norme internationale, mais qui consistent en une forme de participation souvent extérieure, ou plus justement extériorisée, on va particulièrement s'intéresser ici aux formes procéduralisées d'une participation des acteurs non étatiques. À cet égard, l'examen de la co-régulation, comme un mode de régulation pluraliste s'avère très intéressant.

2. La co-régulation comme démarche pluraliste

Au sujet de la régulation du pluralisme à l'échelle régionale et mondiale, on peut dégager principalement trois types de régulation : la *régulation internationale*, l'*autorégulation* et la *co-régulation*²³⁰⁵. Du point de vue de l'élaboration des normes internationales, les deux premiers modèles ne supposent pas ouvertement une démarche pluraliste dans la mesure où la régulation internationale n'implique qu'une régulation par le biais des mécanismes institutionnels de coopération interétatique alors que l'autorégulation consiste en l'octroi aux acteurs non étatiques d'une certaine autonomie dans la régulation de leurs activités. Partant, on va privilégier le troisième modèle, la co-régulation, qui prévoit l'intervention et l'inclusion de tous les partenaires sociaux, économiques et administratifs dans les mécanismes de régulation.

La co-régulation est « une association spécifique de régulation étatique et non étatique »²³⁰⁶. Elle consiste en une collaboration entre la puissance publique et les acteurs privés en vue d'inclure toutes les parties concernées dans le processus de détermination des objectifs et d'élaboration des normes. Cette participation de différents acteurs de la vie sociale permet de prendre en compte les intérêts de chacun et, par conséquent, de garantir l'efficacité des règles

²³⁰⁴ AUBY (J.-B.), *La globalisation, le droit et l'État*, op. cit., p. 99

²³⁰⁵ A. Veilleux y ajoute un quatrième type de régulation, la *régulation privée*, que l'on peut considérer comme une forme d'autorégulation. Voir VEILLEUX (A.), « Régulation des FMN par le biais des codes de conduite », 2003, accessible à http://www.unites.uqam.ca/grama/pdf/Regulation_des_FMNVeilleux.pdf, 14 p.

²³⁰⁶ BENYEKHEF (K.), *Une possible histoire de la norme...*, op. cit., p. 768.

adoptées²³⁰⁷. Le *Livre Blanc* sur la *Gouvernance européenne* de la Commission de l'Union européenne souligne l'importance de ce mode de régulation qui

« associe des mesures législatives ou réglementaires contraignantes à des mesures prises par les acteurs les plus concernés en mettant à profit leur expérience pratique. Il en résulte une plus large appropriation des politiques en question, en faisant participer à leur élaboration et au contrôle de leur exécution ceux qui sont concernés au premier chef par les mesures d'application. Ceci conduit souvent à un meilleur respect de la législation, même lorsque les règles détaillées ne sont pas contraignantes »²³⁰⁸.

Il est vrai que l'espace politique européen est le premier à avoir rendu compte du bénéfice de ce mode de régulation. Considérée comme « l'illustration la plus réussie d'une 'bonne gouvernance' », la méthode européenne privilégie une démarche pluraliste impliquant « l'association d'une multiplicité d'acteurs au processus de décision » et « le fonctionnement d'un système à plusieurs niveaux territoriaux (multilevel governance), incluant les États membres, les organes supranationaux, voire les régions ou les collectivités territoriales »²³⁰⁹.

C'est en ce sens que les défenseurs du postmodernisme ont considéré le droit européen comme s'inscrivant dans le paradigme postmoderne du droit²³¹⁰. En effet, selon J. Chevallier, faisant prévaloir la régulation à la contrainte et le droit négocié au droit imposé, « la construction européenne a eu pour effet de promouvoir un 'style nouveau de politiques publiques', fondé sur le pluralisme et l'ouverture, la négociation et le compromis »²³¹¹. Il rappelle notamment que « le pouvoir exercé au sein de l'Union européenne n'est pas une affaire des seules structures étatiques ». Les acteurs de la société civile, les acteurs économiques et l'individu, à travers notamment le Parlement européen, trouvent également leur place dans la gestion des affaires publiques européennes²³¹².

Par rapport aux autres ordres juridiques, l'ordre juridique européen se distingue déjà par sa logique bien particulière. Le droit européen « se présente avant tout comme un procédé de procéduralisation du droit matériel ». En effet, selon L. Boy, le droit européen se distingue

²³⁰⁷ *Idem.*, p. 669 et s.

²³⁰⁸ *Le Livre blanc sur la gouvernance globale*, Commission des Communautés européennes, op. cit., p. 25.

²³⁰⁹ GEORGOPOULOS (T.), PRAT (A.), « Une doctrine de l'Union Européenne en matière de gouvernance », op. cit., p. 256-257.

²³¹⁰ *Ibid.*

²³¹¹ CHEVALLIER (J.), « Vers un droit post-moderne ?... », op. cit., p. 672.

²³¹² Selon J. Chevallier, cette reconnaissance « s'inscrit dans une logique de déstructuration de la confrontation hégélienne entre l'État et la Société. Cet effet ne saurait cependant surprendre. Au contraire, il s'agit d'un phénomène qui semble être inhérent au projet de l'intégration qui prône la transcendance de l'État par la création d'un ordre supranational dans lequel institutions européennes, États et société civile participent à l'exercice du pouvoir public ». *Ibid.*

surtout en ce qu'il se présente « non comme une volonté d'intervenir directement sur les processus économiques et sociaux, mais comme une tentative d'offrir aux différents acteurs les moyens de peser sur les textes »²³¹³.

Pour illustrer cette démarche pluraliste dans la gouvernance européenne, il est nécessaire d'évoquer notamment la mission de la Commission européenne de développer des dialogues avec des partenaires sociaux européens. Reconnue pour la première fois en 1986, à l'occasion de l'Acte unique européen, et intégrée pleinement en droit primaire depuis le Traité d'Amsterdam, une place particulière est réservée aux partenaires sociaux dans l'élaboration de la politique sociale européenne²³¹⁴. La Commission a plusieurs fois souligné l'importance de « promouvoir une culture de dialogue et de participation » dans le processus législatif européen²³¹⁵. Cette exigence de collaboration entre l'Union européenne et les partenaires sociaux a été introduite dans le TFUE, dans ses articles 154 et 155²³¹⁶. Cette procéduralisation du droit matériel dans le cadre du droit européen permet ainsi une « prise en compte d'exigences économiques et sociales puisées dans la société civile à défaut d'État, même minimal »²³¹⁷.

Au niveau international, la co-régulation est directement adoptée par certaines organisations internationales comme un mode de gouvernance. L'Organisation mondiale du tourisme (OMT) constitue à cet égard un bon exemple. Créée initialement comme une organisation non gouvernementale, elle est aujourd'hui une institution spécialisée de l'ONU. Comme membres, elle regroupe des États, des territoires infra-étatiques et des membres affiliés qui sont « des entreprises (publiques ou privées), des organisations, des destinations touristiques, des ONG, des établissements d'enseignement ou des organismes dont les activités sont liées au tourisme ». Ces acteurs non étatiques « apportent à l'OMT leurs connaissances et leur

²³¹³ BOY (L.), « Normes », op. cit., p. 122.

²³¹⁴ Au sujet de l'introduction de la collaboration avec les partenaires sociaux au droit européen, voir MAZUYER (E.), ROSA (de la) (S.), « La régulation sociale européenne et l'autorégulation : le défi de la cohérence dans le recours à la *soft law* », *Cahiers de Droit européen*, 2009, pp. 317-333.

²³¹⁵ Voir le *Livre blanc sur la gouvernance européenne*, op. cit., p. 20 ; *Gouvernance européenne : Mieux légiférer*, la communication de la Commission, COM(2002) 275/Final 2, p. 3.

²³¹⁶ L'introduction législative de l'exigence du dialogue avec les partenaires sociaux a été également soutenue sur le plan jurisprudentiel. E. Mazuyer et S. de La Rosa évoquent à cet égard l'ordonnance du 17 juin 1998 du Tribunal de première instance des Communautés européennes relative à l'Union européenne de l'artisanat et de petites et moyennes entreprises : « par son ordonnance UEAPME, le Tribunal de première instance est allé jusqu'à considérer que l'intervention des partenaires sociaux, sur le fondement de l'article 138 CE, est une voie 'alternative' au principe démocratique fondamental selon lequel 'les peuples participent à l'exercice du pouvoir par l'intermédiaire d'une assemblée représentative ». Voir MAZUYER (E.), ROSA (de la) (S.), « La régulation sociale européenne et l'autorégulation... », op. cit., p. 318.

²³¹⁷ BOY (L.), « Normes », op. cit., p. 122.

expérience pour promouvoir le développement d'un tourisme responsable, durable et accessible à tous » et contribuent ainsi à la régulation du secteur du tourisme²³¹⁸.

En dehors de cet exemple de co-régulation institutionnalisée, le recours à ce mode de régulation est très courant notamment concernant la régulation des activités des opérateurs économiques. Ces activités touchent généralement différents aspects et préoccupations des rapports sociaux comme l'environnement, les droits de l'homme, les droits sociaux, le droit du travail, etc. L'existence de différentes dimensions de ces activités nécessite une régulation impliquant différents acteurs de la vie sociale, d'abord les autorités publiques mais aussi les opérateurs économiques eux-mêmes, ainsi que les syndicats, les ONG, etc.

Consistant en une consultation et un dialogue permanents entre ces différents acteurs, concernés chacun par un aspect particulier des questions soulevées dans les activités des opérateurs économiques, la co-régulation s'effectue sur le plan international à travers des instruments normatifs incitatifs, de nature non obligatoire. Parmi ces instruments, on peut évoquer notamment les codes de conduite élaborés à l'initiative des organisations internationales comme l'Organisation internationale du travail (OIT) ou encore l'ONU²³¹⁹. Ces cadres institutionnels permettent aux différents acteurs de la vie sociale de contribuer à la production des normes et des standards au niveau international. Par exemple au sein de l'OIT, grâce à la structure tripartite de cette organisation, les syndicats qui y siègent ont pu participer à l'élaboration de la *Déclaration tripartite de principes concernant les entreprises multinationales et la politique sociale*²³²⁰. Adoptée en 1977 et révisée dernièrement en 2006, cette Déclaration « représente le seul texte universel et détaillé lié au travail et à l'aspect social des activités des entreprises multinationales ». Ce document de référence « fixe les principes et les attentes auxquels les entreprises doivent répondre dans le domaine de la création de l'emploi, de la formation, des conditions de travail et de vie et des relations

²³¹⁸ Les informations ont été retirées du site Internet de la Communauté des membres affiliés de l'OMT : www.platma.org.

²³¹⁹ Il existe également des codes de conduite élaborés directement par les entreprises transnationales que l'on va examiner ultérieurement. Ces documents relèvent en principe de l'autorégulation. Toutefois, on doit dire que, dans la mesure où l'élaboration de ceux-ci s'effectue souvent à l'initiative des acteurs de la société civile, qui n'hésitent pas à dénoncer auprès de l'opinion publique certaines politiques et pratiques des firmes multinationales contraires aux droits des travailleurs ou aux droits des consommateurs ou encore contraires à la protection de l'environnement, ils peuvent aussi être considérés comme des instruments de co-régulation. Sur le rôle des ONG dans l'élaboration des codes de conduite par les firmes multinationales, voir BENYEKHEF (K.), *Une possible histoire de la norme...*, op. cit., p. 786 et s.

²³²⁰ Cette Déclaration a pour but « d'encourager les entreprises multinationales à contribuer positivement au progrès économique et social, ainsi qu'à minimiser et à résoudre les difficultés que leurs diverses opérations peuvent soulever » (p. 2). Le document est accessible en ligne à l'adresse suivante (dernier accès : juillet 2011) : http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_emp/@emp_ent/documents/publication/wcms_124923.pdf

industrielles » et il « s'adresse aux gouvernements, aux employeurs, y compris les entreprises multinationales, et aux travailleurs »²³²¹. Comme l'a souligné l'OIT elle-même, la particularité la plus importante de cet instrument est qu'il est élaboré avec la collaboration des partenaires sociaux et de la société civile. Reflétant ainsi clairement « les attentes sociales des sociétés envers les entreprises », cette Déclaration se différencie de la plupart des codes de conduite élaborés unilatéralement par les firmes multinationales²³²² ou par les organisations internationales comme l'OCDE au sein de laquelle l'élaboration des *Principes directeurs*²³²³ relevait d'un processus de collaboration exclusivement interétatique²³²⁴.

En ce qui concerne les documents de co-régulation élaborés à l'initiative de l'ONU, on peut notamment évoquer le *Pacte mondial* (Global Compact). Lancé en 2000 à l'initiative du Secrétaire général de l'ONU, Kofi Annan, cet accord est le fruit d'un partenariat entre l'ONU, des syndicats, des ONG et des entreprises multinationales qui entendent rassembler leurs efforts afin de responsabiliser les agissements de ces dernières. Cette entente repose sur trois éléments – le dialogue, la transparence et la gouvernance d'entreprise – et s'articule autour de dix principes relatifs aux droits de l'homme, aux droits du travail, à l'environnement et à la lutte contre la corruption²³²⁵. Grâce à ces engagements, qui ne sont certes que d'ordre moral et juridiquement non contraignants, les entreprises multinationales « doivent elles aussi respecter et promouvoir les valeurs universelles de l'ONU »²³²⁶. Ainsi, constate F. Hagner, « les différentes catégories d'acteurs, étatiques ou non, se retrouvent dans un environnement

²³²¹ Malgré la mise en place d'un mécanisme de suivi, Commission sur les entreprises multinationales, auquel les États membres de l'OIT et les organisations patronales ou syndicales peuvent s'adresser, il faut cependant dire qu'il s'agit d'un instrument facultatif, juridiquement non contraignant.

²³²² Ces informations à propos de la *Déclaration* ont été retirées du site Internet de l'OIT à l'adresse suivante (dernier accès : juillet 2011) : http://actrav.itcilo.org/global_fr/glossary/d-01.htm.

²³²³ Il s'agit des *Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises nationales* qui comprennent des « recommandations non contraignantes aux entreprises multinationales dans tous les grands domaines de l'éthique de l'entreprise, dont l'emploi et les relations avec les partenaires sociaux, les droits de l'homme, l'environnement, la divulgation d'informations, la lutte contre la corruption, les intérêts des consommateurs, la science et la technologie, la concurrence, ainsi que la fiscalité ». Ces principes ont été révisés en 1979, 1984, 1991 et en 2000. La dernière révision est prévue au cours de l'année 2011. Voir le site Internet de l'OCDE (dernier accès juillet 2011) : http://www.oecd.org/department/0,3355,fr_2649_34889_1_1_1_1_1,00.html.

²³²⁴ VEILLEUX (A.), « Régulation des FMN par le biais des codes de conduite », *op. cit.*, p. 6.

²³²⁵ Ces dix principes sont tirés des instruments universels comme la Déclaration universelle des droits de l'homme; la Déclaration de l'Organisation internationale du Travail relative aux principes et droits fondamentaux au travail; la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement et la Convention des Nations Unies contre la corruption. Voir le site du Pacte mondial en français : <http://www.unglobalcompact.org/Languages/french/index.html>. Voir également BENYEKHEF (K.), *Une possible histoire de la norme...*, *op. cit.*, p. 789-790 ; VEILLEUX (A.), « Régulation des FMN par le biais des codes de conduite », *op. cit.*, p. 11-12

²³²⁶ *Ibid.*, p. 12. Au sujet de la collaboration entre les entreprises transnationales et l'ONU en vue de la promotion des droits sociaux sur le plan international, voir également BERNAZ (N.), MORIN (P.-F.), « L'ONU et les sociétés transnationales : la nécessité d'une collaboration opérationnelle en matière de droits sociaux internationaux », in *Une société internationale en mutation : quels acteurs pour une gouvernance ?*, L. Boisson de Chazournes et R. Mehdi (sous dir.), 2005, Bruylant, pp. 61-83.

représenté par des valeurs communes et ces interactions créent un réseau en constante évolution »²³²⁷.

De ce qui précède, il ressort que, considérant les phénomènes du pluralisme et de l'intégration normative, l'élargissement de la logique intersubjective s'avère inévitable. Le droit international n'est plus qu'un droit exclusivement interétatique et d'autres acteurs participent à son élaboration. Dans ce processus inévitable de la mondialisation du droit, seule une ouverture de lieux d'élaboration de la norme internationale à tous les intéressés peut permettre une formation pluraliste du droit international et garantir ainsi son caractère démocratique.

²³²⁷ HAGNER (F.), « Le Global Compact : une tentative d'implication d'une multiplicité d'acteurs dans la mise en œuvre du droit international », in *Une société internationale en mutation : quels acteurs pour une gouvernance ?*, L. Boisson de Chazournes et R. Mehdi (sous dir.), 2005, Bruylant, pp. 43-59, plus particulièrement p. 51.

Chapitre II. La désétatisation du droit international en aval : l'émergence des sources normatives non étatiques

La désétatisation en aval du phénomène normatif signifie extérioriser les sources du droit par rapport à l'État. Vu sous cet angle, ce phénomène implique un pluralisme de sources normatives et suppose que le droit n'est pas exclusivement celui de l'État et qu'il peut exister d'autres foyers de droit que l'État²³²⁸.

J.-B. Auby affirme que la « multiplication des foyers de juridicité » est un des aspects les plus évidents de la globalisation juridique, marquée par le pluralisme²³²⁹. Cette perspective nouvelle de la normativité qui s'affirme de plus en plus à l'ère de la mondialisation relève de la notion de polycentricité qui s'oppose à la conception monocentriste du droit. Selon K. Benyekhlef, la polycentricité suppose une société dans laquelle « la production de normes [...] ne relèvent pas toutes de l'État » et qui est caractérisée par « une multiplicité de centres de pouvoir (l'État, le pouvoir judiciaire, les syndicats, les entreprises, les Églises, etc.) qui entrent en contact, en conflit et en collaboration les uns avec les autres dans une perspective d'équilibre systémique »²³³⁰.

Dans cette société polycentrique, « le rôle dominant sinon exclusif de l'État dans la production du droit et donc dans la maîtrise de la régulation sociale globale s'efface au profit de nouveaux acteurs, publics comme privés »²³³¹. Désormais, des acteurs non étatiques participent non seulement en amont aux processus de production normative existants mais créent également eux-mêmes des normes à travers des « formes de droit non reconnues par la pensée juridique dominante, qui produisent des effets pourtant bien réels »²³³². Ainsi, à travers « des modalités originales de régulation qui ne se glissent pas toujours aisément dans les catégories juridiques usuelles »²³³³, se manifeste une normativité qualifiée

²³²⁸ CHEVALLIER (J.), « Vers un droit post-moderne ?... », op. cit., p. 673. En effet, J. Chevallier écrit que l'État ne peut plus être considéré comme la seule instance productrice de normes juridiques : « les foyers de droit se sont multipliés ». Dans le même sens, voir FONTAINE (L.), « Le pluralisme comme théorie des normes », op. cit., p. 126 ; POMADE (A.), *La société civile et le droit de l'environnement...*, op. cit., p. 302.

²³²⁹ AUBY (J.-B.), *La globalisation, le droit et l'État*, op. cit., p. 205.

²³³⁰ BENYEKHFLEF (K.), *Une possible histoire de la norme...*, op. cit., p. 46.

²³³¹ MAISANI, (P.) WIENER (F.), « Réflexions autour de la conception post-moderne du droit », op. cit., p. 445.

²³³² *Idem.*, p. 453. Voir également FONTAINE (L.), « Le pluralisme comme théorie des normes », op. cit., p. 129.

²³³³ BENYEKHFLEF (K.), *Une possible histoire de la norme...*, op. cit., p. 804.

d'« alternative »²³³⁴, « spontanée »²³³⁵, « volontaire », « autonome ». Ces normes non étatiques viennent concurrencer le droit étatique qui est désormais « relayé » lorsque l'État délègue ses compétences régulatrices, « suppléé » par le recours à d'autres modes de régulation, « supplanté » par le jeu de l'émergence d'autres ordres juridiques²³³⁶.

Du point de vue du positivisme juridique, l'existence de ces sources normatives non étatiques pose un problème surtout en raison de leur reconnaissance en tant qu'ordres juridiques autonomes, constitués en marge des États²³³⁷. Cependant, on va s'intéresser ici à ces phénomènes normatifs alternatifs indépendamment de leur capacité à constituer véritablement un ordre juridique car, d'une part, il n'existe pas une unanimité dans la doctrine sur les critères constitutifs d'un ordre juridique et, d'autre part, ces ensembles normatifs non étatiques contribuent de toute manière, qu'ils constituent ou non des ordres juridiques autonomes, au processus de désétatisation du droit international.

Dans la mesure où elle signifie le dépassement d'un formalisme juridique, qui impose un droit positif dominé par la logique interétatique, l'émergence d'une normativité internationale²³³⁸ « désétatisée » revêt une importance considérable. Dans cette perspective, il convient d'examiner d'abord le changement de paradigme dans la production normative qui a entraîné une rupture entre la logique interétatique et la normativité internationale (Section I). Ensuite, on s'intéressera aux effets juridiques des normes non étatiques qui disposent parfois, notamment à travers leur introduction en droit positif, d'une force normative allant au-delà d'une simple force d'influence (Section II).

²³³⁴ *Idem.*, p. 759 et s.

²³³⁵ HAYEK (F.), *Droit, législation et liberté : une nouvelle formulation des principes libéraux de justice et d'économie politique*, PUF, 2007, p. 123 et s.

²³³⁶ Voir ARNAUD (A.-J.), *Entre modernité et mondialisation...*, op. cit., p. 124 et s.

²³³⁷ LEBEN (C.), « De quelques doctrines de l'ordre juridique », op. cit., p. 35.

²³³⁸ Il est important de préciser que l'internationalité n'est pas une qualité de la norme au sens où elle supposera une norme interétatique classique. L'adjectif « international » signifie qu'il s'agit de la norme s'appliquant aux rapports au-delà des cadres nationaux, c'est-à-dire aux rapports transnationaux, supranationaux, a-nationaux, voire parfois interétatiques. Le terme « international » correspond donc à un espace que l'on peut qualifier aussi de « mondial ».

Section I. Un concept élargi de la normativité

Selon K. Benyekhlef, le défi de la nouvelle conception du droit qu'il qualifie de post-moderne est « de concevoir une régulation originale qui n'emprunte plus les chemins convenus du positivisme juridique et de la volonté souveraine de l'État, seul acteur habilité à dire le droit dans l'imaginaire moderne »²³³⁹. Cette recherche de nouveaux modes de régulation s'explique notamment par la crise des régulations traditionnelles, mise en évidence depuis déjà un certain temps par des auteurs²³⁴⁰. Cette crise est directement liée, d'une part, à la complexification des rapports sociaux et, d'autre part, à la crise d'autorité à laquelle font face les autorités publiques à l'ère de la mondialisation.

La crise de régulation est particulièrement manifeste dans l'ordre juridique international. On a constaté que la production du droit international obéit à une logique interétatique qui, à la lumière des mutations de la société internationale, s'accommode mal aux besoins des divers acteurs qui sont désormais présents sur la scène internationale. Ces exigences se traduisent par la recherche d'un nouveau concept de normativité dont la compréhension s'élargit et s'émancipe de l'État. Dans cette perspective, il est important d'analyser ce changement de paradigme dans la production normative qui tend à s'affranchir d'un formalisme juridique considéré désormais comme inadéquat par rapport à la complexité des sociétés contemporaines (Paragraphe I). Il sera nécessaire, ensuite, de dévoiler les sources de régulation alternatives émergentes (Paragraphe II).

Paragraphe I. L'affirmation d'une normativité émancipée du formalisme juridique

Quand on parle des sources normatives, c'est la notion de « sources formelles » qui vient à l'esprit. Cependant, il faut s'écarter de cette notion bien établie du droit international, car elle privilégie, sous l'influence du formalisme juridique, le critère de juridicité qui n'est pas forcément un critère de la normativité. Il est vrai que la production de normes sous formes non conformes à l'orthodoxie positiviste est désormais considérée comme une des caractéristiques de la mondialisation²³⁴¹. K. Benyekhlef affirme en ce sens que « l'élaboration

²³³⁹ Voir BENYEKHFLEF (K.), *Une possible histoire de la norme...*, op. cit., p. 3.

²³⁴⁰ CROIZIER (M.), « La crise des régulations traditionnelles », in *La sagesse et le désordre*, H. Mendras, Gallimard, 1980, p. 371 et s.

²³⁴¹ C'est en ce sens que L. Boisson de Chazournes constate une rupture dans les modes et les processus de production de la normativité internationale : rupture « structurelle » concernant la forme textuelle, et de la rupture « structurelle » quant à la forme substantielle. Voir BOISSON de CHAZOURNES (L.), « Gouvernance et régulation au 21^e siècle : quelques propos iconoclastes », op. cit., p. 19.

du droit se caractérise, dans les sociétés contemporaines, par une plus grande souplesse, un formalisme moins affirmé »²³⁴². Ce phénomène d'assouplissement formel de la production normative, qui se traduit à travers le concept de « *soft law* » (A), constitue une rupture du lien traditionnellement établi entre le droit et la régulation normative (B).

A. Une production normative assouplie : le concept de « *soft law* »

La *soft law* est un phénomène juridique profondément marqué par le pluralisme : pluralité des domaines et des sources, pluralité des instruments et des destinataires. Il existe différentes acceptations de la notion de *soft law*²³⁴³. C. Thibierge en distingue trois facettes. La première se traduit comme « le droit flou ». Le caractère flou de la norme concerne sa teneur, son contenu qui sera imprécis, indéterminé. Après avoir fait une distinction entre la force obligatoire et la force contraignante, l'auteur dévoile les deuxième et troisième facettes qu'elle appelle respectivement « le droit doux », caractérisé par l'absence d'obligation concernant la mise en œuvre, et « le droit mou » sans sanction juridique prévue²³⁴⁴. C'est surtout dans ces deux derniers aspects que le concept de *soft law* rompt nettement avec le formalisme juridique.

Dans l'objectif de démontrer l'intérêt de la *soft law* dans ce processus d'émancipation du phénomène normatif par rapport au formalisme juridique et, par conséquent, à l'emprise des États, on va se référer à la distinction que P. Weil²³⁴⁵ propose à propos de deux différents concepts de *soft law* qui se réfèrent chacun à un aspect différent de cette notion. Le premier correspond à l'aspect matériel de la norme. C'est le « contenu matériel de la norme » qui est jugé comme relevant de la *soft law*. Dans cet aspect, ce concept s'identifie comme un phénomène de la transformation de la technique juridique (1). Quant au deuxième qui dévoile cette fois l'aspect formel, il s'agit de « l'instrument qui véhicule la règle ». Dans ce cas, ce qui est considéré comme « soft » c'est le contenant de la norme. Supposant des formes et des sources normatives qui n'obéissent pas nécessairement à la logique interétatique, le concept

²³⁴² Sur l'assouplissement du droit, voir BENYEKHFLEF (K.), *Une possible histoire de la norme...*, op. cit., p. 799 et s.

²³⁴³ Voir notamment DUPUY (R.-J.), « Droit déclaratoire et droit programmatoire : de la coutume sauvage à la *soft law* », in *L'élaboration du droit international public*, SFDI, Pedone, 1975, pp. 132-148 ; ABBOTT (K. W.), SNIDAL (D.), « Hard and Soft Law in International Governance », *International Organization*, 2000, n°54, pp. 421-456 ; THIBIERGE (C.), « Le droit souple, réflexion sur les textures du droit », RTDC, 2003, pp. 599-628.

²³⁴⁴ *Idem.*, p. 610 et s.

²³⁴⁵ Voir WEIL (P.), « Le droit international en quête de son identité... », op. cit., p. 215-216.

de *soft law* permet le dépassement du formalisme juridique en matière de la production normative (2).

1. La transformation de la technique juridique

C'est déjà il y a presque 30 ans que P. Amselek avait constaté la transformation de l'image du droit, qui évolue d'une « technique autoritaire de direction des conduites » à une « direction juridique non autoritaire des conduites »²³⁴⁶. Selon lui, la norme juridique ne prescrit pas nécessairement des commandements dont le non-respect serait sanctionné. Au contraire, elle peut se contenter de définir « une marge de possibilité ou latitude à l'intérieur de laquelle doit se tenir la conduite à suivre ou déjà effectivement suivie pour avoir valeur de ligne droite, régulière »²³⁴⁷.

Considéré comme un phénomène de « dilution des prescriptions juridiques dans la production juridique »²³⁴⁸, le concept de *soft law* est la traduction de cette transformation. En effet, considérée comme « un droit non imposé, que ce soit dans son élaboration – droit négocié – ou dans son expression – droit non prescriptif, plus recommandatoire qu'obligatoire »²³⁴⁹, la *soft law* se distingue nettement du droit ordinaire par rapport à la technique juridique à laquelle elle fait recours : ce droit « ne commande pas, ne donne pas d'ordre [...] c'est un droit qui incite, invite, recommande, conseille »²³⁵⁰ et se borne à fixer des objectifs sans établir un suivi précis de ceux-ci.

Partageant ce constat, J.-B. Auby affirme également que les commandements et les prescriptions juridiques « tendent à céder la place de plus en plus fréquemment à des déclarations d'objectifs, des normes d'orientation, des programmes d'action, soit à un ensemble varié de 'normes non prescriptives' »²³⁵¹. Ces « textes indiquent des 'objectifs' qu'il serait souhaitable d'atteindre, fixent des 'directives' qu'il serait opportun de suivre, formulent

²³⁴⁶ Voir AMSELEK (P.), « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », op. cit., p. 275 et s.

²³⁴⁷ AMSELEK (P.), « La teneur indéfinie du droit », *RDP*, 1991, pp. 1199-1216, spécifiquement p. 1200. Pour continuer, l'auteur précise que « [c]ette marge de possibilité est de degré 0 dans le cas des règles d'interdiction, qui défendent de faire telle chose dans telles circonstances ; elle est de degré maximal, de degré 1 (ce qui correspond en même temps à un degré 0 d'impossibilité) dans le cas des règles d'obligation qui imposent de faire telle chose dans telles circonstances ; et de degré intermédiaire dans le cas des règles de permission qui offrent, par définition même, aux intéressés, la latitude de faire ou de ne pas faire ce qui est permis ».

²³⁴⁸ AUBY (J.-B.), « Prescription juridique et production juridique », *RDP*, 1988, p. 673.

²³⁴⁹ THIBIERGE (C.), « Le droit souple, réflexion sur les textures du droit », op. cit., p. 613.

²³⁵⁰ *Ibid.*

²³⁵¹ AUBY (J.-B.), « Prescription juridique et production juridique », op. cit., p. 673.

des 'recommandations' qu'il serait bon de respecter, mais sans leur donner pour autant force obligatoire »²³⁵². Ainsi, les normes revêtent un aspect moins impératif, avec une diminution de leur dimension contraignante : le droit devient alors plus flou²³⁵³, flexible²³⁵⁴ pour une régulation adaptable à la relativité de différentes situations juridiques.

Cette nouvelle forme de régulation que K. Benyekhlef appelle la « régulation managériale » est une exigence de la gouvernance globale²³⁵⁵. On peut effectivement constater que cette transformation de la technique juridique est intimement liée au changement du contexte socio-culturel de nos sociétés auquel le droit ne peut rester indifférent. Il existe deux traits importants de ce changement. Le premier est la complexité des rapports sociaux qui exige, sur le plan international, le dépassement de la logique interétatique. Cette complexité fait appel à des normes caractérisées par la relativité et l'adaptabilité. D'une part, le contenu de la norme s'assouplit pour ne comporter que « des standards de comportement, des normes d'orientation, plutôt que des règles impératives de conduite »²³⁵⁶. D'autre part, les instruments qui les portent deviennent souples, faciles à modifier lorsque les circonstances nouvelles ou l'expérience l'exigent. Ainsi, la flexibilité et l'adaptabilité de la normativité étant deux exigences des sociétés contemporaines²³⁵⁷, cette nouvelle technique juridique gagne de plus en plus du terrain par « sa capacité à s'adapter à l'évolution du réel »²³⁵⁸.

Le deuxième élément clé de ce changement est la crise d'autorité à laquelle font aujourd'hui face les États. En effet, selon C. Thibierge, le « rapport à l'autorité » et « l'expression de l'autorité en général » se sont métamorphosés : « à une autorité [...] jadis fortement caractérisée par la soumission et la contrainte, s'est en partie substituée une autorité soucieuse de légitimer son action, ouverte au dialogue, et en quête de l'adhésion de ses destinataires »²³⁵⁹. Selon elle, ce changement dans la conception de la régulation normative constitue ainsi une « remise en cause du droit, comme un ordre de contrainte ». C. Thibierge précise effectivement que « définir le droit comme un ordre de contrainte, c'est confondre la

²³⁵² Voir CHEVALLIER (J.), « Souveraineté et droit », op. cit., p. 216 et 217.

²³⁵³ DELMAS-MARTY (M.), *Le flou du droit : du code pénal aux droits de l'homme*, PUF, 1986, 332 p.

²³⁵⁴ CARBONNIER (J.), *Flexible droit...*, op. cit.

²³⁵⁵ Voir BENYEKHELF (K.), *Une possible histoire de la norme...*, op. cit., p. 634. L'auteur affirme effectivement que cette nouvelle forme de régulation rompt avec la conception moderne et « brouille les catégories classiques du droit ». En ce sens, voir également MOCKLE (D.), « La gouvernance publique et le droit », *Les cahiers de droit*, 2006, pp. 89-165.

²³⁵⁶ AUBY (J.-B.), *La globalisation, le droit et l'État*, op. cit., p. 108.

²³⁵⁷ K. Benyekhlef affirme effectivement que, flexibles, informelles et adaptables, les normes de *soft law* sont devenues « l'ingrédient normatif essentiel du transgouvernementalisme ». Voir BENYEKHELF (K.), *Une possible histoire de la norme...*, op. cit., p. 748.

²³⁵⁸ CHEVALLIER (J.), « Vers un droit post-moderne ?... », op. cit., p. 679.

²³⁵⁹ THIBIERGE (C.), « Le droit souple, réflexion sur les textures du droit », op. cit., p. 600.

fin et les moyens du droit, c'est le définir par son moyen, la contrainte ; or celle-ci n'est plus qu'un moyen parmi d'autres – certes longtemps privilégié mais plus le seul aujourd'hui – permettant au droit de remplir sa mission d'organisation et de guidance de l'action humaine »²³⁶⁰.

C'est effectivement en ce sens que le concept de *soft law* est considéré comme la traduction la plus significative de ce changement de perspective qui a permis, selon G. Abi-Saab, de « s'éloign[er] de la vision monolithique du droit comme instrument de contrainte [...], pour le concevoir également, et de plus en plus, comme moyen de réalisation d'un projet de société partagé parmi ses sujets, un droit négocié et directif, voulu et agréé plutôt qu'imposé, dans des sociétés démocratiques, de plus en plus complexes et segmentées »²³⁶¹.

2. Le concept de *soft law* comme fondement de l'existence des sources normatives non étatiques

Par rapport au formalisme juridique, la notion de *soft law* est à la fois un défi et une tentative de réconciliation. C'est un défi car elle met l'accent sur une possible production du droit en dehors des cadres classiques, sans obéir à la logique interétatique. Il est vrai qu'elle déplace la production normative en dehors de « [l]a figure classique du droit qui 'vient d'en haut', imposé, fortement prédéterminé son auteur, dans son contenu, sa force et ses sanctions, par définition prévues »²³⁶². Mais aussi il s'agit d'un concept qui essaie de se réconcilier par rapport au formalisme juridique car la qualification « soft » le déplace en dehors d'une juridicité certaine, dure dont jouit en principe une règle de droit (*hard law*). Toutefois, cela ne signifie pas que la *soft law* se situe dans un domaine de non-droit. Ce n'est pas une question du droit ou du non-droit²³⁶³ mais, comme la plupart d'auteurs le précisent, c'est une question de différents degrés de normativité²³⁶⁴.

²³⁶⁰ *Idem.*, p. 625 et 626.

²³⁶¹ ABI-SAAB (G.), « Éloge du 'droit assourdi' : quelques réflexions sur le rôle de la *soft law* en droit international contemporain », in *Nouveaux itinéraires en droit, Hommage à F. Rigaux*, Bruylant, 1993, p. 60.

²³⁶² THIBIERGE (C.), « Le droit souple, réflexion sur les textures du droit », op. cit., p. 615.

²³⁶³ Sur ce sujet, on peut se référer à la démonstration courte mais assez efficace de ABI-SAAB (G.), « Éloge du 'droit assourdi'... », op. cit., p. 59 et s.

²³⁶⁴ Il existe d'un côté des normes à l'autorité renforcée, comme par exemple des normes de *jus cogens*, et d'un autre, des normes à l'autorité atténuée, comme par exemple la *soft law*. Sur ce sujet, voir COMBACAU (J.), SUR (S.), *Droit international public*, op. cit., p. 50-53. Pour un constat critique de ce phénomène de dégradation dans la force normative, voir également WEIL (P.), « Vers une normativité relative en droit international ? », op. cit., p. 9 et s. ; THIBIERGE (C.), « Synthèse », in *La force normative, naissance d'un concept*, C. Thibierge (dir.

Cependant, il faut dire que, cette « polynormativité » n'est pas tout à fait étrangère même à l'ordre juridique international dans sa conception exclusivement interétatique. On a déjà eu l'occasion de constater qu'une « normativité à contenu variable » était effectivement une des caractéristiques de la normativité internationale²³⁶⁵. Ce constat nous permet de dire qu'une variabilité de la force normative des règles découlant de leur contenu matériel n'est pas, en soi, un signe du pluralisme entendu comme pluralité de sources décelatrices du droit²³⁶⁶. De ce point de vue, il faut surtout évoquer la *soft law* dans son aspect formel, se référant à « l'instrument qui véhicule la règle »²³⁶⁷.

Vu sous cet angle, on peut affirmer que ce phénomène a également trouvé son écho sur le plan international. On peut même dire que, répondant à un besoin de régulation flexible dans un ordre juridique où la production du droit est très lente et difficile, la *soft law* s'est manifestée surtout dans l'ordre juridique international comme « une particularité du droit international public »²³⁶⁸.

Il est vrai que dans l'ordre juridique international, le recours à cette technique de la production normative est très répandu. Cela s'explique notamment par l'absence d'une autorité dotée des pouvoirs de commandement. Le Professeur P. Amselek constate effectivement que « la technique de la recommandation a commencé à être utilisé [...], dans le cadre des organisations internationales de coopération auxquelles les États ont répugné, d'une manière générale et sauf exceptions, à déléguer des pouvoirs de commandement »²³⁶⁹. Ainsi, pour surmonter « les difficultés du droit international public » en matière d'élaboration du droit, nécessitant souvent le consentement des États, les organisations internationales font recours à la *soft law*²³⁷⁰.

scientifique) et *alii*, Bruylant, 2009, p. 757 et s.; GRIBEAUVAL (J.-P.), « Force normative des recommandations: un concept à géométrie variable », *Revue Prescrire*, 2008, t. 28, fasc. 294, pp. 295-299.

²³⁶⁵ Voir *infra* et WEIL (P.), « Le droit international en quête de son identité... », *op. cit.*, p. 219.

²³⁶⁶ Voir *infra* et plus particulièrement la réflexion de G. Scelle sur les sources formelles du droit dans son article « Essai sur les sources formelles du droit international », *op. cit.*, p. 400.

²³⁶⁷ Voir WEIL (P.), « Le droit international en quête de son identité... », *op. cit.*, p. 215.

²³⁶⁸ THIBIERGE (C.), « Le droit souple, réflexion sur les textures du droit », *op. cit.*, p. 608.

²³⁶⁹ Selon lui, c'est effectivement cette « prolifération des organisations et des autorités publiques internationales » qui explique la « prolifération de recommandations » à laquelle on assiste depuis un siècle. Voir AMSELEK (P.), « L'évolution générale de la technique juridique... », *op. cit.*, p. 290.

²³⁷⁰ BENYEKHEF (K.), *Une possible histoire de la norme...*, *op. cit.*, p. 760.

Dans le même sens P. Weil défend également que, vu la structure particulière de la société internationale, la *soft law* est un « phénomène non pathologique ». Voir WEIL (P.), « Le droit international en quête de son identité... », *op. cit.*, p. 219.

Il est vrai que l'adaptation des règles aux besoins changeantes de la société internationale pose un vrai problème dans l'ordre juridique international. Il existe une grande différence entre l'ordre juridique interne et international aux sujets des mécanismes permettant d'ajuster les règles. Si en droit interne, il existe des mécanismes qui agissent à court et moyen termes, en droit international les procédés traditionnels de la production de droit sont lourds et ne garantissent aucunement un résultat certain. C'est justement là où se manifeste l'intérêt des instruments de *soft law*. En effet, contrairement aux inquiétudes de ceux qui y voient une « inflation de la juridicité » faisant perdre le droit international en fermeté²³⁷¹, les instruments de *soft law*, comme les résolutions des organisations internationales, permettent de suivre au plus près les évolutions de la société internationale²³⁷².

Considérant cette particularité de l'ordre juridique international, le recours aux instruments de *soft law* s'est rapidement répandu dans toutes les branches du droit, commençant par le droit européen, mais surtout dans le droit des affaires et du travail, qui est un domaine exigeant d'une régulation flexible et adaptable à de nouveaux changements, comme d'ailleurs le droit de l'environnement qui a, lui aussi, rapidement adopté ce concept de *soft law*²³⁷³. Cette diversification de domaine d'utilisation fait également diversifier les sources qui peuvent produire de la *soft law* sur le plan international. Comme on le verra ultérieurement, en dehors des organisations internationales, des organismes de normalisation, des opérateurs économiques contribuent également à cette transformation de la technique juridique.

B. La rupture d'équivalence entre le droit et la régulation normative

Il est traditionnellement considéré que la régulation sociale s'effectue par le droit sur lequel l'État a le monopole. Par cette assimilation avec le droit, l'État a créé un lien d'équivalence par rapport à la fonction de régulation sociale. On constate que cette présomption sur l'exclusivité du rôle régulateur de l'État est remise en question par le concept de pluralisme juridique qui met en avant deux suppositions contemporaines : la première est que « toute

²³⁷¹ Voir par exemple WEIL (P.), « Le droit international en quête de son identité... », op. cit., p. 228.

²³⁷² En ce sens voir PELLET (A.), « L'adaptation du droit international aux besoins changeants de la société internationale », op. cit., p. 19. D'ailleurs P. Weil lui-même a reconnu que « [l]a 'mollesse' normative est d'une certaine manière le prix à payer pour assurer l'évolution du droit dans une société inorganisée ». Voir WEIL (P.), « Le droit international en quête de son identité... », op. cit., p. 219.

²³⁷³ THIBIERGE (C.), « Le droit souple, réflexion sur les textures du droit », op. cit., p. 608.

régulation sociale ne passe pas nécessairement par le droit » ; la deuxième est celle de dire que « la meilleure régulation sociale n'est pas forcément le droit »²³⁷⁴.

L'intérêt du concept du pluralisme juridique n'est donc pas simplement de dévoiler les producteurs alternatifs de droit aux États mais aussi de prendre en compte des modes de régulation sociale autre que juridique. En ce sens, A.-J. Arnaud affirme que « le pluralisme contemporain est [...] un pluralisme tant des modes de régulation que des sources de cette régulation. Il fait une place aux régulations alternatives non étatiques ; il reconnaît l'informel à côté du formel »²³⁷⁵.

C'est effectivement de ce point de vue que s'impose une véritable vision pluraliste, émancipée de tout formalisme juridique, et se manifeste tout l'intérêt de la *soft law* qui implique une vision pluraliste de la normativité. Il est vrai que, si le concept de *soft law* s'inscrit dans le mouvement de l'assouplissement du droit, c'est parce qu'il tend à alterner ce « formalisme rigide et souvent laborieux de l'élaboration de la règle de droit international »²³⁷⁶ (1). Dépourvue des critères formels de la juridicité, la norme « soft » n'est pas pour autant dépossédée d'une force régulatrice (2).

1. Un formalisme inadéquat à la complexité des rapports sociaux

Le droit international présente inévitablement de nombreuses lacunes. Logiquement, il ne saurait anticiper les changements et les exigences notamment en matière de la régulation des marchés financiers ou de l'environnement, toujours en mouvement et souvent imprévisibles. La complexité de la gestion de tels domaines qui échappent souvent à la régulation étatique, en particulier, et la mondialisation, d'une manière générale, ont entraîné « un éclatement des sources du droit international, une extrême diversification de ses acteurs, l'apparition de forums de production normative »²³⁷⁷. En effet, ce droit de plus en plus mondialisé s'appuie désormais sur des ressources propres : « les organisations internationales, les entreprises multinationales, les consultants juridiques globaux, les fonds, les associations et les instances

²³⁷⁴ ARNAUD (A.-J.), « Introduction – les transformations de la régulation juridique et la production du droit », in *Les transformations de la régulation juridique*, J. Clam et G. Martin (sous dir.), LGDJ, 1998, p. 83.

²³⁷⁵ Voir ARNAUD (A.-J.), *Entre modernité et mondialisation...*, op. cit., p. 283.

²³⁷⁶ BENYEKHEF (K.), *Une possible histoire de la norme...*, op. cit., p. 803.

²³⁷⁷ CRÉPEAU (F.), « Mondialisation, pluralisme et souveraineté... », op. cit., p. 33. Dans le même sens, voir BENYEKHEF (K.), *Une possible histoire de la norme...*, op. cit., p. 759.

d'arbitrages globaux sont des institutions juridiques qui stimulent le processus global d'élaboration du droit »²³⁷⁸.

Suivant cette dynamique de changement, K. Benyekhlef constate l'émergence de nouvelles normativités qui vont de pair avec la mondialisation. Il s'agit des « normativités alternatives » qui résultent de l'action des acteurs privés ou des organismes publics et qui n'obéissent pas aux catégories classiques du droit public. Selon lui, la production de ces normes dites alternatives constitue « une réponse aux limites inhérentes au droit moderne » et s'inscrit ainsi dans une logique post-moderne du droit²³⁷⁹.

Toutefois, l'insertion de cette vision pluraliste des sources et des acteurs de la production normative dans la théorie générale du droit international ne s'effectue pas sans poser des problèmes. La difficulté principale vient du formalisme juridique qui « oblige [...] à penser le droit à travers son prisme »²³⁸⁰. Selon la doctrine classique, la juridicité de la norme dépend de son rattachement à une instance étatique ou interétatique.

A. Pellet critique ce formalisme juridique qui enferme le droit dans la forme traduisant la seule volonté du souverain. Cette critique a plus de sens dans l'ordre juridique international où la rigidité des procédés d'élaboration et d'adaptation du droit favorise le conservatisme juridique²³⁸¹. M. Bedjaoui critique également cet attachement excessif au formalisme juridique qu'il appelle « paganisme juridique ». Il écrit :

« en détachant ainsi le droit de la réalité qu'il régit et en s'isolant dans le formalisme juridique, on finit par momifier le droit et l'adorer pour lui-même, en créant un singulier culte idolâtre du 'droit pour le droit', ce paganisme juridique qui fait du droit une nouvelle religion centrée sur elle-même, alors qu'il est une science insérée dans la réalité et remplissant par là une fonction de régulation éminemment sociale des rapports... »²³⁸².

Dans son cours de 1956 à l'Académie de La Haye, R. Ago écrivait à propos du positivisme juridique que celui-ci

²³⁷⁸ TEUBNER (G.), « Un droit spontané dans la société mondiale ? », in *Le droit saisi par la mondialisation*, C.-A. Morand (sous dir.), Bruylant, 2001, p. 200.

²³⁷⁹ BENYEKHFLEF (K.), *Une possible histoire de la norme...*, *op. cit.*, p. 759-760. Selon l'auteur, « [i]l n'existe pas de définition précise des normes dites alternatives, car ces normes correspondent à des réalités différentes en fonction des traditions juridiques nationales, des secteurs d'activités et des instruments utilisés ». Le point commun le plus important qui les réunit est leur nature non étatique et non positiviste (p. 763-764).

²³⁸⁰ *Idem.*, p. 679.

²³⁸¹ PELLET (A.), « Cours général : le droit international entre souveraineté et communauté internationale », *op. cit.*, p. 31 et s.

²³⁸² BEDJAOUI (M.), *Pour un nouvel ordre économique international*, Unesco, 1979, p. 101-103.

« poursuivait sans doute une aspiration légitime quand il se proposait d'isoler comme objet de la science juridique le droit et rien que le droit, en distinguant nettement ce phénomène réel de tout ce qui n'est qu'une pure expression subjective d'un idéal de justice ou un simple développement de principes établis sur une base exclusivement rationnelle. Mais en voulant épurer le droit du non-droit, le positivisme juridique a fini par placer hors du domaine du droit tout ce qui n'est pas *jus positum*, tout ce droit qui ne se manifeste pas comme le produit d'actes spéciaux de création, et qui pourtant n'en est pas moins lui aussi un vrai droit »²³⁸³.

Selon A. Pellet, les mécanismes classiques ne répondent plus aux besoins changeants des sociétés. Pour libérer le droit international de son état figé et de sa rigidité procédurale, il faut favoriser les mécanismes qui laissent intervenir directement la dynamique qu'ont les sources matérielles²³⁸⁴. Dans le même sens, L. Boy écrit que c'est la complexité des sociétés qui exige que « le droit formel caractérisé par des normes générales et impersonnelles » cède la place à « un droit 'matériel' prenant en compte les situations concrètes »²³⁸⁵. Dans ce processus, qu'elle appelle « la matérialisation du droit », « la règle émane désormais du concret ce qui nous éloigne du modèle traditionnel de la production du droit par 'en haut' »²³⁸⁶.

C'est à travers le concept de *soft law* que les auteurs ont souvent expliqué le rôle des sources matérielles. Il est vrai que les formes qui font partie de la *soft law*, comme résolutions, déclarations, chartes, recommandations, directives, avis, codes de conduite, etc., sont généralement considérées comme sources matérielles du droit. L'exemple des recommandations des organisations internationales montre que la tendance était, en droit international, de considérer la *soft law* comme « un droit en devenir », « un droit en gestation », « la *hard law* de demain »²³⁸⁷. Mais le rôle de *soft law*, entendue comme un instrument d'une démarche pluraliste de la production normative, dépasse cette image de la genèse du droit. Les normes de *soft law* produisent de la régulation normative avant même d'accéder au rang de *hard law*. D'ailleurs, le rôle de la *soft law* n'est pas forcément de remplacer la *hard law*. Certes, « la *soft law* peut jouer, selon les mots de G. Abi-Saab, un rôle contestataire et révisionniste important, en mettant en question le droit existant et en exprimant les tendances souhaitées pour son changement ». Mais son rôle est plus

²³⁸³ AGO (R.), « Science juridique et droit international », *RCADI*, vol. 90, 1956, p. 940.

²³⁸⁴ PELLET (A.), « Cours général : le droit international entre... », op. cit., p. 31 et s.

²³⁸⁵ BOY (L.), « Normes », op. cit., p. 133.

²³⁸⁶ *Idem.*, p. 145.

²³⁸⁷ ABI-SAAB (G.), « Éloge du 'droit assourdi'... », op. cit., p. 66.

complémentaire que contestataire dans la mesure « par sa souplesse et sa fluidité », elle « peut se déployer là où le *hard law* ne peut ou n'ose s'aventurer »²³⁸⁸.

Dans la mesure où la norme émane du concret, « la distance entre la norme juridique et la norme sociale disparaît et cède la place à une conception souple du droit, déterminé directement par les faits sociaux – et les besoins qu'ils génèrent »²³⁸⁹. Ainsi, le rôle régulateur du droit se réduit au profit des systèmes auto-régulateurs qui « privilégie[nt] des modalités originales de régulation qui ne se glissent pas toujours aisément dans les catégories juridiques usuelles »²³⁹⁰. Cette émancipation de la normativité du formalisme juridique a incité l'extension de la normativité internationale, le phénomène qui a entraîné l'effacement de la frontière entre le droit et le non-droit²³⁹¹.

2. Une force normative de la *soft law*, détachée de sa juridicité

Quand on parle des instruments normatifs « soft », il s'agit des sources non étatiques ou des sources qui n'entrent pas dans la catégorie de sources formelles du droit international. Sachant que ces instruments ne sont pas considérés, du point de vue formel et par la doctrine classique, comme source du droit, un débat s'ouvre inévitablement sur la juridicité de la norme qu'ils portent.

Dans la doctrine classique, la norme se confond souvent à l'instrument qui l'énonce. Si l'instrument qui porte la norme n'est pas formellement reconnu comme source du droit, la juridicité de la norme est contestée. Selon G. Abi-Saab, la conclusion à laquelle « les adeptes de la théorie traditionnelle » arrivent dans ce « test de la juridicité » est très réductrice et reste attachée à un formalisme inadéquat à la réalité des choses. Selon lui, quoique le statut juridique de ces instruments « soft » soit ambigu et controversé, ceci « ne préjuge en rien le statut juridique de la règle qu'il porte »²³⁹². Car, comme J.-B. Auby l'écrit, « il faut distinguer

²³⁸⁸ *Idem.*, p. 64.

²³⁸⁹ GEORGOPOULOS (T.), PRAT (A.), « Une doctrine de l'Union Européenne en matière de gouvernance », *op. cit.*, p. 250.

²³⁹⁰ BENYEKHELEF (K.), *Une possible histoire de la norme...*, *op. cit.*, p. 804.

²³⁹¹ Ce processus, salué par les défenseurs du pluralisme juridique et du droit post-moderne, a été également critiqué notamment par ceux qui y voient « une crise de normativité internationale ». Voir par exemple WEIL (P.), « Le droit international en quête de son identité... », *op. cit.*, p. 227 et s.

²³⁹² ABI-SAAB (G.), « Éloge du 'droit assourdi'... », *op. cit.*, p. 62. En effet, selon lui, le statut juridique la norme portée par un support considéré « soft », « doit [...] être recherché en allant au-delà du celui du support en tant que tel, pour établir la signification extrinsèque de cet instrument et des négociations et circonstances qui ont entouré son adoption, plutôt que de s'arrêter à sa valeur intrinsèque en tant qu'instrument ou titre juridique ».

la norme juridique de l'énoncé légal, réglementaire ou autre qui la fait naître : la norme, ce n'est pas l'énoncé lui-même, ce n'est pas le texte lui-même, c'est le sens que cet énoncé, que ce texte tire de l'interprétation qui est faite de lui »²³⁹³.

Cette distinction faite, une deuxième question se pose cette fois à propos de la force normative de la *soft law*. Il existe différentes acceptations de la force normative. Traditionnellement, elle est attachée à la contrainte qu'exprime la norme. Toutefois, selon la nouvelle tendance qui s'affirme de plus en plus, il faut l'entendre comme une force plus large que la force obligatoire ou contraignante qu'exprime normalement une règle de droit²³⁹⁴. En effet, G. Abi-Saab constate que la juridicité ne se mesure pas nécessairement par l'obligatorité²³⁹⁵. Même sans avoir une portée obligatoire, ces instruments peuvent avoir certains effets juridiques sur le comportement de ses destinataires²³⁹⁶. Il est vrai qu'un énoncé normatif ne s'exprime pas forcément à travers des obligations²³⁹⁷. Le droit n'est pas qu'un ensemble de commandements²³⁹⁸. Selon la définition de C. Thibierge, « *est normatif ce qui fournit un modèle* ». Celui-ci peut relever « de l'obligatoire, *modèle imposé*, ou simplement du souhaitable ou du possible, *modèle proposé* »²³⁹⁹. Ce dernier cas de figure concerne le droit souple. En ce sens, l'auteur affirme que l'insertion de la notion de droit souple dans la théorie générale du droit ne doit pas poser un problème, car la normativité s'applique également au droit souple.

²³⁹³ AUBY (J.-B.), « Prescription juridique et production juridique », op. cit., p. 680. Sur un tel débat, voir également PFERSMANN (O.), « Norme », in *Dictionnaire de la culture juridique*, D. Alland et S. Rials (sous dir.), p. 1081 et 1082.

²³⁹⁴ Voir THIBIERGE (C.) « Synthèse », op. cit., p. 754 et 755.

²³⁹⁵ ABI-SAAB (G.), « Éloge du 'droit assourdi'... », op. cit., p. 63. De ce fait, il refuse que la justiciabilité soit considérée comme un critère de la juridicité de la norme.

²³⁹⁶ Partant de l'exemple des résolutions « recommandataires » de l'Assemblée Générale des Nations Unies, G. Abi-Saab mentionne quelques effets juridiques immédiats de la *soft law* avant même qu'elle devienne une règle de « *hard law* » : « établir l'intérêt et partant la compétence internationale de régler juridiquement la matière en question ; l'exclure par là même du domaine réservé des États, et préempter ainsi l'action unilatérale discrétionnaire de ces États, avant même l'avènement des règles précises qui l'interdisent ou la limitent (ou du moins la rendre beaucoup plus difficile, en renversant le fardeau de justification juridique ; ce qui est en droit international, en l'absence de pouvoir judiciaire et exécutif centralisés, le premier germe de l'obligation) ; infirmer ou affaiblir également les règles contraires préexistantes en la matière (et surtout la règle résiduelle de liberté d'action en l'absence d'injonctions concrètes) ; délégitimer l'action contraire et légitimer l'action conforme ». Voir ABI-SAAB (G.), « Éloge du 'droit assourdi'... », op. cit., p. 65.

²³⁹⁷ En ce sens, voir CARBONNIER (J.), *Flexible droit...*, op. cit. p. 22. L'auteur affirme effectivement que « le droit est plus grand que la règle de droit ».

Pour une distinction entre normes et règles de droit, voir également THIBIERGE (C.), « Au cœur de la norme : le tracé et la mesure. Pour une distinction entre normes et règles de droit », in *L'égalité*, APD, t. 51, 2008, p. 341 et s.

²³⁹⁸ AMSELEK (P.), « L'évolution générale de la technique juridique... », op. cit., p. 289.

²³⁹⁹ THIBIERGE (C.), « Le droit souple, réflexion sur les textures du droit », op. cit., p. 619.

En effet, de nombreux travaux ont montré que des textes, n'ayant pas la qualité de source formelle du droit, peuvent également avoir une certaine force normative²⁴⁰⁰. Car, la force normative n'est pas associée exclusivement au droit édicté par une autorité publique. Comme on l'a déjà constaté, la distinction entre les références normatives considérées comme faisant parti de la *soft law* et le droit d'origine étatique n'est pas une question de juridicité ou non-juridicité mais une question de différence de degrés de force normative.

En effet, par rapport à une règle du droit classique, la *soft law* est différente « en ce qu'elle n'oblige pas, au sens traditionnel du terme ». Mais cela « ne signifie pas que le non-respect de ses exigences reste sans conséquence »²⁴⁰¹. Les normes « soft » ont effectivement une force normative. Selon C. Thibierge, elle n'est pas, certes, inhérente ou consubstantielle, comme c'est le cas pour le droit dit dur, mais « évolutive en raison de sa forte codétermination par le juge et par ses destinataires » et dépendante de sa réception par ceux-ci²⁴⁰². On peut en effet constater que malgré l'absence de force obligatoire, la *soft law* est bien souvent appliquée et respectée par ses destinataires notamment en raison du fait qu'elle est produite par leur adhésion et que c'est un droit négocié²⁴⁰³. Par là, on peut arriver au constat de P. Amselek lorsqu'il conclut que la contrainte n'est pas un élément distinctif des normes juridiques édictées par une autorité publique par rapport à celles qui ne le sont pas et considérées comme *soft law*. Les normes de la *soft law* peuvent également exprimer une certaine contrainte, certes non assurée par une coercition étatique mais observée néanmoins par les intéressés, voire par le juge²⁴⁰⁴.

La réception de ces normes par les intéressés est conditionnée par un certain nombre de critères. Pour les identifier, on peut se référer à l'exposé de K. Benyekhlef à propos de critères de réception des normes alternatives par le droit positif²⁴⁰⁵. Il nous semble que ces mêmes critères sont également recherchés pour une réception de la norme alternative par ses destinataires et par le juge. Il s'agit du critère de conformité aux normes supérieures

²⁴⁰⁰ Voir THIBIERGE (C.) (dir. scientifique) et *alii.*, *La force normative, naissance d'un concept*, Bruylant, 2009, 891 p.

²⁴⁰¹ CULOT (H.), « Soft law et droit de l'OMC », *op. cit.*, p. 284.

²⁴⁰² Voir THIBIERGE (C.), « Le droit souple, réflexion sur les textures du droit », *op. cit.*, p. 611.

²⁴⁰³ *Idem.*, p. 613.

²⁴⁰⁴ Voir AMSELEK (P.), « Autopsie de la contrainte associée aux normes juridiques », in *La force normative, naissance d'un concept*, C. Thibierge (dir. scientifique) et *alii.*, Bruylant, 2009, pp. 3-11.

²⁴⁰⁵ Voir BENYEKHFLEF (K.), *Une possible histoire de la norme...*, *op. cit.*, p. 821 et s.

existantes, du critère de légitimité, notamment celle des auteurs de la norme, et du critère d'effectivité qui conditionne le respect de la norme alternative²⁴⁰⁶.

Partant, on peut constater que, selon l'acceptation générale, ce qui confère à la *soft law* une force normative c'est l'*opinio juris*, né de l'usage et qui exprimera la croyance en l'effectivité d'une norme donnée²⁴⁰⁷. À cet égard, une analogie avec le processus coutumier semble apparaître pour certains comme le seul point de départ possible pour pouvoir reconnaître à cette normativité informelle une conformité aux exigences du formalisme juridique²⁴⁰⁸. Selon G. Teubner, ce recours à la théorie de la formation coutumière de la norme ne traduit qu'une volonté de positivation qui permettra d'élever formellement la *soft law* au rang du droit formel et à identifier la règle juridique. Toutefois, il précise que cette hypothèse n'est pas défendable. D'une part, la transformation des normes sociales en normes juridiques obéit à des règles et critères précis que ces normes ne suivent pas forcément et, d'autre part, on peut parfaitement reconnaître la qualité régulatrice d'une norme sans que la juridicité de celle-ci soit formellement attestée à travers un processus de formation coutumière²⁴⁰⁹.

Paragraphe II. Des sources de régulation alternatives

Selon P. Amsselek, suivant la libéralisation des sociétés développées et la crise générale de l'autorité des pouvoirs publics, la technique juridique a subi des changements structuraux. On a ainsi assisté « au développement de nouvelles formes appropriées de la technique juridique »²⁴¹⁰ qui, elle-même, s'est libéralisée. Suivant cette libéralisation de la normativité décrite précédemment, un phénomène contemporain s'affirme de plus en plus : « la

²⁴⁰⁶ Concernant le critère d'effectivité, on peut affirmer que si l'effectivité de la norme alternative assure sa réception, la réception de la norme par ses destinataires garantit, en retour, son efficacité. Il est en effet admis que « l'effectivité ne dépend pas de la juridicité des normes, mais plutôt de l'adhésion qu'elle suscite chez leurs destinataires ». Voir BENYEKHEF (K.), *Une possible histoire de la norme...*, op. cit., p. 826.

²⁴⁰⁷ À cet égard, on peut se référer à l'exemple de la *lex mercatoria* évoqué par LOQUIN (E.), « Où en est la *lex mercatoria* ? », in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^e siècle, Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Litec, 2000, p. 32 et, dans le même ouvrage, PELLET (A.), « La *lex mercatoria*, 'tiers ordre juridique' ? Remarques ingénues d'un internationaliste de droit public », p. 66 et s.

²⁴⁰⁸ En ce sens voir DUPUY (P.-M.), KERBRAT (Y.), *Droit international public*, op. cit., p. 445 ; SALMON (J.) (sous dir.), *Dictionnaire de droit international public*, op. cit., p. 1039 : « Considéré comme processus à finalité normative, une règle de *soft law* serait cependant susceptible, pour les défenseurs de cette expression, d'aboutir par l'accumulation convergente des prétentions normatives, à la constitution d'une norme nouvelle ayant un caractère juridiquement obligatoire ».

²⁴⁰⁹ Voir TEUBNER (G.), « Un droit spontané dans la société mondiale ? », op. cit., p. 201 et s.

²⁴¹⁰ AMSELEK (P.), « L'évolution générale de la technique juridique... », op. cit., p. 285.

substitution de la régulation à la réglementation étatique »²⁴¹¹. Comme A.-J. Arnaud le constate, le droit étatique est désormais « suppléé »²⁴¹² par d'autres modes de régulation.

Cette rupture d'équivalence entre le droit et la régulation normative est particulièrement visible dans les domaines d'activité « déterritorialisés », notamment dans le domaine du commerce international²⁴¹³. Il est vrai que le droit international classique a du mal à cerner le domaine économique où les acteurs non-étatiques sont multiples et la diversité des rapports qu'ils entretiennent et leur spécificité appellent des « ensembles normatifs non étatiques ». Il existe deux hypothèses qui permettent de parler d'une désétatisation du droit à travers l'émergence des ensembles normatifs non étatiques : soit la norme est produite par des entités non étatiques, soit la production de la norme n'obéit plus à la logique interétatique. Concernant le premier cas de figure, on peut donner l'exemple des « ensembles normatifs anationaux » que sont la *lex mercatoria* et la *lex electronica* (A). Quant à la deuxième hypothèse, il s'agirait des normes issues des « sources supranationales » qui sont en train de construire un ensemble normatif dit la *lex economica* (B)²⁴¹⁴.

A. Des sources anationales des régulations alternatives

Le constat sur un désengagement partiel de l'État dans le domaine de la régulation internationale s'est désormais banalisé et n'étonne plus personne. Comme K. Benyekhlef l'affirme, « [l]e monopole normatif des États-nations est aujourd'hui concurrencé par d'autres formes de régulation »²⁴¹⁵ produites par des acteurs non étatiques. Suivant l'internationalisation des sociétés, l'État s'est rapidement vu « concurrencé par d'autres

²⁴¹¹ MORAND (C.-A.), « Régulation, complexité et pluralisme juridiques », op. cit., p. 615.

²⁴¹² ARNAUD (A.-J.), *Entre modernité et mondialisation...*, op. cit., p. 128.

²⁴¹³ Voir AUBY (J.-B.), *La globalisation, le droit et l'État*, op. cit., p. 75 et s.

Ce processus de libéralisation de la régulation normative existe également dans d'autres domaines de la vie sociale, notamment au sein de certaines activités professionnelles qui exigent une régulation autonome en raison de leurs particularités. Dans ces cas là aussi, les autorités publiques font recours, dans certaines marges, à une « délégation à des organismes professionnels du soin de réglementer leur secteur d'activité » (Voir CHEVALLIER (J.), « Vers un droit post-moderne ?... », op. cit., p. 677.) Ce phénomène, réduisant certainement le pouvoir normatif interne des États, n'a pas, toutefois, autant de répercussion sur le plan international.

²⁴¹⁴ Sur ce point, on doit se référer à M. Delmas-Marty qui considère ces trois ensembles normatifs comme faisant partie du mouvement de la désétatisation du droit. Voir DELMAS-MARTY (M.), *Les forces imaginantes du droit I. Le relatif et l'universel*, op. cit., p. 99.

²⁴¹⁵ BENYEKHELF (K.), *Une possible histoire de la norme...*, op. cit., p. 799.

producteurs de normes » parmi lesquels on peut citer notamment les organismes internationaux non étatiques et les opérateurs économiques²⁴¹⁶.

L'émergence des ensembles normatifs autonomes, créés au niveau mondial par des personnes ou des groupes privés, est un phénomène reconnu et qui fait partie du processus de la mondialisation du droit²⁴¹⁷. Il existe différents *corpus juris* relevant de ce phénomène, qui sont tous élaborés « pour échapper à l'empire des droits étatiques »²⁴¹⁸. On va analyser plus particulièrement le domaine du commerce international et Internet (cyberespace) dont la régulation donne des exemples des normes anationales illustratifs. La régulation de ces domaines s'effectue aujourd'hui en grande partie par deux *corpus juris* – *lex mercatoria* et *lex electronica* – considérés eux aussi anationaux²⁴¹⁹. La formation de ceux-ci relève d'un processus normatif pluraliste, incluant la participation des acteurs non étatiques. Sur le plan international, cette participation s'effectue, comme on l'a vu, soit sous forme de « co-régulation », notamment à travers les institutions internationales au sein desquelles une place leur est accordée²⁴²⁰, soit sous forme d'« autorégulation ». La co-régulation étant « une association spécifique de régulation étatique et non étatique », on va s'intéresser spécifiquement à l'autorégulation dont les acteurs privés se trouvent seuls à l'origine de l'initiative et à laquelle l'État « reste neutre et ne s'oppose pas [...] tant qu'elle n'est pas contraire aux règles existantes »²⁴²¹.

²⁴¹⁶ On doit noter à propos de cet « désengagement de l'État dans l'activité normative » que, ce processus, commencé déjà avec l'internationalisation des rapports inter-sociétales, s'est particulièrement intensifié avec la mondialisation dans la mesure où ce désengagement de l'État est considéré comme l'expression d'« une stratégie visant à favoriser la compétitivité » des acteurs de la mondialisation. Voir BENYEKHFLEF (K.), *Une possible histoire de la norme...*, op. cit., p. 800.

²⁴¹⁷ Voir MORAND (C.-A.), « Le droit saisi par la mondialisation... », op. cit., pp. 97-101.

²⁴¹⁸ *Ibid.* (p. 98).

²⁴¹⁹ Au sujet de l'absence de territorialité de la *lex mercatoria*, voir PELLET (A.), « La *lex mercatoria*, 'tiers ordre juridique' ?... », op. cit., p. 57. Et, à propos de la *lex mercatoria*, voir TRUDEL (P.), « La *lex electronica* », op. cit., p. 221 et s.

²⁴²⁰ Voir, par exemple, les exemples de l'OCDE et de l'OIT que l'on avait examinés précédemment au sujet de la co-régulation comme un mode de participation des acteurs non étatiques en amont de la production normative.

²⁴²¹ BENYEKHFLEF (K.), *Une possible histoire de la norme...*, op. cit., p. 768 et 769. Voir également AUBY (J.-B.), *La globalisation, le droit et l'État*, op. cit., p. 101 et s. Selon ce dernier, la privatisation des régulations ne signifie pas toujours une autorégulation totale. Il s'agirait plutôt d'une « co-régulation » de certains secteurs de nature économique notamment. Car, d'abord, elle résulte d'actions concertées des pouvoirs publics et des acteurs privés. Ensuite, il faut dire que, par rapport à la force normative produite par les modèles étatique et interétatique de la régulation juridique, celle des régulations privées n'est pas autonome. L'efficacité des instruments régulateurs des acteurs privés s'appuie en dernier ressort sur la force coercitive des ordres juridiques étatiques. En effet, J. Chevallier constate que « [p]our produire leur plein effet, les règles conçues par les opérateurs économiques exigent la médiation des États » (CHEVALLIER (J.), *L'État post-moderne*, op. cit., p. 126). Par exemple, à propos de la dépendance de la *lex mercatoria* à la capacité coercitive des États, voir LOQUIN (E.), « Où en est la *lex mercatoria* ? », op. cit., p. 41 et s.

Entendue en ce sens, l'autorégulation procure aux personnes privées une certaine autonomie régulatrice, permettant d'élaborer et de diffuser des standards et des normes, destinés à la régulation de leurs activités et de leur propre fonctionnement. On va analyser ce modèle d'abord pour ce qui concerne les activités des opérateurs économiques (1) et ensuite dans le domaine du cyberspace où se développent des mécanismes régulatoires autonomes (2).

1. Les activités régulatrices des opérateurs économiques

Dans le domaine économique, on assiste à l'émergence d'un droit désétatisé. La construction du droit financier par le marché²⁴²² et le triomphe de la *lex mercatoria* sont en effet cités parmi les « manifestations de l'émergence d'un droit sans les États »²⁴²³. Pour G. Farjat, le constat est clair : « [l']économie est aux postes de commande, et les États suivent »²⁴²⁴. Il ajoute ensuite que « comme tout pouvoir, le pouvoir économique, qui a pris la succession de Dieu et de l'État, est appelé à s'autoréguler pour perdurer »²⁴²⁵.

L'autorégulation du marché suppose une régulation des activités des entreprises économiques à leur propre initiative. En ce sens, elle relève d'un processus de privatisation de la production normative, apparu avec le phénomène de la mondialisation (a). S'intéressant spécifiquement aux mécanismes de régulation non étatiques sur le plan international, on examinera l'autorégulation notamment comme un mode de régulation impliquant l'élaboration des documents par les entreprises transnationales (b).

a. Le phénomène de la privatisation de la régulation normative

La mondialisation des échanges économiques s'est accompagnée de la montée en puissance des opérateurs économiques²⁴²⁶. Ce mouvement est directement lié à l'impuissance des États face aux phénomènes transnationaux. Il est vrai que l'économie n'est plus une matière

Mais, comme J.-B. Auby l'affirme, « [c]es réserves n'enlèvent rien au fait que certaines activités internationales font aujourd'hui l'objet d'une corégulation dans laquelle la part d'auto-régulation, de régulation par des instances non étatiques est très significatif ». AUBY (J.-B.), *La globalisation, le droit et l'État*, op. cit. p. 103.

²⁴²² Voir ARNAUD (A.-J.), *Entre modernité et mondialisation...*, op. cit., p. 157 et s.

²⁴²³ COHEN-TANUGI (L.), « Le droit sans les États ? », op. cit., p. 286. Dans le même sens, voir TEUBNER (G.), « Global Bukovina : Legal Pluralism in the World Society », op. cit., p. 3 et s.

²⁴²⁴ FARJAT (G.), « Nouvelles réflexions sur les codes de conduite privée », in *Les transformations de la régulation juridique*, J. Clam et G. Martin (sous dir.), LGDJ, 1998, p. 164.

²⁴²⁵ *Ibid.*

²⁴²⁶ OST (F.), KERCHOVE (van de) (M.), *De la pyramide au réseau ?...*, op. cit., p. 108.

maîtrisée par les États et que le cadre national n'est plus le lieu exclusif de la décision politique économique²⁴²⁷. Quant au droit international classique, il est incapable de maîtriser et répondre aux exigences de régulation accrues des phénomènes transnationaux²⁴²⁸. Mais les rapports sociaux ne tolèrent pas le vide juridique. Celui-ci est de plus en plus rempli par des acteurs non étatiques qui s'auto-crésent, suite à l'indifférence ou l'incitation des autorités publiques, des sous-systèmes normatifs ayant une certaine « marge d'autonomie normalisatrice et régulatrice »²⁴²⁹.

Ce phénomène est très visible notamment dans des secteurs anationaux ou transnationaux comme le commerce international, le secteur bancaire, Internet qui échappent à toute régulation étatique ou interétatique. Dans ces domaines, « le centre de gravité du droit se déplace vers des régimes privés, c'est-à-dire vers des contrats entre partenaires globaux (global players), la réglementation du marché par des entreprises multinationales »²⁴³⁰. Ainsi, suivant ce mouvement de la « privatisation de la production normative » qui s'est mis en marche au niveau mondial²⁴³¹, les relations juridiques entre les opérateurs économiques échappent au droit étatique ou interétatique pour relever d'un droit global contractuel formé pour l'essentiel à partir des pratiques des usagers²⁴³².

La création des normes régulatrices par des entités autres qu'étatiques ou interétatiques n'est pas un phénomène nouveau. Dans le domaine économique notamment, dès l'internationalisation des échanges, des « normes a-étatiques » sont venues concurrencer le droit étatique²⁴³³. En créant des normes alternatives, les acteurs privés cherchent « une régulation complémentaire à celle qui leur est offerte dans le cadre du droit étatique » ou une régulation autonome afin d'« éviter un droit étatique contraignant »²⁴³⁴.

J. Chevallier qualifie ce droit comme « extra-étatique ». Selon lui, la conception monocentriste du droit est dépassée par la dynamique économique :

« le bon fonctionnement d'un marché désormais globalisé suppose l'établissement de règles, réclamées par les opérateurs eux-mêmes, et ces

²⁴²⁷ ARNAUD (A.-J.), *Entre modernité et mondialisation...*, op. cit. p. 130

²⁴²⁸ OST (F.), KERCHOVE (van de) (M.), *De la pyramide au réseau ?...*, op. cit., p. 114.

²⁴²⁹ Voir FARJAT (G.), « Nouvelles réflexions sur les codes de conduite privée », op. cit., p. 161 et 162.

²⁴³⁰ TEUBNER (G.), « Un droit spontané dans la société mondiale ? », op. cit., p. 200.

²⁴³¹ Voir BENYEKHEF (K.), *Une possible histoire de la norme...*, op. cit., p. 767 et s. ; CRÉPEAU (F.), « Mondialisation, pluralisme et souveraineté... », op. cit., p. 15 et s.

²⁴³² Voir CHEVALLIER (J.), « Souveraineté et droit », op. cit. p. 210.

²⁴³³ BOY (L.), « Normes », op. cit., p. 120.

²⁴³⁴ BENYEKHEF (K.), *Une possible histoire de la norme...*, op. cit., p. 759.

règles ne peuvent plus être le seul produit des États ; un droit nouveau émerge ainsi, à côté du droit traditionnel d'origine étatique, pour répondre aux défis de la mondialisation ».

Il s'agit de la *lex mercatoria*. « [C]onstruit à l'initiative des opérateurs économiques » et « formé à partir des usages du commerce international », ce droit échappe à l'emprise étatique²⁴³⁵. Ainsi un « droit matériel sans États », « auto-créé » au sein même de la société mondiale, se produit dans des régimes de régulation non étatiques²⁴³⁶.

En effet, dans le domaine du commerce international, « les États souverains sont de plus en plus enclins » à réduire « leurs mécanismes de contrôle et de contrainte normative afin de permettre aux [entreprises multinationales] de disposer de leurs propres instruments de régulation ». Ce modèle auto-régulatoire procure à ces personnes privées « une large autonomie par rapport au processus normatif qui émane de l'État »²⁴³⁷.

Toutefois, ce mode alternatif de régulation relevait exclusivement des rapports de droit privé. Depuis quelques décennies, avec la mondialisation des échanges et l'émergence d'un espace virtuel a-national, ce phénomène de production « des normes alternatives »²⁴³⁸ a changé de nature. Leur cercle d'influence s'est considérablement élargi au niveau international pour comprendre également les rapports de droit public. Comme on va le constater au sujet de l'introduction des normes non étatiques en droit positif, ces normes, issues des entités non étatiques, constituent désormais un ensemble normatif, un système de référence tout aussi valable pour les individus que les États.

b. Les codes de conduite comme forme d'autorégulation

L'autorégulation s'effectue à travers des documents que les opérateurs économiques, les partenaires sociaux, les associations ou les ONG adoptent entre eux ou d'une manière unilatérale en vue d'établir des normes de conduite qu'ils s'engagent librement à respecter. Ce mode de régulation est particulièrement employé dans le domaine économique dans lequel les opérateurs réclament une certaine autonomie dans la régulation de leurs activités. Ainsi, on va s'intéresser ici spécifiquement à des codes de conduite que les entreprises transnationales

²⁴³⁵ CHEVALLIER (J.), *L'État post-moderne*, op. cit., p. 124 et s.

²⁴³⁶ TEUBNER (G.), « Un droit spontané dans la société mondiale ? », op. cit., p. 197 et s. Dans le même sens, voir ARNAUD (A.-J.), *Entre modernité et mondialisation...*, op. cit., p. 132 et s. Selon l'auteur, le droit étatique est « supplanté » par un droit produit dans des « ordres spontanés qui échappent à la régulation étatique ».

²⁴³⁷ VEILLEUX (A.), « Régulation des FMN par le biais des codes de conduite », p. 3.

²⁴³⁸ Voir BENYEKHFLEF (K.), *Une possible histoire de la norme...*, op. cit., p. 673 et 759 et s.

élaborent en vue de s'auto-imposer dans leur fonctionnement des standards et des normes éthiques²⁴³⁹, ayant trait notamment « au respect des droits de l'homme, des droits sociaux et de l'environnement »²⁴⁴⁰.

Ces documents permettent notamment de formaliser de nouvelles pratiques professionnelles ou des standards du travail. Selon la définition du « Groupe de personnalités de l'ONU » à propos des transferts de technologie, le code de conduite est un ensemble de « recommandations qui sont élaborées progressivement et qui peuvent révisées lorsque l'expérience ou les circonstances le justifient ». Ces textes n'ont « pas de caractère obligatoire, ils jouent le rôle d'un instrument de persuasion morale » grâce notamment à l'autorité qui les édictent et la force de l'opinion publique²⁴⁴¹. En effet, définis comme instrument de « coordination par comportement uniforme »²⁴⁴², les codes de conduite « n'ont pas d'effets juridiques contraignants mais [ils] peuvent toutefois avoir une portée normative »²⁴⁴³ en agissant sur les comportements des intéressés.

Il est considéré que la régulation produite par ces codes fait partie de nouveaux modes de régulation apparus avec la mondialisation²⁴⁴⁴. Différentes activités font désormais l'objet de tels codes²⁴⁴⁵. Ils servent notamment à uniformiser certaines normes à travers des recommandations « dont la fonction principale serait d'orienter les comportements par des modèles dans une profession, un secteur d'activité ou une organisation envers la clientèle ou les usagers, les salariés, les contractants et le grand public »²⁴⁴⁶. Il s'agit des « normes comportementales » qui « cherchent à introduire une certaine éthique dans les pratiques commerciales en conscientisant les acteurs et en faisant connaître ces pratiques »²⁴⁴⁷.

Ce sont d'abord des organisations internationales comme l'*Organisation de coopération et de développement économiques* (OCDE) ou l'*Organisation internationale du travail* (OIT) qui

²⁴³⁹ D'une manière générale, au sujet du rôle des codes de conduite dans la régulation des entreprises multinationales, voir VEILLEUX (A.), « Régulation des FMN par le biais des codes de conduite », op. cit.

²⁴⁴⁰ CHEVALLIER (J.), *L'État post-moderne*, op. cit., p. 125.

²⁴⁴¹ Doc. O.N.U. E/5 500, p. 62, cité par FARJAT (G.), « Nouvelles réflexions sur les codes de conduite privée », op. cit., p. 153.

²⁴⁴² *Idem.*, p. 155.

²⁴⁴³ Voir MAZUYER (E.), ROSA (S.), « La régulation sociale européenne et l'autorégulation... », op. cit., p. 296.

²⁴⁴⁴ MOCKLE (D.), « Gouverner sans le droit ? Mutations des normes et nouveaux modes de régulation », *Les Cahiers de droit*, 2002, vol. 43, p. 197 et s.

²⁴⁴⁵ Voir OSMAN (F.), « Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandations, déontologie, éthique, etc. : réflexion sur la dégradation des sources privées du droit », *RTDC*, 1995, p. 509 et s.

²⁴⁴⁶ MOCKLE (D.), « Gouverner sans le droit ?... », op. cit., p. 198.

²⁴⁴⁷ Voir BENYEKHFLEF (K.), *Une possible histoire de la norme...*, op. cit., p. 772 et p. 783 et s.

ont produit des codes de conduite à l'intention des entreprises transnationales. Ensuite, sous la pression des investisseurs, des consommateurs et des ONG, les entreprises transnationales elles-mêmes ont commencé à élaborer des codes de conduite concernant notamment le droit du travail, les droits de l'homme et le droit de l'environnement²⁴⁴⁸. Ces documents, produits unilatéralement par les entreprises en vue de « s'auto-imposer un modèle souhaité de comportement »²⁴⁴⁹, ne lient juridiquement que leurs propres auteurs. Ces engagements peuvent effectivement produire des effets juridiques, sanctionnant en cas de non respect leurs propres auteurs qui s'engagent unilatéralement à l'égard de tous les intéressés en fonction de différentes branches du droit selon l'engagement pris²⁴⁵⁰. Rien que cette fonction des codes de conduite constitue une forme d'autorégulation dont l'efficacité est indiscutable. Il est vrai que par rapport à ceux qui imposent un comportement d'une manière extérieure, le respect de ces instruments normatifs relève moins de question, les créateurs de ces normes étant en même temps leurs destinataires.

Cependant, il faut dire que les effets juridiques de ces documents peuvent aller au-delà de cet aspect autorégulatoire, en imposant, *de facto*, un comportement uniforme dans l'ensemble du secteur d'activité concerné. En effet, dans le temps et suivant la force d'influence des normes et des standards énoncés dans ces codes de conduite, d'autres entreprises qui agissent dans le même secteur de travail ou de production peuvent se voir contraintes de les adopter et les respecter. De la même manière, il a été constaté que ces documents indicatifs peuvent également contribuer à la régulation sociale en complétant l'action des institutions administratives dans des domaines où les acteurs non étatiques sont particulièrement présents²⁴⁵¹.

2. La régulation désétatisée du cyberspace

On avait constaté que la privatisation de la régulation normative dans des domaines d'activités non territoriales était particulièrement poussée. À cet égard, le cyberspace

²⁴⁴⁸ *Ibid.*, p. 784-786.

²⁴⁴⁹ VEILLEUX (A.), « Régulation des FMN par le biais des codes de conduite », *op. cit.*, p. 7.

²⁴⁵⁰ C. Thibierge donne l'exemple des réseaux de sous-traitance dans lesquels les codes de conduite peuvent avoir des conséquences juridique ou bien celui du « droit du travail, où ils peuvent être considérés comme un engagement unilatéral, voire comme un accord atypique, auquel le juge reconnaît des effets juridiques », ou encore l'exemple du « droit de la consommation où leur violation peut justifier une action sur le fondement de la publicité mensongère ». THIBIERGE (C.), « Le droit souple, réflexion sur les textures du droit », *op. cit.*, p. 614.

²⁴⁵¹ MAZUYER (E.), ROSA (S.), « La régulation sociale européenne et l'autorégulation... », *op. cit.*, p. 299.

constitue un très bon exemple d'autorégulation²⁴⁵². La diversité et la quantité croissantes des activités qui se déroulent dans cet espace a-national rendent nécessaire une régulation de ces activités. Il est vrai que, comme tout lieu d'interactions humaines, le cyberspace développe également un besoin de régulation, des règles de coordination et de conduite²⁴⁵³.

Cependant, notamment en raison de la nature très technique et non territoriale de ce domaine, il faut développer une approche qui dépasse tout cadre étatique et interétatique. F. Ost affirme effectivement que le cyberspace « se pense comme un espace sans frontières et un produit naturel, absolument étranger à toute forme de régulation étatique »²⁴⁵⁴. Partageant ce même constat, P. Trudel²⁴⁵⁵ écrit que la question de régulation du cyberspace relève de la « normativité émergente dans les environnements fortement sensibles aux influences des technologies » qui ont des « sources multiples et ne résulte plus seulement des décisions des seules instances étatiques mais plutôt de différents processus de concertation impliquant aussi bien des instances non étatiques »²⁴⁵⁶. C'est effectivement ce fait qui permet de considérer cet espace a-national comme un lieu de production des normes qui échappe à toute logique étatique ou interétatique.

Comme la principale source de la régulation du cyberspace, il faut citer d'abord les pratiques des usagers. En effet, les usagers et toutes les communautés du cyberspace qui s'interconnectent en réseaux, participent directement à la production des normes directrices et régulatrices. Ils « produisent des tendances, suivent des comportements qui, en raison de leur caractère répété et réitéré, parviennent à constituer des guides normatifs assortis d'un degré de contrainte pratiquement aussi considérable que celui associé aux règles de droit »²⁴⁵⁷.

Ces sources normatives que l'on peut qualifier de matérielles sont ensuite formalisées par des instances de régulation non étatiques. Dans cet univers a-national, sans frontières, les entités non étatiques, qui contribuent au « processus de régulation visant à produire des coordinations

²⁴⁵² Voir AUBY (J.-B.), *La globalisation, le droit et l'État*, op. cit., p. 62.

²⁴⁵³ TRUDEL (P.), « *La lex electronica* », op. cit., p. 227.

²⁴⁵⁴ OST (F.), « Mondialisation, globalisation, universalisation... », op. cit. Selon lui, « Nouvel Eldorado naturel, il représenterait le futur heureux des générations à venir ».

²⁴⁵⁵ Voir TRUDEL (P.), « *La lex electronica* », op. cit., p. 222. Il écrit effectivement que « [l]e caractère international des interactions se déroulant dans le cyberspace appelle des approches allant au-delà du seul droit étatique » et ajoute : « Le cyberspace défie les repères que sont les frontières des États, cadres privilégiés d'élaboration et de mise en œuvre du droit ».

²⁴⁵⁶ *Idem.*, p. 229.

²⁴⁵⁷ *Idem.*, p. 236.

nécessaire à la communication dans les réseaux », sont particulièrement présentes²⁴⁵⁸. Ce sont effectivement des organismes non étatiques qui rédigent et diffusent des « règles de bonne conduite indispensables » à la régulation de cet espace électronique²⁴⁵⁹. Ces normes forment un ensemble normatif appelé la « *lex electronica* »²⁴⁶⁰. C'est un ensemble de normes destinées à encadrer les activités se déroulant dans le cyberspace. C'est un ensemble normatif non étatique mais qui produit une certaine régulation par sa capacité d'influence sur les comportements des intéressés. Cette autorité de la *lex electronica* découle largement du fait qu'elle rassemble et tient compte des exigences et des tendances du milieu auquel elle s'adresse.

Ce sont donc des organismes de droit privé qui prennent en charge la gestion de ce « réseau des réseaux »²⁴⁶¹. À cet égard, on peut notamment évoquer l'Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN), l'organe central de tous les « .com », « .net », etc.²⁴⁶² Les règles et les principes qu'elle élabore font aujourd'hui autorité dans cet espace électronique. Ils sont suivis par tous les intéressés. Pour résoudre les conflits entre les détenteurs de noms de domaines et les titulaires de marques de commerce sans saisir les instances judiciaires classiques, elle a également mis en place trois organisations d'arbitrage. Vu la popularité du système de résolutions des litiges dans ces domaines, il paraît que le pari est réussi²⁴⁶³.

²⁴⁵⁸ Pour des exemples d'organisations non étatiques régulatrices et de leur contribution voir TRUDEL (P.), « La *lex electronica* », op. cit., p. 253-257.

Cependant, en matière de la régulation du cyberspace, il y a également des institutions internationales qui fournissent des textes de base en vue d'harmonisation des législations nationales. À titre d'exemple, on peut citer les textes adoptés par l'OCDE, consacrés notamment à la gestion et à la protection des informations de caractère personnel ou de la protection des consommateurs dans le commerce électronique. Ces textes, qui ne sont que des recommandations, n'ont certes aucune force obligatoire, mais ils constituent des modèles à suivre pour les États qui, bien souvent, les acceptent et y agissent conformément. Sur ce sujet voir TRUDEL (P.), « La *lex electronica* », op. cit., p. 246 et 247.

²⁴⁵⁹ CHEVALLIER (J.), *L'État post-moderne*, op. cit., p. 125.

²⁴⁶⁰ Voir TRUDEL (P.), « La *lex electronica* », op. cit. p. 221 et s.

²⁴⁶¹ Voir OST (F.), KERCHOVE (van de) (M.), *De la pyramide au réseau ?...*, op. cit., p. 116 et 117.

²⁴⁶² ICANN est une autorité de régulation d'Internet, créée en vertu du droit de l'État de Californie, mais considérée comme une organisation internationale à but non lucratif. Sur ce sujet voir AUBY (J.-B.), *La globalisation, le droit et l'État*, op. cit., p. 60 et 61.

²⁴⁶³ En effet, selon l'ICANN, « grâce à la politique commune de résolution des litiges en matière de noms de domaine (UDRP), des dizaines de milliers de litiges ont été résolus, sans avoir à entreprendre des démarches complexes et engager les dépenses correspondantes devant les tribunaux ». Pour plus d'informations sur la structure et le fonctionnement de cette organisation, voir son site Internet : <http://www.icann.org/>.

B. Les sources supranationales des régulations alternatives

L'assouplissement formel de la production normative se manifeste également au niveau supranational, au sein de certaines organisations internationales. Par leur contribution à l'élaboration des normes d'une manière émancipée de la logique interétatique, ces organisations contribuent à l'émergence des espaces de régulation juridique à l'échelle supranationale²⁴⁶⁴.

Il est aujourd'hui quasi-unanimement reconnu que la production normative n'est plus seulement une affaire interétatique et que les initiatives des institutions internationales prennent le relais notamment dans des domaines nécessitant une approche globale, par exemple en matière des échanges internationaux, de l'environnement ou de la sécurité internationale. Dans ces cas, il s'agit assez souvent des règles dont l'objet n'est pas forcément la régulation des rapports interétatiques. Malgré le rôle toujours déterminant des États pendant les négociations et dans l'adoption des règles, cette « désétatisation » de l'objet du droit et du processus de sa production avec le concours des institutions internationales et les acteurs de la société civile et du monde économique affirme l'émergence d'un « droit supra-étatique »²⁴⁶⁵.

Cette « supranationalisation » du droit s'effectue notamment au sein des organisations d'origine interétatique qui présentent, par leur structure et leurs compétences, des caractéristiques supranationales. Du point de vue de la désétatisation du droit, la contribution de ces organisations est double. La désétatisation est d'abord substantielle dans la mesure où l'objet des normes produites n'est plus rive aux rapports interétatiques, pour couvrir l'ensemble des rapports socio-économiques, même ceux qui se produisent à l'intérieur des frontières étatiques (1). La désétatisation est ensuite institutionnelle. Comme on peut l'observer dans l'exemple de l'Union européenne, ont été mises en place des procédures législatives, et non plus conventionnelles, dans lesquelles le rôle des États est considérablement réduit en faveur des organes supranationaux (2).

²⁴⁶⁴ CHEVALLIER (J.), « La régulation juridique en question », op. cit., p. 836.

²⁴⁶⁵ CHEVALLIER (J.), *L'État post-moderne*, op. cit., pp. 127-129.

1. La contribution des organisations internationales à l'émergence des sources de régulation alternative

Du point de vue de la multiplication des foyers de production normative, la contribution des organisations économiques est indéniable²⁴⁶⁶. En matière de l'économie, on peut évoquer deux différents niveaux de production de la régulation. Le premier constitue une structure formée à l'échelle mondiale par des institutions comme le FMI, la Banque Mondiale, l'OMC et certains organes spécialisés de l'ONU²⁴⁶⁷. Le deuxième correspond aux organisations régionales dont l'Union européenne est l'exemple le plus avancé, mais il faut évoquer aussi ALENA, MERCOSUR, ANASE, CCG, CARICOM.

Toutes ces organisations économiques sont investies d'« un pouvoir étendu d'édiction des normes juridiques », « d'un pouvoir qui peut être qualifié de 'quasi législatif' »²⁴⁶⁸. Mais, au sein de ces organisations, la régulation ne passe pas toujours et nécessairement par le droit, du moins non pas par les voies classiques de production normative. C'est en ce sens que A.-J. Arnaud évoque la suppléance du droit étatique. Selon lui, le droit étatique est suppléé « lorsque les politiques publiques ou les programmes d'action prennent le pas sur le droit au sens traditionnel dans la mise en place d'une régulation sociale ». L'auteur constate que ce phénomène de régulation alternative est observable notamment dans des domaines comme l'environnement, la sécurité, l'économie, qui relèvent des problèmes à l'échelle mondiale que les États ne peuvent plus traiter seuls, enfermés dans leurs frontières nationales²⁴⁶⁹.

Cependant, ces organisations supranationales ne font pas recours non plus aux catégories classiques du droit. Cela pour deux raisons. D'une part, elles sont bien souvent dépourvues du pouvoir d'édicter le droit sans passer par les mécanismes classiques d'élaboration normative traditionnellement interétatiques. D'autre part, et surtout, parce que l'exigence de la flexibilité et de l'adaptabilité de la régulation les pousse vers des formes alternatives, d'où l'intérêt du concept de *soft law*.

On peut effectivement constater que l'octroi d'une importance de plus en plus croissante aux recommandations des organisations internationales semble être issu d'un compromis entre le

²⁴⁶⁶ Voir ARNAUD (A.-J.), *Entre modernité et mondialisation...*, op. cit., p. 124 ; PETEV (V.), « Pluralisme juridique, construction européenne et droits participatifs », op. cit., p. 14

²⁴⁶⁷ On peut citer notamment la Commission des Nations Unies sur le commerce international (CNUDCI) que l'on a déjà évoquée au sujet de l'intégration normative par le marché. Voir infra.

²⁴⁶⁸ Voir CARREAU (D.) et JUILLARD (P.), *Droit international économique*, Dalloz, 2^e éd., 2005, p. 23. Il faut préciser que ce constat ne figure pas dans la quatrième et dernière édition de cet ouvrage.

²⁴⁶⁹ ARNAUD (A.-J.), *Entre modernité et mondialisation...*, op. cit., p. 128.

besoin d'une gouvernance supranationale et le principe de la souveraineté des États. D'une part, les États n'acceptent pas de se plier à des règles auxquelles ils n'ont pas consenti mais, d'autre part, il existe incontestablement un besoin de régulation qui ne peut plus suivre la lenteur et la complexité des voies classiques, dominées par la logique interétatique. Ce paradoxe pousse les instances internationales, effectuant ainsi une fonction supranationale, à formuler des normes de conduite comme des recommandations que, d'ailleurs, les États ont naturellement tendance à tolérer davantage par rapport aux commandements²⁴⁷⁰.

2. Une dynamique normative qui modifie la logique interétatique

Cette désétatisation du droit international par des formes alternatives de régulation juridique, émergeant au niveau supranational, est particulièrement poussée dans le domaine économique. L'interdépendance et l'intégration sont aujourd'hui deux réalités des économies nationales qui font toutes désormais partie d'une économie globalisée. Contraintes d'enlever, sous l'effet des politiques libérales, les murs de protection, les économies nationales s'ouvrent de plus en plus leurs portes et deviennent « sensibles à des événements et à des politiques (publiques) surgis à l'extérieur, ou échappent au contrôle des gouvernements »²⁴⁷¹.

Les « décisions globales » qui concernent le sort de la planète sont désormais prises en dehors des frontières étatiques, « par les entreprises transnationales », « par des institutions inaccessibles au peuple », formées de « gouvernements des pays centraux », comme le FMI, la Banque mondiale, le G8²⁴⁷².

Il est vrai que les politiques économiques sont aujourd'hui déterminées dans des réunions informelles ou aux sommets ne regroupant que quelques États puissants. Quant aux institutions économiques comme le FMI, la Banque mondiale, l'OMC et l'Union européenne, leur contribution à la régulation de l'économie mondialisée est aujourd'hui « aussi importante sinon plus que celle qui se produit au sein des États »²⁴⁷³. Elles constituent des supports de la mondialisation de l'économie et déterminent sa trajectoire sur le plan juridique²⁴⁷⁴. Parmi ces

²⁴⁷⁰ En ce sens voir la conclusion de P. Amselek *in* « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », op. cit., p. 293.

²⁴⁷¹ ARNAUD (A.-J.), *Entre modernité et mondialisation...*, op. cit., p. 129.

²⁴⁷² *Idem.*, p. 136.

²⁴⁷³ MORAND (C.-A.), « Régulation, complexité et pluralisme juridiques », op. cit., p. 621.

²⁴⁷⁴ Selon J. Chevallier ces organisations « apparaissent comme les supports et les vecteurs d'un ordre transnational ». Voir CHEVALLIER (J.), « La régulation juridique en question », op. cit., p. 836. Dans le même sens, M. Delmas-Marty affirme à propos de l'OMC que celle-ci, « libérant les échanges, appelle le corollaire

organisations, la place de l'OMC et de l'Union européenne est particulièrement importante. Ces deux organisations sont dotées d'un pouvoir d'intervention qui limite considérablement celui des États en matière économique²⁴⁷⁵.

Selon J. Chevallier, la mise en place de l'OMC a constitué « un tournant essentiel » pour la régulation des échanges internationaux : « désormais, c'est sous l'égide et avec l'impulsion de l'OMC que se négocient les nouvelles règles des échanges internationaux »²⁴⁷⁶. En assurant la police dans des secteurs de plus en plus nombreux, cette institution à vocation mondiale – et non pas justement internationale – s'affirme de plus en plus comme « un gros producteur de normes à portée mondiale »²⁴⁷⁷. Elle est créée, certes, par voie classique d'accord interétatique. Mais, du fait de disposer « d'une capacité de régulation autonome dont l'influence se fait sentir, à travers le filtre étatique, sur les acteurs économiques et sociaux »²⁴⁷⁸, elle se distingue d'autres organisations internationales et s'affirme comme une institution supranationale²⁴⁷⁹.

Ainsi, « à travers les normes qu'elle édicte et les sanctions qu'elle prononce », l'OMC est devenu le « régulateur des échanges internationaux, dont le rôle économique apparaît sans cesse plus important »²⁴⁸⁰. Comme K. Benyekhlef l'écrit, créant une telle « machinerie normative », les États ont considérablement limité leur capacité d'intervention dans les affaires économiques. C'est en ce sens que le système de l'OMC fait partie, selon lui, de cette « nouvelle configuration du politique » qui a considérablement bouleversé « le paradigme statocentrique »²⁴⁸¹.

Au regard de la désétatisation de la régulation juridique et de la remise en cause de la logique interétatique, l'apport de l'Union européenne est encore plus significatif que celui de l'OMC.

d'un ordre supranational, future *lex economica* ». Voir DELMAS-MARTY (M.), *Les forces imaginantes du droit I. Le relatif et l'universel*, op. cit., p. 99.

²⁴⁷⁵ AUBY (J.-B.), *La globalisation, le droit et l'État*, op. cit., p. 139.

²⁴⁷⁶ CHEVALLIER (J.), *L'État post-moderne*, op. cit., p. 127.

²⁴⁷⁷ RUIZ FABRI (H.), « La contribution de l'Organisation Mondiale du Commerce... », op. cit., p. 352.

²⁴⁷⁸ CHEVALLIER (J.), « La régulation juridique en question », op. cit., p. 836

²⁴⁷⁹ En ce sens voir BEDERMAN (D. J.), « Diversity and Permeability in Transnational Governance », *Emory Public Law*, Février 2008, p. 215-216 : « Entities like the World Trade Organization (WTO) began their institutional lives as traditional, treaty-based and state-consented bodies. But what distinguishes the WTO and a handful of other universal organizations is the extent to which they have diverged from their original state-centered modes of operation and have, instead, sought legitimacy from, and accountability to, a wide variety of international stakeholders, while also pursuing goals and embracing values that might be divergent from the interests of many (if not most) states. Another distinguishing factor for these supranational entities is the degree to which they can compel states to obey their decisions, without recourse to domestic enforcement mechanisms ».

²⁴⁸⁰ CHEVALLIER (J.), « La régulation juridique en question », op. cit., p. 836.

²⁴⁸¹ BENYEKHELF (K.), *Une possible histoire de la norme...*, op. cit., p. 701.

Réalisant une intégration normative très profonde, l'Union européenne a su déclencher véritablement un déplacement de lieu de régulation normative²⁴⁸². C'est effectivement sur ce point qu'elle se distingue d'autres exemples de coopération régionale. Allant au-delà des formes de coopération classiques interétatiques, elle s'est affirmée comme un ordre juridique supranational²⁴⁸³. Le droit européen n'est pas, en effet, un droit interétatique. La structure supranationale de l'Union fait que le processus de production normative y présente un « caractère législatif » beaucoup plus accentué qu'un caractère conventionnel²⁴⁸⁴.

Conçu comme un ordre superposé aux ordres nationaux²⁴⁸⁵, l'Union européenne a reçu des compétences entraînant une perte définitive de capacité régulatrice des États dans certains domaines²⁴⁸⁶. La capacité régulatrice de l'Union s'accroît notamment dans le domaine économique, particulièrement concernant le droit de la concurrence qui relève de sa compétence exclusive. Dans ce domaine où plus d'une règle sur deux est désormais d'origine européenne²⁴⁸⁷, l'État a complètement perdu le monopole de l'édiction du droit. Ainsi, la fonction régulatrice des autorités publiques se déplace progressivement vers « un nouvel espace de régulation situé au dessus des États »²⁴⁸⁸, au niveau supranational.

Partant, on peut affirmer que le droit européen constitue un dépassement de l'étatisation du droit en ce sens que « les différentes instances [européennes] qui 'disent le droit', le font sans que ce pouvoir puisse être référé au concept même d'État ». En effet, L. Boy affirme que, « [d]ans le système juridique européen, [...] il n'existe pas d'État comme référent

²⁴⁸² CHEVALLIER (J.), « La régulation juridique en question », op. cit., p. 837.

²⁴⁸³ COMBACAU (J.), SUR (S.), *Droit international public*, op. cit., p. 7.

²⁴⁸⁴ PESCATORE (P.), *Le droit de l'intégration*, op. cit., p. 65. En ce qui concerne la nature supranationale des institutions de l'Union européenne, voir *Infra*.

²⁴⁸⁵ DELMAS-MARTY (M.), « Plurijuridisme et mondialisation, vers un pluralisme ordonné », in *Le Plurijuridisme*, J.-L. Bergel (sous dir.), Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2005, p. 355 et s.

²⁴⁸⁶ Le passage par les États demeure, certes, la seule option pour l'Union européenne qui ne dispose pas de ressources matérielles nécessaires à la mise en œuvre directe de ses politiques publiques. En ce sens, les États ne sont totalement écartés dans ce processus de régulation européenne. Mais, dans la mesure où ils « sont tenus d'inscrire leurs politiques dans le cadre fixé au niveau européen », on peut effectivement constater une érosion du pouvoir régulateur des États. En ce sens, voir CHEVALLIER (J.), « La régulation juridique en question », op. cit., p. 837.

J.-B. Auby précise que, si ce droit mondialisé, qui se manifeste à travers la fonction régulatrice de l'OMC et de l'Union européenne est un droit désétatisé, « moins dépendant des volontés étatiques particulières », cela ne signifie pas qu'il « fonctionne en dehors des États ». Selon l'auteur, cela veut dire tout simplement que « les États ont une emprise moindre sur lui, qu'ils sont conduits, *volens nolens*, à accepter des règles plus ou moins uniformes sans lesquelles les ouvertures économiques et autres du monde d'aujourd'hui seraient freinées, qu'ils sont aussi conduits à accepter que des institutions internationales produisent du droit en partie hors de leur contrôle ». Voir AUBY (J.-B.), *La globalisation, le droit et l'État*, op. cit., p. 24-25.

²⁴⁸⁷ CHALTIEL (F.), « Contribution à la théorie juridique du statut de l'État membre... », op. cit., p. 165.

²⁴⁸⁸ CHEVALLIER (J.), « La régulation juridique en question », op. cit., p. 837.

mythique »²⁴⁸⁹. Le système juridique de l'Union européenne est particulièrement complexe et s'offre comme un cadre pluraliste permettant à des formes de régulations alternatives²⁴⁹⁰. Il existe plusieurs niveaux, local, régional, national et supranational, qui participent tous à la production de la régulation normative. En ce sens, la construction européenne est le meilleur exemple du pluralisme des sources du droit et de leur émancipation par rapport à l'État-nation²⁴⁹¹.

²⁴⁸⁹ C'est d'ailleurs en ce sens que l'auteur considère les normes issues des sources du droit européen comme des « normes publiques a-étatiques ». Voir BOY (L.), « Normes », op. cit. p. 122.

²⁴⁹⁰ Sur ce sujet, voir notamment ARNAUD (A. J.), *Pour une pensée juridique européenne*, collection *Voies du droit*, PUF, 1991, 304 p. ; DELMAS-MARTY (M.), *Pour un droit commun*, Seuil, 1994, p. 223 et s.

²⁴⁹¹ COHEN-TANUGI (L.), « le droit sans les États ? », op. cit., p. 286.

Section II. Une normativité désétatisée intégrée au droit positif

La nature pluraliste d'un ordre juridique se mesure principalement par sa capacité à reconnaître les sources et les voies multiples de sa normativité et la diversité des acteurs de sa mise en œuvre. À cet égard, la question de l'intégration des normes non étatiques au droit international positif revêt une importance majeure.

Selon G. Farjat, concernant le statut de la norme non étatique²⁴⁹² au regard du droit positif, on peut distinguer quatre attitudes possibles : « la condamnation, l'indifférence, l'incitation et la juridicisation »²⁴⁹³. Dans la première hypothèse, la norme élaborée par des instances non étatiques est invalidée en raison de son incompatibilité au droit positif en vigueur. En ce qui concerne l'indifférence et l'incitation, on peut constater que ces attitudes sont observées surtout dans des domaines où « [l]'État laisse les protagonistes d'une industrie ou d'un secteur d'activités aménager leurs rapports professionnels ou commerciaux considérant qu'ils sont en meilleure position pour le faire »²⁴⁹⁴. Ce qui nous intéresse ici est l'intégration de la norme non étatique au droit international positif. Elle nous permettra en effet de mesurer, au-delà de sa capacité d'influence reconnue, sa force juridique et d'analyser sa justiciabilité et son opposabilité envers les destinataires du droit international.

Pour comprendre ce passage des normes non étatiques au droit international positif, on va se référer au « concept d'internormativité ». Selon le point de vue général, les normes issues des sources non-étatiques forment des systèmes normatifs non juridiques. En d'autres termes, la juridicité de ces systèmes normatifs n'est pas officiellement reconnue par le droit positif. Toutefois, ce dernier ne reste pas complètement indifférent à cette normativité produite par des acteurs non étatiques dans des sous-systèmes avec lesquels il entre en contact. Selon J. Carbonnier, ce rapport entre les normes non juridiques et le droit d'origine étatique, y compris interétatique, relève du phénomène d'*internormativité*²⁴⁹⁵.

²⁴⁹² Quand on parle de la norme non étatique, il s'agit ici des normes produites spécifiquement par des sources dont un rôle normatif quelconque ne leur est pas, d'une manière ou de l'autre, reconnu officiellement. Ainsi, on va exclure la question de l'intégration des normes supranationales, élaborées par des institutions dotées d'un certain pouvoir législatif, qui ne semble pas poser de problèmes. En effet, ces normes font tout de suite parties du droit positif applicable. En ce qui concerne les normes que l'on peut qualifier supranationales, mais qui ne relèvent pas d'emblée du droit positif, leur intégration s'effectue soit d'une manière officielle par une incorporation volontaire dans le droit positif de la part des États – par la voie de la convention/ratification ou la voie législative interne – soit dans la pratique par une incorporation dans les contrats internationaux que l'on va examiner à propos de l'insertion des normes élaborées par des opérateurs économiques.

²⁴⁹³ FARJAT (G.), « Nouvelles réflexions sur les codes de conduite privée », *op. cit.*, p. 161.

²⁴⁹⁴ BENYEKHELF (K.), *Une possible histoire de la norme...*, *op. cit.*, p. 811.

²⁴⁹⁵ Voir CARBONNIER (J.), « Les phénomènes d'internormativité », in *Essais sur les lois*, Répertoire du notariat Defrénois, 1979, pp. 251-270.

Le concept d'internormativité est effectivement un élément clé d'une perspective pluraliste de la normativité²⁴⁹⁶. Selon G. Rocher, dans la mesure où ce concept « postule la coexistence d'ordres ou systèmes normatifs différenciés, parallèles, complémentaires ou antagonistes [...], le statut du droit positif est relativisé, ce qui permet ainsi d'échapper à son empire »²⁴⁹⁷.

Conscient de l'ambiguïté de cette notion polysémique, G. Rocher en propose deux significations distinctes : « la première fait référence au transfert ou passage d'une norme ou d'une règle d'un système normatif à un autre ». Dans cette hypothèse, l'internormativité se reconnaît à l'incorporation d'une règle « produite ou formulée à l'intérieur d'un système normatif donné » dans un autre ordre normatif²⁴⁹⁸. Quant à la deuxième, elle se réfère « à la dynamique des contacts entre systèmes normatifs, aux rapports de pouvoir et aux modalités d'influence ou d'interaction qui peuvent être observés entre deux ou plusieurs systèmes normatifs »²⁴⁹⁹. Dans son deuxième sens, l'internormativité fait référence surtout à l'interaction et aux échanges entre les acteurs des systèmes normatifs. Ayant certainement le mérite de « mieux préciser la dimension dynamique impliquée dans l'internormativité »²⁵⁰⁰, cette signification de l'internormativité, identifiée « comme phénomène psychosociologique »²⁵⁰¹ reste toutefois de nature plus sociologique que juridique²⁵⁰². De ce fait, on va particulièrement s'intéresser ici à son premier sens qui permet d'observer plus aisément les effets d'une normativité non étatique sur l'ordre juridique du droit positif.

Selon G. Rocher, dans ce premier sens, un phénomène d'internormativité se produit « lorsque le droit – par l'intervention du législateur ou d'un juge – accepte de recevoir une règle technique dans le corpus des règles juridiques et de lui donner ainsi 'force de loi'. La règle technique se trouve alors incorporée à deux ordres normatifs : l'ordre normatif qui régit une technique ou une profession où elle a pris naissance et l'ordre juridique qui l'a accueillie »²⁵⁰³. Ainsi, selon lui, comme un corps professionnel peut se voir imposer, par le juge ou le

²⁴⁹⁶ Voir BENYEKHEF (K.), *Une possible histoire de la norme...*, op. cit., p. 42 et s. ; ROCHER (G.), « Les 'phénomènes d'internormativité' : faits et obstacles », in *Le droit soluble. Contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, J.-G. Belley (sous dir.), LGDJ, 1996, p. 26.

²⁴⁹⁷ *Ibid.*

²⁴⁹⁸ *Idem.*, p. 27.

²⁴⁹⁹ *Idem.*, p. 28.

²⁵⁰⁰ *Ibid.*

²⁵⁰¹ *Ibid.*

²⁵⁰² Pour une analyse dans cette perspective, voir BENYEKHEF (K.), *Une possible histoire de la norme...*, op. cit., p. 797-798. On doit d'ailleurs préciser que, cette signification de l'internormativité relève, du point de vue de la production normative, du pluralisme en amont que l'on a eu l'occasion d'examiner à la section précédente.

²⁵⁰³ ROCHER (G.), « Les 'phénomènes d'internormativité' : faits et obstacles », op. cit., p. 27. Dans notre cas, l'ordre juridique d'accueil est l'ordre juridique international.

législateur, une règle juridique, l'ordre juridique public peut également s'appropriier ou se voir imposer une règle issue d'un ordre normatif non étatique.

Comme le droit étatique, le droit interétatique entretient également des rapports avec les systèmes normatifs autonomes ou techniques que Santi Romano considère «*relevants*»²⁵⁰⁴. Dans ce cas, le concept d'internormativité

« illustre [...] cette idée d'une régulation comme passerelle entre différents *corpus* de normes du droit international (droit économique, droit de l'environnement, droit de la paix, droit du développement, droit social, droit de la santé, droit de la propriété intellectuelle, etc.) et bat en brèche la vision pyramidale et euclidienne de la 'pureté' ou de la 'systématicité' des sous-systèmes de normes du droit international »²⁵⁰⁵.

Selon K. Benyekhlef, ce passage des normes non étatiques au droit positif peut se faire de trois différentes manières ; par la législation, par la jurisprudence ou par le contrat²⁵⁰⁶. Cependant, du point de vue du droit international, une telle distinction est difficile à suivre. D'une part, dans cet ordre juridique les notions de législation et de contrat se confondent et, d'autre part, si la jurisprudence peut jouer un certain rôle dans l'intégration des normes non étatiques au droit positif, ce qui n'est d'ailleurs pas une chose certaine en raison de la particularité de l'ordre juridique international, ce rôle est complémentaire par rapport à deux autres voies d'intégration. Ainsi, tout en retenant ce schéma tout de même bien utile, on va privilégier une autre distinction en fonction de la nature des normes concernées. On peut en effet observer qu'il existe deux phénomènes normatifs qui influent directement sur le droit international positif : le premier est l'élaboration des normes techniques et scientifiques au sein des organismes de normalisation (Paragraphe I) ; le deuxième correspond à l'insertion des normes non étatiques, élaborées par des opérateurs économiques dans leur pratique et à travers les contrats qu'ils concluent avec les États (Paragraphe II).

²⁵⁰⁴ ROMANO (S.), *L'ordre juridique*, Dalloz, 2^e éd., 2002.

²⁵⁰⁵ BOISSON DE CHAZOURNES Laurence, « Gouvernance et régulation au 21^{ème} siècle : quelques propos iconoclastes », p. 20.

²⁵⁰⁶ BENYEKHFLEF (K.), *Une possible histoire de la norme...*, *op. cit.*, p. 811.

Paragraphe I. L'insertion des normes élaborées par des organismes de normalisation au droit positif

Dans le rapport du Groupe d'étude présenté par M. Koskenniemi, l'émergence de « réseaux de coopération techniquement spécialisés de portée mondiale » est considérée comme la manifestation de la mondialisation. Ces organismes sont actifs notamment dans des domaines suivants : « commerce, environnement, droits de l'homme, diplomatie, communications, médecine, prévention de la délinquance, production énergétique, sécurité, coopération autochtone, etc. ». Selon le rapport, ces domaines « débordent des frontières nationales » en raison de leur « caractère transnational » et, ainsi, ils « sont difficiles à régler par le droit international traditionnel » qui « ne tient pas suffisamment compte de leurs objectifs et besoins particuliers »²⁵⁰⁷.

Dans cette perspective, il importe d'analyser les activités des organismes de normalisation autonomes, notamment actifs dans des domaines techniques et scientifiques. Les particularités de ces domaines exigent en effet un dépassement de toute approche étatique ou interétatique pour relever d'une coopération d'experts et de groupes d'intéressés²⁵⁰⁸. Ainsi, les normes élaborées par ces organismes, qui mettent en place un processus pluraliste de production, ne peuvent plus être qualifiées d'interétatique (A), alors que, dans certaines conditions, elles peuvent lier les États, même sans leur consentement (B).

A. Le phénomène de la normalisation : un processus normatif pluraliste

La normalisation est définie comme la production d'un document de référence « accessible au public, établi avec la coopération, le consensus et l'approbation générale de toutes les parties intéressées, fondé sur les résultats conjugués de la science, de la technologie ou de l'expérience, visant à l'avantage optimal de la communauté dans son ensemble et approuvé par un organisme qualifié sur le plan national, régional ou international »²⁵⁰⁹. Ces documents

²⁵⁰⁷ Voir Rapport du Groupe d'étude présenté par M. Koskenniemi (président), *Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, CDI, 58^{ème} session 2006, par. 481, p. 266, (accessible en ligne : http://untreaty.un.org/ilc/documentation/french/a_cn4_l682.pdf).

²⁵⁰⁸ Le phénomène de la normalisation est également lié à l'état de faiblesse de l'État face aux phénomènes transnationaux que l'on avait constatés à propos d'autres formes de régulation non étatiques et de l'auto-régulation des acteurs économiques. Les particularités de ces domaines techniques et scientifiques ne font que renforcer le recul des États dans le domaine de la régulation.

²⁵⁰⁹ C'est la définition donnée par la Commission économique des Nations Unies pour l'Europe et acceptée par l'ISO.

comportent des normes de standardisation des formats, des procédés, des dimensions concernant les produits, les biens et les services²⁵¹⁰.

Ce phénomène de délégation du pouvoir normatif aux organismes de normalisation autonomes s'affirme surtout, et de plus en plus, dans des domaines techniques et scientifiques²⁵¹¹. Dans ces domaines très mouvants, ils contribuent à l'élaboration des normes qui répondent et s'adaptent rapidement aux évolutions techniques et scientifiques²⁵¹². Il est vrai qu'en réponse à une mondialisation qui « facilite la circulation des personnes, des biens, des services et, avec elle, la dissémination des risques, des dommages », « la nécessité d'une normalisation internationale » se manifeste²⁵¹³. Ainsi, on assiste à une prolifération des organismes de normalisation et de standardisation non seulement à l'échelle nationale mais également régionale et internationale.

Ces organismes de normalisation sont constitués de différents acteurs du domaine d'activité concerné. Ils assurent donc une représentation plurielle des intérêts et des intéressés. En effet, ces organismes permettent l'intervention de tous les intéressés en vue de réaliser une élaboration hétérogène des normes²⁵¹⁴. À cet égard, L. Boy évoque notamment trois groupes principaux qui sont présents dans des organismes de normalisation tant internes qu'internationaux : « il s'agit d'abord des professionnels qui sont concernés au premier chef. Ils peuvent ainsi peser sur le contenu des normes et participent d'ailleurs largement à la normalisation, spécialement lorsqu'ils sont en position de force ». Elle évoque ensuite le groupe constitué de « donneurs d'ordres », de « consommateur finaux ». Leur participation est effectivement indispensable car « ils sont bénéficiaires de la normalisation ». Enfin, il y a toujours les pouvoirs publics qui sont présents pour « arbitrer entre les intérêts divergents et

²⁵¹⁰ Voir BOY (L.), « Normes », op. cit., p. 127 ; TRUDEL (P.), « Les effets juridiques de l'autorégulation », *Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke*, 1988, n°19, p. 247 et s.

²⁵¹¹ Pour une analyse générale sur la notion de norme technique, voir BROSSET (E.), TRUILHÉ-MARENGO (É.), « Normes techniques en droit international. Les mots et les choses... », in *Les enjeux de la normalisation technique internationale. Entre environnement, santé et commerce international*, E. Brosset et É. Truilhé-Marengo (sous dir.), La documentation française, 2006, p. 13 et s.

²⁵¹² BOY (L.), « La valeur juridique de la normalisation », in *Les transformations de la régulation juridique*, J. Clam et G. Martin (sous dir.), LGDJ, 1998, p. 196.

²⁵¹³ RUIZ FABRI (H.), « Synthèse », in *Les enjeux de la normalisation technique internationale. Entre environnement, santé et commerce international*, E. Brosset et É. Truilhé-Marengo (sous dir.), La documentation française, 2006, p. 317-318.

²⁵¹⁴ BROSSET (E.), TRUILHÉ-MARENGO (É.), « Normes techniques en droit international. Les mots et les choses... », op. cit., p. 34.

exercer une fonction de régulation en fonction de leurs préoccupations générales qui peuvent être aussi bien un protectionnisme déguisé qu'un encouragement à la concurrence »²⁵¹⁵.

La personnalité juridique de ces organismes de normalisation peut relever du droit privé ou du droit public. Cette diversité de « faiseurs » des normes techniques impliqués dans le processus de l'élaboration normative est présente aussi bien dans des organismes de normalisation de droit public qu'au sein des organismes non étatiques²⁵¹⁶.

Pour ne donner que quelques exemples importants d'organismes de normalisation internationaux de nature non étatique, on peut citer notamment *Organisation internationale de normalisation (ISO)*, *Commission électrotechnique internationale (CEI)*, *Union internationale des Télécommunications (UIT)*, *International Accounting Standards Board (IASB)*. Le plus connu de ces organismes non-étatiques est sans doute l'ISO²⁵¹⁷. L'ISO constitue un cadre institutionnel de normalisation internationale qui permet d'élaborer des normes techniques « fourniss[ant] un cadre de référence, ou un langage technologique commun, entre les fournisseurs et leurs clients - qui facilitent les échanges et le transfert de technologies ». Selon l'ISO, cette activité de normalisation est une exigence de « [t]ous les partenaires économiques concernés [qui] conviennent de spécifications et de critères à appliquer uniformément dans la classification des matériaux, dans la fabrication et la livraison des produits, dans les essais et les analyses, dans la terminologie et dans la fourniture de services »²⁵¹⁸. Constituée ainsi en réseau d'instituts nationaux de normalisation, qui sont eux-mêmes des organisations non gouvernementales, l'ISO transforme les opinions du secteur privé et des consommateurs en normes techniques.

Quant aux organismes de normalisation internationaux de droit public, on doit évoquer notamment le *Codex alimentarius*. Créée en 1963 par l'Organisation des Nations unies pour l'alimentation et l'agriculture (FAO) et l'Organisation mondiale de la santé (OMS), la Commission du *Codex alimentarius* est un organe consultatif de ces deux organisations et l'organe exécutif du programme du *Codex alimentarius*. Elle est chargée d'élaborer des normes (principes généraux, lignes directrices, directives ou codes d'usages) alimentaires

²⁵¹⁵ BOY (L.), « Normes », op. cit., p. 139.

²⁵¹⁶ BROSSET (E.), TRUILHÉ-MARENGO (É.), « Normes techniques en droit international. Les mots et les choses... », op. cit., p. 35.

²⁵¹⁷ Organisation non gouvernementale basée à Genève, l'ISO est l'organisme de normalisation le plus grand au monde. Elle est constituée comme un réseau des institutions nationales de normalisation de 163 pays. Voir le site Internet de l'organisation : <http://www.iso.org/iso/fr/home.htm>. Sur le rôle de l'ISO dans l'élaboration des normes techniques voir, BENYEKHEF (K.), *Une possible histoire de la norme...*, op. cit., pp. 774-777

²⁵¹⁸ http://www.iso.org/iso/fr/about/discover-iso_what-international-standardization-means.htm

destinées à (a) protéger la santé des consommateurs et assurer des pratiques loyales dans le commerce alimentaire; (b) promouvoir la coordination de tous les travaux en matière de normes alimentaires entrepris par des organisations internationales gouvernementales et non gouvernementales; (c) établir un ordre de priorité et prendre l'initiative et la conduite du travail de préparation des projets de normes, par l'intermédiaire des organisations compétentes et avec leur aide; (d) mettre au point les normes préparées comme indiqué au paragraphe (c) et, après leur acceptation par les gouvernements, les publier dans un *Codex alimentarius*, soit comme normes régionales, soit comme normes mondiales, conjointement aux normes internationales déjà mises au point par d'autres organismes comme mentionné au paragraphe (b), chaque fois que cela sera possible²⁵¹⁹.

Constituée des représentants étatiques de la quasi-totalité des pays existants, la Commission du *Codex alimentarius* reste, certes, un organisme intergouvernemental opérant dans le cadre des Nations Unies. Mais, le processus d'élaboration des normes qui est suivi au sein de l'organe compétent pour prendre les décisions finales, est très complexe²⁵²⁰ et ne peut pas vraiment être qualifié d'« interétatique » pour deux raisons principales. D'une part, dans le cadre de ce programme, on s'efforce de tenir compte des avis et des propositions de tous les intéressés. Pour recevoir des propositions et des observations sur les projets du *Codex*, elle organise des réunions publiques permettant la participation de plus de 160 ONG représentant les consommateurs, les universités et les scientifiques, l'industrie, ainsi que 60 organisations des Nations Unies et autres organisations intergouvernementales. Ainsi, ces organisations « fournissent des avis d'experts et des connaissances techniques dans leurs domaines de compétence ». Selon la formulation du *Codex* lui-même, c'est « la seule tribune reconnue internationalement qui rassemble scientifiques, experts techniques, responsables gouvernementaux des réglementations ainsi que des organisations de consommateurs et d'industriels internationales » qui peuvent tous exprimer leurs opinions et prendre part ainsi aux travaux du *Codex*²⁵²¹.

D'autre part, il faut préciser également que, si la prise des décisions finales est, juridiquement, à la merci des États, leur rôle dans l'élaboration des normes du *Codex Alimentarius* n'est pas

²⁵¹⁹ L'article 1 du Statut de la Commission du *Codex alimentarius*.

²⁵²⁰ Sur le système du fonctionnement de la Commission voir le *Manuel de Procédure* accessible sur son site Internet : http://www.codexalimentarius.net/web/index_fr.jsp.

²⁵²¹ Voir le site Internet du programme : <http://www.codexalimentarius.net/>. Sur ce sujet voir également BROSSET (E.), TRUILHÉ-MARENGO (É.), « Normes techniques en droit international. Les mots et les choses... », op. cit., p. 36.

qu'une question d'aptitude légale qui sera résolue en leur ouvrant exclusivement les portes des lieux de discussion des projets des normes. C'est aussi une question de capacité d'influence réelle dont tous les États ne disposent certainement pas en raison notamment de la technicité des sujets traités et du manque de ressources financières nécessaires à la réalisation des projets²⁵²². Ainsi, on peut constater que le lien entre la production normative et l'État s'affaiblit en faveur des acteurs non étatiques, notamment des experts scientifiques²⁵²³ mais aussi des ONG et des opérateurs économiques²⁵²⁴, qui influent sur le processus d'élaboration des normes du *Codex alimentarius* parfois plus que les États²⁵²⁵.

Quelque soit leur domaine d'activité et la nature de leur personnalité juridique, ces organismes de normalisation introduisent donc une démarche pluraliste dans le processus de production normative. C'est en ce sens que le phénomène de la normalisation a été traduit comme un processus de libéralisation des pouvoirs publics dans le domaine de la régulation juridique²⁵²⁶. G. Teubner affirme effectivement que les normes scientifiques et techniques, élaborées dans des « processus mondiaux de standardisation » constituent un droit spontané, sans État²⁵²⁷.

Ces organismes, qui produisent des « normes alternatives » dans des domaines techniques²⁵²⁸, constituent désormais et incontestablement une source de régulation juridique. Il y a, certes, des interrogations sur la légitimité²⁵²⁹, la nature et la valeur juridique des textes fournis par

²⁵²² Sur ce point, voir THOMÉ (N.), « Participation et représentation des états dans l'élaboration des normes du *Codex alimentarius* », in *Les enjeux de la normalisation technique internationale. Entre environnement, santé et commerce international*, E. Brosset et É. Truilhé-Marengo (sous dir.), La documentation française, 2006, pp. 91-104.

²⁵²³ Voir ETCHELAR (É.), « Expertise scientifique et normalisation, le cas du *Codex alimentarius* », in *Les enjeux de la normalisation technique internationale. Entre environnement, santé et commerce international*, E. Brosset et É. Truilhé-Marengo (sous dir.), La documentation française, 2006, pp. 159-174.

²⁵²⁴ Voir MORIN (P.-F.), « Place des acteurs privés dans le processus de normalisation du *Codex alimentarius* », in *Les enjeux de la normalisation technique internationale. Entre environnement, santé et commerce international*, E. Brosset et É. Truilhé-Marengo (sous dir.), La documentation française, 2006, pp. 175-186.

²⁵²⁵ En ce sens voir également LECOURT (R.), « Quelques observations sur la participation des États aux travaux de la Commission du *Codex alimentarius* », in *Les enjeux de la normalisation technique internationale. Entre environnement, santé et commerce international*, E. Brosset et É. Truilhé-Marengo (sous dir.), La documentation française, 2006, p. 155.

²⁵²⁶ Voir MOCKLE (D.), « Mondialisation et État de droit », *Les Cahiers de droit*, vol. 41, 2000, p. 277 ; BOY (L.), « La valeur juridique de la normalisation », op. cit., p. 183 et s.

²⁵²⁷ TEUBNER (G.), « Un droit spontané dans la société mondiale ? », op. cit., p. 207.

²⁵²⁸ Voir BENYEKHEF (K.), *Une possible histoire de la norme...*, op. cit., p. 772 et s. et 791 et s. L'auteur considère les normes techniques et informatives élaborées dans le cadre des organismes autonomes comme des normes alternatives dont la production relève d'un processus non étatique.

²⁵²⁹ On doit effectivement admettre que la question de la légitimité des normes produites en dehors du cadre interétatique semble être posée plus ouvertement. En effet, contrairement au droit interétatique qui jouit d'une certaine légitimité, du fait d'être produit par l'État ou, encore mieux, par les États, les normes produites par des entités non étatiques ou dans des lieux permettant la contribution de ceux-ci ne bénéficient pas d'une telle

ces entités²⁵³⁰, mais leur réception par les intéressés et notamment par les juges, qui s'y réfèrent dans des contrats ou des décisions judiciaires comme des normes techniques à suivre, confirme que ce phénomène fait partie « de ce mouvement contemporain d'élaboration complexe du droit et de déplacement des sources du droit vers les pouvoirs privés »²⁵³¹.

B. Le rôle complémentaire des normes techniques élaborées par des organismes de normalisation

La normativité émergente dans le cadre des activités de normalisation de ces organismes fait partie du phénomène de la *soft law*. La juridicité de ces normes est donc controversée. S'il est admis qu'elles disposent, au même titre que les résolutions des organisations internationales ou encore les codes de conduite, d'une force normative par le fait qu'elles sont considérées, *de facto*, par l'ensemble de parties intéressées comme des normes à respecter²⁵³², du point de vue du pur formalisme juridique, les textes produits par ces organismes n'ont aucune force contraignante.

Toutefois, la réception de ces normes techniques par le juge qui s'y réfère dans des décisions judiciaires comme des critères techniques à suivre lors de la lecture de la norme juridique leur confère une certaine juridicité qui dépasse la simple force d'influence dont dispose normalement une norme de *soft law* (1). Ce même effet peut être également observé dans le cas d'un renvoi exprès par une règle de droit à un ensemble de normes techniques qui, elles aussi, accèdent dès lors au rang du droit applicable (2).

1. Une appréciation du droit positif à la lumière des normes techniques

Alors que la doctrine majoritaire, attachée au formalisme juridique, refuse aux normes techniques élaborées par des organismes de normalisation autonomes toute force juridique en dehors de leur capacité d'influence sur les comportements des intéressés, les défenseurs du pluralisme juridique leur reconnaissent la qualité de « source du droit »²⁵³³. Il en est ainsi

présomption de légitimité. Cela étant, comme on l'a déjà souligné, c'est le caractère négocié même de ce droit produit par l'adhésion de tous les intéressés qui lui confère cette légitimité.

²⁵³⁰ Voir BOY (L.), « La valeur juridique de la normalisation », op. cit., p. 183 et s.

²⁵³¹ BOY (L.), « Normes », op. cit., p. 127.

²⁵³² Sur ce sujet voir BOY (L.), « La valeur juridique de la normalisation », op. cit., p. 185 et s.

²⁵³³ *Idem.*, p. 184.

notamment en raison de la nature informative de ces normes qui permet d'appliquer justement les règles de droit et de les incorporer au droit positif.

À cet égard, K. Benyekhlef constate effectivement que la jurisprudence se présente comme une « voie d'intégration de la norme alternative dans le droit positif ». Le juge peut, ajoute-t-il, « recourir à la norme alternative [lorsqu'il interprète] la loi, le contrat des parties ou, encore, le comportement de celles-ci dans une situation particulière »²⁵³⁴. Il est vrai que la complexité des situations et des relations rend nécessaire une insertion du « savoir » et de la « technicité » dans l'application de la règle de droit. Attirant l'attention sur ce « rapport interactif » qui existe entre différents systèmes normatifs, L. Boisson de Chazournes écrit effectivement que « la règle de droit ne peut pas être lue en 'isolation clinique' du reste du système normatif dans son ensemble »²⁵³⁵. À cet égard, les normes techniques élaborées par l'ISO constituent un bon exemple. Ces normes de type « ISO 9000 » constituent des références de base dans l'interprétation et l'application du droit positif et fonctionnent ainsi comme « de véritables instruments juridiques, susceptibles de donner son plein sens aux épreuves de contrôle »²⁵³⁶.

J. Chevallier constate justement cette transformation du rapport entre les normes juridiques et les techniques, qui va d'une opposition dichotomique à une relation d'appui réciproque. Selon lui, « tandis que la juridicisation des standards techniques est indispensable pour leur donner leur plein effet, la technicisation de la norme juridique contribue à conforter son efficacité »²⁵³⁷. Ainsi, dans la mesure où la réception des normes techniques par le juge dans le cadre de l'application et de l'interprétation du droit positif leur confère une certaine juridicité, on assiste, comme L. Boy le défend, à un « processus de 'juridification' de la normalisation »²⁵³⁸.

²⁵³⁴ BENYekhLEF (K.), *Une possible histoire de la norme...*, op. cit., p. 815. Voir également TRUDEL (P.), « Les effets juridiques de l'autorégulation », op. cit., p. 276 et s. Vu les exemples analysés par les auteurs, on peut constater que cette possibilité de référence par le juge est envisagée surtout dans le cadre des ordres juridiques internes. Mais elle n'est pas tout-à-fait exclue sur le plan international. On va voir dans l'exemple du *Codex Alimentarius* qu'un renvoi aux normes élaborées par des organismes de normalisation permet également que celles-ci s'intègrent au droit positif et deviennent opposables aux intéressés.

²⁵³⁵ BOISSON de CHAZOURNES (L.), « Normes, standards et règles en droit international », in *Les enjeux de la normalisation technique internationale. Entre environnement, santé et commerce international*, E. Brosset et É. Truilhé-Marengo (sous dir.), La documentation française, 2006, pp. 43-56, plus particulièrement p. 46.

²⁵³⁶ Voir SEGRESTIN (D.), « La normalisation de la qualité et l'évolution de la relation de production », *Revue d'économie industrielle*, 1996, n°75, pp. 291-307, plus particulièrement p. 304.

²⁵³⁷ CHEVALLIER (J.), « Vers un droit postmoderne ?... », op. cit., p. 679.

²⁵³⁸ BOY (L.), « La valeur juridique de la normalisation », op. cit., p. 184. Voir également du même auteur « Liens entre la norme technique et la norme juridique en droits communautaire et international », in *Les enjeux*

2. Une lecture du droit positif par rapport aux normes techniques suite à un renvoi

Les créateurs de la loi peuvent également envisager par avance une incorporation des normes techniques en droit positif. Il est en effet possible que les États décident eux-mêmes d'intégrer les normes techniques ou scientifiques élaborées au sein des mécanismes de normalisation par un renvoi dans un document considéré comme une source formelle du droit international. Ce document sera naturellement un traité international dans lequel on fera une référence directe « à un corpus normatif qui demeure en dehors du texte législatif afin de caractériser ce que doit comporter un droit ou une obligation »²⁵³⁹.

Utilisée très rarement dans l'ordre juridique international, cette technique du renvoi peut néanmoins constituer pour le droit international positif une « passerelle » lui permettant « d'avaliser des règles techniques ou scientifiques » produites dans le cadre des organismes de normalisation²⁵⁴⁰.

Le système de l'OMC nous donne à cet égard le meilleur exemple d'un tel rapport de complémentarité entre les normes juridiques et les normes techniques, créé par un renvoi à un ensemble de normes élaborées par des organismes de normalisation. Il exige une lecture de la règle de droit sur la base des normes techniques qui peuvent avoir des effets sur le commerce international. La référence à des normes techniques est faite dans le cadre des accords SPS (accord relatif aux mesures sanitaires et phytosanitaires) et OTC (accord sur les obstacles techniques au commerce), qui font tous les deux partie intégrante du droit de l'OMC. Ces accords poursuivent la même finalité d'« encadre[r] le recours aux normes techniques [...] afin d'en éviter une utilisation dévoyée, créatrice d'obstacles non nécessaires aux échanges »²⁵⁴¹ et, ainsi, d'harmoniser les politiques de sécurité sanitaire et environnementales des États membres. Dans cette perspective, ils se réfèrent aux normes élaborées notamment par la Commission du *Codex alimentarius*, l'Office international des épizooties (OIE) et le secrétariat de la convention internationale pour la protection des végétaux.

de la normalisation technique internationale. Entre environnement, santé et commerce international, E. Brosset et É. Truilhé-Marengo (sous dir.), La documentation française, 2006, pp. 57-79.

²⁵³⁹ TRUDEL (P.), « Les effets juridiques de l'autorégulation », op. cit., p. 269. Sur la technique du renvoi comme une manière d'intégration des normes techniques et scientifiques dans la loi voir également MOCKLE Daniel, « Gouverner sans le droit ? Mutation des normes et nouveaux modes de régulation », op. cit., p. 191.

²⁵⁴⁰ MOCKLE (D.), « Gouverner sans le droit ? Mutations des normes et nouveaux modes de régulation », p. 191.

²⁵⁴¹ LANFRANCHI (M.-P.), « Les obligations de recourir à la norme technique dans le droit de l'OMC », in *Les enjeux de la normalisation technique internationale. Entre environnement, santé et commerce international*, E. Brosset et É. Truilhé-Marengo (sous dir.), La documentation française, 2006, p. 188.

En principe, ces normes ne sont pas obligatoires pour les États, ni même pour ceux qui ont participé et voté en faveur de leur adoption au sein de ces organismes. Elles n'ont, du point de vue juridique, qu'une valeur de recommandation. Mais la reconnaissance expresse de ces normes par le droit de l'Organisation Mondiale du Commerce a suscité des interrogations sur leur force normative²⁵⁴².

Selon un point de vue²⁵⁴³, une incorporation des textes de *soft law* dans le droit de l'OMC modifiera le statut et la force normative des normes énoncées par ces textes considérés en principe non obligatoires. L'exemple le plus frappant est sans doute les normes diffusées par la Commission du *Codex alimentarius*. En effet, *l'affaire Hormones*²⁵⁴⁴ et *l'affaire des sardines*²⁵⁴⁵ ont montré que, via l'Organe de règlement des différends de l'OMC, la mise en place d'un tel « processus de 'juridification' de la normalisation »²⁵⁴⁶ est bien possible. Dans ces deux affaires, les rapports des groupes spéciaux ont admis que les normes *Codex* bénéficiaient d'une réelle autorité et influence permettant de considérer la conformité et la compatibilité des mesures d'interdiction en cause en vertu des normes élaborées dans le cadre de la Commission du *Codex Alimentarius*²⁵⁴⁷.

Dans l'accord de l'OMC sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires (SPS)²⁵⁴⁸, les normes, directives et recommandations internationales élaborées par la Commission du *Codex Alimentarius* sont citées parmi les bases normatives sur lesquelles « les Membres établiront leurs mesures sanitaires ou phytosanitaires », afin d'harmoniser leurs législations nationales²⁵⁴⁹. Cette référence directe aux normes *Codex* par le droit de l'OMC signifie que

²⁵⁴² Voir CAZALA (J.), « La force normative des instruments du *Codex alimentarius* dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce », in *La force normative, naissance d'un concept*, C. Thibierge (dir. scientifique) et alii, pp. 335-343.

²⁵⁴³ BOY (L.), « La valeur juridique de la normalisation », op. cit., p. 184.

²⁵⁴⁴ Différend opposant les États-Unis et le Canada aux Communautés européennes, relatif aux mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (hormones).

²⁵⁴⁵ Différend opposant le Pérou aux Communautés européennes.

²⁵⁴⁶ BOY (L.), « La valeur juridique de la normalisation », p. 184.

²⁵⁴⁷ Pour une analyse de ces deux affaires du point de vue des effets normatifs des activités de normalisation de la Commission du *Codex Alimentarius*, voir KIEFFER (B.), *L'Organisation mondiale du commerce...*, op. cit., p. 90 et s. et CAZALA (J.), « La force normative des instruments du *Codex alimentarius...* », op. cit., p. 338 et s. ; LANFRANCHI (M.-P.), « Les obligations de recourir à la norme technique dans le droit de l'OMC », op. cit., p. 187 et s.

²⁵⁴⁸ Il s'agit d'une annexe de l'Accord OMC consacrée aux mesures sanitaires et phytosanitaires en vue de favoriser la libéralisation du commerce des marchandises sur la base des normes internationales pour ne pas être empêché par des règles protectionnistes de chaque État.

²⁵⁴⁹ Voir notamment le Préambule et l'article 3 de l'Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires, signé à Marrakech le 15 avril 1994, ainsi que l'article 3/a de son annexe A.

Il est vrai que, puisque ces textes laissent une certaine marge de manœuvre aux Membres de l'OMC, il s'agit principalement d'une exigence d'harmonisation. En effet, l'exigence n'est pas de se « conformer » à des normes de ces organismes de normalisation mais d'harmoniser « sur la base de » celles-ci. Ainsi, on peut observer que le

celles-ci « sont considérées comme justifiées sur le plan scientifique et sont acceptées comme référence pour l'évaluation des mesures et des règlements nationaux »²⁵⁵⁰. Mais au-delà de cette prise en compte de la valeur scientifique des normes *Codex*, une incorporation directe au droit de l'OMC leur octroie « une fonction et un poids qui semblent aller bien au-delà de la valeur recommandatoire qui est la leur par nature dans leur ordre juridique d'origine »²⁵⁵¹. Pour certains, ce changement de statut peut même les transformer en normes contraignantes sans que les États membres de l'OMC les aient reconnues en tant que telles²⁵⁵².

Selon J. Cazala, la reconnaissance d'une telle autorité ne signifie pas que ces normes sont rendues obligatoires : « La force normative de ces instruments ne se traduit pas en termes d'obligation, elle est autre. On pourra la rechercher dans le champ de la capacité d'influence ou dans la notion de référence ». Cependant, cette réflexion, découlant du formalisme juridique, ne nie pas non plus les effets juridiques que produisent ces normes au-delà de leur qualité de recommandation²⁵⁵³. Comme il a été constaté par M.-P. Lanfranchi, la jurisprudence de l'ORD a incontestablement renforcé le rôle des normes techniques et changé leur statut : « [s]i elles ne pas devenues contraignantes, les normes techniques ne sont [...] plus simplement recommandataires »²⁵⁵⁴. À cet égard, on peut constater que l'autorité que les normes techniques disposent découle principalement de leur objectivité, du fait de contenir « une vérité extérieure à celle énoncée par la norme elle-même »²⁵⁵⁵. C'est effectivement cette objectivité de l'énoncé qui confère à la norme technique une force normative supérieure à celle dont disposent normalement d'autres normes de *soft law*.

Cette transformation du statut des normes de *soft law* qui deviennent des règles juridiques opposables ou, du moins, s'y incorporent, constitue un danger d'autant plus important pour la

droit de l'OMC impose le niveau minimum pour laisser ensuite aux membres le soin de prendre d'autres mesures nécessaires suivant des « objectifs légitimes ». On peut déduire cette conclusion des rapports de l'Organe d'appel de l'OMC dans les affaires des sardines (WT/DS231/AB/R) et hormones (WT/DS26/AB/R et WT/DS48.AB/R). Pour une analyse de ces affaires en ce sens, voir LANFRANCHI (M.-P.), « Les obligations de recourir à la norme technique dans le droit de l'OMC », op. cit., p. 189 et p. 191 et s.

²⁵⁵⁰ *Comprendre le Codex alimentarius*, produit par le Groupe de la production et de la conception éditoriales, Service de la gestion des publications, FAO, 3^e éd., 2006, p. 33.

²⁵⁵¹ CAZALA (J.), « La force normative des instruments du *Codex alimentarius*... », op. cit., p. 337. Dans le même sens Voir également CULOT (H.), « Soft law et droit de l'OMC », op. cit., p. 282 ; IYNEDJIAN (M.), *L'Accord de l'Organisation Mondiale du Commerce sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires. Une analyse juridique*, LGDJ, 2002, p. 61 et 62.

²⁵⁵² KIEFFER (B.), *L'Organisation mondiale du commerce*..., op. cit., p. 93.

²⁵⁵³ Voir CAZALA (J.), « La force normative des instruments du *Codex alimentarius*... », op. cit., pp. 340-343.

²⁵⁵⁴ LANFRANCHI (M.-P.), « Les obligations de recourir à la norme technique dans le droit de l'OMC », op. cit., p. 193 et 194.

²⁵⁵⁵ VOINOT (D.), *La norme technique en droit comparé et en droit communautaire*, Thèse, Grenoble, 1993, p. 35, cité par BROSSET (E.), TRUILHÉ-MARENGO (È.), « Normes techniques en droit international. Les mots et les choses... », op. cit. p. 27.

souveraineté des États, sachant que l'adoption de ces normes peut se faire sans leur consentement²⁵⁵⁶. C'était effectivement ce point qui avait provoqué, chez les États, des critiques et des réactions concernant les normes sur les hormones. Lors de l'adoption de ces normes relatives aux limites maximales de résidus des hormones naturelles, les décisions se prenaient au sein de la Commission du *Codex alimentarius* à la majorité simple. Ce fait peut remettre en cause le principe selon lequel l'État ne peut être lié que par les règles auxquelles il a librement consenti et, par conséquent, avoir des conséquences subversives sur la souveraineté des États²⁵⁵⁷.

C'est dans ce souci qu'une réforme a été envisagée, en 1999, pour modifier la procédure de l'élaboration des normes *Codex* et le principe de consensus y a été introduit. Dans le manuel du *Codex alimentarius*, il est désormais indiqué que la Commission doit tout mettre en œuvre pour parvenir à un accord sur l'adoption des normes par consensus. Mais, malgré ce changement du mode de prise de décision, la possibilité du recours au vote à la majorité n'est pas exclue en cas de défaut de consensus²⁵⁵⁸.

Quoique cette introduction du principe de consensus soit justifiée par une recherche de « légitimité » des normes, cet amendement n'est en réalité que le reflet de la volonté des États de tenir tout processus normatif sous leur contrôle²⁵⁵⁹. Mais, comme on vient de l'indiquer, quel que soit le mode de prise de décision au sein de cet organisme de normalisation, l'élaboration de ces normes ne relève pas d'un processus que l'on peut qualifier exclusivement d'interétatique. La diversité des acteurs impliqués dans cette production normative et le poids accru des normes *Codex* grâce à la jurisprudence de l'ORD ont contribué à la transformation de cet organisme de normalisation en un « (quasi-)législateur international – un législateur régi par le consensus »²⁵⁶⁰.

²⁵⁵⁶ Il ressort en effet de la jurisprudence de l'ORD que le mode d'adoption de ces normes n'a pas d'incidence sur leur applicabilité et opposabilité. Voir le rapport de l'Organe d'appel du 20 octobre 1998 dans l'affaire de *Mesures visant les importations de saumons* (WT/DS18/AB/R), § 227. En ce sens, voir également LANFRANCHI (M.-P.), « Les obligations de recourir à la norme technique dans le droit de l'OMC », op. cit., p. 194.

²⁵⁵⁷ KIEFFER (B.), *L'Organisation mondiale du commerce...*, op. cit., p. 94.

²⁵⁵⁸ Cependant, il faut préciser que suite aux réactions des gouvernements à propos des normes très controversées sur les hormones, la Commission n'a jamais recouru au vote.

²⁵⁵⁹ BROSSET (E.), TRUILHÉ-MARENGO (É.), « Normes techniques en droit international. Les mots et les choses... », op. cit., p. 41. Sur ce sujet voir également MOORE (G.), TAVARES (A.), « Mesures récentes prises par l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture en conséquence de l'Accord de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC) sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires », AFDI, 1997, pp. 544-550.

²⁵⁶⁰ KIEFFER (B.), *L'Organisation mondiale du commerce...*, op. cit., p. 94.

Paragraphe II. L'insertion des normes non étatiques au droit positif à travers les contrats d'État

On a constaté que la mondialisation a incontestablement accéléré et favorisé l'essor d'un ensemble normatif, appelé la « *lex mercatoria* ». L'élaboration de ces normes, qui forment, pour certains, un ordre juridique à part entière, échappe largement au contrôle des États²⁵⁶¹. On peut certes contester la qualité d'« ordre juridique » de cet ensemble de normes et de références formées à travers les pratiques des opérateurs économiques. Mais, c'est désormais un fait indéniable que la circulation de plus en plus intense des normes faisant partie de la *lex mercatoria* a une influence considérable sur l'ensemble du droit international auquel elle s'intègre partiellement, notamment à travers les contrats d'États.

Selon la définition de G. Cohen-Jonathan, « un contrat d'État est un accord d'investissement de capitaux privés à long terme passé entre l'État en tant que sujet de droit international avec une personne privée étrangère visant en général l'exploitation d'un service, d'un travail public ou de ressources naturelles ou industrielles »²⁵⁶². Du point de vue de la production des normes internationales par des acteurs non étatiques, l'examen de ce type de contrat s'avère effectivement très intéressant. En effet, dans la mesure où on accepte que les contrats d'État relèvent du droit international (A), on peut affirmer qu'à travers ces contrats, les opérateurs économiques créent des normes qui, elles-aussi, font désormais partie du droit international et que ce droit désétatisé devient applicable aux États (B).

A. L'internationalité du contrat d'État

Pour constater l'internationalité du contrat d'État, il faut s'intéresser au droit qui s'applique à ce type de rapport contractuel. On doit d'emblée dire qu'à la lumière des principes généraux du droit des contrats, les contrats d'État ne font pas exception : le principe est l'autonomie des parties contractantes. Celui-ci signifie que dans leurs rapports contractuels, les parties sont libres de déterminer le droit applicable²⁵⁶³. Cela étant, la question de l'ordre juridique de rattachement conserve néanmoins son intérêt en vue de déterminer le droit et les procédures

²⁵⁶¹ TEUBNER (G.), « Global Bukowina : Legal Pluralism in the World Society », op. cit., p. 3 et s.

²⁵⁶² COHEN-JONATHAN (G.), « L'individu comme sujet de droit international – droit international des contrats et droit international des droits de l'homme – », op. cit., p. 224, note 2.

²⁵⁶³ Sur la validité du principe de l'autonomie de volonté des contractants, on peut se référer à la première question relevée par R.-J. Dupuy dans sa sentence arbitrale *Texaco* du 19 janvier 1977, *JDI (Clunet)*, 1977, p. 353 et s.

applicables en cas de défaut ou d'imprécision de *choice of law* établi par les parties contractantes.

Dans la doctrine, la question de l'ordre juridique de rattachement des contrats d'État a fait l'objet d'abondants travaux donnant des réponses contradictoires. L'internationalité de ces contrats a été longtemps refusée par la majorité de la doctrine et la jurisprudence internationale, qui considèrent le droit international comme un droit purement interétatique et refusent ainsi de reconnaître une quelconque personnalité juridique internationale à tout autre sujet de droit qu'États²⁵⁶⁴. Ce point de vue conservateur est même soutenu dans un travail récent de L. Lankarani El-Zein qui rejette l'internationalité de ces contrats, s'appuyant sur un certain nombre d'arguments jurisprudentiels et conventionnels qui reflètent la prémisse d'un ordre juridique international exclusivement interétatique²⁵⁶⁵. Toutefois, prenant en compte notamment les développements récents concernant la mondialisation des rapports économiques, cette prise de position ne se justifie ni sur le plan pratique, ni sur le plan théorique²⁵⁶⁶.

Sur la base d'arguments bien différents mais toujours en rapport avec cette image du droit international comme un droit exclusivement interétatique, d'autres ont également refusé que le droit international s'applique à ces contrats. Par exemple, P. Mayer²⁵⁶⁷ considère qu'on ne peut pas appliquer le droit international, droit propre aux rapports entre États, à des personnes privées qui ne sont pas sujets de ce droit élaboré pour régir exclusivement les rapports interétatiques. Selon lui, les rapports contractuels entre les États et les personnes privées, qui ne peuvent entrer ni dans le domaine public ni dans le domaine privé, relèvent d'un caractère *sui generis* et sont régis par des règles autonomes que les parties contractantes définiront soit elles-mêmes soit par une référence aux droits étatiques, y compris droit interétatique. Ainsi, en dehors de quelques principes généraux du droit qui seront applicables en matière de

²⁵⁶⁴ Pour un commentaire sur cet sujet, voir LEBEN (C.), « La théorie du contrat d'État et l'évolution du droit international des investissements », op. cit., p. 209 et s. ; COHEN-JONATHAN (G.), « L'individu comme sujet de droit international... », op. cit., p. 223 et s.

²⁵⁶⁵ Voir LANKARANI EL-ZEIN (L.), *Les contrats d'État à l'épreuve du droit international*, Bruylant, 2001, 572 p.

²⁵⁶⁶ Pour une critique de ce point de vue voir « Avant propos » de P. Weil dans l'ouvrage cité de L. Lankarani El-Zein.

²⁵⁶⁷ MAYER (P.), « La neutralisation du pouvoir normatif de l'État en matière de contrats d'État », *JDI (Clunet)*, 1986, p. 17 et s.

contrats d'États²⁵⁶⁸, l'auteur les renvoie à un tiers ordre juridique, conçu spécifiquement dans chaque rapport contractuel suivant le principe de l'autonomie des parties contractantes²⁵⁶⁹.

Certaines caractéristiques de ces contrats, empruntées au droit privé, ont également suscité des réflexions pour un rattachement à un ordre juridique exclusivement économique ou mixte. Ainsi, selon B. Goldman, les contrats d'État relèvent de la *lex mercatoria*, un ensemble normatif qu'il considère comme un ordre juridique autonome²⁵⁷⁰. Le rattachement à un ordre transnational a été également évoqué dans la doctrine²⁵⁷¹. Quant à H. Pazarci, il a défendu que, en raison de leur nature mixte, relevant à la fois et en partie du droit privé et du droit public, les contrats d'État relèvent d'un « droit quasi-international »²⁵⁷².

Enfin, le dernier point de vue consiste à reconnaître le rattachement de ces contrats à l'ordre juridique international²⁵⁷³. Ainsi, le droit international n'est plus un droit qui régit exclusivement les rapports interétatiques. Il est globalisé et s'intéresse à tout ce qui se passe à l'extérieur des frontières nationales, même parfois à l'intérieur. Les contrats d'État relèvent naturellement du droit international car l'internationalité est une caractéristique de ce type de contrat. Suivant la distinction proposée par P. Weil qu'il expose dans son cours, C. Leben affirme que, pour qu'un contrat conclu entre l'État et les personnes privées soit considéré comme un « contrat d'État », il faut que le droit international soit désigné soit comme l'ordre juridique de base, soit comme le droit applicable en tout ou en partie. Dans la première

²⁵⁶⁸ Au sujet de l'applicabilité des principes généraux du droit en matière de contrats passés entre États et personnes privées étrangères voir également WEIL (P.), « Principes généraux du droit et contrats d'États », in *Le droit des relations économiques internationales, Études offertes à Berthold Goldman*, Litec, 1982, pp. 387-414.

²⁵⁶⁹ Pour un commentaire critique sur l'option du rattachement du contrat à un tiers ordre juridique voir COHEN-JONATHAN (G.), « L'individu comme sujet de droit international... », op. cit., pp. 230-232 ; LEBEN (C.), « La théorie du contrat d'État et l'évolution du droit international des investissements », op. cit., pp. 316-321.

²⁵⁷⁰ Voir GOLDMAN (B.), « Nouvelles réflexions sur la Lex Mercatoria », in *Études de droit international en l'honneur de Pierre Lalive, Helbing&Lichtenhahn*, 1993, pp. 241-255. Dans le même sens, voir également d'autres écrits de l'auteur, notamment « Frontières du droit et lex mercatoria », *APD*, 1964, pp. 177-192 ; « La *lex mercatoria* dans les contrats et l'arbitrage internationaux : réalités et perspectives », *JDI* (Clunet), 1979, pp.

²⁵⁷¹ JESSUP (P. C.), *Transnational law*, New Haven, Yale University Press, 1959, 114 p.

²⁵⁷² PAZARCI (H.), *La responsabilité internationale des États en matière contractuelle*, Thèse dactylographiée, Université Panthéon-Assas, Paris, 1971, p. 70 et s.

²⁵⁷³ Pour ne citer que quelques défenseurs de rattachement du contrat d'État à l'ordre juridique international, on peut se référer notamment à DUPUY R.-J., la sentence arbitrale *Texaco* du 19 janvier 1977, reproduite assez largement dans l'*AFDI*, 1977, pp. 452-479 ; WEIL (P.), « Droit international et contrat d'État », in *Le droit international : unité et diversité, Mélanges offerts à Paul Reuter*, Pedone, 1981, p. 567 et s. ; COHEN-JONATHAN (G.), « L'arbitrage Texaco-Calasiatic contre Gouvernement Libyen. Sentence au fond du 19 janvier 1977 » *AFDI*, 1977, pp. 452-479 ; LEBEN (C.), « La théorie du contrat d'État et l'évolution du droit international des investissements », op. cit., pp. 209-376.

hypothèse, il s'agirait de « contrat de droit international » et dans la deuxième, « contrat internationalisé »²⁵⁷⁴.

L'analyse de la pratique des contrats conclus entre les États et les personnes privées montre effectivement que le droit international y revêt une place importante²⁵⁷⁵. Le but principal est de soustraire ces contrats au droit national de l'État contractant en vue d'établir, du point de vue juridique, un certain équilibre entre deux parties juridiquement déséquilibrées. Il est vrai que ces contrats sont caractérisés, comme P. Mayer l'affirme d'ailleurs justement dans le titre de son article, par la volonté de « neutraliser le pouvoir normatif de l'État »²⁵⁷⁶.

Le sens du développement de la jurisprudence internationale en la matière confirme ce constat²⁵⁷⁷. La sentence arbitrale *Texaco*²⁵⁷⁸ constitue à cet égard la première décision jurisprudentielle qui a affirmé que ce type de contrat se rattachait directement à l'ordre juridique international. Du point de vue de notre analyse, l'intérêt de cette sentence est qu'elle reconnaît que les contrats entre États et personnes privées peuvent relever, même si un des partenaires n'est pas reconnu traditionnellement comme sujet de droit international public, d'une branche particulière de celui-ci : le droit international des contrats. En effet, R.-J. Dupuy, Arbitre unique dans l'affaire *Texaco*, déclare : « Bien *qu'ils ne se confondent pas avec les traités*, les contrats entre États et personnes privées peuvent néanmoins sous certaines conditions, relever d'une *branche particulière et nouvelle du droit international : le droit international des contrats* »²⁵⁷⁹.

Ainsi, pour conclure, on peut regrouper les conséquences de l'internationalité des contrats d'État sur trois points. Le premier point est que ces contrats relèvent du droit international des contrats qui fait partie intégrante du droit international. Deuxièmement, cette reconnaissance

²⁵⁷⁴ LEBEN (C.), « La théorie du contrat d'État et l'évolution du droit international des investissements », op. cit., p. 256. Dans sa sentence arbitrale *Texaco* du 19 janvier 1977, R.-J. Dupuy décrit en détail ce procédé d'internationalisation des contrats et ses conséquences, *AFDI*, 1977, p. 357 et s. Voir également COHEN-JONATHAN (G.), « L'individu comme sujet de droit international... », op. cit. p. 235 et s.

²⁵⁷⁵ Voir LEBEN (C.), « La théorie du contrat d'État et l'évolution du droit international des investissements », op. cit., p. 265 et s.

²⁵⁷⁶ MAYER (P.), « La neutralisation du pouvoir normatif de l'État... », op. cit., p. 5 et s.

²⁵⁷⁷ D'ailleurs, le fait que les tribunaux arbitraux, mixtes ou transnationaux, auxquels les litiges issus des contrats d'État sont en principe soumis, soient considérés comme la juridiction internationale, confirme le constat sur l'internationalité de ces rapports contractuels. Sur ce sujet, voir LEBEN (C.), « La théorie du contrat d'État et l'évolution du droit international des investissements », op. cit., p. 331 et s.

²⁵⁷⁸ Cette sentence au fond a été reproduite assez largement le *JDI (Clunet)*, 1977, pp. 350-389. Pour un commentaire de cette sentence arbitrale rendue le 19 janvier 1977, voir COHEN-JONATHAN (G.), « L'arbitrage *Texaco-Calasiatic* contre Gouvernement Libyen... », op. cit., p. 452 et s.; LALIVE (J.-F.), « Un grand arbitrage pétrolier entre un Gouvernement et deux sociétés privées étrangères », *JDI (Clunet)*, 1977, pp. 319-349.

²⁵⁷⁹ Passage de la sentence cité par COHEN-JONATHAN (G.), « L'individu comme sujet de droit international... », op. cit., p. 234.

de l'internationalité des contrats d'État a pour effet de reconnaître une personnalité juridique internationale à des personnes privées²⁵⁸⁰, ce qui permet de les mettre sur un pied d'égalité par rapport aux États dans leurs rapports contractuels. Et enfin, partant de ces deux acceptations, on va constater que les personnes privées, en l'occurrence les entreprises transnationales, contribuent à l'élaboration du droit international et deviennent par là producteurs du droit.

B. L'affirmation des personnes privées comme producteurs du droit

Selon C. Leben, si on considère que les contrats d'État relèvent du droit international des contrats, faisant partie intégrante du droit international autant que le droit international des traités, ou de la mer ou de la guerre, on accepte logiquement qu'« une entreprise qui conclut un contrat d'État, régi par le droit international des contrats, participe à la création de normes internationales autant qu'un État ou une organisation qui conclut un traité »²⁵⁸¹. Il est vrai que dans chaque rapport contractuel le droit applicable se détermine sur la base du consensus des parties. Par conséquent, placée sur une relative égalité, chacune des parties d'un contrat d'État dispose d'une certaine autonomie de volonté permettant de contribuer à la détermination du contenu du contrat.

La production de droit à travers les contrats d'État fait partie du phénomène de la « contractualisation de la régulation juridique » qui implique, selon J. Chevallier, « la reconnaissance de la marge d'autonomie dont disposent les divers acteurs sociaux avec lesquels l'État est tenu de négocier, faute de pouvoir imposer sa volonté ». Selon lui, ce phénomène est particulièrement marqué dans le domaine économique, plus particulièrement du commerce international, où les États se voient contraints de discuter avec les entreprises transnationales sur un pied d'égalité²⁵⁸².

²⁵⁸⁰ S'intéressant spécifiquement à la contribution des sociétés transnationales à l'élaboration du droit international, on n'a pas à se prononcer sur la nature de cette personnalité juridique internationale qui leur est attribuée. Mais d'une manière générale, on peut dire que, par rapport à celle que les États disposent, « cette reconnaissance est relative et fonctionnelle », qui « n'engendre qu'une capacité internationale limitée dans le cadre du rapport de droit considéré ». Voir COHEN-JONATHAN (G.), « L'individu comme sujet de droit international... », op. cit., p. 233. Dans le même sens voir également le par. 48 de la sentence arbitrale *Texaco* du 19 janvier 1977, rendue par R.-J. Dupuy, op. cit., p. 361-362. Et pour une réflexion sur la qualité « sujet de droit international » des personnes privées voir LEBEN (C.), « La théorie du contrat d'État et l'évolution du droit international des investissements », op. cit., p. 302 et s.

²⁵⁸¹ *Ibid.* (p. 302, note 151).

²⁵⁸² CHEVALLIER (J.), *L'État post-moderne*, op. cit., p. 138-139.

Il est vrai que ces dernières ont désormais une place irrécusable dans les relations internationales, notamment dans tous les domaines touchant au secteur économique. Les contrats qu'elles passent entre elles ou avec les États peuvent avoir des impacts dans le domaine de la régulation juridique parfois beaucoup plus importants que ceux qui découlent des sources formelles classiques du droit. Dans des domaines d'activité qui font souvent l'objet des contrats d'État, les entreprises contribuent fortement à l'établissement « des pratiques contractuelles, des usages qui acquièrent souvent une autorité coutumière ». G. Cohen-Jonathan constate effectivement que « [c]ertains contrats ou concessions pétroliers se réfèrent expressément aux 'customs and usages of the international petroleum industry' comme source du droit applicable au contrat »²⁵⁸³.

Selon K. Benyekhlef, ces « normes contractuelles » font partie de la *lex mercatoria* qu'il considère comme une catégorie des « normes alternatives » dont la production s'effectue en dehors tout cadre étatique ou interétatique²⁵⁸⁴. La *lex mercatoria* est considérée comme un « ensemble normatif » qui fait partie du droit du commerce international²⁵⁸⁵. Il existe plusieurs « procédés de formation » qui donnent naissance à ces normes. Il s'agit notamment des usages, des contrats, des principes généraux du commerce international, et des codes de conduite élaborés par les opérateurs économiques ou par les organismes transnationaux plus ou moins liés au milieu des opérateurs²⁵⁸⁶. « [C]onstituée par une utilisation universelle et systématique par les opérateurs du commerce international de types de contrat ou de clauses contractuelles standardisées », la *lex mercatoria* permet aux opérateurs économiques de « sélectionner, à travers toutes les sources du droit, les règles qui sont les plus aptes à satisfaire les besoins du commerce international »²⁵⁸⁷.

²⁵⁸³ À titre d'exemple, l'auteur se réfère à la sentence arbitrale relative à *Aramco*. Voir COHEN-JONATHAN (G.), « L'individu comme sujet de droit international... », op. cit., p. 225, note 4.

²⁵⁸⁴ Voir BENYEKHFLEF (K.), *Une possible histoire de la norme...*, op. cit., p. 778 et s. ; ARNAUD (A.-J.), « Introduction – les transformations de la régulation juridique et la production du droit », op. cit., p. 80.

²⁵⁸⁵ Voir JACQUET (J.-M.), DELEBECQUE (P.), CORNELOUP (S.), *Droit du commerce international*, Dalloz, 2^e éd., 2010, p. 57.

Pour certains, la *lex mercatoria* constitue un ordre juridique autonome. Voir par exemple GOLDMAN (B.), « Nouvelles réflexions sur la *Lex Mercatoria* », op. cit., p. 241 et s. Sur l'existence d'un ordre juridique anational, fondé sur la *lex mercatoria*, voir également Filali OSMAN, *Les principes généraux de la lex mercatoria. Contribution étude un ordre juridique anational*, LGDJ, 1992, 515 p.

²⁵⁸⁶ JACQUET (J.-M.), DELEBECQUE (P.), CORNELOUP (S.), *Droit du commerce international*, op. cit., p. 62-63.

Faisant partie de la soft law, la plupart de ces sources normatives n'ont, on l'a constaté, aucune force obligatoire. Dans le temps et suivant leur force d'influence, ces normes peuvent être adoptées et respectées par l'ensemble des intéressés. C'est en ce moment qu'elles feront parties du *lex mercatoria* et pourront s'appliquer même aux États à travers les contrats d'État.

²⁵⁸⁷ LOQUIN (E.), « Où en est la *lex mercatoria* ? », p. 26 et 29.

Établies dans la pratique des entreprises transnationales, ces normes sont ensuite imposées par les opérateurs économiques puissants à tous ceux qui souhaitent établir des rapports contractuels avec eux, y compris les États, à travers les « contrats-types internationaux »²⁵⁸⁸. Il est vrai que le contenu des contrats et les règles auxquelles ils sont soumis se déterminent souvent en fonction ces normes établies dans l'usage et la pratique des opérateurs économiques. Ces normes sont ensuite imposées dans les contrats par les entreprises transnationales qui sont souvent en position de force économique face aux États.

L'autorité de ces références normatives qui font partie de la *lex mercatoria* est parfois reconnue directement par les textes internationaux. Comme exemple, on peut évoquer la *Convention de Vienne sur le contrat de vente international de marchandises* du 11 avril 1980 qui reconnaît les usages et les pratiques comme référence pour l'interprétation de l'intention des parties lors de la signature du contrat et pour la détermination de leurs obligations pendant son exécution²⁵⁸⁹.

La soumission du règlement des différends issus des contrats d'État à l'arbitrage international est un autre facteur qui renforce la force obligatoire de la *lex mercatoria*. L'arbitrage permet en effet d'« assure[r] la prise en compte d'autres règles que le seul droit étatique »²⁵⁹⁰.

Ce phénomène d'élargissement du champ d'applicabilité des normes d'origine privée n'est pas sans lien avec la crise de l'autorité publique qu'on a décrite plus haut. L'affaiblissement de l'État a entraîné son « recul [...] au profit d'un marché sans frontières »²⁵⁹¹. Suivant la transformation de la conception de la normativité, qui a évolué d'une « technique autoritaire de direction des conduites » à une « direction juridique non autoritaire des conduites »²⁵⁹², le procédé contractuel s'est affirmé de plus en plus dans la production d'« un droit reposant sur l'accord de volontés »²⁵⁹³. Ainsi, la *lex mercatoria* a acquis le statut d'un ensemble normatif, d'un système de référence, et non pas forcément un véritable ordre juridique que l'on pourra qualifier de « transnational » ou autre, qui régit désormais non seulement les rapports

²⁵⁸⁸ BENYEKHELF (K.), *Une possible histoire de la norme...*, op. cit., p. 779.

²⁵⁸⁹ En effet, selon la « Note explicative du secrétariat de la CNUDCI sur la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises », jointe à la Convention, « [I]es usages convenus par les parties, les pratiques qui se sont établies entre elles et les usages dont elles avaient connaissance ou auraient dû avoir connaissance et qui sont largement connus et régulièrement observés par les parties à des contrats de même type dans la branche commerciale considérée peuvent tous lier les parties au contrat de vente » (par. 14).

²⁵⁹⁰ CHEVALLIER (J.), *L'État post-moderne*, op. cit., p. 125.

²⁵⁹¹ DELMAS-MARTY (M.), *Trois défis pour un droit mondial*, op. cit., p. 84.

²⁵⁹² Voir AMSELEK (P.), « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », op. cit., p. 275 et s.

²⁵⁹³ CHEVALLIER (J.), *L'État post-moderne*, op. cit., p. 138.

commerciaux des personnes privées entre elles, mais également des personnes privées avec les États, voire des États entre eux²⁵⁹⁴.

Ce passage des normes d'un système normatif (*lex mercatoria*) à un autre (droit international) est effectivement un très bon exemple du phénomène d'internormativité qui permet de constater que les acteurs non étatiques contribuent non seulement en amont de la production normative, mais aussi en aval, en produisant eux-mêmes des normes qui s'intègrent ensuite au droit positif applicable.

²⁵⁹⁴ Voir MAYER (P.), « La neutralisation du pouvoir normatif de l'État... », op. cit., p. 22-23.

Conclusion du Titre II

La mondialisation est un processus irréversible²⁵⁹⁵ qui transforme indéniablement les processus de production normative et les rapports entre les systèmes normatifs relevant de l'ordre juridique international²⁵⁹⁶. Ce phénomène a deux grands axes de développement qui nécessitent un cadre juridique adapté.

Le premier est l'intégration économique du monde qui échappe largement à la maîtrise des États. Comme F. Ost et M. van de Kerchoeve le constatent, « l'État, désormais conscient de son peu de maîtrise des principaux leviers de la politique économique dans un contexte mondialisé concède la dérégulation de secteurs-entiers, s'accommode de la privatisation de bon nombre de services publics et subordonne son action moins aux impératifs de la puissance publique qu'aux lois de l'efficacité managériale »²⁵⁹⁷. Mais ce processus, marqué par les indéterminations et les imprévisions juridiques qui facilitent l'intégration économique, conduit en même temps à « une instabilité qui semble difficilement maîtrisable par les moyens du raisonnement juridique traditionnel »²⁵⁹⁸.

Le deuxième axe de mondialisation est l'universalisation des droits de l'homme. On a constaté que, faisant partie d'un droit cosmopolitique, les droits de l'homme mettent incontestablement les frontières et la souveraineté des États entre parenthèses. Cela étant, dominés par la logique interétatique, les instruments internationaux destinés à la réalisation et à la protection des droits de l'homme ne sont pas suffisants pour les rendre véritablement effectifs. S'appuyant sur ce constat, J. Habermas attire l'attention notamment sur l'absence d'un pouvoir exécutif international. En effet, il écrit que « le point faible d'une protection globale des droits de l'homme est l'absence exécutive qui serait, au besoin, capable d'assurer le respect de la Déclaration universelle des droits de l'homme en intervenant dans la souveraineté des États nationaux »²⁵⁹⁹. J. Habermas insiste également sur l'impuissance des « tribunaux internationaux [qui] ne sont pas suffisants pour permettre de transformer la déclaration des Droits de l'homme de l'ONU en droits exigibles ». Conscient du facteur de la logique de la souveraineté sur cet état d'incapacité des instruments internationaux, il affirme que ceux-ci « ne pourront fonctionner d'une façon convenable qu'à partir du moment où l'âge

²⁵⁹⁵ Voir HERRENSCHMIDT (J.-L.), « L'irréversibilité de la mondialisation », in *La mondialisation du droit*, E. Loquin et C. Kessedjian (sous dir.), Litec, 2000, pp. 389-400.

²⁵⁹⁶ Voir J.-B. Auby, *La globalisation, le droit et l'État*, op. cit., p. 97 et s.

²⁵⁹⁷ OST (F.), KERCHOEVE (van de) (M.), *De la pyramide au réseau ?...*, op. cit., p. 157.

²⁵⁹⁸ DELMAS-MARTY (M.), « La grande complexité juridique du monde », op. cit., p. 99.

²⁵⁹⁹ HABERMAS (J.), *La paix perpétuelle...*, op. cit., p. 61.

des États souverains aura pris fin grâce à l'existence d'une ONU *capable non seulement de décider mais d'agir et de s'imposer* »²⁶⁰⁰.

L'incapacité de la configuration état-centrique de l'ordre juridique international à répondre aux exigences juridiques de ces grands axes de la mondialisation prouve qu'une régulation juridique adaptée passe nécessairement par de nouveaux instruments juridiques internationaux capables de tenir en compte la pluralité et la diversité des acteurs impliqués. Ce processus normatif pluraliste, mis en marche déjà d'une manière informelle ou dans des cadres occasionnels, échappe au contrôle des États et fait disparaître leur maîtrise et leur monopole sur le phénomène normatif. Les nouveaux acteurs prennent désormais part dans les processus de formation des normes internationales et transforment par là tout le paradigme de la normativité internationale ainsi que la configuration état-centrique de l'ordre juridique international²⁶⁰¹.

²⁶⁰⁰ HABERMAS (J.), *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, p. 487. Ce point a été également évoqué dans le *Rapport sur les défis et la conduite des affaires mondiales et la réforme de l'ONU* selon lequel « à condition quelle subisse une réforme appropriée, [l'ONU] reste le cadre le plus adéquat où doivent culminer les efforts de la communauté internationale pour affronter les défis posés par la mondialisation ». Le rapport du 23 février 1999, doc. n° A4-0077/99, point 2.

²⁶⁰¹ Pour illustrer ce lien entre la normativité internationale et la configuration état-centrique de l'ordre juridique international, il convient de rappeler la conception post-moderne du droit qui renvoie, selon P. Maisani et F. Wiener, « à une réflexion politique sur l'État, dont la souveraineté doit être conçue nouvellement dans des sociétés de plus en plus éclatées ». Voir MAISANI (P.), WIENER (F.), « Réflexions autour de la conception post-moderne du droit », op. cit., p. 444.

Conclusion de la Seconde Partie

La désétatisation de l'espace international est considérée comme une des caractéristiques du processus de mondialisation²⁶⁰². Toutefois, cela ne signifie pas la disparition des États. Il est incontestable que ces derniers ont subi, et subissent chaque jour davantage, une érosion de pouvoir et d'autorité tant sur le plan interne que sur le plan international²⁶⁰³. Mais le modèle étatique demeure encore l'institution politique la plus intégrée et la mieux organisée de notre temps. La fonction régulatrice de l'État se maintient et ses responsabilités ne cessent de croître²⁶⁰⁴.

Il convient de préciser d'ailleurs que la réduction de l'autonomie des États, due à l'accroissement de leur interdépendance, ou leur perte de contrôle sur les activités et stratégies transnationales ne constituent pas en soit une remise en cause de la souveraineté des États²⁶⁰⁵. Comme il a été justement souligné par M.-M. Mohammed Mahmoud²⁶⁰⁶, « il n'est pas question d'opposer la souveraineté, notion juridique, à la mondialisation, processus économique, social et politique ». Mais, il convient de rappeler que « les constructions juridiques sont à leur tour les produits d'une évolution économique, sociale et politique donnée ». En effet, l'auteur précise que « la formation et le développement de l'État souverain ne se sont pas faits dans l'ignorance des réalités économiques mais ont été, au contraire, intimement liés à l'apparition et à l'essor d'une rationalité économique précise ». Selon lui, à l'époque où l'État moderne s'est érigé, l'organisation politique du monde sur le concept de territoire était nécessaire aux exigences de la rationalité économique capitaliste dans sa configuration historique. D'ailleurs, comme J. Habermas l'affirme, au début c'était l'évolution de l'économie capitaliste qui avait « contribué à consolider l'État-nation ». Toutefois, ajoute-t-il, « depuis que la production économique déborde largement les frontières nationales », « ces deux notions ont cessé de se renforcer l'une l'autre »²⁶⁰⁷.

²⁶⁰² AUBY (J.-B.), *La globalisation, le droit et l'État*, op. cit., p. 17.

²⁶⁰³ ARNAUD (A.-J.), « Introduction – les transformations de la régulation juridique... », op. cit., p. 76.

²⁶⁰⁴ AUBY (J.-B.), *La globalisation, le droit et l'État*, op. cit., p. 140 et s.

²⁶⁰⁵ M. Delmas-Marty écrit que ces phénomènes entraînent « l'affaiblissement des principes de souveraineté et de territorialité des États et le dépassement des systèmes de droit nationaux ». Voir DELMAS-MARTY (M.), *Les forces imaginantes du droit I. Le relatif et l'universel*, op. cit., p. 36-37. Dans le même sens, voir STEIGER (H.), « Plaidoyer pour une juridiction internationale obligatoire », op. cit., 825.

²⁶⁰⁶ Voir MOHAMED MAHMOUD (M.-M.), « Mondialisation et souveraineté de l'État », *JDI (Clunet)*, 1996, pp. 611-662, plus particulièrement p. 614.

²⁶⁰⁷ HABERMAS (J.), *L'intégration républicaine*, op. cit., p. 113.

De ce fait, selon un point de vue, la mondialisation ne remet pas en cause l'État en tant que forme d'organisation politique mais l'État-nation comme une conception réductrice et totalisatrice de ce modèle. Voir KEYMAN (F.), « Globalleşme Söylemleri, Özgürlük Sorunsalı ve Türkiye » (Discours de Globalisation, Problématique de

Tout ceci pour dire que si les évolutions dans les domaines socio-économique et politique n'entraînent pas tout de suite la disparition de l'État tel qu'il existe actuellement, elles influent à long terme sur la configuration politique et juridique des sociétés contemporaines.

De ce point de vue, il existe deux phénomènes qui affectent directement la configuration état-centrique de l'ordre juridique international et, par conséquent, remettent en cause la souveraineté des États. Il s'agit de la disparition de la maîtrise inconditionnelle de l'État sur son territoire et de la remise en cause de sa représentation totalisatrice de ses citoyens sur le plan international²⁶⁰⁸.

En effet, si la souveraineté des États est remise en cause par la mondialisation, c'est surtout en raison du dépassement d'une division artificielle du monde à partir des territoires étatiques, rendue obsolète par les phénomènes de mondialisation. Ces derniers supposent effectivement la disparition de la distinction stricte entre les espaces politiques national et international. Cette nouvelle approche que certains qualifient de cosmopolitique « envisage le pouvoir non pas comme un phénomène purement étatique, mais lui suppose de multiples facettes – économiques, politiques, sociales, technologiques, culturelles, etc. »²⁶⁰⁹

La diversité de ces phénomènes transnationaux et des acteurs qui y sont impliqués impose à l'État une démocratisation et une redistribution du pouvoir à la fois vers le haut et vers le bas. Les autres acteurs de la scène internationale parviennent de plus en plus à s'affranchir de la tutelle de l'État et revendiquent une autonomie grandissante face à lui. A.-J. Arnaud prévoit même « un mouvement de bascule de la souveraineté vers une autre forme d'organisation politique globale, avec une tendance à la perte de l'autorité exclusive des États à reconnaître la souveraineté ; au transfert de l'autorité méta-politique à des acteurs ou des institutions non-étatiques ; à la fin du monopole de l'État sur la coercition légitime ; à la déterritorialisation des revendications d'autorité de la part des États »²⁶¹⁰. Ainsi, la centralité du pouvoir politique

liberté et Turquie) in *Liberalism, Devlet, Hegemony (Libéralisme, État, Hégémonie)*, F. Keyman (der.), Everest, 2002, p. 201. Sur cette confrontation entre le marché mondial et l'État-nation, voir également DELMAS-MARTY (M.), *Les forces imaginantes du droit I. Le relatif et l'universel*, op. cit., p. 97.

²⁶⁰⁸ On avait effectivement constaté que l'affirmation de l'État sur ces deux points avait contribué à la consolidation du pouvoir étatique et à l'émergence de l'ordre juridique international dans sa configuration actuelle. Sur ce point, voir *infra*, introduction générale.

²⁶⁰⁹ WEERTS (L.), « Quatre modèles théoriques pour penser la société civile... », op. cit., p. 37-38. L'auteur se réfère au débat sur le réalisme et le cosmopolitisme entre Bary Buzan et David Held, publié sous titre « Realism vs Cosmopolitanism. A Debate between Bary Buzan and David Held, Conducted by Anthony McGrew », *Review of International Studies*, 1998, Vol. 24, pp. 387-398.

²⁶¹⁰ ARNAUD (A.-J.), « Introduction – les transformations de la régulation juridique... », op. cit., p. 76.

des États que leur confère leur souveraineté sur le plan international se trouve remise en cause.

Les États perdent leur privilège dans l'ordre juridique international. Comme K. Benyekhlef l'affirme justement, il est certain que « l'État continuera à jouer un rôle de premier plan dans l'organisation normative globale et, pourtant du même coup, il faut reconnaître que ce rôle ne sera plus exclusif, voire absolu – ainsi que la souveraineté le suppose »²⁶¹¹. La mondialisation ne menace pas directement l'État mais le système centré sur l'État, c'est-à-dire la configuration état-centrique de l'ordre juridique international.

²⁶¹¹ BENYEKHFLEF (K.), *Une possible histoire de la norme...*, op. cit., p. 2.

Conclusion Générale

Comme J. Charpentier l'a affirmé, l'utilité du droit international est liée à son efficacité²⁶¹². Le droit international, comme d'ailleurs tous les autres droits, « a été conçu et façonné pour répondre à certaines nécessités, pour atteindre certains objectifs »²⁶¹³. C'est une « technique de régulation sociale, volontairement formalisée pour des raisons d'efficacité, de fiabilité, de sécurité »²⁶¹⁴.

Dans sa configuration interétatique classique, ce droit a du mal à répondre aux exigences d'un monde marqué par des phénomènes insensibles aux frontières et par la pluralité des acteurs impliqués. La notion de souveraineté des États, qui détermine toute structure de l'ordre juridique international, constitue sans doute la principale cause des faiblesses de ce droit. Face aux phénomènes de mondialisation qui font émerger de nouveaux centres représentatifs et normatifs, la souveraineté des États, même comme notion abstraite et dans son sens purement juridique, apparaît de plus en plus contestée.

Cependant, il est important de préciser que la menace la plus importante à la notion de souveraineté vient d'elle-même. La configuration état-centrique de la société internationale que cette notion suppose comporte un facteur déstabilisateur, autodestructeur. Dans sa configuration traditionnelle, l'ordre juridique international s'appuie sur les États, sur leur stabilité politique et protège l'intégrité territoriale des États existants. Mais en même temps, il la met constamment en danger en raison de cette même configuration. En effet, la reconnaissance de l'État sur le plan international comme seule entité disposant d'un pouvoir originaire et de la plénitude de capacité d'agir souverainement constitue un facteur d'incitation vers ce modèle d'organisation politique²⁶¹⁵. L'État devient le but ultime pour toute communauté ethnique et politique sub-étatique qui veut exister sur la scène internationale d'une manière indépendante.

²⁶¹² CHARPENTIER (J.), « Réflexions sur l'utilité du droit international », in *État, société et pouvoir à l'aube du XXIe siècle : Mélanges en l'honneur de François BORELLA*, Presses Universitaires de Nancy, 1999, pp. 57-66, p. 57.

²⁶¹³ WEIL (P.), « Le droit international en quête de son identité... », op. cit., p. 34.

²⁶¹⁴ DUPUY (P.-M.), « L'unité de l'ordre juridique international... », op. cit., p. 26.

²⁶¹⁵ Pour expliquer ce propos, on peut se référer à G. Abi-Saab qui écrit justement que le droit « peut encourager ou décourager [l']avènement [d'un État] par des moyens d'incitation ou de dissuasion ». Pour expliquer ce rôle du droit, il fait « un parallélisme avec les 'personnes physiques' en ce sens que » si le droit « ne peut pas 'causer' la naissance d'un être humain » il peut pourtant « encourager ou décourager la natalité ». Voir ABI-SAAB (G.), « Cours général de droit international public », op. cit., p. 68.

Inventé dans son sens moderne en Europe et stabilisé après des siècles d'évolution et de lutte²⁶¹⁶, le modèle de l'État-nation²⁶¹⁷ a été imposé ensuite au reste du monde sans que ces sociétés aient une base socio-économique adaptée ni une formation politique nécessaire. Considéré comme « critère d'appartenance à la société internationale »²⁶¹⁸, le statut d'État souverain est devenu la condition d'accès au système international. Cependant, les expériences vécues tout au long du XX^e siècle et les événements récents montrent aujourd'hui que ce modèle pose des problèmes même dans son continent d'origine.

La multiplication des États durant la deuxième partie du XX^e siècle correspond à la flambée des nationalismes chez les peuples sans État²⁶¹⁹. Deux grands mouvements ont marqué ce siècle : la décolonisation et la décommunisation²⁶²⁰. Ces mouvements, nourris de divers facteurs mais aussi du nationalisme, confirment l'attachement des peuples au modèle étatique, synonyme pour eux de l'indépendance et de l'égalité sur la scène internationale²⁶²¹. Ce mouvement vers l'État ne s'est pas arrêté tout au long du XX^e siècle. À l'origine de cette « obsession des frontières » se trouve la configuration état-centrique de l'ordre juridique international. M. Foucher affirme effectivement que, loin d'être dépassées, les frontières politiques continuent encore d'être la réalité d'aujourd'hui. Chaque année, de nouvelles frontières se tracent dans le monde²⁶²².

²⁶¹⁶ S LAGHMANI (S.), *Histoire du droit des gens...*, op. cit., p. 128.

²⁶¹⁷ Selon le droit international, il n'y a qu'un seul peuple dans un seul État. La seule exception, c'est l'État qui se définit lui-même comme constitué par une pluralité de peuples ayant constitutionnellement le droit d'autodétermination, voire de séparation. Voir KOHEN (M. G.), « Introduction », in *Secession. International Law Perspectives*, M. G. Kohen (sous dir.), Cambridge, 2006, p. 9.

²⁶¹⁸ LAGHMANI (S.), *Histoire du droit des gens...*, op. cit., p. 188. Dans le même sens voir également HINSLEY (F. H.), *Sovereignty*, op. cit., p. 205.

²⁶¹⁹ Il s'agit spécifiquement de l'État souverain dans le sens du droit international.

²⁶²⁰ Le mouvement de la décolonisation avait pour but le démantèlement du système colonial et la création de nouveaux États indépendants. Le deuxième mouvement vaste de l'émergence de nouveaux États, que J. Charpentier qualifie de « décommunisation », s'est produit à la dernière décennie du XX^e siècle, après le démantèlement des régimes dits « communistes », comme la Yougoslavie et l'URSS. Voir CHARPENTIER (J.), « Le phénomène étatique à travers les grandes mutations politiques contemporaines », op. cit., p. 13.

²⁶²¹ C'est d'ailleurs en ce sens que le principe de la souveraineté a été considéré, notamment par la doctrine marxiste-léniniste, comme une force révolutionnaire contre le colonialisme et « un instrument de combat au service de la libération des peuples et de la révolution ». Voir CHAUMONT (C.), « Cours générale de droit international public », *RCADI*, vol. 129, 1970, p. 387. Voir également DEMICHEL (F.), « Le rôle de la souveraineté... », op. cit., p. 1054 ; VIRALLY (M.), « Une pierre d'angle ... », op. cit., p. 183.

Dans cette perspective, S. Sur parle du succès universel de la forme étatique qui constitue à la fois une forme de liberté et de pouvoir même pour des clans ou des groupes archaïques n'ayant pas de qualités nécessaires pour gérer un État. Mais il admet ensuite que la réalisation de cette forme d'organisation politique ne se fait pas sans problème structurel qui constitue une faiblesse pour l'« État » et remet en cause sa pertinence. Voir SUR (S.), « Sur quelques tribulations de l'État dans la société internationale », *RGDIP*, 1993, p. 883.

²⁶²² FOUCHER (M.), *L'obsession des frontières*, Perrin, 2007, 249 p.

Même en ce début de XXI^e siècle, on a assisté dans plusieurs régions du monde à la montée de l'ethnonationalisme et aux déclarations d'indépendance. Il suffit d'évoquer à cet égard la région des Balkans (particulièrement ex-Yougoslavie) et celle du Caucase (particulièrement la Géorgie) qui ont récemment été confrontées à des problèmes de sécession²⁶²³.

Les problèmes ethniques et les revendications d'indépendance n'ont pas cessé d'exister²⁶²⁴. J.-P. Colin attire l'attention sur le risque que comporte la flambée des mouvements nationalistes sur la stabilité politique de la société internationale. Il écrit :

« Dans certaines régions du monde, descendre d'échelon en échelon pour reconnaître 'leurs droits souverains' à des populations homogènes, mais de moins en moins nombreuses, perd progressivement toute signification. A la limite, l'histoire reculerait de plusieurs millénaires, nous ramenant à la préhistoire, où dix mille communautés environ, parlant chacune leur langue, vivaient sans vraiment se connaître dans un espace qui paraissait alors infini »²⁶²⁵.

Comme J. Krulic l'écrit, cette multiplication du nombre des États et les revendications de souveraineté sont certes déconcertantes mais, l'auteur se demande, « refuser la souveraineté, au nom de quoi ? »²⁶²⁶. En effet, il n'existe aucune règle internationale interdisant les déclarations d'indépendance²⁶²⁷.

²⁶²³ Il s'agit des déclarations unilatérales d'indépendance du Kosovo, de l'Ossétie du Sud et de l'Abkhazie. Sur ce sujet voir CORTEN (O.), « Déclarations unilatérales d'indépendance et reconnaissances prématurées : du Kosovo à l'Ossétie du Sud et à l'Abkhazie », *RGDIP*, 2008, pp. 721-758.

²⁶²⁴ P. Weil constate effectivement que, même en Europe, on a assisté à « la résurgence de luttes tribales » et à un « retour à la politique, qui s'était révélée si terriblement dangereuse dans le passé, aspirant à modeler les frontières étatiques sur les divisions ethniques ». Et il se pose justement la question suivante : « qui peut garantir que l'exemple ne sera pas contagieux et ne s'étendra pas à l'Europe de l'Ouest ? ». Voir WEIL (P.), « Le droit international en quête de son identité... », op. cit., p. 31 et 32.

²⁶²⁵ COLIN (J.-P.), « Variations sur la souveraineté », *AFRI*, vol. X, 2009, accessible en ligne : http://www.afri-ct.org/IMG/pdf/Article_Colin.pdf, p. 9.

De la même manière, le ministre belge des Affaires étrangères a évoqué, dès 1993, ce risque lorsqu'il a répondu une question au sujet du Kosovo : « Les États membres de la CSCE [devenu l'OSCE en 1995] n'ont jamais eu pour objectif d'octroyer l'indépendance en tant qu'État à chaque groupe culturel présent dans une entité étatique. Ceci n'aboutirait qu'à la naissance de plusieurs mini-États mono-ethniques, en contradiction avec tous les efforts déployés pour créer des environnements multi-culturels dans le total respect des différentes cultures. Dans cette optique, les Douze restent partisans de l'octroi d'une large autonomie au Kosovo ». Le discours date du 10 mars 1993, reproduit dans *RBDI*, 1995, p. 544.

²⁶²⁶ KRULIC (J.), « La revendication de la souveraineté », op. cit., p. 27.

Le Secrétaire général des Nations Unies, B. Boutros-Ghali, attirait également l'attention sur ce même point : « L'ONU n'a pas fermé ses portes. Il reste que si chacun des groupes ethniques, religieux ou linguistiques prétendait au statut de l'État, la fragmentation ne connaîtrait plus de limite, et la paix, la sécurité et le progrès économique pour tous deviendraient toujours plus difficiles ». Voir BOUTROS-GHALI (B.), *Agenda pour la paix*, op. cit., par. 17.

²⁶²⁷ Voir l'avis consultatif de la CIJ du 22 juillet 2010 sur la *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo*. CIJ Rec., 2010, par. 79.

La configuration état-centrique de l'ordre juridique international incite à la création de nouveaux États. Puisqu'elle met en danger la stabilité politique de la société internationale, cette incitation vers l'État constitue une source de crise. Cependant, le problème que pose cet attachement obsessionnel à l'État ne s'arrête pas là. Issus d'un tel mouvement étatique découlant de la configuration état-centrique de l'ordre juridique international, ces nouveaux États se constituent bien souvent sans avoir toutes les qualités nécessaires à un État²⁶²⁸.

La multiplication des États infidèles à l'exigence traditionnelle du droit international sur les critères constitutifs du modèle étatique a entraîné une fracture de la notion même d'État et de souveraineté étatique²⁶²⁹. R. Jackson²⁶³⁰ écrit que, après la deuxième guerre mondiale, de nombreux États ont accédé au statut d'État non pas comme résultat d'une réalité empirique mais en raison de leur reconnaissance juridique sur le plan international. Partant, il fait la distinction entre « empirical statehood » et « juridical statehood ». Ce dernier, que l'auteur qualifie de « Quasi-state », ne dispose pas d'un appareil de pouvoir efficient et son statut d'État souverain

« derived not internally from empirical statehood but externally from the state-system whose members have evidently decided are resolved that these jurisdictions shall not disappear. The quasi-state is upheld by an external covenant among sovereign states »²⁶³¹.

Partant, l'auteur opère une distinction entre la « souveraineté négative » et la « souveraineté positive »²⁶³². Selon lui, la souveraineté négative (*freedom from*) implique le principe de non-intervention dont chaque État dispose du fait d'être un État du point de vue juridique²⁶³³. Quant à la souveraineté positive (*freedom to*), celle-ci correspond à la capacité économique, politique ou militaire d'agir des États sur la scène internationale que l'auteur considère

²⁶²⁸ Sur ce sujet voir CHRISTAKIS (T.), « The State as a 'Primary Fact' : Some Thoughts on the Principle of Effectiveness », in *Secession. International Law Perspectives*, M. G. Kohen (sous dir.), Cambridge, 2006, pp. 138-170 et du même auteur « Sécession : une question de simple fait ? », ESIL Web Publications-Papers, 2007, http://www.esil-sedi.eu/fichiers/en/Agora_Christakis_855.pdf, 15 p. L'auteur donne l'exemple de Bosnie-Herzégovine qui ne contrôlait qu'un cinquième du territoire du pays entre 1992, date de son accès à l'indépendance, et 1995.

²⁶²⁹ MOUTON (J.-D.), « L'État selon le droit international... », op. cit., p. 88.

²⁶³⁰ Voir JACKSON (R. H.), *Quasi-states: Sovereignty, International Relations and the Third World*, Cambridge, 1990, 255 p.

²⁶³¹ *Idem.*, p. 168-169.

²⁶³² *Idem.*, p. 26. Comme J.-D. Mouton l'affirme justement, du point de vue du droit international, puisque les États sont tous souverains et juridiquement indépendants, une telle « dualisation de la souveraineté » en fonction de la dépendance de fait des États ne peut être retenue (voir MOUTON J.-D., « L'État selon le droit international... », op. cit., p. 88 et s.). Cela étant, cette distinction de R. Jackson est démonstrative des conséquences du mouvement vers l'État sur le plan pratique.

²⁶³³ JACKSON (R. H.), *Quasi-states...*, op. cit., 11.

absente chez « Quasi-states ». Ces États sont indépendants sans véritablement posséder l'indépendance²⁶³⁴.

Il est vrai que la création de l'État est un long processus social, économique et politique qui combine les volontés de toute la population concernée. La déclaration de l'indépendance ou la reconnaissance internationale d'un État le rend, du point de vue juridique, souverain et indépendant. Mais, dépourvus des moyens économique, politique et militaire et dirigés par des dirigeants politiques inexpérimentés et incompetents, ces États se trouvent dans une quasi-impossibilité de contrôler leur territoire et de gouverner sur le plan pratique²⁶³⁵. D'ailleurs, fondés souvent sur des frontières imposées, ces « États défailants »²⁶³⁶ n'étaient pas construits sur une société homogène ayant des objectifs communs.

Le fait que les États qui deviennent titulaires de droits sans avoir les caractéristiques d'un véritable État, crée des problèmes d'instabilité affectant non seulement leur territoire et leur population mais leur région et le monde entier.

Cependant, la faiblesse de la structure étatique ne peut pas s'expliquer uniquement par cette prolifération des États après la décolonisation²⁶³⁷. Ce mouvement l'a rendue simplement plus visible. La cause la plus importante de cette crise de l'État vient du modèle étatique lui-même. En effet, pris comme une sorte de dogme de la vie internationale et développé autour de l'idée de la nation²⁶³⁸, un modèle étatique uniforme était imposé aux peuples au lieu d'adapter l'État à chaque société donnée. Il s'agit d'une approche réductrice qui se résume au concept de « one-size-fits-all ». Les faiblesses structurelles de ce modèle ont inévitablement conduit à la

²⁶³⁴ *Idem.*, p. 22. Il convient de préciser cependant qu'une souveraineté, dans le sens d'une totale indépendance économique, politique et militaire, n'existe pratiquement plus, sauf pour quelques rares exemples. Selon W. Friedmann c'est en ce sens que la souveraineté est devenue un concept anachronique. Voir FRIEDMANN (W.), *The Changing Structure of International Law*, p. 35.

²⁶³⁵ Considérée comme constituant la base du mouvement d'auto-détermination et de décolonisation, la résolution 1514 (XV) de l'Assemblée générale des Nations Unies, adoptée le 14 décembre 1960, confirme les propos de R. Jackson. Selon cette résolution « le manque de préparation dans les domaines politique, économique et social et dans celui de l'enseignement ne doit jamais être pris comme prétexte pour retarder l'indépendance ». Cette phrase visait certes à exclure les possibles arguments des puissants colonisateurs souhaitant éventuellement retarder l'indépendance de leurs colonies. Mais en même temps, elle témoigne l'absence d'une véritable organisation socio-économique et politique de ces États issus du mouvement de décolonisation.

²⁶³⁶ Voir SUR (S.), « Sur les 'États défailants' », *Commentaire*, n°112, hiver 2005, accessible en ligne : <http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/IMG/pdf/0502-SUR-FR-2.pdf>.

²⁶³⁷ Voir SUR (S.), « Sur quelques tribulations de l'Etat dans la société internationale », RGDIP, 1993, p. 883.

²⁶³⁸ En ce sens, voir CHARPENTIER (J.), « Le phénomène étatique à travers les grandes mutations politiques contemporaines », in *l'Etat souveraine à l'aube du 21^e siècle*, SFDI, Pedone, 1994, pp. 11-38 ; MOUTON (J.-D.), « L'État selon le droit international : diversité et unité », op. cit.

remise en cause de l'État-nation, « soupçonné de constituer un produit fabriqué et imposé par l'Occident »²⁶³⁹.

La configuration état-centrique de l'ordre juridique international (*state based community*) constitue ainsi une source d'instabilité politique dans le monde actuel. La seule solution qui pourrait résoudre cette crise d'État passe nécessairement par une vision pluraliste à la fois de l'État, dont la fonction doit être repensée sur le plan international ainsi qu'au niveau interne, et de l'ordre juridique international qui doit permettre la représentation de différents intérêts sur la scène internationale. Ici, on pense notamment aux entités publiques intra-étatiques et aux organisations de nature supranationale qu'on a évoquées au cours de cette étude. Dans un ordre juridique état-centrique, ces formes d'organisation politique ont parfois, voire souvent, du mal à trouver la place qu'elles méritent sur la scène internationale. On doit certainement évoquer encore les acteurs non étatiques et les entreprises transnationales qui sont désormais présents dans tous les domaines de la vie internationale et dans toutes les étapes des processus décisionnels et normatifs.

Permettre une représentation pluraliste n'est pas seulement une exigence démocratique mais est également nécessaire à la stabilité politique de l'ordre juridique international. L'octroi d'un statut juridique aux acteurs autres que les États ou des entités dérivées comme les organisations interétatiques ne conduira pas à la disparition des États qui demeurent toujours la forme d'organisation politique la mieux intégrée. Bien au contraire, la reconnaissance du pouvoir représentatif et normatif des acteurs non étatiques peut contribuer à l'apaisement des tensions liées au déficit démocratique et à la crise de représentation dont souffrent aujourd'hui tous les États.

À cet égard, il a lieu d'évoquer la notion de gouvernance qui semble relever parfaitement d'une telle approche pluraliste²⁶⁴⁰. En effet, face à l'accroissement et à l'accélération des activités transnationales et transfrontières, surtout dans le domaine économique, impliquant des acteurs de différents niveaux et de différente nature, les mécanismes et les institutions existants actuellement s'avèrent conservateurs et très lents à réagir. Le concept de gouvernance globale est développé alors comme un instrument d'ajustement entre différents facteurs du phénomène de mondialisation que l'on a déjà évoqués.

²⁶³⁹ Voir CARILLO-SALCEDO (J.-A.), « Droit international et souveraineté des États... », op. cit., p. 53 et 54.

²⁶⁴⁰ Voir BENYEKHFLEF (K.), *Une possible histoire de la norme...*, op. cit., p. 667 et s.

Très à la mode depuis deux décennies, le terme « gouvernance » n'a pas une signification communément partagée. Cette ambiguïté du terme vient notamment de son usage pluriel comme la bonne gouvernance, la gouvernance démocratique, la gouvernance globale²⁶⁴¹.

En dépit des équivoques que recèle ce terme, il peut être utilisé comme un angle d'analyse « pour rendre compte de certaines inflexions des modes d'exercice du pouvoir dans les sociétés contemporaines »²⁶⁴² à la recherche d'une manière de « gouverner sans gouvernement »²⁶⁴³. La notion de gouvernance se distingue de celle de « gouvernement » par le fait que cette dernière s'entend d'une institution, alors que celle de « gouvernance » vise un processus décisionnel collectif²⁶⁴⁴. Toutefois, cette notion ne correspond pas à un ensemble des principes, des instruments ou des mécanismes précis et prédéterminés dans un processus décisionnel. Elle exprime tout simplement une manière de décider.

J. Chevallier estime que la gouvernance globale tend à « l'établissement de nouveaux modes de régulation et d'intégration de la société internationale »²⁶⁴⁵. D'après lui, cette notion « comporte deux implications essentielles » qui expliquent parfaitement, du point de vue de cette étude, le pourquoi de la remise en cause de la souveraineté des États, entendue comme logique interétatique structurante de l'ordre juridique international.

Selon J. Chevallier, le concept de gouvernance implique d'abord l'association des « acteurs divers » aux processus décisionnels : « l'État n'est plus le seul maître à bord ; il est contraint, sur le plan externe comme sur le plan interne, de tenir compte de l'existence d'autres acteurs, qui sont amenés à participer, d'une manière ou d'une autre, dans un cadre formalisé ou de façon informelle, à la prise de décision »²⁶⁴⁶. Le but de la gouvernance globale est la réorganisation des processus de prise de décision dans un monde non plus état-centrique mais polycentrique au sein duquel viennent prendre place des entités étatiques (États, organisations

²⁶⁴¹ Voir le Rapport de la Commission sur la Gouvernance Globale, « *Our Global Neighbourhood* », Oxford University Press, 1995, p. 2 et s.

²⁶⁴² CHEVALLIER (J.), *L'État post-moderne*, op. cit., p. 240.

²⁶⁴³ Voir ROSENAU (J. N.), CZEMPIEL (E.-O.), *Governance Without Government : Order and Change in World Politics*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992, 311 p.

²⁶⁴⁴ COMMAILLE (J.) et JOBERT (B.), « La régulation politique : l'émergence d'un nouveau régime de connaissance ? », in *Les métamorphoses de la régulation politique*, J. Commaille et B. Jobert (sous dir.), LGDJ, 1998, p. 28.

Selon un autre point de vue « le concept de gouvernance semblerait inclure le concept de gouvernement. Mais cette inclusion ne signifie pour autant que le gouvernement soit 'le noyau dur' du processus de gouvernance, au contraire le gouvernement semble être dilué parmi une multiplicité d'acteurs de différentes natures à différents niveaux de décision : 'multi-level governance' ». Voir GEORGOPOULOS (T.), PRAT (A.), « Une doctrine de l'Union Européenne en matière de gouvernance », op. cit., p. 255.

²⁶⁴⁵ CHEVALLIER (J.), *L'État post-moderne*, op. cit., p. 240.

²⁶⁴⁶ *Ibid.*

internationales, des entités supra- et infra-étatiques) comme des acteurs non étatiques créant des rapports non plus strictement pyramidaux et hiérarchiques mais enchevêtrés. Pour une gouvernance effective au niveau planétaire cette nouvelle configuration doit prendre en compte à la fois de la pluralité des sujets et de la pluralité des niveaux. C'est en ce sens que la gouvernance implique, selon J. Chevallier, « un décloisonnement entre public et privé, mais aussi entre les différents niveaux (international, régional, national, local) de l'action collective »²⁶⁴⁷.

La gouvernance suppose ensuite un processus décisionnel plus « consensuel » qu'autoritaire. « [R]easant sur l'accord des différents acteurs », les solutions seront « le résultat de négociations et de compromis, prenant en compte les points de vue des parties en présence ; renonçant à faire prévaloir ses vues, l'État accepte de discuter sur un pied d'égalité avec ses partenaires, dans le cadre d'un processus d'élaboration collective »²⁶⁴⁸.

La gouvernance se caractérise donc par une redistribution du pouvoir décisionnel dans la gestion des affaires communes à des acteurs divers « ayant des intérêts variés et parfois conflictuels »²⁶⁴⁹, pour permettre une « véritable participation citoyenne » dans des « mécanismes démocratiques » et d'une « qualité d'intégration plus forte »²⁶⁵⁰. Le concept de gouvernance globale introduit ainsi non seulement une idée de « démocratie globale », mais également une certaine « flexibilité » dans l'art de gouverner, « susceptible de permettre de répondre à des problèmes nouveaux, ayant une nature systémique, dans un contexte général de complexité »²⁶⁵¹.

À la lumière de ce qui précède, se pose inévitablement la question de savoir si on peut réconcilier la souveraineté des États dans une perspective de gouvernance globale²⁶⁵². Dans la mesure où la gouvernance globale suppose une vision polycentrique de l'autorité, du pouvoir représentatif et normatif et de prise de décision, une réponse positive paraît impossible²⁶⁵³. En

²⁶⁴⁷ *Ibid.*

²⁶⁴⁸ *Ibid.*

²⁶⁴⁹ JOS (E.), « Collectivités territoriales non-étatiques... », p. 14.

²⁶⁵⁰ Voir également ARNAUD (A.-J.), *Entre modernité et mondialisation...*, pp. 225-237.

²⁶⁵¹ *Ibid.*

²⁶⁵² Sur cette question voir BENYekhlef (K.), *Une possible histoire de la norme...*, op. cit., p. 609 et s.

²⁶⁵³ Il existe cependant des tentatives d'adaptation de la notion de souveraineté aux circonstances changeantes. On peut citer par exemple la proposition de K. Benyekhlef qui évoque une « souveraineté polycentrique » configurée en fonction du droit cosmopolitique. Voir BENYekhlef (K.), *Une possible histoire de la norme...*, op. cit., p. 674. Pour rendre compte le cosmopolitisme qui marque le développement de l'organisation politique de la société et de son droit, David Held propose une « souveraineté cosmopolitique » qu'il définit de la manière suivante : « Cosmopolitan sovereignty is sovereignty stripped away from the idea of fixed borders and territories governed by states alone, and is instead thought of as frameworks of political regulatory relations and activities,

effet, la notion de souveraineté, qui place l'État au centre de tout comme un pouvoir originaire et exclusif, est totalement contradictoire avec l'idée de pluralisme, un pluralisme qui est synonyme pour certains de désordre sur le plan international. Si la société interétatique constitue un système ordonné, il s'agit sans doute d'un ordre désordonné en raison de sa configuration interétatique et, par conséquent, *an-archique*²⁶⁵⁴. Ne serait-il pas plus préférable d'avoir un désordre ordonné qu'un ordre désordonné ?

shaped and formed by an overarching cosmopolitan legal framework ». Voir HELD (D.), « Law of States, Law of Peoples : Three Models of Sovereignty », *Legal Theory*, 2002, p. 33. Supposant le dépassement du modèle étatique de l'organisation politique des sociétés, N. Scandamis défend quant à lui la nécessité d'« une gouvernance a-souveraine ». Voir SCANDAMIS (N.), *Le paradigme de la gouvernance européenne. Entre souveraineté et marché*, op. cit., p. 42 et 48.

²⁶⁵⁴ Voir COMBACAU (J.), « Le droit international : bric-à-brac ou système ? », op. cit.

Bibliographie

Ouvrages

ABI-SAAB Georges (sous dir.), *Le concept d'organisation internationale*, Unesco, 1980, 292 p.

AKKAYA KIA Rukiye, *Moderniteden Postmoderniteye Egemenlik ve Hukuk (De la modernité à la Postmodernité, la Souveraineté et le Droit)*, Beta, 2006, 175 p.

ALLAND Denis, *Droit international Public*, PUF, 2000, 807 p.

ANZILOTTI Dionisio, *Cours de droit international*, LGDJ, 1999 (réimpression de l'éd. de 1929), 534 p.

ARCHIBUGI Daniele, *La démocratie cosmopolitique : sur la voie d'une démocratie mondiale*, les Éditions du Cerf, 2009, 81 p.

ARNAUD André-Jean, *Critique de la raison juridique, 2. Gouvernants sans frontières. Entre mondialisation et post-mondialisation*, LGDJ, 2003, 433 p.

ARNAUD André-Jean, *Entre modernité et mondialisation : leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'État*, LGDJ, 2^e éd., 2004, 317 p.

ATTAR Franck, *Le droit international entre ordre et chaos*, Hachette, 1994, 635 p.

AUBY Jean-Bernard, *La globalisation, le droit et l'État*, LGDJ, 2^e éd., 2010, 264 p.

AZAR Aïda, *L'exécution des décisions de la Cour internationale de Justice*, Bruylant, 2003, 329 p.

BACHELET Michel, *L'ingérence écologique*, Éd. Frison-Roche, Paris, 1995, 304 p.

BADIE Bertrand, *La diplomatie des droits de l'homme: entre éthique et volonté de puissance*, Fayard, 2002, 324 p.

BAŞLAR Kemal, *The Concept of Commun Heritage of Mankind in International Law*, M. Nijhoff, 1998, 427 p.

BAŞLAR Kemal, *Uluslararası Hukukta Hükümet Dışı Kuruluşlar (Organisations non-étatiques en droit international)*, USAK, Istanbul, 2005, 295 p.

BEAUD Olivier, *La puissance de l'État*, PUF, 1994, 512 p.

BEAUD Olivier, *Théorie de la fédération*, PUF, 2^e éd., 2009, 447 p.

BECK Ulrich, *Pouvoir et contre-pouvoir à l'ère de la mondialisation*, Flammarion, 2003, 599 p.

BEDJAOUI Mohammed, *Droit international, Bilan et perspectives*, Unesco, Pedone, vol. 1, 1991, 630 p.

BERKOVICZ Grégory, *La place de la Cour pénale internationale dans la société des États*, L'Harmatan, 2005, 395 p.

BENYEKHFLEF Karim, *Une possible histoire de la norme : les normativités émergentes de la mondialisation*, Éd. Thémis, 2008, 934 p.

BERİŞ Hamit Emrah, *Küreselleşme Çağında Egemenlik : Ulusal Egemenliğin Yeni Sınırları (La Souveraineté à l'ère de la Mondialisation : Les nouvelles limites de la souveraineté nationale)*, Lotus, Istanbul, 2006, 403 p.

BERKOVICZ Grégory, *La place de la Cour pénale internationale dans la société des États*, L'Harmatan, 2005, 395 p.

BETTATI Mario, DUPUY Pierre-Marie (sous dir.), *Les ONG et le droit international*, Paris, Économica, 1986, 318 p.

BOBBIO Norberto, *L'État et la démocratie internationale*, Éd. Complexe, 2001, 277 p.

BOISSON de CHAZOURNES Laurence, MEHDI Rosta (sous dir.), *Une société internationale en mutation : quels acteurs pour une gouvernance ?* Bruylant, 2005, 391 p.

BOURQUIN Maurice, *L'État souverain et l'Organisation internationale*, MNC, 1959, 237 p.

BRAUD Philippe, *Penser l'État*, Seuil, 2004, 248 p.

BRAULT Philippe, RENAUDINEAU Guillaume, SICARD François, *Le principe de subsidiarité*, La documentation française, 2005, 111 p.

BRANT Leonardo Nemer Caldeira, *L'autorité de la chose jugée en droit international public*, LGDJ, 2003, 396 p.

BRICHAMBAUT (de) Marc Perrin, DOBELLE Jean-François, COULÉ Frédérique, *Leçons de droit international public*, Presses de Science Po., Dalloz, 2^e éd., 2011, 701 p.

BROSSET Estelle, TRUILHÉ-MARENGO Ève (sous dir.), *Les enjeux de la normalisation technique internationale. Entre environnement, santé et commerce international*, La documentation française, 2006, 329 p.

BURDEAU Georges, *Traité de science politique*, LGDJ, t. 2, l'État, 3^e éd., 1980, 733 p.

CAHIN Gérard, *La coutume internationale et les organisations internationales, l'incidence de la dimension institutionnelle sur le processus coutumier*, Pedone, 2001, 782 p.

CAMILLERI Joseph A., FALK Jim, *The End of Sovereignty? The Politics of a Shrinking and Fragmenting World*, E. Elgar, 1992, 312 p.

CARREAU Dominique, *Droit international*, Pedone, 10^e éd., 2010, 633 p.

CARREAU Dominique et JUILLARD Patrick, *Droit international économique*, Dalloz, 4^e éd., 2010, 770 p.

CARRÉ de MALBERG Raymond, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Dalloz, 2004, t. I, 837 p.

CARBONNIER Jean, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10^e éd., 2001, 493 p.

CASSESE Antonio, *Droit international dans un monde divisé*, Berger-Levrault, 1986, 375 p.

CASSESE Antonio, *International Law*, Oxford University Press, 2^e éd., 2005, 558 p.

CASSESE Antonio et DELMAS-MARTY Mireille (sous dir.), *Crimes internationaux et juridictions internationales*, PUF, 2002, 267 p.

CASSESE Antonio, WEILER Joseph H., *Change and Stability in International Law-making*, De Gruyter, 1988, 214 p.

CHALTIEL Florence, *La souveraineté de l'État et l'Union Européenne, l'exemple français. Recherches sur la souveraineté de l'État membre*, LGDJ, 2000, 606 p.

CHEVALLIER Jacques, *L'État post-moderne*, LGDJ, 3^e éd., 2008, 266 p.

CLAM Jean et MARTIN Gilles (sous dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, 1998, 449 p.

COHEN-JONATHAN Gérard et FLAUSS Jean-François (sous dir.), *Les organisations non gouvernementales et le droit international des droits de l'homme*, Bruylant, 2005, 258 p.

COMBACAU Jean, *Droit des traités, Que sais-je ?*, PUF, 1991, 125 p.

COMBACAU Jean, SUR Serge, *Droit international public*, Montchrestien, 9^e éd., 2010, 820 p.

CORNU Gérard (sous dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 9^e éd., 1095 p.

COSTA Olivier, *Le Parlement européen, assemblée délibérante*, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2001, 507 p.

COT Jean-Pierre, PELLET Alain, *La Charte des Nations Unies, commentaire article par article*, Economica, 3^{ème} édition, 2005, 2 vol., 2363 p.

CRAWFORD James, *Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite : introduction, texte et commentaires*, Pedone, 2003, 461 p.

CROISAT Maurice, QUERMONNE Jean-Louis, *L'Europe et le fédéralisme*, Montchrestien, 1999, 2^e éd., 153 p.

CROISAT Maurice, *Le fédéralisme en Europe*, Montchrestien, 2010, 158 p.

DAILLIER Patrick, FORTEAU Mathias, PELLET Allain, *Droit international public*, LGDJ, 8^e éd., 2009, 1709 p.

DANILENKO Gennady M., *Law-making in the International Community*, Nijhoff, 1993, 343 p.

- DECAUX Emmanuel, *La réciprocité en droit international*, LGDJ, 1980, 374 p.
- DECAUX Emmanuel, *Droit international public*, Dalloz, 7^e éd., 2010, 500 p.
- DELMAS-MARTY Mireille, *Pour un droit commun*, Seuil, 1994, 306 p.
- DELMAS-MARTY Mireille, *Trois défis pour un droit mondial*, Seuil, 1998, 201 p.
- DELMAS-MARTY Mireille (sous dir.), *Critique de l'intégration normative : l'apport du droit comparé à l'harmonisation des droits*, PUF, 2004, 330 p.
- DELMAS-MARTY Mireille, *Les forces imaginantes du droit I. Le relatif et l'universel*, Seuil, 2004, 439 p.
- DELMAS-MARTY Mireille, *Les forces imaginantes du droit II. Le pluralisme ordonné*, Seuil, 2006, 308 p.
- DIEZ de VELASCO VALLEJO Manuel, *Les organisations internationales*, Economica, 2002, 919 p.
- DISTEFANO Giovanni, *L'ordre international entre légalité et effectivité. Le titre juridique dans le contentieux territorial*, Pedone, 2002, 585 p.
- DUBOUCHET Paul, *Pour une sémiotique du droit international : essai sur le fondement du droit*, L'Harmattan, 2007, 284 p.
- DUGUIT Léon, *Souveraineté et liberté : leçons faites à l'Université Columbia (New York), 1920-1921*, Éd. la Mémoire du droit, 2002, 206 p.
- DUPUY Pierre-Marie, KERBRAT Yann, *Droit international public*, Dalloz, 10^e éd., 2010, 916 p.
- DUPUY René-Jean, *La communauté internationale entre le mythe et l'histoire*, Economica, 1986, 182 p.
- DUPUY René-Jean (sous dir.), *Manuel sur les organisations internationales*, les livres de droit de l'Académie, MNP, 2^{ème} édition, 1998, 967 p.
- DUPUY René-Jean, *Dialectiques du droit international*, Pedone, 1999, 371 p.

DUTHEIL DE LA ROCHÈRE Jacqueline, COLAS Bernard, *Organisations internationales à vocation régionale*, La documentation française, 1995, 121 p.

DUTOIT Laurent, *Parlement européenne et société civile. Vers de nouveaux aménagements institutionnels*, Université de Genève, 2009, 330 p.

FENET Alain (sous dir.), *Droit des relations extérieures de l'Union européenne*, Litec, 2006, 396 p.

FERRY Jean-Marc, *Europe la voie kantienne. Essai sur l'identité postnationale*, Les éditions de Cerf, 2006, 216 p.

FOUCHER Michel, *L'obsession des frontières*, Perrin, 2007, 249 p.

FRANCK Christian, DEFRAIGNE Jean-François, MORIAMÉ (de) Virginie (sous dir.), *L'Union européenne et la montée du régionalisme : exemplarité et partenariats*, Academia Bruylant, 2009, 316 p.

FRIEDMANN Wolfgang, *The Changing Structure of International Law*, Stevens&Sons, 1964, 410 p.

FRIEDMANN Wolfgang, *De l'efficacité des institutions internationales*, A. Colin, 1970, 199 p.

GAROT Marie José, *La citoyenneté de l'Union européenne*, L'Harmattan, 1999, 365 p.

GHERARI Habib et SZUREK Sandra (sous dir.), *L'émergence de la société civile internationale. Vers la privatisation du droit international ?*, Pedone, 2003, 350 p.

GIDDENS Anthony, *Les conséquences de la modernité*, L'Harmattan, 1994, 192 p.

GOYARD-FABRE Simone, *Les principes philosophiques du droit politique moderne*, PUF, 1997, 425 p.

GUILLAUME Gilbert, *La Cour internationale de Justice à l'aube du XXI^e siècle, le regard d'un juge*, Pedone, 2003, 331 p.

HABERMAS Jürgen, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, Gallimard, 1997, 554 p.

HABERMAS Jürgen, *L'intégration républicaine*, Fayard, 1998, 386 p.

HABERMAS Jürgen, *Après l'État-nation*, Fayard, 2000, 149 p.

HEGEL Georg Wilhelm Friedrich, *Principes de la philosophie du droit*, Flammarion, 1999, 444 p.

HIGGINS Rosalyn, *Problems and Process : International Law and How We Use It*, Clarendon Press, 1994, 274 p.

HINSLEY Francic Harry, *Sovereignty*, Cambridge University Press, 1966, 241 p.

ICARD Philippe (sous dir.), *La citoyenneté européenne dans tous ses 'États'*, Édition universitaire de Dijon, 2009, 129 p.

JACKSON Robert H., *Quasi-states: Sovereignty, International Relations and the Third World*, Cambridge, 1990, 255 p.

JAMES Alan, *Sovereign Statehood: The Basis of International Society*, Allen&Unwin, 1986, 288 p.

JENNINGS Robert, WATTS Arthur D., *Oppenheim's international law*, vol. 1, 9^e éd., Longmans 1992, 554 p.

JOVANOVIC Stevan, *Restriction des compétences discrétionnaires des États en droit international*, Pedone, 1988, 240 p.

KADA Nicolas, *Les collectivités territoriales dans l'Union Européenne. Vers une Europe décentralisée ?*, PUG, 2010, 190 p.

KELSEN Hans, *Théorie pure du droit*, LGDJ, Bruylant, 1999 (réimpr.), 367 p.

KIEFFER Bob, *L'Organisation mondiale du commerce et l'évolution du droit international public*, Larcier, 2008, 371 p.

KOHEN Marcelo G. (sous dir.), *Secession. International Law Perspectives*, Cambridge, 2006, 510 p.

KOROWICZ Marc-Stanislas, *Organisations internationales et souveraineté des États membres*, Pedone, 1961, 349 p.

KOSKENNIEMI Martti, *La politique du droit international*, Pedone, 2007, 423 p.

KOUASSI Kanga Bertin, *La communauté internationale de la toute-puissance à l'inexistence*, L'Harmattan, 2007, 188 p.

KRASNER Stephen D., *Sovereignty, Organized Hypocrisy*, Princeton University Press, 1999, 264 p.

LACHARRIÈRE Guy, *La politique juridique extérieure*, Economica, 1983, 236 p.

LAGHMANI Slim, *Histoire du droit des gens, du jus gentium impérial au jus publicum europaeum*, Pedone, 2003, 249 p.

LAGRANGE Evelyne, *La représentation institutionnelle dans l'ordre international : Une contribution à la théorie de la personnalité morale des organisations internationales*, Kluwer Law International, 2002, 608 p.

LANKARANI EL-ZEIN Leila, *Les contrats d'État à l'épreuve du droit international*, Bruylant, 2001, 572 p.

LEROUX Nicolas, *La condition juridique des organisations non-gouvernementales internationales*, Bruylant, Editions Yvon Blais, 2009, 576 p.

LEVY Jean-Pierre, *Le destin de l'Autorité internationale des fonds marins*, Pedone, 2002, 236 p.

LOUIS Jean-Victor, DONY Marianne (sous dir.), *Relations extérieures. Le droit de la CE et de l'Union européenne*. Commentaire J. Megret, t. 12, Éd. de l'Université de Bruxelles, 2^e éd., 2005, 643 p.

MacCORMICK Neil, *Questioning Sovereignty*, Oxford, 1999, 210 p.

MAGNETTE Paul, *Le régime politique de l'Union européenne*, Sciences Po. Les Presses, 3^e éd., 2009, 319 p.

MALO Laurent, *Autonomie locale et Union européenne*, Bruylant, 2000, 719 p.

MATTLI Walter, *The Logic of Regional Integration. Europe and Beyond*, Cambridge University Press, 1999, 205 p.

MELKEVIK Bjarne, *Tolérance et modernité juridique*, Les Presses de l'Université Laval, 2006, 147 p.

MERCURE Pierre-François, *L'évolution du concept de patrimoine commun de l'humanité appliqué aux ressources naturelles*, Presses universitaires du Septentrion, 1999, 360 p.

MERLE Marcel, *Les acteurs dans les relations internationales*, Économica, 1986, 200 p.

MORAND Charles-Albert (sous dir.), *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruylant, 2001, 477 p.

OST François, Van De KERCHOVE Michel, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002, 596 p.

PAZARCI Hüseyin, *Uluslararası hukuk dersleri (Cours de droit international)*, Turhan Kitapevi, t.1, 7^e éd., 1998, 286 p. ; t. 2, 5^e éd., 1998, 503 p. ; t. 3, 2^e éd., 1997, 234 p. ; t. 4, 2000, 374 p.

PÉCHEUL Armel, *Le Traité de Lisbonne. La constitution malgré nous ?*, Cujas, 2008, 155 p.

PESCATORE Pierre, *Le droit de l'intégration. Émergence d'un phénomène nouveau dans les relations internationales selon l'expérience des Communautés européennes*, Bruylant, 2005, 100 p.

POMADE Adélie, *La société civile et le droit de l'environnement : contribution à la réflexion sur les théories des sources du droit et de la validité*, LGDJ, 2010, 698 p.

REUTER Paul, *Institutions internationales*, PUF, 7^e éd., 1972, 348 p.

REUTER Paul, *Droit international public*, PUF, 7^e éd., 1993, 595 p.

ROMANO Santi, *L'ordre juridique*, Dalloz, 2002, 2^e éd. de la traduction française, 174 p.

ROSENAU James N., CZEMPIEL Ernst-Otto, *Governance Without Government : Order and Change in World Politics*, Cambridge University Press, 1992, 311 p.

ROUSSEAU Charles, *Droit international public*, t.1, Introduction et sources, Sirey, 1970, 364 p.

- RYFMAN Philippe, *Les ONG*, Découvert, 2009 (première éd. en 2004), 126 p.
- SALMON Jean (sous dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, 2001, p. 1198 p.
- SANCHEZ-SALGADO Rosa, *Comment l'Europe construit la société civile*, Dalloz, Coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèse, 2007, 360 p.
- SAROOSHI Dan, *International Organizations and Their Exercise of Sovereign Powers*, Oxford, 2005, 151 p.
- ŞAYLAN Gencay, *Değişim, Küreselleşme ve Devletin Yeni işlevi* (Changement, globalisation et la nouvelle fonction de l'État), Imge, 2^e ed., 2003, 324 p.
- SAURON Jean-Luc, *Comprendre le Traité de Lisbonne*, Gualino, 2008, 195 p.
- SCANDAMIS Nikos, *Le paradigme de la gouvernance européenne. Entre souveraineté et marché*, Bruylant, 2009, 230 p.
- SCHMITT Carl, *Théologie politique*, 1984 (réédition et 1988 pour la traduction française), Gallimard, 184 p.
- SCHWOB Jacques, *Les organes intégrés de caractère bureaucratique dans les organisations internationales*, Bruylant, 1987, 398 p.
- SCELLE George, *Précis du droit des gens*, Sirey, t. I, 1932, 317 p. et t. II, 1934, 563 p.
- SMITH Andy, *Le gouvernement de l'Union européenne : une sociologie politique*, LGDJ, 2^{ème} éd., 2010, 241 p.
- SOUMY Isabelle, *L'accès des organisations non gouvernementales aux juridictions internationales*, Bruylant, 2008, 603 p.
- TÉNIER Jacques, *Intégrations régionales et mondialisation. Complémentarité ou contradiction*, La documentation française, 2003, 232 p.
- TEUBNER Gunther (sous dir.), *Global Law without a State*, Dartmouth, 1997, 305 p.
- TRUYOL y SERRA Antonio, *Doctrines sur le fondement du droit des gens*, édition revue, augmentée et mise à jour par R. Kolb, Pedone, 2007, 157 p.

VILLALPANDO Santiago, *L'émergence de la communauté internationale dans la responsabilité des États*, PUF, 2005, 527 p.

VIRALLY Michel, *L'Organisation Mondiale*, Collection U, A. Colin, 1972, 587 p.

VIRALLY Michel, *La pensée juridique*, Éd. Pantheon Assas, 1998, réimpression de l'édition de 1960., 225 p.

Thèses

GELAS Hélène, *Procédure contentieuse internationale et souveraineté étatique*, Thèse, Paris II, 2004, 789 p.

MERCURE Pierre-François, *L'évolution du concept de patrimoine commun de l'humanité appliqué aux ressources naturelles*, Thèse, Université de Nice Presse Universitaire de Septentrion, 1999, 360 p.

PAZARCI Hüseyin, *La responsabilité internationale des États en matière contractuelle*, Thèse dactylographiée, Université Panthéon-Assas, Paris, 1971, 221 p.

Recueil des cours de l'Académie de droit international (RCADI)

ABI-SAAB Georges, « Cours général de droit international public », *RCADI*, vol. 207, 1987, pp. 9-463

AGO Robert, « Science juridique et droit international », *RCADI*, vol. 90, 1956, pp. 851-958

AGO Robert, « Droit des traités à la lumière de la Convention de Vienne », *RCADI*, vol. 134, 1971, pp. 297-331

ALEXIDZE Levan, « Legal Nature of jus cogens in Contemporary International Law », *RCADI*, vol. 172, 1981, pp. 219-270

ARANGIO-RUIZ Gaetano, « Le domaine réservé. L'organisation internationale et le rapport entre droit international et droit interne », *RCADI*, vol. 225, 1990, pp. 9-484

BARBERIS Julio A., « Nouvelles questions concernant la personnalité juridique internationale », *RCADI*, vol. 179, 1983, pp. 145-304

BASDEVANT Jules, « Règles générales du droit de la paix », *RCADI*, vol. 58, 1936, pp. 471-690

BEDJAOUI Mohammed, « L'humanité en quête de paix et de développement. Cours générale de droit international public », *RCADI*, 2006, vol. 324, pp. 9-530 et vol. 325, pp. 9-542.

BINDSCHELLER Rudolf C., « La délimitation des compétences des Nations Unies », *RCADI*, vol. 108, 1963, pp. 307-423

BOUTROS-GHALI Boutros, « Le principe d'égalité des États et les Organisations Internationales », *RCADI*, vol. 100, 1960, pp. 1-73

BRIERLY James Leslie, « Le fondement du caractère obligatoire du droit international », *RCADI*, vol. 25, 1928, pp. 467-552

CARILLO-SALCEDO Juan-Antonio, « Droit international et souveraineté des États. Cours général de droit international public », *RCADI*, vol. 257, 1996, pp.37-221

CHAUMONT Charles, « Cours générale de droit international public », *RCADI*, vol. 129, 1970, pp. 333-546

DUPUY Pierre-Marie, « L'unité de l'ordre juridique international. Cours général de droit international public », *RCADI*, vol. 297, 2002, pp. 9-490

ELIAN George, « Le principe de la souveraineté sur les ressources nationales et ses incidences juridiques sur le commerce international », *RCADI*, vol. 149, 1976, p. 1-85

FITZMAURICE Gerald, « The General Principles of International Law Considered From the Standpoint of the Rule of Law », *RCADI*, vol. 92, 1957, pp. 1-227

FRIEDMAN Wolfgang, « General Course in Public International Law », *RCADI*, vol. 127, 1969, pp. 39-246

GOMEZ ROBLEDO Antonio, « Le ius cogens international : sa genèse, sa nature, ses fonctions » *RCADI*, vol. 172, 1981, pp. 9-217

HENKIN Louis, « International Law : Politics, Values and Functions : General Course on Public International Law », *RCADI*, vol. 216, 1989, pp. 9-416

KELSEN Hans, « Théorie générale du droit international public. Problèmes choisis », *RCADI*, vol. 42, 1932, pp. 117-352

KELSEN Hans, « Théorie du droit international public », *RCADI*, vol. 84, 1953, pp. 1-203

KISS Alexandre-Charles, « La notion de patrimoine commun de l'humanité », *RCADI*, 1982, vol. 175, pp. 99-256

KRABBE Hans, « L'idée moderne d'État », *RCADI*, vol. 13, 1926, pp. 505-583

LEBEN Charles, « La théorie du contrat d'État et l'évolution du droit international des investissements », *RCADI*, 2003, vol. 302, pp. 209-376

MAHIOU Ahmed, « Le droit international ou la dialectique de la rigueur et de la flexibilité. Cours général de droit international public », *RCADI*, vol. 337, 2008, pp. 9-516

PELLET Alain, « L'adaptation du droit international aux besoins changeants de la société internationale », *RCADI*, vol. 329, 2007, pp. 17-47

POLITIS Nicolas, « Le problème des limitations de la souveraineté et la théorie de l'abus des droits dans les rapports internationaux », *RCADI*, vol. 6, 1925, pp. 1-121

RANJEVA Raymond, « Les organisations non gouvernementales et la mise en œuvre du droit international », *RCADI*, vol. 270, 1997, pp. 9-105

ROUSSEAU Charles, « L'indépendance de l'État dans l'ordre international. Cours de droit international public », *RCADI*, vol. 73, 1948, pp. 167-253

SCELLE Georges, « Règles générales du droit de la paix », *RCADI*, vol. 46, 1933, pp. 327-704

SPERDUTI Giuseppe, « Le principe de souveraineté et le problème des rapports entre le droit international et le droit interne », *RCADI*, vol. 153, 1976, pp. 319-410

THIERRY Hubert, « L'évolution du droit international. Cours général de droit international public », *RCADI*, vol. 222, 1990, pp. 13-185

TOMUSCHAT Christian, « Obligations Arising for States Without or Against Their Will », *RCADI*, vol. 241, 1993, pp. 194-369

TOMUSCHAT Christian, « International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of New Century, General Course on Public International Law », *RCADI*, vol. 281, 1999, pp. 9-438

TRUYOL y SERRA Antonio, « Théorie du droit international public. Cours général », *RCADI*, vol. 173, 1981, pp. 9-443

VERHOEVEN Joe, « Considération sur ce qui est commun. Cours général de droit international public », *RCADI*, vol. 334, 2002, pp. 9-434

VIRALLY Michel, « Panorama du droit international contemporain. Cours général de droit international public », *RCADI*, vol. 183, 1983, pp. 13-382

WEIL Prosper, « Le droit international en quête de son identité. Cours général de droit international public », *RCADI*, vol. 237, 1992, pp. 9-370

Articles

ABBOTT Kenneth W., SNIDAL Duncan, « Hard and Soft Law in International Governance », *International Organization*, 2000, n°54, pp. 421-456

ABI-SAAB Georges, « Introduction. La notion d'organisation internationale : essai de synthèse », in *Le concept d'organisation internationale*, G. Abi-Saab (dir.), Unesco, 1980, pp.9-22.

ABI-SAAB Georges, « La coutume dans tous ses états ou le dilemme du développement du droit international général dans un monde éclaté », in *Le droit international à l'heure de sa codification, Études en l'honneur de R. Ago*, tome 1, A. Giuffrè, 1987, pp. 53-65

ABI-SAAB Georges, « La souveraineté permanente sur les ressources naturelles », in *Droit international, Bilan et perspectives*, M. Bedjaoui (rédacteur général), t. II, Pedone, 1991, pp. 639-661

ABI-SAAB Georges, « De l'évolution de la Cour internationale. Réflexions sur quelques tendances récentes », *RGDIP*, 1992, pp. 273-295

ABI-SAAB Georges, « Éloge du 'droit assourdi' : quelques réflexions sur le rôle de la *soft law* en droit international contemporain », in *Nouveaux itinéraires en droit, Hommage à F. Rigaux*, Bruylant, 1993, pp. 59-68

ABI-SAAB Georges, « Les sources du droit international : essai de déconstruction », in *Le droit international dans un monde en mutation, Liber amicorum en homenaje al profesor Eduardo Jiménez de Aréchaga*, Fundacion de Cultura Universitaria, 1994, pp. 29-49

AKEHURST Michael, « Custom as a Source of International Law », *BYBIL*, vol. 47, 1974-75, pp. 1-53

AKEHURST Michael, « The Hierarchy of the Sources of International Law », *BYBIL*, vol. 47, 1974-1975, pp. 273-285

ALGER Chadwick F., « L'organisation internationale vue sous l'angle du fonctionnalisme et de l'intégration », in *Le concept d'organisation internationale*, G. Abi-Saab (sous dir.), UNESCO, 1980, pp. 130-156

ALLAND Denis, « Les représentations de l'espace en droit international public », in *Le droit international*, APD, 1987, pp. 163-178

ALLOTT Philip, « Reconstituting Humanity - New International Law », *EJIL*, 2002, pp. 219-252

AMSELEK Paul, « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », *RDP*, 1982, pp. 275-294

AMSELEK Paul, « La teneur indécise du droit », *RDP*, 1991, pp. 1199-1216

AMSELEK Paul, « Autopsie de la contrainte associée aux normes juridiques », in *La force normative, naissance d'un concept*, C. Thibierge (dir. scientifique) et *alii*, Bruylant, 2009, pp. 3-11

ANDERSON David H., « Law-Making processes in the UN system – Some impressions », *Max Planck YBUNL*, 2008, pp. 23-50

AOUN Elena, FICET Joël, « La mobilisation d'un réseau d'ONG la coalition française pour la cour pénale internationale et la ratification du statut de Rome par la France », in *ONG et Humanitaire*, J. Simeant et P. Dauvin (sous dir.), L'Harmattan, 2004, pp. 61-89

ARANGIO-RUIZ Gaetano, « On the Security Council's 'law-making' », *Rivista di Diritto Internazionale*, 2000, pp. 609-725

ARNAUD André-Jean, « Du jeu fini au jeu ouvert. Réflexions additionnelles sur le Droit post-moderne », *Droit et société*, 1991, pp. 43-62

ARNAUD André-Jean, « Introduction – les transformations de la régulation juridique et la production du droit », in *Les transformations de la régulation juridique*, J. Clam et G. Martin (sous dir.), LGDJ, 1998, pp. 75-84

ARNOLD Rainer, « Le principe de supranationalité dans l'Union Européenne et dans l'Europe orientale : quelques aspects comparatifs », in *Le droit de l'Union européenne en principes, liber amicorum en l'honneur de J. Raux*, Éd. Apogée, 2006, pp. 363-372

ASCENSIO Hervé, « La notion de juridiction internationale en question », in *La juridictionnalisation du droit international*, SFDI, Pedone, 2003, pp. 163-202

AXTMANN Roland, « The State of the State : The Model of the Modern State and its Contemporary Transformation », *IPSR*, 2004, pp. 250-279

AUBY Jean-Bernard, « Prescription juridique et production juridique », *RDP*, 1988, pp. 673-686

AUDEOUD Olivier, « les collectivités infra-étatiques dans la vie international », in *l'État souveraine à l'aube du 21^e siècle*, SFDI, Pedone, 1994, pp. 139-169

AUTEXIER Christian, « La capacité des régions de conclure des accords avec d'autres régions, des États ou des organisations internationales », *L'Europe et les régions*, G. Vandersanden (sous dir.), Éd. de l'Université de Bruxelles, 1997, p. 135-147

BAKKER Christine A.E., « Le principe de complémentarité et les 'auto-saisines' : un regard critique sur la pratique de la Cour pénale internationale », *RGDIP*, 2008, pp. 361-378

BARBOZA Julio, « Le point de vue et le rôle des États », in *La codification du droit international*, SFDI, Pedone, 1999, pp. 283-292

BEAUD Olivier, « La notion d'État », in *Vocabulaire juridique fondamental du droit*, APD, 1990, pp. 119-141

BEAUD Olivier, « La souveraineté dans la 'Contribution à la théorie générale de l'État' de Carré de Malberg », *RDP*, 1994, pp. 1251-1301

BEAUD Olivier, « Souveraineté », in *Dictionnaire de philosophie politique*, P. Raynaud et S. Rials (sous dir.), PUF, 1996, Paris, pp. 625-633 (à mettre à jour, 3^{ème} édition, 2003)

BEAUD Olivier, « Peut-on penser l'Union européenne comme une Fédération ? », in *Europe : de l'intégration à la fédération*, F. Esposito et N. Levrat (sous dir.), Academia Bruylant, 2010, pp. 71-103.

BEAULAC Stéphane, « The Westphalian Model in Defining International Law : Challenging the Myth », *AJLH*, vol. 8/2, 2004, pp. 181-213

BÉCHILLON (de) Denys, « La structure des normes juridiques à l'épreuve de la post-modernité », in *La production des normes entre État et société civile. Les figures de l'institution et de la norme entre États et société civile*, E. Serverin et A. Berthoud (sous dir.), L'Harmattan, 2000, pp. 47-75

BEDERMAN David J., « Diversity and Permeability in Transnational Governance », *Emory Public Law*, Février 2008, pp. 201-231

BEDJAOUI Mohammed, « Un point de vue du tiers monde sur l'organisation internationale », in *Le concept d'organisation internationale*, G. Abi-Saab (dir.), Unesco, 1980, pp. 223-292

BEDJAOUI Mohammed, « Introduction générale », in *Droit international. Bilan et perspectives*, M. Bedjaoui (sous dir.), t. 1, Pedone, 1991, pp. 1-18

BEDJAOUI Mohammed, « Discours à l'occasion du 50^{ème} anniversaire de l'Organisation des Nations Unies et de la Cour internationale de Justice », *AIDI*, 1995, vol. 66, t. II, pp. 71-80

BELLEY Jean-Guy, « Le pluralisme juridique comme doctrine de la science du droit », in *Pour un droit pluriel, Études offertes au Professeur Jean-François Perrin*, Helbing & Lichtenhahn, 2002, pp. 135-165

BEN ACHOUR Rafâa, « Les opérations de maintien de la paix », in *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article*, J.-P. Cot, A. Pellet, M. Forteau (sous dir.), Economica, 3^e éd., 2005, pp. 265-283

BENNOUNA Momamed, « La création d'une juridiction pénale internationale et la souveraineté des États », *AFDI*, 1990, pp.299-306

BERGEL Jean-Louis, « Le plurijuridisme, rapport introductif », in *Le Plurijuridisme*, J.-L. Bergel (sous dir.), Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2005, pp. 11-22

BERLIA Georges, « Remarques sur la paix de Westphalie », in *Hommage d'une génération de juristes au Président Basdevant*, Pedone, 1960, pp. 35-42

BERLIA Georges, « La doctrine de Georges Scelle. Étude de quelque thèmes », in *Droit public interne et international. Études et réflexions, Recueil publié en hommage à la mémoire de G. Berlia*, LGDJ, 1980, pp. 355-398

BERMAN Paul Schiff, « From International Law to Law and Globalization », *CJTL*, vol. 43, 2005, pp. 485-556

BERNAZ Nadia, MORIN Pierre-François, « L'ONU et les sociétés transnationales : la nécessité d'une collaboration opérationnelle en matière de droits sociaux internationaux », in *Une société internationale en mutation : quels acteurs pour une gouvernance ?*, L. Boisson de Chazournes et R. Mehdi (sous dir.), 2005, Bruylant, pp. 61-83

BERTRAND Christine, « Mondialisation, État de droit et construction européenne », in *Mondialisation et État de droit*, D. Mockle (sous dir.), Bruylant, 2002, pp. 141-159

BIEBER Roland, HAAG Marcel, « Le Parlement européen », in *Le droit de la CE et de l'Union européen, Commentaire J. Megret*, Vol. 9, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2^{ème} éd., 2000, pp. 31-128

BIEBER Roland, « Le renforcement du Parlement européen », *RAE*, 2006, pp. 223-231

BOISSON de CHAZOURNES Laurence, « Gouvernance et régulation au 21^e siècle : quelques propos iconoclastes », in *Une société internationale en mutation : quels acteurs pour une gouvernance ?*, L. Boisson de Chazournes et R. Mehdi (sous dir.), 2005, Bruylant, pp. 19-40

BOISSON de CHAZOURNES (L.), « Normes, standards et règles en droit international », in *Les enjeux de la normalisation technique internationale. Entre environnement, santé et commerce international*, E. Brosset et É. Truilhé-Marengo (sous dir.), La documentation française, 2006, pp. 43-56

BOISSON de CHAZOURNES Laurence, CONDORELLI Luigi, « De la 'responsabilité de protéger', ou d'une nouvelle parure pour une notion déjà bien établie », *RGDIP*, 2006, pp. 11-18

BOISSON Jean-Marie, « Comment gérer la globalisation ? Régions ou organisations internationales ? » in *Démarche communautaire et construction européenne*, F. Hervouët (sous dir.), Vol. 2 : dynamique des méthodes, La Documentation Française, 2000, pp. 91-107

BOY Laurence, « La valeur juridique de la normalisation », in *Les transformations de la régulation juridique*, J. Clam et G. Martin (sous dir.), LGDJ, 1998, pp. 183-196

BOY Laurence, « Normes », *Revue internationale de droit économique*, 1998, pp. 115-146 (accessible en ligne : <http://www.reds.msh-paris.fr/communication/textes/boy1.htm>)

BOY Laurence, « Liens entre la norme technique et la norme juridique en droits communautaire et international », in *Les enjeux de la normalisation technique internationale. Entre environnement, santé et commerce international*, E. Brosset et É. Truilhé-Marengo (sous dir.), La documentation française, 2006, pp. 57-79

BOY Laurence, « Normes techniques et normes juridiques », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 21, Dossier : *La normativité*, janvier 2007, accessible en ligne : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/pdf/conseil-constitutionnel-50558.pdf>, 7 p.

BROSSET Estelle, TRUILHÉ-MARENGO Ève, « Normes techniques en droit international. Les mots et les choses... », in *Les enjeux de la normalisation technique internationale. Entre environnement, santé et commerce international*, E. Brosset et É. Truilhé-Marengo (sous dir.), La documentation française, 2006, pp. 13-42

BROWN L. David, « Légitimité et responsabilité de la société civile : les enjeux et les défis », publié au bulletin électronique hebdomadaire de CIVICUS, janvier 2007, accessible en ligne : www.civicus.org/content/e-CIVICUS441_fr.htm, 48 p.

BROWNLIE Ian, « Recognition in Theory and Practice », in *The Structure and Process of International Law*, R. St. J. Macdonald / D. M. Johnston (sous dir.), MNP, 1983, pp. 627-641

CAHIER Philippe, « La Charte des Nations Unies et les États tiers », in *Current Problems of International Law*, A. Cassese (sous dir.), Giuffré, 1975, pp. 81-105

CAHIER Philippe, « Rapport général », in *La codification du droit international*, SFDI, Pedone, 1999, pp. 253-280

CAHIN Gérard, « Apport du concept de mythification aux méthodes d'analyse du droit international », in *Mélanges offerts à C. Chaumont*, Pedone, 1984, pp. 89-115

CAHIN Gérard, « La notion de pouvoir discrétionnaire appliquée aux organisations internationales », *RGDIP*, 2003, pp. 535-600

CAHIN Gérard, « Rapport », in *Les compétences de l'État en droit international*, SFDI, Pedone, 2006, pp. 9-52

CAHIN Gérard, « Sécession : le retour. Sur quelques tendances récentes de la pratique internationale », in *La France, l'Europe et le Monde, Mélanges en l'Honneur de Jean Charpentier*, Pedone, 2008, pp.41-59

CAMILLERI Anne, « La sécurité européenne, facteur d'intégration ou d'éclatement communautaire », in *Démarche communautaire et construction européenne*, F. Hervouët (sous dir.), Vol. 1 : dynamique des objectifs, La Documentation Française, 2000, pp. 83-111

CARBONNIER Jean, « Les phénomènes d'internormativité », in *Essais sur les lois*, Répertoire du notariat Defrénois, 1979, pp. 251-270

CASSESE Antonio, « Remarks on Scelle's Theory of 'Role Splitting' (dedoublement fonctionnel) in International Law », *EJIL*, 1990, pp. 210-231

CASSESE Antonio, « Ex iniuria ius oritur : Are We Moving Towards International Legitimation of Forcible Humanitarian Countermeasures in the World Community ? », *EJIL*, 1999, pp. 23-30.

CASSESE Antonio, « Y a-t-il un conflit insurmontable entre souveraineté des États et justice pénale internationale ? », in *Crimes internationaux et juridictions internationales*, A. Cassese et M. Delmas-Marty (sous dir.), 2002 pp. 13-29

CASSESE Antonio, « State sovereignty v. International criminal justice », in *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arongio-Ruiz*, vol.1, Editoriale Scientifica, 2004, pp. 25-46

CASTEL Robert, « Savoirs d'expertise et production de normes », in *Normes juridiques et régulation sociale*, F. Chazel et J. Commaille (sous dir.), LGDJ, 1991, pp. 177-189

CAZALA Julien, « La force normative des instruments du *Codex alimentarius* dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce », in *La force normative, naissance d'un concept*, C. Thibierge (dir. scientifique) et alii, Bruylant, 2009, pp. 335-343

CHALTIEL Florence, « Contribution à la théorie juridique du statut de l'État membre de l'Union européenne : l'exemple français », in *Démarche communautaire et construction européenne*, F. Hervouët (sous dir.), Vol. 1 : dynamique des objectifs, La documentation française, 2000, pp. 163-178

CHARNEY Jonathan I., « Universal International Law », *AJIL*, 1993, pp. 529-551

CHARNOVITZ Steve « Nongovernmental Organizations and International Law », *AJIL*, 2006, pp. 348-372

CHARPENTIER Jean, « Le phénomène étatique à travers les grandes mutations politiques contemporaines », in *l'État souverain à l'aube du 21^e siècle*, SFDI, Pedone, 1994, pp. 11-38

CHARPENTIER Jean, « Réflexions sur l'utilité du droit international », in *État, société et pouvoir à l'aube du 21^e siècle, Mélanges en l'honneur du professeur F. Borella*, Presses universitaires de Nancy, 1999, pp. 57-66

CHAUMONT Charles, « Recherches du contenu irréductible du concept de souveraineté internationale de l'État », in *Hommage d'une génération de juristes au Président Basdevant*, Pedone, 1960, pp. 114-151

CHAUMONT Charles, « La signification du principe de spécialité dans les organisations internationales », in *Problèmes de droit des gens. Mélanges offerts à H. Rolin*, Pedone, 1964, pp. 55-66

CHAVAGNEUX Christian, « La montée en puissance des acteurs non étatiques », in *Gouvernance mondiale*, P. Jacquet, J. Pisani-Ferry, L. Tubiana *et al.*, La documentation française, 2002, pp. 230-256

CHEMILLIER-GENDREAU Monique, « Origine et rôle de la fiction en droit international public », in *Le droit international*, APD, t. 32, 1987, pp. 153-162

CHEMILLIER-GENDREAU Monique, « La Cour internationale de Justice entre politique et droit », *Le Monde Diplomatique*, Novembre 1996, pp. 10-11

CHEMILLIER-GENDREAU Monique, « Le droit international entre volontarisme et contrainte », in *L'évolution du droit international, mélanges H. Thierry*, Pedone, 1998, pp. 93-105

CHEVALLIER Jacques, « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », *RDP*, 1998, pp. 659-690

CHEVALLIER Jacques, « La régulation juridique en question », *Droit et société*, 2001, pp. 827-846

CHEVALLIER Jacques, « Mondialisation du droit ou droit de la mondialisation ? », in *Le droit saisi par la mondialisation*, C.-A. Morand (sous dir.), Bruylant, 2001, pp. 37-61

CHEVALLIER Jacques, « L'État post-moderne : retour sur une hypothèse », *Droits*, 2004, n°39, pp. 107-120

CHEVALLIER Jacques, « Souveraineté et droit », in *Les évolutions de la souveraineté*, D. M. Desgrées du Loû (sous dir.), LARAJ, 2006, pp. 203-219

CHICOT Pierre-Yves, « Les politiques internationales des collectivités territoriales françaises : une compétence locale atypique ? », in *Les transferts de compétences de l'État aux collectivités locales*, J.-F. Brisson (sous dir.), L'Harmattan, 2009, pp. 435-458

CHRISTAKIS Théodore, « The State as a 'Primary Fact' : Some Thoughts on the Principle of Effectiveness », in *Secession. International Law Perspectives*, M. G. Kohen (éd.), Cambridge, 2006, pp. 138-170

CHRISTAKIS Théodore, « Sécession : une question de simple fait ? », ESIL Web Publications-Papers, 2007, http://www.esil-sedi.eu/fichiers/en/Agora_Christakis_855.pdf, 15 p.

CICIRIELLO Maria Clelia, « Les organisations non gouvernementales sujets de droit international: un problème ouvert », in *International Law: New Actors, New Concepts - Continuing Dilemmas*, Liber Amicorum Boidar Bakoti, MNP, 2010, pp. 107-123

COCATRE-ZILGIEN André, « Justice internationale facultative et justice internationale obligatoire », *RGDIP*, 1976, pp. 689-737

COHEN Samy, « ONG, altermondialistes et société civile internationale », *RFSP*, 2004, pp. 379-397

COHEN-JONATHAN Gérard, « L'individu comme sujet de droit international – droit international des contrats et droit international des droits de l'homme – », in *Mélanges Paul Amselek*, Bruylant, 2005, pp. 223-260

COHEN-TANUGI Laurent, « Le droit sans les États ? », in *La mondialisation entre illusion et utopie*, APD, t. 47, 2003, pp. 285-289

COLIN Jean-Pierre, « Variations sur la souveraineté », *AFRI*, vol. X, 2009, accessible en ligne : http://www.afri-ct.org/IMG/pdf/Article_Colin.pdf, 13 p.

COLLIARD Claude-Albert, « La non-comparution », in *La juridiction internationale permanente*, SFDI, Pedone, 1987, pp. 167-190

COMBACAU Jean, « Le droit international : bric-à-brac ou système ? », in *Le système juridique*, APD, t. 31, 1986, pp. 85-105

COMBACAU Jean, « La logique de la validité contre logique de l'opposabilité dans la Convention de Vienne sur le droit des traités », in *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement, Mélanges M. Virally*, Pedone, 1991, pp. 195-203

COMBACAU Jean, « Pas une puissance, une liberté : la souveraineté internationale de l'Etat », *Pouvoirs*, n°67, 1993, pp.47-58

CONDORELLI Luigi, « L'autorité de la décision des juridictions internationales permanentes », in *La juridiction internationale permanente*, SFDI, Pedone, 1987, pp. 277-313

CONDORELLI Luigi, « Des lendemains qui chantent pour la justice internationale », in *Le droit internationale au service de la paix, de la justice et du développement, Mélanges M. Virally*, Pedone, 1991, pp.

CONDORELLI Luigi, VILLALPANDO Santiago, « Les Nations Unies et les juridictions pénales internationales », in *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article*, J.-P. Cot, M. Forteau, A. Pellet (sous dir.), Economica, 3^{ème} éd., 2005, pp. 201-245

CONSTANTINESCO Léontine, « La spécificité du droit communautaire », *RTDE*, 1966, pp. 1-30

CONSTANTINESCO Vlad, « Nationalité et citoyenneté à l'épreuve du droit européen. Retour sur quelques arrêts de la Cour de Justice des Communautés européennes », in *La France, l'Europe et le Monde, Mélanges en l'honneur de Jean Charpentier*, Pedone, 2008, pp. 267-280

CORNELOUP Sabine, « Réflexion sur l'émergence d'un droit de l'Union européenne en matière de nationalité », *JDI (Clunet)*, 2011, pp. 491-516

CORREIA Vincent, « Les relations extérieures de l'Union à la lumière des accords externes : le jeu et les enjeux », *Politeia*, 2008, n°13, pp. 269-293

CORTEN Olivier, « Are the gaps in the international law of secession ? », in *Secession. International Law Perspectives*, M. G. Kohen (sous dir.), Cambridge, 2006, pp.231-254

CORTEN Olivier, « Déclarations unilatérales d'indépendance et reconnaissances prématurées : du Kosovo à l'Ossétie du Sud et à l'Abkhazie », *RGDIP*, 2008, pp. 721-758

CORTEN Olivier, « De quel droit ? Place et fonction du droit comme registre de légitimité dans le discours sur la « compétence universelle' », in *Le discours du droit international pour un positivisme critique*, Pedone, 2009, pp. 177-204

CORTEN Olivier, KLEIN Pierre, « L'efficacité de la justice internationale au regard des fonctions manifestes et latentes du recours à la Cour internationale de Justice », in *Justice et Juridictions Internationales*, R. Ben Achour et S. Laghmani (sous dir.), Pedone, 2000, pp. 33-71

COSTA Olivier, « Les pouvoirs législatifs et constituants », in *À quoi sert le Parlement européen*, P. Delwit, J.-M. De Waele et P. Magnette (sous dir.), Éditions complexe, 1999, pp. 77-108

COSTA Olivier, « La responsabilité politique dans l'UE : une logique fédéraliste ? » in *Europe : de l'intégration à la fédération*, F. Esposito et N. Levrat (sous dir.), Academia Bruylant, 2010, pp. 123-142

COSTA Olivier, KERROUCHE Eric, MAGNETTE Paul, « Le temps du parlementarisme désenchanté ? Les parlements face aux nouveaux modes de gouvernance », in *Vers un renouveau du parlementarisme en Europe ?*, O. Costa, E. Kerrouche et P. Magnette (sous dir.), Éditions de l'Université de Bruxelles, 2004, pp. 9-32

COULÉE Frédérique, « Collectivités territoriales non-étatiques et champ d'application des traités internationaux », in *Les collectivités territoriales non-étatiques dans le système juridique international*, SFDI, Pedone, 2002, pp. 95-124

CRAWFORD James, « The Criteria for Statehood in International Law », *BYBIL*, 1976-1977, pp. 93-182

CRAWFORD James, MAUGUIN Murille, « Les collectivités territoriales non-étatiques et le droit international de la responsabilité », in *Les collectivités territoriales non-étatiques dans le système juridique international*, SFDI, Pedone, 2002, pp. 157-165

CREMONA Marise, « Defining Competence in EU External Relations: Lessons From the Treaty reform process », in *Law and Practice of EU External Relations : Salient Features of a Changing Landscape*, A. Dashwood, M. Maresceau (sous dir.), Cambridge University Press, 2008, pp. 34-69

CRÉPEAU François, « Mondialisation, pluralisme et souveraineté ; l'État démocratique redéployé ou l'exigence de légitimation de l'action collective », in *Le partenariat de l'Union Européenne avec les pays tiers, conflits et convergences*, M.-F. Labouz (sous dir.), Bruylant, 2000, pp. 15-38

CROIZIER Michel, « La crise des régulations traditionnelles », in *La sagesse et le désordre*, H. Mendras, Gallimard, 1980, pp. 371-387

CRYER Robert, « International Criminal Law vs State Sovereignty: Another Round? », *EJIL*, 2005, pp. 979-1000

CUBERTAFOND Bernard, « Souveraineté en crise ? », *RDP*, 1989, pp. 1273-1303

CULOT Henri, « Soft law et droit de l'OMC », *RIDE*, 2005, pp. 251-289

CZAPLINSKI Wladyslaw, « Jus Cogens and the Law of Treaties », in *The Fundamental Rules of the International Legal Order. Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*, Ch. Tomuschat et J.-M. Thouvenin (sous dir.), MNP, 2006, pp. 83-97

DAILLIER Patrick, « La 'responsabilité de protéger', corollaire ou remise en cause de la souveraineté ? », in *La responsabilité de protéger*, SFDI, Pedone, 2008, pp. 41-57

DASTOLI Virgilio, « Les limites de la société civile », *Associations Transnationales*, 2002/1, pp. 33-35

DECAUX Emmanuel, « La Convention-cadre européenne sur la coopération transfrontalière des collectivités ou des autorités locales », *RGDIP*, 1984, pp. 557-620

DECAUX Emmanuel, « La Cour internationale de justice et les droits de l'homme », in *Studi di Diritto Internazionale in Onore di G. Arangio-Ruiz*, vol. 2, Editoriale Scientifica, 2004, pp. 921-970

- DEFRAIGNE Jean-Christophe, « The Relevance of Europe's Supranational Experience for other Regional Integration Processes : a Geopolitical and Economic Comparative Analysis From a Long-term Perspective », in *L'Union européenne et la montée du régionalisme : exemplarité et partenariats*, C. Franck, J.-C. Defraigne et V. de Moriamé (sous dir.), Academia Bruylant, 2009, pp. 59-89
- DEGRON Robin, « Le groupement européen de coopération territoriale : consécration des eurorégions ? », *AJDA*, 2008, n°25, pp. 1373-1377
- DELCAMP Alain, « Principe de subsidiarité et décentralisation », *RFDC*, n° 23, 1995, pp. 609-624
- DELMAS-MARTY Mireille, « L'espace juridique européen, laboratoire de la mondialisation », *Recueil Dalloz Sirey*, 2000, n°27, pp. 421-426
- DELMAS-MARTY Mireille, « Les processus de mondialisation du droit », in *Le droit saisi par la mondialisation*, C.-A. Morand (sous dir.), Bruylant, 2001, pp. 63-80
- DELMAS-MARTY Mireille, « La grande complexité juridique du monde », in *Études en l'honneur de G. Timsit*, Bruylant, 2004, pp. 89-105
- DELMAS-MARTY Mireille, « Plurijuridisme et mondialisation, vers un pluralisme ordonné », in *Le Plurijuridisme*, J.-L. Bergel (sous dir.), Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2005, pp. 355-365
- DELMAS-MARTY Mireille, « L'intégration pénale européenne », accessible en ligne : www.ieim.uqam.ca/IMG/pdf/Integration_penale_europeenne.pdf, 14 p.
- DELMAS-MARTY Mireille et IZORCHES Marie Laure, « Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit », *RIDC*, 2000, pp. 753-780
- DEMICHEL Francine, « Le rôle de la souveraineté dans les relations internationales contemporaines », in *Le pouvoir, Mélanges offerts à G. Burdeau*, LGDJ, 1977, pp. 1053-1071
- DOLEZ Bernard, « Protocole additionnel à la Convention-cadre européenne sur la coopération transfrontalière des collectivités ou autorités territoriales », *RGDIP*, 1996, pp. 1005-1022.

DOMESTICI-MET Marie-José, « Le rôle des associations dans la création du droit. L'exemple du droit humanitaire », in *Les associations, acteurs privilégiés du droit et de la gouvernance*, N. Perlo (sous dir.), Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2009, pp. 121-143

DOMINICÉ Christian, « Valeur et autorité des actes des organisations internationales », in *Manuel sur les organisations internationales*, R.-J. Dupuy (sous dir.), M. Nijhoff, 2^e éd., 1998, pp. 441-461

DOMINICÉ Christian, « Les collectivités territoriales non-étatiques et la formation du droit international », in *Les collectivités territoriales non-étatiques dans le système juridique international*, SFDI, Pedone, 2002, pp. 55-62

DONY Marianne, « Les accords mixtes », *Relations extérieures. Le droit de la CE et de l'Union européenne*. Commentaire J. Megret, t. 12, 2^e éd., 2005, pp. 167-199

DONY Marianne, « The EU's External Relations and Their Evolving Legal Framework », in *The European Union and Global Governance*, M. Telo (sous dir.), Routledge, 2009, pp. 131-155

DUGUIT Léon, « Jean-Jacques Rousseau, Kant et Hegel », *RDP*, 1918, t. 35, pp. 173-211 et 325-377 (publié en deux parties)

DUGUIT Léon, « La doctrine allemande de l'auto-limitation de l'État », *RDP*, t. 36, 1919, pp. 161-190

DUPUY Pierre-Marie, « La coopération régionale transfrontalière et le droit international », *AFDI*, 1977, pp. 837-860

DUPUY Pierre-Marie, « Le juge et la règle générale », *RGDIP*, 1989, pp. 569-598

DUPUY Pierre-Marie, « À propos de l'opposabilité de la coutume générale : enquête brève sur l' 'objecteur persistant' », in *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement, Mélanges M. Virally*, Pedone, 1991, pp. 257-272

DUPUY Pierre-Marie, « Humanité, communauté et efficacité du droit », in *Humanité et droit international, Mélanges R.-J. Dupuy*, Pedone, 1991, pp. 133-148

DUPUY Pierre-Marie, « Théorie des sources et coutume en droit international contemporain », in *Le droit international dans un monde en mutation, Liber amicorum en homenaje al profesor Eduardo Jiménez de Aréchaga*, Fundación de Cultura Universitaria, 1994, pp. 51-68

DUPUY Pierre-Marie, « The Constitutional Dimension of the Charter of the United Nations Revisited », *Max Planck YBUNL*, vol. 1, 1997, pp. 1-33

DUPUY Pierre-Marie, « L'obligation en droit international », in *L'obligation*, APD, t. 44, 2000, pp. 217-231

DUPUY Pierre-Marie, « Le concept de société civile internationale, identification et genèse », in *L'émergence de la société civile internationale. Vers la privatisation du droit international ?*, H. Gherari et S. Szurek (sous dir.), Pedone, 2003, pp. 5-18

DUPUY Pierre-Marie, « Retour sur la Théorie des sujets du droit international », in *Studi di diritto internazionale in onore di G. Arongio-Ruiz*, vol. 1, Editoriale Scientifica, 2004, pp. 71-84.

DUPUY Pierre-Marie, « La communauté internationale. Une fiction ? », in *Droit du pouvoir, pouvoir du droit, Mélanges offerts à Jean Salmon*, Bruylant, 2007, pp. 373-396

DUPUY René-Jean, « L'organisation internationale et l'expression de la volonté générale », *RGDIP*, 1957, pp. 527-579

DUPUY René-Jean, « Droit déclaratoire et droit programmatoire : de la coutume sauvage à la « soft law », in *L'élaboration du droit international public*, SFDI, Pedone, 1975, pp. 132-148

DUPUY René-Jean, « La notion de patrimoine commun de l'humanité appliquée aux fonds marins », in *Droit et libertés à la fin du XXe siècle. Études offertes à C.-A. Colliard*, Pedone, Paris, 1984, pp. 197-205.

DUPUY René-Jean, « Réflexions sur le patrimoine commun de l'humanité », *Droits*, 1985, pp. 63-71

DUPUY René-Jean, « Le dédoublement du monde », *RGDIP*, 1996, pp. 313-321

DUPUY René-Jean, « État et Organisation internationale », in *Manuel sur les organisations internationales*, R.-J. Dupuy (sous dir.), Les livres de droit de l'Académie, MNP, 2^{ème} édition, 1998, pp. 13-30

DUTHEIL de la ROCHERE Jacqueline, « Mondialisation et régionalisation », in *La mondialisation du droit*, E. Loquin et C. Kessedjian (sous dir.), Litec, 2000, pp. 435-453

EBERHARDT Alain, « La souveraineté chez Kant et Rousseau », *RRJ*, 2003, pp. 573-589

ECONOMIDÈS Constantin P., « L'obligation de règlement pacifique des différends internationaux : une norme fondamentale tenue à l'écart », in *Paix, développement, démocratie, Amicorum Discipulorumque Liber B. Bouros-Ghali*, Bruylant, 1998, pp. 405-418

ELIAS Olufemi, « The Nature of the Subjective Element in Customary International Law », *ICLQ*, 1995, vol. 44, p. 501-520

ELLUL Jacques, « Recherche sur la conception de la souveraineté dans la Rome primitive », in *Le pouvoir, Mélanges offerts à G. Burdeau*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1977, pp. 265-279

EPINEY Astrid, « Européanisation et mondialisation du droit : convergences et divergences », in *Le droit saisi par la mondialisation*, C.-A. Morand (sous dir.), Bruylant, 2001, pp. 147-170

ETCHELAR Émilie, « Expertise scientifique et normalisation, le cas du *Codex alimentarius* », in *Les enjeux de la normalisation technique internationale. Entre environnement, santé et commerce international*, E. Brosset et É. Truilhé-Marengo (sous dir.), La documentation française, 2006, pp. 159-174

FALK Richard, « The Interplay of Westphalia and Charter Conceptions of International Legal Order », in *International law, a Contemporary Perspective*, R. Falk, F. Kratochwil et S. H. Mendlovitz (sous dir.), Westview Press, 1985, pp. 116-142

FALK Richard, « Humanitarian Intervention After Kosovo », in *L'ordre juridique international, un système en quête d'équité et d'universalité, Liber Amicorum Georges Abi-Saab*, MNP, 2001, pp. 177-198

FARDELLA Franco, « Le dogme de la souveraineté de l'État. Un bilan », in *Le privé et le public*, APD, t. 41, 1997, pp. 115-134

FARJAT Gérard, « Nouvelles réflexions sur les codes de conduite privée », in *Les transformations de la régulation juridique*, J. Clam et G. Martin (sous dir.), LGDJ, 1998, p. 151-164

FENET Alain, « Les compétences de la Communauté », in *Droit des relations extérieures de l'Union européenne*, A. Fenet (sous dir.), Litec, 2006 pp. 51-77

FENET Alain, « L'utilisation des compétences de la Communauté », in *Droit des relations extérieures de l'Union européenne*, A. Fenet (sous dir.), Litec, 2006, pp. 79-114

FERAL Pierre-Alexis, « Communauté européenne, Comité des régions et collectivités territoriales françaises. Une triple dynamique institutionnelle, juridique et politique », in *L'Europe et les régions*, G. Vandersanden (sous dir.), Éd. de l'Université de Bruxelles, 1997, p. 77-127

FERAL Pierre-Alexis, « Coopération territoriale au sein de l'Union européenne : deux années de GECT », *RLCT*, 2008, n°38, pp. 56-61

FERNANDEZ de CASADEVANTE ROMANI Carlos, « Les traités internationaux, outils indispensables de la coopération transfrontalière entre collectivités ou autorités territoriales », in *Vers un droit commun de la coopération transfrontalière ?*, H. Labayle (sous dir.), Bruylant, 2006, pp. 89-118

FERNANDEZ PASARIN Ana Mar, « Les États membres et la représentation extérieure de l'UE », *AFRI*, vol. X, 2009, pp. 583-594

FEUER Guy, « Nations Unies et Démocratie », in *Le pouvoir, Mélanges offerts à G. Burdeau*, LGDJ, 1977, pp. 1073-1090

FISCHER Georges, « Les réactions devant l'arrêt de la Cour internationale de Justice concernant le Sud-Ouest Africain », *AFDI*, 1966, pp. 144-154

FITZMAURICE Gerald, « Some Problems Regarding the Formal Sources of International Law », in *Symbolae Verzijl, Présentées au professeur J.H.W. Verzijl à l'occasion de son LXXX^e anniversaire*, Nijhoff, 1958, pp. 153-176

FLAESCH-MOUGIN Catherine, « Les relations avec les organisations internationales et la participation à celles-ci », in *Relations extérieures. Le droit de la CE et de l'Union européenne*. Commentaire J. Megret, 2^e éd., 2005, pp. 337-437

FONTAINE Lauréline, « Le pluralisme comme théorie des normes », in *Droit et pluralisme*, L. Fontaine (sous dir.), Bruylant, 2007, pp. 125-160.

FORTEAU Mathias, « La saisine des juridictions interétatiques à vocation universelle (CIJ et TIDM) », in *La saisine des juridictions internationales*, H. Ruiz-Fabri et J.-M. Sorel (sous dir.), Pedone, 2006, pp. 9-87

FRANCA-FILHO Marcilio-Toscano, « Westphalia: a Paradigm? A Dialogue Between Law, Art, and Philosophy of Science », *The German Law Journal*, 2007, pp. 955-975

FRANÇOISE Nicolas, « Mondialisation et régionalisation dans les pays en développement - les deux faces de Janus », *Politique étrangère*, 1997, n°2, pp. 293-307

FREYSS Jean, « La solidarité internationale, une profession ? Ambivalence et ambiguïtés de la professionnalisation », *Revue Tiers-Monde*, 2004, n°180. pp. 735-772

FRISON-ROCHE Marie-Anne, « Le modèle du marché », in *Droit et esthétique*, APD, t. 40, 1995, pp. 286-313.

FRYDMAN Benoît, « Négociation ou marchandage ? De l'éthique de la discussion au droit de la négociation », in *Droit négocié, droit imposé?*, F. Ost, P. Gérard et M. van de Kerchove (sous dir.), Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 2006, pp. 231-252

FRYDMAN Benoît, « Vers un statut de la société civile dans l'ordre international », *Droits fondamentaux*, n°1, juillet-décembre 2001, pp. 149-156

FRYDMAN Benoît, « Habermas et la société civile contemporaine », in *La société civile et ses droits*, B. Frydman (sous dir.), Bruylant, 2004, pp. 123-144

GAJA Georgio, « Réflexions sur le rôle du Conseil de sécurité dans le nouvel ordre mondial. À propos des rapports entre maintien de la paix et crimes internationaux des États », *RGDIP*, 1993, pp. 291-320

GALLI Carlo, « Carl Schmitt et l'État », in *L'État au XX^e siècle : regards sur la pensée juridique et politique du monde occidental*, Études réunies par S. Goyard-Fabre, J. Vrin, 2004, pp. 35-53

GAUTIER Yves, « La compétence communautaire exclusive », in *50 ans de droit communautaire, Mélanges en hommage à Guy Isaac*, t. 1, Presses de l'université des sciences sociales de Toulouse, 2004, pp. 165-189

GAUTRON Jean-Claude, « Le fait régional dans la société internationale », in *Régionalisme et universalisme dans le droit international contemporain*, SFDI, Pedone, 1977, pp. 3-44

GEORGOPOULOS Théodore, PRAT Audrey, « Une doctrine de l'Union Européenne en matière de gouvernance », in *Une société internationale en mutation : quels acteurs pour une gouvernance ?*, L. Boisson de Chazournes et R. Mehdi (sous la dir.), Bruylant, 2005, pp.247-260

GHARBI Fakhri, « Le statut des déclarations d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour internationale de justice », *Les Cahiers de droit*, vol.43, n°2, 2002, pp. 213-274

GHARBI Fakhri, « Le déclin des déclarations d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour internationale de justice », *Les Cahiers de droit*, vol. 43, n°3, 2002, pp. 433-502

GHERARI Habib, « L'accès à la justice interétatique », in *L'émergence de la société civile internationale. Vers la privatisation du droit international ?*, H. Gherari et S. Szurek (sous dir.), Pedone, 2003, pp. 141-166

GIRAUD Emile, « Le rejet de l'idée de souveraineté, l'aspect juridique et l'aspect politique de la question », *La technique et les principes du droit public : études en l'honneur de G. Scelle*, LGDJ, 1950, pp. 253-266

GLENN H. Patrick, « Penser le plurijuridisme », in », in *Le Plurijuridisme*, J.-L. Bergel (sou dir.), Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2005, pp. 25-35

GLENNON Michael J., « De l'absurdité du droit impératif (*jus cogens*) », *RGDIP*, 2006, pp. 529-536

GOERGEN Pascal, « Le face à face des régions et de l'Union européenne à Bruxelles : une activité spécifique de lobbying ? » in *L'action extérieure des entités subétatiques: pour une approche comparée Europe, Amérique du Nord*, F. Massart-Piérard (sous dir.), Presses universitaires de Louvain, 2008, pp. 35-48

GOLDMAN Berthold, « Nouvelles réflexions sur la Lex Mercatoria », in *Études de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Helbing&Lichtenhahn, 1993, pp. 241-255

GOLDSMITH Jack L., « The Internet and Abiding Significance of Territorial Sovereignty », *Indian journal of Global Legal Studies*, 1998, n°5, pp.475-491

GOMEZ-ROBLEDO Juan Manuel, « L'avis consultatif de la C.I.J. sur les conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé : timidité ou prudence ? », *RGDIP*, 2005, pp.521-536

GORDON Edward, « Discretion to Decline to Exercise Jurisdiction », *AJIL*, 1987, pp. 129-135

GOYARD-FABRE Simone, « l'État du droit selon Hans Kelsen », in *L'État au XX^e siècle : regards sur la pensée juridique et politique du monde occidental*, *Études réunies par S. Goyard-Fabre*, J. Vrin, 2004, pp. 55-69

GOYARD-FABRE Simone, « L'État du XX^e siècle a-t-il été un 'monstre froid' ? postface », in *L'État au XX^e siècle : regards sur la pensée juridique et politique du monde occidental*, *Études réunies par S. Goyard-Fabre*, J. Vrin, 2004, pp. 331-335

GRIBEAUVAL Jean-Pierre, « Force normative des recommandations: un concept à géométrie variable », *Révue Prescrire*, 2008, t. 28, fasc. 294, pp. 295-299

GROSS Leo, « The Peace of Westphalia, 1648-1948 », *AJIL*, Vol. 42, 1948, pp. 20-41

GROULIER Cédric, « La distinction de la force contraignante et de la force obligatoire des normes juridiques. Pour une approche duale de la force normative », in *La force normative, naissance d'un concept*, C. Thibierge (dir. scientifique) et alii, Bruylant, 2009, pp. 199-210

GUILLAUME Gilbert, « Jus cogens et souveraineté », in *L'État souverain dans le monde d'aujourd'hui, mélanges en l'honneur de J. P. Puissechet*, Pedone, 2008, pp. 127-136

HAAS Ernst B., « International Integration. The European and the Universal Process », *International Organization*, vol. 15, n°3, 1961, pp. 366-392

HAGGENMACHER Peter, « L'État souverain comme sujet du droit international, de Vitoria à Vattel », *Droits*, 1992, n°16, pp. 11-20

HAGNER Frédérique, « Le Global Compact : une tentative d'implication d'une multiplicité d'acteurs dans la mise en œuvre du droit international », in *Une société internationale en mutation : quels acteurs pour une gouvernance ?*, L. Boisson de Chazournes et R. Mehdi (sous dir.), 2005, Bruylant, pp. 43-59

HANF Dominik, « Le jugement de la Cour constitutionnelle fédérale allemande sur la constitutionnalité du Traité de Maastricht. Un nouveau chapitre des relations entre le droit communautaire et le droit national », *RTDE*, 1994, pp. 391-423

HECQUARD-THEROND Maryvonne, « La notion d'État en droit communautaire », *RTDE*, 1990, p. 693-711

HELD David, « Law of States, Law of Peoples : Three Models of Sovereignty », *Legal Theory*, 2002, pp. 1-44

HERRENSCHMIDT Jean-Luc, « L'irréversibilité de la mondialisation », in *La mondialisation du droit*, E. Loquin et C. Kessedjian (sous dir.), Litec, 2000, pp. 389-400

HEYMANN Jeremy, « De la citoyenneté de l'Union comme révélateur de la nature de l'Union européenne (à propos de l'arrêt Rottmann), Commentaire de l'arrêt de Grande chambre CJUE, *Janko Rottmann c/ Freistaat Bayern*, 2 mars 2010, C-135/08 », *Europe*, n°6, juin 2010, pp. 5-8

HIGGINS Rosalyn « The Advisory Opinion on Namibia : Which UN Resolutions are Binding Under article 25 of the Charter », *ICLQ*, 1972, pp. 270-286

HIGGOTT Richard, « Mondialisation et gouvernance : l'émergence du niveau régional », *Politique étrangère*, 1997, n°2, pp. 277-292

IOVANE Massimo, « La participation de la société civile à l'élaboration et à l'application du droit international de l'environnement », *RGDIP*, 2008, pp. 465-517

JACQUÉ Jean-Paul, « Le traité de Lisbonne. Une vue cavalière », *RTDE*, 2008, pp. 439-483

JEAMMAUD Antoine, « Introduction à la sémantique de la régulation juridique », in *Les transformations de la régulation juridique*, J. Clam et G. Martin (sous dir.), LGDJ, 1998, pp. 47-72.

JOS Emmanuel, « Collectivités territoriales non-étatiques et système juridique international dans le contexte de la mondialisation », in *Les collectivités territoriales non-étatiques dans le système juridique international*, SFDI, Pedone, 2002, pp. 7-31

JOUANNET Emmanuelle, « Le juge international face aux problèmes d'incohérence et d'instabilité du droit international. Quelques réflexions à propos de l'arrêt CIJ du 6 novembre 2003, affaire des plates-formes pétrolières », *RGDIP*, 1994, pp. 917-948

JOUANNET Emmanuelle, « Le principe de l'Or monétaire. À propos de l'arrêt de la Cour du 30 juin 1995 dans l'affaire du Timor Oriental », *RGDIP*, 1996, pp. 673-713

KADDOUS Christine, « Article 300 CE », in *Commentaire article par article des traités UE et CE : de Rome à Lisbonne*, I. Pingel-Lenuzza (sous dir.), 2^e éd., 2010, pp. 1845-1869

KELSEN Hans, « La naissance de l'État et la formation de sa nationalité », *RDI*, 1929, pp. 613-641

KEYMAN Fuat E., « Globalleşme Söylemleri, Özgürlük Sorunsalı ve Türkiye » (Discours de Globalisation, Problématique de liberté et Turquie) in *Liberalizm, Devlet, Hegemonya (Libéralisme, État, Hégémonie)*, F. Keyman (der.), Everest, 2002, pp. 199-213

KHERAD Rahim, « La souveraineté de l'Irak à l'épreuve de l'occupation », in *Les évolutions de la souveraineté*, D. M. Desgrées du Loû (sous dir.), LARAJ, 2006, pp. 139-154

KHERAD Rahim, « Du droit d'ingérence à la responsabilité de protéger », in *Les droits de l'homme : une nouvelle cohérence pour le droit international ?*, Pedone, 2008, pp. 297-308

KINGSBURY Benedict, « Sovereignty and Inequality », *EJIL*, 1998, pp. 599-625

KIRSCH Philippe, « La Cour Pénale Internationale face à la souveraineté des Etats », in *Crimes internationaux et juridictions internationales*, A. Cassese et M. Delmas-Marty (sous dir.), PUF, 2002, pp. 31-37

KLEIN Pierre, « Les problèmes soulevés par la référence à la ‘communauté internationale’ comme facteur de légitimité », in *Droit, légitimation et politique extérieure. L’Europe et la guerre de Kosovo*, O. Corten et B. Delcourt (sous dir.), Bruylant, 2001, pp. 261-297

KOHEN Marcelo G., « Introduction », in *Secession. International Law Perspectives*, M. G. Kohen (sous dir.), Cambridge, 2006, pp. 1-20

KOLB Robert, « Du domaine réservé. Réflexions sur la théorie de la compétence nationale », *RGDIP*, 2006, pp. 597-629

KOLB Robert, « Conflits entre normes de *jus cogens* », in *Droit du pouvoir, pouvoir du droit, Mélanges offerts à J. Salmon*, Bruylant, 2007, pp. 481-505

KOLB Robert, « Observation sur l’évolution du concept de *jus cogens* », *RGDIP*, 2009, pp. 837-850

KOOIJMANS Pieter, « The ICJ in the 21st Century: Judicial Restraint, Judicial Activism, or Proactive Judicial Policy », *ICLQ*, vol. 56, 2007, pp. 741-753

KOSKENNIEMI Martti, « International law in post-realist era », *AYBIL*, 1995, vol. 16, pp. 1-19

KRANZ Jerzy, « Notion de souveraineté et le droit international », *Archiv des Völkerrechts*, n°30, 1992, pp. 411-441

KRANZ Jerzy, « Réflexions sur la souveraineté », in *Theory of international law at the threshold of the 21st century. Essays in honour of K. Skubiszewski*, Kluwer Law International 1996, pp. 183-214

KRASNER Stephen D., « Abiding Sovereignty », *IPSR*, 2002, vol. 22, pp. 229-251

KRULIC Joseph, « La revendication de la souveraineté », *Pouvoirs*, n°67, 1993, pp. 21-32

KYMLICKA Will, « Le mythe de la citoyenneté transnationale », *Critique internationale*, n°23, 2004/2, pp. 97-111

LAFORE Robert, « L’action à l’étranger des collectivités territoriales », *RDP*, 1988, pp. 763-811

LAFRANCHI Marie-Pierre, « Les obligations de recourir à la norme technique dans le droit de l'OMC », in *Les enjeux de la normalisation technique internationale. Entre environnement, santé et commerce international*, E. Brosset et É. Truillhé-Marengo (sous dir.), La documentation française, 2006, pp. 187-198

LAGRANGE Evelyne, « Les titres de compétence », in *Les compétences de l'État en droit international*, SFDI, Pedone, 2006, pp. 97-132

LAMBLIN-GOURDIN Anne-Sophie, « La politique étrangère et de sécurité commune », in *Droit des relations extérieures de l'Union européenne*, A. Fenet (sous dir.), Litec, 2006 pp. 255-282

LAMY Pascal LAÏDI Zaki, « La gouvernance ou comment donner un sens à la mondialisation », in *Gouvernance mondiale*, P. Jacquet, J. Pisani-Ferry, L. Tubiana *et al.*, La documentation française, 2002, pp. 193-210

LANFRANCHI Marie-Pierre, « Les obligations de recourir à la norme technique dans le droit de l'OMC », in *Les enjeux de la normalisation technique internationale. Entre environnement, santé et commerce international*, E. Brosset et É. Truillhé-Marengo (sous dir.), La documentation française, 2006, pp. 187-198

LA PRADELLE (de) Géraud, « La société civile internationale et l'accès au contentieux », in *L'émergence de la société civile internationale. Vers la privatisation du droit international ?*, H. Gherari et S. Szurek (sous dir.), Pedone, 2003, pp. 125-139

LAURENT Philippe, « L'émergence d'une société civile internationale », *Associations Transnationales*, 2002, pp. 9-17

LAURENT Sylvain, « Quelques considérations interinstitutionnelles. À propos de l'office du Haut représentant de l'Union pour les affaires étrangères et la politique de sécurité », *Petites Affiches*, 2008, n°25, pp. 6-11

LEBEN Charles, « La juridiction internationale », *Droits*, 1989, n°9, pp. 143-155

LÈBRE Jérôme, « Présence de l'État ou présence du peuple ? Volonté et théorie de la souveraineté dans les Principes de la philosophie du droit », in *Hegel penseur du droit*, J-F Kervégan et G. Marmasse (sous dir.), CNRS, 2004, pp. 227-243

LECLERC Stéphane, « Les droits du citoyen européen », in *La citoyenneté européenne*, S. Leclerc et J.-F. Akandji-Kombé (sous dir.), Bruylant, 2007, pp. 51-80

LECOURT Roseline, « Quelques observations sur la participation des États aux travaux de la Commission du *Codex alimentarius* », in *Les enjeux de la normalisation technique internationale. Entre environnement, santé et commerce international*, E. Brosset et É. Truilhé-Marengo (sous dir.), La documentation française, 2006, pp. 153-158

LEJEUNE Yves, « La nature juridique des organismes de coopération transfrontalière entre autorités régionales ou locales », in *Le droit des relations transfrontalières entre autorités régionales ou locales relevant d'États distincts. Les expériences franco-belge et franco-espagnole*, Y. Lejeune (sous dir.), Bruylant, 2005, pp. 95-145

LEJEUNE Yves, « L'apport du Conseil de l'Europe à l'élaboration d'un droit commun de la coopération transfrontalière », in *Vers un droit commun de la coopération transfrontalière ?*, H. Labayle (sous dir.), Bruylant, 2006, pp. 119-146

LEJEUNE Yves, « Les compétences internationales des collectivités territoriales. Approche comparée », in *L'action extérieure des collectivités territoriales. Bilan et Perspectives*, C. Mondou et A. Potteau (sous dir.), L'Harmattan, 2007, pp. 61-94

LEVRAT Nicolas, « L'émergence des instruments juridiques de la coopération transfrontière au sein du Conseil de l'Europe », in *Le droit des relations transfrontalières entre autorités régionales ou locales relevant d'États distincts. Les expériences franco-belge et franco-espagnole*, Y. Lejeune (sous la dir.), Bruylant, 2005, pp. 17-36

LEVRAT Nicolas, « Commentaire de la proposition de règlement communautaire relatif à l'institution d'un groupement européen de coopération territoriale dans la perspective de l'émergence d'un droit commun », in *Vers un droit commun de la coopération transfrontalière ?*, H. Labayle (sous dir.), Bruylant, 2006, pp. 147-177

LEVY Jean-Pierre, « La première décennie de l'Autorité internationale des fonds marins », *RGDIP*, 2005, pp. 101-122

LINKLATER Andrew, « Citizenship and Sovereignty in the Post-Westphalian European State », in *Re-imagining Political Community*, D. Archibugi, D. Held et M. Köhler (sous dir.), Polity Press, 1998, pp. 113-137

LOBO de SOUZA Marlinda, « The Role of State Consent in the Customary Process », *ICLQ*, 1995, vol. 44, pp. 521-539

LOQUIN Eric, « Où en est la *lex mercatoria* ? », in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^e siècle, Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Litec, 2000, pp. 23-51

LOUIS Jean-Victor, « La compétence de la CE de conclure des accords internationaux », in *Relations extérieures. Le droit de la CE et de l'Union européenne. Commentaire J. Megret*, t. 12, Éd. de l'Université de Bruxelles, 2^e éd., 2005, pp. 57-75

MAGNETTE Paul, « L'Union européenne : un régime semi-parlementaire », in *À quoi sert le Parlement européen*, P. Delwit, J.-M. De Waele et P. Magnette (sous dir.), Éditions complexe, 1999, pp. 25-54

MAHIOU Ahmed, « Le paradigme de la codification », in *La codification du droit international*, SFDI, Pedone, 1999, pp. 11-65

MAISANI Pauline, WIENER Florence, « Réflexions autour de la conception post-moderne du droit », *Droit et Société*, 1994, pp. 443-464

MALJEAN-DUBOIS Sandrine, « La 'gouvernance internationale des questions environnementales'. Les ONG dans le fonctionnement institutionnel des conventions internationales de protection de l'environnement », in *Une société internationale en mutation : quels acteurs pour une gouvernance ?*, L. Boisson de Chazournes et R. Mehdi (sous dir.), 2005, Bruylant, pp. 85-103

MAREK Krystyna, « Contribution à l'étude du jus cogens en droit international », in *Recueil d'études de droit international en hommage à P. Guggenheim*, Faculté de droit de l'Université de Genève, 1968, pp.426-459

MARZENA Kordela, « General Principles of Community Law as a Source of Law », in *Le Plurijuridisme*, J.-L. Bergel (sous dir.), Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2005, pp. 109-119

MAYER Pierre, « La neutralisation du pouvoir normatif de l'État en matière de contrats d'État », *JDI (Clunet)*, 1986, pp. 5-78

MAZUYER Emmanuelle, ROSA (de la) Stéphane, « La régulation sociale européenne et l'autorégulation : le défi de la cohérence dans le recours à la *soft law* », *CDE*, 2009, pp. 295-333

MEHDI Rostane, « Mutations de la société internationale et adaptations institutionnelles : le grand défi », in *Une société internationale en mutation : quels acteurs pour une gouvernance ?* L. Boisson de Chazournes et R. Mehdi (sous dir.), 2005, Bruylant, pp. 7-18

MELKEVIK Bjarne, « Le droit cosmopolitique : la reformulation habermasienne », 1998, non paginé, article accessible en ligne : <http://www.reds.msh-paris.fr/communication/textes/mel2.htm>

MELKEVIK Bjarne, « Habermas et la conception démocratique du droit », 2000, 6 p., article accessible en ligne : <http://www.reds.msh-paris.fr/communication/docs/mel5.pdf>

MESTRE Christian, « Le Parlement », in *Le Traité établissant une constitution pour l'Europe*, V. Constantinesco, Y. Gautier et V. Michel (sous dir.), Presses universitaires de Strasbourg, 2004, pp. 117-132

MESTRE Christian, « Conseil de l'Union européenne », Fascicule de l'*Encyclopédie Dalloz*, Répertoire de droit communautaire, mars 2011, 37 p.

MEYER Dorothee, « ONG: une catégorie juridique introuvable, une définition utilitaire. Réflexions sur une définition en droit des ONG », in *ONG et Humanitaire*, J. Simeant et P. Dauvin (sous dir.), L'Harmattan, 2004, pp. 139-161

MILANI Carlos, « La complexité dans l'analyse du système-monde : l'environnement et les régulations mondiales », *Droit et société*, 2000, pp. 425-455

MILAS René, « La politique étrangère et de sécurité commune de l'Union européenne : la volonté et l'engagement extérieure de l'UE », *RDUE*, 2005, pp. 273-310

MOCKLE Daniel, « Mondialisation et État de droit », *Les Cahiers de droit*, vol. 41, 2000, pp. 237-288

MOCKLE Daniel, « Gouverner sans le droit ? Mutations des normes et nouveaux modes de régulation », *Les Cahiers de droit*, 2002, vol. 43, pp. 143-211

MOCKLE Daniel, « La gouvernance publique et le droit », *Les Cahiers de droit*, vol. 47, 2006, pp. 89-165

MOHAMED MAHMOUD Mohamed Salah, « Mondialisation et souveraineté de l'État », *JDI (Clunet)*, 1996, pp. 611-662

MORAND Charles-Albert, « La souveraineté, un concept dépassé à l'heure de la mondialisation ? », in *L'ordre juridique international, un système en quête d'équité et d'universalité, Liber amicorum Georges Abi-Saab*, MNP, 2001, pp. 151-175

MORAND Charles-Albert, « Le droit saisi par la mondialisation : définitions, enjeux et transformations », in *Le droit saisi par la mondialisation*, C.-A. Morand (sous dir.), Bruylant, 2001, pp. 81-105

MORAND Charles-Albert, « Régulation, complexité et pluralisme juridiques », *Mélanges Paul Amselek*, Bruylant, 2005, pp. 615-630

MOREAU DEFARGES Philippe, « Partenariat, mondialisation et régionalisation », in *Le partenariat de l'Union Européenne avec les pays tiers, conflits et convergences*, M.-F. Labouz (sous dir.), Bruylant, 2000, pp. 39-46

MORIN Pierre-François, « Place des acteurs privés dans le processus de normalisation du Codex alimentarius », in *Les enjeux de la normalisation technique internationale. Entre environnement, santé et commerce international*, E. Brosset et É. Truilhé-Marengo (sous dir.), La documentation française, 2006, pp. 175-186

MOSSLER Geneviève, « La politique étrangère de sécurité et de défense et le traité de Lisbonne, Avancée ou *Statu Quo* », *Politeia*, 2008, n°13, pp. 295-317

MOUTON Jean-Denis, « La notion d'État et le droit international public », *Droits*, 1992, pp. 45-58

MOUTON Jean-Denis, « L'État selon le droit international : diversité et unité », in *L'État souveraine à l'aube de 21^e siècle*, SFDI, Pedone, 1994, pp. 79-106

MOUTON Jean-Denis, « Retour sur l'État souveraine à l'aube du 21^{ème} siècle », in *État, société et pouvoir à l'aube du 21^e siècle, Mélanges en l'honneur du professeur François Borella*, 1999, pp. 319-334

MOUTON Jean-Denis, « Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux États dans le système communautaire ? », in *Les dynamiques du droit européen en début de siècle, Études en l'honneur de Jean-Claude Gautron*, Pedone, 2004, pp. 463-477

MOUTON Jean-Denis, « Réflexions sur la nature de l'Union européenne à partir de l'arrêt Rottmann », *RGDIP*, 2010, pp. 257-280

MUNCK (de) Jean, LENOBLE Jacques, « Droit négocié et procéduralisation », in *Droit négocié, droit imposé?*, F. Ost, P. Gérard et M. van de Kerchove (sous dir.), Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 2006, pp. 171-196

NAGAN Winston P., HAMMER Craig, « The Changing Character of Sovereignty in International Law and International Relations », *CJTL*, 2004, vol. 43, pp. 141-187

NEFRAMI Eleftheria, « La politique étrangère et de sécurité commune et l'identité de l'Union européenne », *AFDI*, 2004, pp. 826-860

NIGGLI Peter et ROTHENBÜHLER André, « ONG et gouvernance mondiale : une légitimité contestée », *ASPD*, Vol. 23, n°2, 2004, accessible en ligne : <http://aspd.revues.org/447>, pp. 25-31

ORAISON André, « Réflexions sur 'l'organe judiciaire principal des Nations Unies' (Stratégies globales et stratégies sectorielles de la Cour internationale de Justice », *RBDI*, 1995, pp. 397-467

OSMAN Filali, « Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandations, déontologie, éthique, etc. : réflexion sur la dégradation des sources privées du droit », *RTDC*, 1995, p. 509-530

OST François, « Jupiter, Hercule, Hermès : trois modèles du juge », in *La force du droit*, P. Bouretz (sous dir.), Éditions Esprit, 1991, pp. 241-272

OST François, « Mondialisation, globalisation, universalisation : s'arracher, encore et toujours, à l'état de nature », in *Le droit saisi par la mondialisation*, C.-A. Morand (sous dir.), Bruylant, 2001, pp. 5-36

OST François et KERCHOVE (van de) Michel, « Pluralisme temporel et changement », in *Nouveaux itinéraire en droit, Hommage à F. Rigaux*, Bruylant, 1993, pp. 388-412

PAQUEROT Sylvie, « Les exigences de l'État de droit dans le concept de patrimoine commun de l'humanité : réflexion autour de la mise en représentation de la légitimité au plan international », in *Mondialisation et État de droit*, D. Mockle (sous la dir.), Bruylant, 2002, pp. 321-350

PÉCHEUL Armel, « La souveraineté et le traité de Lisbonne », *Politeia*, 2008, n°13, pp. 169-191

PELLET Alain, « Le glaive et la balance, Remarques sur le rôle de la CIJ en matière de maintien de la paix et de la sécurité internationales », in *International Law at a Time of Perplexity, Essays in Honour of Shabtai Rosenne*, MNP, 1989, pp. 539-566

PELLET Alain, « La formation du droit international dans le cadre des Nations Unies », *Journal Européen de droit international (EJIL)*, vol. 6, 1995, pp. 401-425

PELLET Alain, « Les fondements juridiques internationaux du droit communautaire », Académie de droit européen, Florence, *Recueil des cours*, Kluwer Law International, 1997, vol. V, t. 2, pp. 193-271

PELLET Alain « Le droit international à l'aube du XXIème siècle. La société internationale contemporaine - permanences et tendances nouvelles », in *Cours euro-méditerranéens Bancaja de droit international*, vol. I, 1998, pp. 19-112.

PELLET Alain, « « Pour la Cour pénale internationale quand même! - Quelques remarques sur sa compétence et sa saisine », *L'Observateur des Nations Unies*, n° 5, 1998, pp. 143-163

PELLET Alain, « La *lex mercatoria*, 'tiers ordre juridique' ? Remarques ingénues d'un internationaliste de droit public », in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^e siècle, Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Litec, 2000, pp. 53-74

PELLET Alain, « La participation des collectivités territoriales non-étatiques aux organisations internationales : le cas de l'Organisation mondiale du Tourisme (OMT) », in *Les collectivités territoriales non-étatiques dans le système juridique international*, SFDI, Pedone, 2002, pp. 145-156

PELLET Alain, « Le renforcement du rôle de la CIJ », in *Quel droit internationale pour le 21^{ème} siècle ?*, Yves Sandoz (sous dir.), Bruylant, 2007, p. 133-143

PELLET Alain, « Cours général : le droit international entre souveraineté et communauté internationale », *Anuário brasileiro de direito internacional*, 2007, vol. 2, pp. 10-75

PELLET Alain, « Lotus que de sottises on profère en ton nom, remarques sur le concept de souveraineté dans la jurisprudence de la Cour mondiale », in *L'État souverain dans le monde d'aujourd'hui, Mélanges en l'honneur de J. P. Puissechet*, Pedone, 2008, pp. 215-230

PESCATORE Pierre, « La souveraineté dans une société d'inégaux, pouvoir suprême... coalisable, partageable, divisible, intégrable... responsable ? justiciable ? », in *L'État souverain dans le monde d'aujourd'hui, mélanges en l'honneur de J. P. Puissechet*, Pedone, 2008, pp. 231-245

PETERS Anne, « Le droit d'ingérence et le devoir d'ingérence – vers une responsabilité de protéger », *Revue de droit international et droit comparé*, 2002, pp. 290-308

PETERS Anne, « Humanity as the A and Ω of Sovereignty », *EJIL*, 2009, pp. 513-544

PETEV Valentin, « Pluralisme juridique, construction européenne et droits participatifs », in *Le Pluralisme*, APD, t. 49, 2006, pp. 13-20

PETIT Yves, « L'architecture institutionnelle de l'Union européenne sous les *fourches caudines* de la Cour constitutionnelle de Karlsruhe. Observations sur l'arrêt Lisbonne du 30 juin 2009 », VIII^e Congrès national de l'AFDC, Nancy 16, 17, 18 juin 2011, Atelier n° 2 – Droit constitutionnel et droit externe, accessible en ligne : <http://www.droitconstitutionnel.org/congresNancy/comN2/petitTD2.pdf>, 25 p.

PETIT Yves, « Le Traité de Lisbonne et le renforcement du Parlement européen », in *Les transformations du droit public*, M. Conan et B. Thomas-Tual (sous dir.), La Mémoire du droit, 2010, pp. 97-142

PICOT Hélène, « D'un degré de la force normative : la force impérative en droit international public », in *La force normative, naissance d'un concept*, C. Thibierge (sous dir.) et alii, Bruylant, 2009, pp. 345-358

PINTO Moragodage C. W., « 'Common Heritage of Mankind' :From Metaphor to Myth, and the Consequences of Constructive Ambiguity », in *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century, Essays in Honour of K. Skubiszewski*, Kluwer Law International, 1996, pp. 249-268.

PIRIS Jean-Claude, « L'Union européenne : vers une nouvelle forme de fédéralisme ? », *RTDE*, 2005, pp. 243-260

POLLMANN Christopher, « La frontière : horizon indépassable de l'humanité ou pouvoir objectif », *RDP*, 1999, pp. 481-499

PONTIER Jean-Marie, « La notion de compétences régaliennes dans la problématique de la répartition des compétences entre les collectivités publiques », *RDP*, 2003, pp. 193-237

PONTIER Jean-Marie, « La problématique du territoire et du droit », in *Droit et complexité. Pour une nouvelle intelligence du droit vivant*, Doat M., Le Goff J., Pédrot P. (sous dir.), Presses universitaires de Rennes, 2007, pp. 39-62.

POULIGNY Béatrice, « Acteurs en enjeux d'un processus équivoque. La naissance d'une 'international civile' », *Critique Internationale*, n°13, octobre 2001, pp. 163-176

PREUß Ulrich K., « Citizenship in the European Union : a Paradigm for Transnational Democracy ? », in *Re-imagining Political Community*, D. Archibugi, D. Held et M. Köhler (sous dir.), Polity Press, 1998, pp. 138-151

PUIG Pascal, « Hiérarchie des normes : du système au principe », *RTDC*, 2001, pp. 749-

QUINTANE Guy, « La procéduralisation du droit public, promesses ou menace ? », in *Les évolutions du droit. Contractualisation et procéduralisation*, C. Pigache (sous dir.), Publications de l'Université de Rouen, 2004, pp. 167-176

RASMUSSEN Hjalte, « Le juge international en évitant de statuer obéit-il à un devoir judiciaire fondamental ? », in *La juridiction internationale permanente*, SFDI, Pedone, pp. 383-407

REISMAN William Michael, « Souveraineté et droits de l'homme dans le droit international contemporain », article traduit par A. Bordg, in *L'école de New Haven de droit international*, W. M. Reisman, Pedone, 2010, pp. 243-265

REUTER Paul, « La personnalité juridique internationale du comité international de la Croix-Rouge », in *Études en l'honneur de J. Pictet*, MNP, 1984, pp. 783-791

REUTER Paul, « Organisations internationales et évolution du droit », in *Le développement de l'ordre juridique international, Écris de droit international*, Economica, 1995, pp. 115-127

RIALS Stéphane, « La puissance étatique et le droit dans l'ordre international. Éléments d'une critique de la notion usuelle de 'souveraineté externe' », in *Le droit international*, APD, 1987, vol. 32, pp.

RIALS Stéphane, « Ouverture : office du juge », *Droits*, 1989, pp.

RIGAUDIERE Albert, « L'invention de la souveraineté », *Pouvoirs*, n°67, 1993, pp. 5-20

RIGAUX Anne, « Derrière les rideaux de fumée du Traité de Lisbonne : le 'retour' des États », in *La France, l'Europe et le Monde, Mélanges en l'honneur de Jean Charpentier*, Pedone, 2008, pp. 447-465

ROCA Pierre, RASMUSSEN Ann, PONZANO Paolo, « Le Parlement européen affirme ses pouvoirs », in *La construction d'un parlement : 50 ans d'histoire du Parlement européen*, la deuxième partie, Y. Mény (sous dir.), Communautés Européennes, 2009, pp. 139-230

ROCHER Guy, « Les 'phénomènes d'internormativité' : faits et obstacles », in *Le droit soluble. Contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, J.-G. Belley (sous dir.), LGDJ, 1996, pp. 25-42

ROLIN Henri, « De la volonté générale dans les organisations internationales », in *La technique et les principes du droit public. Études en l'honneur de Georges Scelle*, t. II, LGDJ, 1950, pp. 553-564

ROTH Robert, « Droit pénal transnational : un droit pénal sans Etat et sans territoire ? », in *Le droit saisi par la mondialisation*, C.-A. Morand (sous dir.), Bruylant, 2001, pp. 131-145

ROUBIER Paul, « De la légitimité des situations juridiques », *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, vol. 1, *Théorie générale du droit*, Bruylant, 1963, pp. 265-291

ROUSSEAU Charles, « L'aménagement des compétences en droit international », *RGDIP*, 1930, pp.420-460

ROUSSEAU Charles, « Crise de la justice internationale ? », in *Le juge et le droit public, Mélanges offerts à M. Waline*, LGDJ, 1974, t.1, pp. 259-265

RUIZ FABRI Hélène, « Le règlement des différends au sein de l'OMC : naissance d'une juridiction, consolidation d'un droit », in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^e siècle, Mélanges en l'honneur de P. Kahn*, Litec, 2000, pp. 303-334

RUIZ FABRI Hélène, « La contribution de l'Organisation Mondiale du Commerce à la gestion de l'espace juridique mondial », in *La mondialisation du droit*, E. Loquin et C. Kessedjian (sous dir.), Litec, 2000, pp. 347-380

RUIZ FABRI Hélène, « Le Conseil de l'Europe et les collectivités infra-étatiques : Peut-on parler de libertés locales », in *Les collectivités territoriales non-étatiques dans le système juridique international*, SFDI, Pedone, 2002, pp. 169-184

SACHWALD Frédérique, « La mondialisation comme facteur d'intégration régionale », *Politique étrangère*, n°2, 1997, pp. 257-264

SADAT Leila Nadia, « Redefining universal jurisdiction », *New England Law Review*, vol. 35, 2001, pp. 241-263

SAHOVIC Milan, « Le problème de l'efficacité du droit international », in *Theory of international law at the threshold of the 21st century, essays in honour of K. Skubiszewski*, Kluwer Law International, 1996, pp. 275-281

SAHOVIC Milan, « Le système normatif du droit international et la société internationale contemporaine », in *Studi di diritto internazionale in onore di G. Arangio-Ruiz*, Editoriale Scientifica, vol.1, 2004, pp. 421-426

SALMON Jean, « Le procédé de la fiction en droit international public », *RBDI*, 1974, pp. 11-35

SALMON Jean, « Les notions à contenu variable en droit international public », in *Les notions à contenu variable en droit*, C. Perelman et R. Vander Elst (sous dir.), Bruylant, 1984, pp. 251-268

SALMON Jean, « Les accords non formalisés ou 'solo consensu' », *AFDI*, 1999, pp. 1-28.

SALMON Jean, « Le droit international à l'épreuve au tournant du XXI^{ème} siècle », *Cours Euroméditerranéens Bancaja de droit international*, vol. VI, 2002, pp. 35-363

SANDOZ Yves, « Rapport introductif », in *Quel droit internationale pour le 21^e siècle ?*, Y. Sandoz (sous dir.), Bruylant, 2007, pp. 5-41

SANTULI Carlo, « Qu'est-ce qu'une juridiction internationale ? Des organes répressifs internationaux à l'ORD », *AFDI*, 2000, pp. 58-81

SAROOSHI Dan, « The Essentially Contested Nature of the Concept of Sovereignty: Implications for the Exercise by International Organizations of Delegated Powers of Government », *MJIL*, 2004, pp. 1107-1139

SCELLE Georges, « Critique du soi-disant domaine de 'compétence exclusive' », *Revue de droit international et de législation comparée*, 1933, pp. 365-394

SCELLE Georges, « Essai sur les sources formelles du droit international », *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de F. Gèny*, t. 3, Sirey, 1934, pp. 400-430

SCELLE Georges, « Le phénomène juridique du dédoublement fonctionnel », in *Rechtsfragen der Internationalen Organisation, Festschrift für H. Wehberg*, Vittorio Klostermann, 1956, pp. 324-342

SCHIFF BERMAN Paul, « From International Law to Law and Globalization », *CJTL*, vol. 43, 2005, pp. 485-556

SCHMITTER Catherine et SMITS Catherine, « La politique commerciale commune et les accords commerciaux », in *Relations extérieures. Le droit de la CE et de l'Union européenne*. Commentaire J. Megret, 2^e éd., 2005, pp. 215-291

SCHNEIDER Catherine, « L'Europe des régions : la réforme de la Conférence permanente des pouvoirs locaux et régionaux du Conseil de l'Europe », *AFDI*, 1994, pp. 597-617

SCHNEIDER Catherine, « La souveraineté de l'État au carrefour du droit international et du droit administratif. Réflexions sur les développements récents du droit transnational de l'action extérieure des collectivités infraétatiques », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gustave Peiser*, PUG, 1995, pp. 423-449

SCHOLTE Jan Aart, « Société civile et gouvernance mondiale », in *Gouvernance mondiale*, P. Jacquet, J. Pisani-Ferry, L. Tubiana *et al.*, La documentation française, 2002, pp. 211-232

SEILER Daniel-Louis, « Les parlements entre ‘gouvernement’ et ‘concordance’ », in *Vers un renouveau du parlementarisme en Europe ?*, O. Costa, E. Kerrouche et P. Magnette (sous dir.), Editions de l’Université de Bruxelles, 2004, pp. 57-72

SEGRESTIN Denis, « La normalisation de la qualité et l’évolution de la relation de production », *REI*, 1996, n°75, pp. 291-307

SHELTON Dinah, « Normative Hierarchy in International Law », *AJIL*, 2006, pp. 291-323

SIMMA Bruno, « Consent: Strains in the Treaty System », in *The Structure and Process of International Law*, R. S. J. Macdonald and D. M. Johnston (sous dir.), 1983, MNP, pp. 485-511

SIMMA Bruno, « NATO, the UN and the Use of Force : Legal Aspects », *EJIL*, 1999, pp. 1-22.

SINGH Nagendra, « Introduction. Le droit des espaces internationaux » in *Droit international, Bilan et perspectives*, M. Bedjaoui (rédacteur général), t. II, Pedone, 1991, pp. 879-891

SLOAN Blaine, « General Assembly resolutions revisited », *BYBIL*, 1987, pp. 39-150

SINTOMER Yves, « Weber, Habermas et la sociologie du droit », in *La sociologie du droit de Max Weber*, J.P. Heurtin, N. Molfessis (sous dir.), Dalloz, 2006, p. 61-88

SNYDER Francis, « Europeanisation and Globalization as Friends and Rivals : European Union Law in Global Economic Networks », in *The Europeanisation of Law : The Legal Effects of European Integration*, F. Snyder (sous dir.), Hart Publishing, Oxford, 2000, pp. 293-320

SOHN Louis B., « Multiple Representation in International Assemblies », *AJIL*, 1946, pp. 71-99

SOREL Jean-Marc, « La prise en compte des collectivités territoriales non-étatiques par les organisations internationales à vocation universelle », in *Les collectivités territoriales non-étatiques dans le système juridique international*, SFDI, Pedone, 2002, pp. 125-153

SOREL Jean-Marc, « Le rôle du droit international dans le développement du pluralisme (et vice versa) : une liaison moins naturelle qu'il n'y paraît », in *Droit et pluralisme*, L. Fontaine (sous dir.), Bruylant, 2007, pp. 73-99

SOUSA SANTOS (de) Boaventura, « Droit : une carte de la lecture déformée. Pour une conception post-moderne du droit », *Droit et société*, 1988, pp. 379-405

STEIGER Heinhard, « Plaidoyer pour une juridiction internationale obligatoire », in *Theory of international law at the threshold of the 21st century, essays in honour of K. Skubiszewski*, Kluwer Law International, 1996, pp. 817-832

STEINBERGER Helmut, « Sovereignty », in *Encyclopedia of Public International Law*, R. Bernhardt (sous dir.), Elsevier, vol. 4, 2000, pp. 500-521

STEPHANOU Constantine A., « Le principe d'égalité statutaire des États », in *Le droit de l'Union européenne en principes, liber amicorum en l'honneur de Jean Raux*, Éd. Apogée, 2006, pp. 373-391

STOLL Peter-Tobias, « Le droit internationale économique face aux défis de la mondialisation », *RGDIP*, 2009, pp. 273-303

SUR Serge, « Quelques observations sur les normes juridiques internationales », *RGDIP*, 1985, pp. 901-928

SUR Serge, « Sur quelques tribulations de l'État dans la société internationale », *RGDIP*, 1993, pp. 881-899

SUR Serge, « Vers une Cour pénale internationale : la Convention de Rome entre les ONG et le Conseil de sécurité », *RGDIP*, 1999, pp. 29-45

SUR Serge, « Les phénomènes de mode en droit international », in *Le droit international et le temps*, SFDI, Pedone, 2001, pp. 49-65

SUR Sur, « La Résolution 1540 du Conseil de sécurité (28 avril 2004) : Entre la prolifération des armes de destruction massive, le terrorisme et les acteurs non étatiques », *RGDIP*, 2004, pp. 855-882

SUY Erik, « Réflexions sur la distinction entre la souveraineté et la compétence territoriale », in *Internationale Festschrift für Alfred Verdross*, W. Fink, 1971, pp. 493-508

SUY Erik, « Rôle et signification du consensus dans l'élaboration du droit international », *Le droit international à l'heure de sa codification. Études en l'honneur de R. Ago*, t. I, A. Giuffrè Editore, 1987, pp. 521-542

SZUREK Sandra, « La société civile internationale et l'élaboration du droit international », in *L'émergence de la société civile internationale. Vers la privatisation du droit international ?*, H. Gherari et S. Szurek (sous dir.), Pedone, 2003, pp. 49-83

SZUREK Sandra, « Responsabilité de protéger, nature de l'obligation et responsabilité internationale », in *La responsabilité de protéger*, SFDI, Pedone, 2008, pp. 91-134

TALMON Stefan, « The Constitutive Versus the Declaratory Theory of Recognition : Tertium non Datur ? » *BYBIL*, 2004, pp. 101-181

TAVARES de PINHO Antonio, « L'admission de la Communauté économique européenne comme membre de l'organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture (FAO) », *RMC*, 1993, pp. 656-673

TAVERNIER Paul, « Réussite ou échec 40 ans après l'adoption des pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme ? », in *Droit international et diversité des cultures juridiques*, J.-M. Thouvenin, C. Tomuschat (sous dir.), SFDI, Pedone, 2008, pp. 413-419

TERRÉ Dominique, « Le pluralisme et le droit », in *Le Pluralisme*, APD, t. 49, 2006, pp. 69-83

TEUBNER Gunther, « Global Bukowina : Legal Pluralism in the World Society », in *Global Law without a State*, G. Teubner (sous dir.), Dartmouth, 1997, pp. 3-28

TEUBNER Gunther, « Un droit spontané dans la société mondiale ? », in *Le droit saisi par la mondialisation*, C.-A. Morand (sous dir.), Bruylant, 2001, pp. 197-220

THIBIERGE Catherine, « Le droit souple, réflexion sur les textures du droit », *RTDC*, 2003, pp. 599-628

THIBIERGE Catherine, « Au cœur de la norme : le tracé et la mesure. Pour une distinction entre normes et règles de droit », in *L'égalité*, APD, t. 51, 2008, pp. 341-371

THIBIERGE Catherine, « Synthèse », in *La force normative, naissance d'un concept*, C. Thibierge (dir. scientifique) et *alii*, Bruylant, 2009, p. 741-846

THIERRY Hubert, « Au sujet du juge ad hoc », in *Liber Amicorum in memoriam of Judge José Maria Ruda*, Kluwer Law International, 2000, pp. 285-289

THIERRY Hubert, « Le droit d'ingérence n'existe pas », in *La France, l'Europe et le Monde, Mélanges en l'Honneur de Jean Charpentier*, Pedone, 2008, pp. 233-237

THOMÉ Nathalie, « Participation et représentation des états dans l'élaboration des normes du *Codex alimentarius* », in *Les enjeux de la normalisation technique internationale. Entre environnement, santé et commerce international*, E. Brosset et É. Truilhé-Marengo (sous dir.), La documentation française, 2006, pp. 91-104

THOUVENIN Jean-Marc, « Collectivités territoriales non-étatiques et Union européenne », in *Les collectivités territoriales non-étatiques dans le système juridique international*, SFDI, Pedone, 2002, pp. 185-195

THOUVENIN Jean-Marc, « Genèse de l'idée de responsabilité de protéger », in *La responsabilité de protéger*, SFDI, Pedone, 2008, pp. 21-38

TOMUSCHAT Christian, « Yugoslavia's damaged sovereignty over the province of Kosovo », in *State, Sovereignty and International Governance*, G. Kreijen (sous dir.), Oxford University Press, 2002, pp.

TOURET Denis, « Le principe de l'égalité souveraine des États, fondement du droit international », *RGDIP*, 1973, pp. 136-199

TRAVERS Emeric, « Volonté et puissance étatiques : Duguit critique de Rousseau, Kant et Hegel », *RRJ*, 2004, pp. 1711-1730

TRUDEL Pierre, « Les effets juridiques de l'autorégulation », *Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke*, 1988, n°19, pp. 247-276

TRUDEL Pierre, « La *lex electronica* », in *Le droit saisi par la mondialisation*, C.-A. Morand (sous dir.), Bruylant, 2001, pp. 221-268

TRUYOL y SERRA Antonio, « Souveraineté », in *Vocabulaire juridique fondamental du droit*, APD, t. 35, 1990, pp. 313-326

VAHLAS Alexis, « Souveraineté et droit de retrait au sein de l'Union européenne », *RDP*, 2005, t.121, pp. 1565-1600

VARELLA Marcelo Dias, « Le rôle des organisations non gouvernementales dans le développement du droit international de l'environnement », *JDI (Clunet)*, 2005, pp. 41-76

VEILLEUX Anik, « Régulation des FMN par le biais des codes de conduite », 2003, 14 p., article accessible en ligne à http://www.unites.uqam.ca/grama/pdf/Regulation_des_FMN-Veilleux.pdf

VERHOEVEN Joe, « L'État et l'ordre juridique international », *RGDIP*, 1978, pp. 749-774

VERHOEVEN Joe, « La notion d'«applicabilité directe» du droit international », *RBDI*, 1980, pp. 243-264

VERHOEVEN Joe, « À propos de la fonction de juger en droit international public », in *Fonction de juger et pouvoir judiciaire, Transformations et déplacements*, P. Gérard, F. Ost, M. van de Kerchove (sous dir.), Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1983, pp. 447-468

VERHOEVEN Joe, « Le droit, le juge et la violence », *RGDIP*, 1987, pp.

VERHOEVEN Joe, « La reconnaissance internationale », *AFDI*, 1993, pp.7-40

VEUTHEY Michel, « Le rôle des acteurs non étatiques dans le respect du droit international humanitaire », *AFRI*, 2009, vol. X, pp. 993-1020

VIRALLY Michel, « La notion de fonction dans la théorie de l'organisation internationale », in *La Communauté internationale, Mélanges offerts à Ch. Rousseau*, Pedone, 1974, pp. 277-300

VIRALLY Michel, « Les relations entre organisations régionales et organisations universelles », in *Régionalisme et universalisme dans le droit international contemporain*, SFDI, Pedone, 1977, pp. 147-165

VIRALLY Michel, « Une pierre d'angle qui résiste au temps : avatars et pérennité de l'idée de souveraineté » in *Les relations internationales dans un monde en mutation*, R. Blackhurst (sous dir.), IUHEI, Sijthoff, 1977, pp. 179-195

VIRALLY Michel, « Définition et classification des organisations internationales : approche juridique », in *Le concept d'organisation internationale*, G. Abi-Saab (dir.), Unesco, 1980, pp. 51-67

VIRALLY Michel, « Le champ opératoire du règlement judiciaire international », *RGDIP*, 1983, pp. 281-314

VIRALLY Michel, « Réflexions sur le *jus cogens* », in *Le droit international en devenir*, PUF, 1990, pp. 147-168

VIRALLY Michel, « La valeur juridique des recommandations des organisations internationales », *AFDI*, 1956, pp. 66-96, republié également dans son ouvrage intitulé *Le droit international en devenir. Essais écrits au fil des ans*, 1990, PUF, pp. 169-194

VISSCHER (de) Charles, « Quelques réflexions sur le règle de l'unanimité dans l'organisation internationale », *Mélanges offerts à Ernest Mahaim, Sciences juridiques*, t. II, Sirey, 1935, pp. 106-116

VISSCHER (de) Charles, « Positivisme et *jus cogens* », *RGDIP*, 1971, pp. 5-11

VISSCHER (de) Paul, « Valeur et autorité des actes des organisations internationales », in *Manuel sur les organisations internationales*, R.-J. Dupuy (sous dir.), M. Nijhoff, 1988, pp. 307-332

VUILLERMOZ Riccardo, « L'État face à l'action extérieure des collectivités subétatiques. Opportunités et/ou contraintes ? », in *L'action extérieure des entités subétatiques: pour une approche comparée Europe, Amérique du Nord*, F. Massart-Piérard (sous dir.), Presses universitaires de Louvain, 2008, pp. 25-34

WALLERSTEIN Immanuel, « The New World Disorder: If the States Collapse, Can the Nations be United ? » in *Between Sovereignty and Global Governance, The United Nations, the State and Civil Society*, A. J. Paolini, A. P. Jarvis et C. Reus-Smit (sous dir.), 1998, pp. 171-185

WALSCHE (de) Aline, « La procédure de conclusion des accords internationaux », in *Relations extérieures. Le droit de la CE et de l'Union européenne. Commentaire J. Megret*, 2^e éd., 2005, pp. 77-111

WECKEL Philippe, « La Cour pénale internationale. Présentation générale », *RGDIP*, 1998, pp. 983-993.

WEERTS Laurence, « Quatre modèles théoriques pour penser la société civile dans l'ordre juridique international », 50 p., (accessible en ligne : http://www.ulb.ac.be/droit/cdi/fichiers/modeles_theoriques.pdf), également publiée in *Société civile et démocratisation des organisations internationales*, N. Angelet et al., Academia Press, 2005, pp. 107-162.

WEERTS Laurence, « De la souveraineté à la responsabilité entre fiction et 'effet de réel' », in *Droit du pouvoir, pouvoir du droit, Mélanges offerts à J. Salmon*, Bruylant, 2007, pp. 711-728

WEIL Prosper, « Vers une normativité relative en droit international ? », *RGDIP*, 1982, pp. 5-47

WEIL Prosper, « Principes généraux du droit et contrats d'États », in *Le droit des relations économiques internationales, Études offertes à Berthold Goldman*, Litec, 1982, pp. 387-414

WEIL Prosper, « Compétence et saisine : un nouvel aspect du principe de la juridiction consensuelle », in *Theory of international law at the threshold of the 21st century, Essays in honour of K. Skubiszewski*, Kluwer Law International, 1996, pp. 833-848

WEIL Prosper, « Le principe de la juridiction consensuelle à l'épreuve du feu : à propos de l'arrêt de la Cour internationale de Justice dans l'affaire de la *Compétence en matière de pêcheries (Espagne c/ Canada)* », in *Liber Amicorum in Memoriam of Judge José Maria Ruda*, Kluwer Law International, 2000, pp. 147-178

WIEDERKEHR Marie-Odile, « La convention européenne sur la reconnaissance de la personnalité juridique des organisations internationales non gouvernementales », *AFDI*, 1987, p. 749-761

WISMER Nicolas, « Les obstacles à un droit commun de la coopération transfrontalière », in *Vers un droit commun de la coopération transfrontalière ?*, H. Labayle (sous la dir.), Bruylant, 2006, pp. 27-62

WITTE (de) Bruno, « Direct Effect, Supremacy and the Nature of Legal Order », in *The evolution of EU Law*, P. Craig and G. de Burca (sous dir.), Oxford, 1999, pp. 177-213

WOLF Francis, « Élaboration, adoption, coordination, les activités normatives et quasi normatives », in *Manuel sur les organisations internationales*, R.-J. Dupuy (sous dir.), M. Nijhoff, 1988, pp. 283-285

Rapports et autres documents

Agenda pour la paix, Rapport présenté par B. Boutros-Ghali, Secrétaire générale des Nations Unies, au sommet du Conseil de sécurité, 17 Juin 1992, A/47/277 - S/24111

Our Global Neighbourhood, Rapport de la Commission sur la Gouvernance Globale, Oxford University Press, 1995, 410 p.

Rapport sur les défis et la conduite des affaires mondiales et la réforme de l'ONU, 23 février 1999, doc. n° A4-0077/99

Nous le peuples : le rôle des Nations Unies au XXIe siècle, Rapport du Millénaire du Secrétaire général du 27 mars 2000, Doc. A/54/2000

La Commission et les organisations non gouvernementales: le renforcement du partenariat, Document de discussion de la Commission européenne, 18 janvier 2000, COM(2000) 11 final

Le Livre blanc sur la gouvernance européenne, Commission des Communautés européennes, 25 juillet 2001, COM(2001) 428 final

Responsabilité de protéger, Commission internationale de l'intervention et de la souveraineté des États, 2001

Gouvernance européenne : Mieux légiférer, Communication de la Commission, COM(2002) 275/Final 2

Document final du sommet mondial de 2005, Résolution de l'AG de l'ONU A/60/L.1

La contribution de la France au Progrès des pays en développement, Conseil économique et Social, édition des Journaux Officiels, 2001, pp. II-108 – II-145

Un monde plus sûr : notre affaire à tous, Rapport du Groupe de personnalités de haut niveau sur les menaces, les défis et le changement, 2 décembre 2004, A/59/565

Rapport de la Commission internationale d'enquête sur le Darfour au Secrétaire générale des Nations Unies, Commission de A. Cassese, Rapport établi en application de la résolution 1564 (2004) du Conseil de sécurité, 2005, S/2005/60

Déclaration tripartite de principes concernant les entreprises multinationales et la politique sociale, OIT, 2006

Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international, Rapport du Groupe d'étude présenté par M. Koskenniemi (président), 13 avril 2006, A/CN.4/L.682 CDI, 58^e session 2006

Table des Matières

Table des Sigles	7
Sommaire	11
Introduction	15
I. La souveraineté, une notion abstraite	17
A. Une notion mythique	17
B. Une notion polysémique	19
C. Une notion relativisée.....	25
II. La souveraineté explique la configuration état-centrique de l'ordre juridique international	29
A. La centralisation du pouvoir politique dans l'État.....	30
B. La consolidation du pouvoir étatique.....	32
1. La divinisation de l'État.....	32
2. L'affermissement du pouvoir étatique par la théorie de la volonté générale	35
C. La maîtrise de l'espace juridique par l'État.....	38
III. La souveraineté fonde la structure horizontale de la société internationale	42
Première Partie : La souveraineté des États comme logique structurante de l'ordre juridique international	49
Titre I : La logique interétatique et la structure normative du droit international	53
Chapitre I : L'intersubjectivité de la norme internationale	55
Section I : L'intersubjectivité relevant de l'origine interétatique de la formation du droit international	55
Paragraphe I. L'intersubjectivité dans un droit interétatique	55
A. l'intersubjectivité exprimant l'origine sociale du droit international	56
1. L'intersubjectivité correspondant au point de rencontre des subjectivités	56
a. Une notion entre l'objectif et le subjectif	56
b. La formation sociale des subjectivités.....	60
2. L'intersubjectivité traduite dans l'ordre international comme interétatisme.....	61
B. La logique intersubjective dans les théories sur la formation du droit international	63
1. La théorie des sources en droit international	63
a. La notion de source formelle selon l'article 38	63
b. Le rapport entre sources matérielles et sources formelles.....	66
2. Une théorie des sources inadaptée à la logique intersubjective	68
a. Un formalisme excessif.....	68
b. Une compréhension erronée des sources matérielles.....	69
Paragraphe II. L'État dans la formation intersubjective	71
A. La formation classique du droit international.....	72
1. La formation consensualiste du droit international : un droit purement interétatique	72
a. L'objet de la formation consensualiste : les traités internationaux	73

b. Le rôle du consentement de l'État dans la formation consensualiste.....	75
i. Le consentement : un terme nuancé par rapport à la notion de « volonté »	76
ii. Le respect et la protection du consentement en tant que principe cardinal du droit international.....	79
2. La formation spontanée du droit international : l'État omniprésent.....	82
a. L'État comme une référence incontournable dans l'accumulation des éléments constitutifs de la formation coutumière	82
b. Le rôle du consentement de l'État dans la formation spontanée.....	85
i. Un rôle quasi inexistant dans un processus spontané	86
ii. Une spontanéité diluée : objection persistante.....	89
B. L'évolution des modes de formation du droit international	93
1. Le vecteur de l'évolution : l'institutionnalisation de la formation du droit international	93
a. La contribution normative de l'Organisation mondiale	94
i. Une contribution matérielle à la formation de nouvelles règles	94
ii. L'aspect formel de la contribution : un pouvoir normateur ?.....	98
b. Les incidences de l'institutionnalisation internationale sur la production normative	102
2. La trajectoire de l'évolution : le renforcement de la nature intersubjective du droit international.....	105
a. L'affermissement de la logique intersubjective à travers une institutionnalisation état-centrique.....	105
b. La persistance de la formation intersubjective, toujours sans alternative.....	106
Section 2 : L'intersubjectivité comme cause de la relativité du droit international	108
Paragraphe I. Une relativité du droit international découlant de l'absence d'une cohérence formelle	109
A. Un défaut de lien formel entre les règles internationales	109
1. L'absence d'un mécanisme d'harmonisation.....	109
2. L'absence de hiérarchie entre les règles.....	112
B. Le rapport formel entre règles internationales en cas de conflit : un système préférentiel	114
1. Les principes généraux applicables au règlement des conflits normatifs	115
2. Le rapport entre le droit écrit et le droit coutumier	117
Paragraphe II. Une relativité quant au fond	118
A. Un contenu variable du droit international selon l'État.....	119
1. Le droit international : un droit positif à contenu variable.....	119
a. Les causes de la variété dans le contenu du droit international.....	119
b. La distinction entre droit international général et particulier	122
2. Une relativité découlant des conditions de la formation des règles internationales...	125
B. Un contenu relativisé des règles dans les rapports mutuels des États.....	127

Chapitre II : L'objectivité de l'ordre juridique international	131
Section 1 : Une objectivité relativisée de l'ordre juridique international	132
Paragraphe I. L'objectivité découlant de la nature de la norme juridique	133
A. La force obligatoire du droit international	133
B. La force autonome du droit	137
Paragraphe II. Une objectivité des obligations internationales des États	139
A. Les obligations expressément consenties par l'État	139
1. Les obligations conventionnelles des États.....	139
a. L'existence objective des obligations découlant des traités ordinaires	139
b. Les obligations des États membres d'une organisation internationale	143
2. Les obligations découlant des actes unilatéraux des États.....	145
B. Les obligations imprévisibles	147
1. La nature imprévisible des conséquences futures des engagements librement consentis	148
a. Une imprévisibilité en raison du système de prise de décision non unanime .	148
b. Une imprévisibilité découlant de l'interprétation évolutive des engagements.....	151
2. Les situations objectives imposant des obligations objectives.....	152
Section 2 : Une objectivité absolue de l'ordre juridique international.....	156
Paragraphe I. L'apport du droit impératif : la présence d'une force transcendante.....	157
A. Un concept antinomique à la relativité congénitale du droit international.....	157
1. L'introduction d'une différenciation normative.....	157
2. Les limites impératives à l'autonomie de la volonté de l'État	161
B. Un concept unificateur du droit international.....	169
1. L'aspect matériel.....	169
2. L'aspect psychologique	171
Paragraphe II. Le vecteur déterminant de l'objectivation au niveau international : encore et toujours la logique intersubjective !	173
A. Un concept intégré à l'ordre juridique international.....	173
1. La positivité du droit impératif.....	173
2. Le mode de formation des normes impératives.....	177
B. Vers un dépassement de l'interétatisme dans la compréhension de la logique intersubjective ?.....	180
1. La communauté internationale en tant que source du droit impératif.....	180
2. Une logique de groupe renforcée.....	183
Conclusion du Titre I.....	185

Titre II : La logique interétatique et la structure du système institutionnel international

..... 187

Chapitre I : Une institutionnalisation fondée sur la logique interétatique..... 189

Section I : La logique interétatique lors de la création de l'organisation internationale...190

Paragraphe I. La logique interétatique en tant que philosophie constitutive 190

A. Une institutionnalisation par les États..... 191

1. L'interétatisme à l'origine de l'initiative constitutive..... 191

2. L'étaticité comme critère d'adhésion à une organisation internationale 193

B. Une institutionnalisation pour les États..... 196

1. La coopération et la coexistence : finalités purement interétatiques..... 196

a. L'exigence de coopération comme facteur d'incitation à l'institutionnalisation..... 197

b. La coexistence, un objectif inhérent à la fonction de coopération 199

i. La persistance de l'ultime objectif de coexistence dans le phénomène
d'institutionnalisation 199

ii. La coexistence n'est possible que par la coopération 201

2. Le déclenchement d'un processus d'intégration : dépassement de la logique
interétatique ?..... 202

a. La nature de l'intégration engendrée 202

b. Les impacts de l'intégration sur la structure interétatique de la société
internationale..... 204

Paragraphe II. La logique interétatique dans la structure institutionnelle de l'organisation
internationale 206

A. Une structure institutionnelle état-centrique..... 206

1. Une forte présence de l'interétatisme dans les structures institutionnelles 206

2. Un détachement de l'interétatisme à travers les organes intégrés ? 209

a. Un rôle secondaire des organes intégrés par rapport aux organes interétatiques. 210

b. Le rôle de la logique interétatique dans le choix des membres des organes intégrés
..... 211

B. Les inégalités statutaires justifiées par la logique interétatique..... 213

1. Un concept d'égalité relativisé 214

a. Le principe de l'égalité : la fonction égalisatrice d'une fiction juridique dans un
monde d'inégalités 215

b. Une approche fonctionnelle engendrant des inégalités statutaires 217

2. Les justifications des inégalités 219

a. Le consentement 220

b. Une nécessaire prise en considération de l'équilibre politique entre États..... 222

c. Le souci d'efficacité de l'organisation internationale 224

Section II. La logique interétatique dans le fonctionnement de l'organisation internationale

.....	228
Paragraphe I. L'autonomie fonctionnelle des organisations internationales comme traduction de la logique interétatique	228
A. Une autonomie fonctionnelle nécessaire à la réalisation de l'intérêt commun	229
1. Le détachement de l'organisation internationale de ses États membres.....	230
2. L'extension des pouvoirs des organisations internationales	232
a. L'approche restrictive	233
b. Une nécessaire adaptation des pouvoirs de l'organisation internationale	235
B. Une autonomie fonctionnelle nécessaire à l'efficacité de l'organisation internationale..	237
1. La règle de l'unanimité comme affirmation de l'individualisme étatique	238
2. Le dépassement de la règle de l'unanimité, affirmation de la logique interétatique ...	240
a. Le souci d'efficacité justifiant le rejet de l'unanimité.....	240
b. La compatibilité du système majoritaire avec la logique de la souveraineté.....	243
Paragraphe II. L'autorité de l'organisation internationale découlant de la logique interétatique	246
A. Le domaine réservé comme un champ d'opposition entre l'organisation internationale et l'État membre.....	246
1. Le domaine réservé : « une notion relationnelle »	248
2. L'amenuisement du domaine réservé	250
a. L'exclusion des droits de l'homme du domaine réservé.....	251
b. Une réinterprétation de la souveraineté étatique à travers la logique interétatique	252
B. Le droit d'intervention autoritaire de l'organisation internationale découlant de la logique interétatique.....	254
1. Du droit d'intervention de la communauté internationale	256
a. La responsabilité de la communauté internationale de protéger les populations civiles	257
b. Le droit de la communauté internationale de se protéger de la menace résultant des violations des droits de l'homme et du droit humanitaire	258
2. L'intervention comme une action nécessairement collective de la communauté internationale.....	259
a. L'ONU en tant qu'unique cadre légal d'une action collective.....	260
b. L'hypothèse d'une intervention militaire en dehors du cadre onusien	262
3. Le droit d'intervention comme la prééminence de la logique interétatique sur la logique de la souveraineté de l'État.....	265

Chapitre II : La logique interétatique et la juridiction internationale	267
Section I : Une juridictionnalisation limitée en raison de la logique de la souveraineté des États	268
Paragraphe I. Une juridiction internationale soumise au volontarisme étatique	268
A. Une institutionnalisation limitée dans un système d’auto-régulation.....	269
B. La juridiction internationale est consensuelle	273
1. Le fondement consensuel du recours à la juridiction internationale	273
a. L’attribution et la délimitation de la compétence	273
b. La saisine de la juridiction internationale.....	276
2. Le principe du consensualisme et l’exercice de la juridiction internationale	278
a. L’intervention des États dans la composition organique des instances judiciaires	279
b. L’effet relativisé de la juridiction pour les États tiers	281
Paragraphe II. Un certain dépassement de la juridiction consensuelle ?	282
A. La juridiction obligatoire est-elle antinomique avec le principe du consentement à la	
juridiction ?	283
B. Existe-t-il une juridiction internationale non-consensuelle en fonction de la nature de	
l’obligation violée ?	287
1. La pratique conservatrice de la CIJ au sujet du fondement consensuel de sa compétence	
.....	287
2. La saisine de la juridiction internationale par le Conseil de sécurité sans le	
consentement de l’État.....	289
Section II. Un rôle limité des institutions judiciaires dans un système interétatique	292
Paragraphe I. Les réticence des États à l’égard de la juridiction internationale	292
A. La juridiction internationale : un moyen de règlement des différends peu sollicité	292
1. La portée de l’obligation des États de recourir à des moyens pacifiques pour le	
règlement de leurs différends.....	293
2. La place de la juridiction internationale parmi d’autres moyens pacifiques.....	295
B. Une attitude réactive des États face à la juridiction internationale	299
1. Des réactions communes à un groupe d’États	300
a. La manifestation d’une méfiance généralisée des États.....	300
b. L’arbitralisation de la juridiction permanente.....	302
2. Des réactions individuelles.....	304
a. La contestation de la juridiction	304
b. Le retrait de l’acceptation de la juridiction obligatoire de la CIJ	306
Paragraphe II. Des restrictions dans l’exercice de la fonction judiciaire	308
A. Une réalisation de la fonction judiciaire dans des conditions restreintes et marquées par	
un interétatisme sous-jacent.....	308
1. La subsidiarité de la juridiction internationale : le cas de la Cour Pénale Internationale	
.....	309
a. Une subsidiarité institutionnelle par rapport aux juridictions nationales	309

b. Une subsidiarité fonctionnelle par rapport à la politique.....	312
2. L'absence des moyens nécessaires pour une juridiction efficace.....	314
a. La dépendance des instances judiciaires envers la coopération des États : l'écran étatique devant la juridiction internationale.....	314
b. L'absence d'un système d'exécution forcée.....	318
B. La prudence du juge international dans l'exercice de sa fonction.....	320
1. Une prudence du juge international qui restreint sa fonction judiciaire.....	320
a. La prudence du juge international en raison du fondement consensualiste de la juridiction internationale.....	321
b. La prudence du juge international en raison de nature politique des affaires.....	324
2. Une prudence du juge international qui transforme la fonction judiciaire.....	328
3. Une prudence du juge international justifiée par l'origine interétatique du droit international.....	331
Conclusion du Titre II.....	337
Conclusion de la Première Partie.....	339
Seconde Partie : Une possible remise en cause de la souveraineté des États dans un système juridique en mutation.....	343
Titre I : La remise en cause du monopole du pouvoir représentatif des États.....	347
Chapitre I. Un glissement du pouvoir vers le haut.....	349
Section I. Le dépassement de l'état-centrisme au niveau mondial.....	351
Paragraphe 1. La prise de conscience de l'unité à travers des notions unificatrices.....	351
A. La notion de communauté internationale : une idée d'unité ancrée dans une vision état- centrique.....	351
1. Une notion qui éveille l'idée de l'unité.....	351
2. Une notion originellement état-centrique.....	356
B. La notion d'humanité : le dépassement idéal de l'état-centrisme.....	358
1. Une perspective d'unité élargie.....	359
2. Un cadre de rapports juridiques internationaux « éclaté ».....	361
Paragraphe 2. Une gestion commune fondée sur le concept de patrimoine commun de l'humanité.....	363
A. Un besoin de réglementation des espaces extraterritoriaux.....	363
1. L'internationalisation des espaces extraterritoriaux.....	364
2. Un procédé de collectivisation.....	366
B. Une tentative d'institutionnalisation supranationale : l'Autorité internationale des fonds marins.....	368
1. Un modèle fondé sur une philosophie supranationale.....	368
a. Une philosophie supranationale qui marque la structure et les fonctions de l'Autorité.....	369

b. Un système de partage établi sur le concept de patrimoine commun de l'humanité	370
2. Le triomphe de l'interétatisme	372
Section II. L'émergence d'un espace supranational représentatif au niveau régional.....	378
Paragraphe 1. Un processus d'intégration incitant à la supranationalisation.....	378
A. La région comme le niveau le plus pertinent pour l'intégration	379
1. L'analyse économique de l'intégration régionale.....	379
2. D'autres facteurs déterminants de l'intégration	383
B. Le passage au niveau supranational dans les intégrations régionales	386
1. Le rapport entre l'intégration et le processus de supranationalisation	386
2. Le caractère non substitutif du nouvel espace politique émergé au niveau supranational	389
Paragraphe 2. Un processus de supranationalisation qui modifie les principes de représentation internationale	396
A. une représentation « désétatisée » à l'intérieur de l'Union européenne.....	397
1. L'institution d'un statut de citoyenneté détaché de l'État	397
a. Les droits découlant du statut de citoyen européen.....	397
b. Un statut politique qui se détache de l'État.....	399
2. La représentation des intérêts au niveau supranational : le Parlement européen.....	401
a. La contribution du Parlement européen à l'émergence d'un espace politique représentatif au niveau supranational.....	401
b. L'accroissement du rôle du Parlement européen	404
B. Une représentation « désétatisée » à l'extérieur de l'Union européenne	407
1. La dépossession des États membres de leurs compétences externes.....	407
a. L'exclusivité de la compétence externe	407
i. Les compétences exclusives explicites de l'Union européenne	408
ii. Les compétences exclusives implicites de l'Union européenne	410
b. Un exercice supranational de la compétence exclusive	414
2. La représentation de l'UE au sein des organisations internationales.....	416
a. Un statut variable de l'Union européenne.....	417
b. La représentation de l'Union européenne dans des domaines relevant de sa compétence exclusive	419
3. L'affirmation progressive de la capacité représentative de l'UE dans le domaine de la PESC.....	422
a. L'affirmation internationale de l'unité politique de l'Union européenne dans le domaine de la PESC : un processus de désétatisation qui s'élargit ?	423
b. L'amplification du rôle des organes supranationaux.....	426

Chapitre II. Un glissement du pouvoir vers le bas	429
Section I. Le pouvoir représentatif des entités publiques infra-étatiques sur le plan international.....	430
Paragraphe 1. Une pratique de décentralisation qui atteint les affaires extérieures.....	431
A. La pertinence des revendications des entités infra-étatiques pour un pouvoir externe. 432	
1. Des revendications fondées sur la défense de l'intérêt local.....	432
a. L'interaction entre le global et le local.....	433
b. La dimension externe de l'intérêt local.....	434
2. Des revendications fondées sur les principes démocratiques.....	435
B. L'amplification des activités extraterritoriales des entités publiques infra-étatiques.....	437
1. Une pratique de décentralisation intensifiée	438
2. L'encadrement juridique des activités extraterritoriales des entités infra-étatiques dans le droit interne.....	441
Paragraphe 2. La réception des entités infra-étatiques par l'ordre juridique international.....	445
A. Un regard conservateur du droit international : la persistance de la vision état-centrique	445
1. Du point de vue du statut des entités infra-étatiques.....	446
2. Du point de vue du statut des organismes issus de coopération transfrontière	448
B. La prise en compte des activités des entités infra-étatiques par les organisations internationales	451
1. Le statut des entités infra-étatiques au sein des organisations internationales.....	451
a. Les entités territoriales infra-étatiques en tant que membres des organisations internationales.....	451
b. Les entités territoriales infra-étatiques en tant que partenaires consultatifs	453
2. Des efforts visant à l'encadrement juridique des activités des entités infra-étatiques sur le plan international.....	455
a. Des efforts qui cherchent à inciter les coopérations transfrontières	455
b. Une consécration internationale pour le statut des organismes issus des coopérations transfrontières.....	457
Section II. Une capacité représentative des organisations de la société civile.....	462
Paragraphe 1. Une capacité représentative croissante de la société civile à l'ère de la mondialisation.....	464
A. Le rôle de la société civile dans l'espace public mondial émergent	465
1. Un espace public autonome émergeant dans le mouvement de la société civile	465
a. La restitution de la fonction de la société civile.....	466
b. Le rapport de la société civile avec le pouvoir politique	468
2. Un réseau transnational d'ONG contribuant à l'émergence d'un espace public organisé	470
B. Une dynamique « désétatisée » qui répond au processus de déterritorialisation.....	473
1. Le processus de la mondialisation et la crise de représentation	473

a. Le déficit de légitimité politique.....	474
b. Le déficit de représentation de diverses identités.....	475
2. La fonction légitimatrice de la société civile.....	477
a. Une légitimation par les « inputs ».....	478
b. Une légitimation par les mécanismes de contrôle et de surveillance.....	481
Paragraphe 2 : La reconnaissance conditionnelle de la capacité représentative des ONG.....	482
A. Une capacité représentative juridiquement limitée.....	482
1. Une personnalité juridique inexistante.....	483
2. L'octroi d'un statut international fonctionnel.....	484
B. Une légitimité qui justifie la capacité représentative de la société civile.....	487
1. Des considérations politiques sur la légitimité de la société civile.....	489
a. La reconnaissance d'une légitimité politique des ONG découlant de leur capacité à contribuer à la réflexion politique.....	490
b. Une légitimité politique de la société civile découlant de son aptitude à s'exprimer au nom d'une collectivité.....	492
2. Des considérations sociologiques sur la légitimité de la société civile.....	493
a. La légitimité morale.....	494
b. Une efficacité légitimatrice appréciée par l'opinion publique.....	496
Conclusion du Titre I.....	501
Titre II : La remise en cause du monopole du pouvoir normatif des États.....	505
Chapitre I : La désétatisation du droit international en amont de la production normative.....	507
Section I. Le droit international échappe aux États : l'intégration et le pluralisme.....	508
Paragraphe I. Le phénomène du pluralisme : La rupture d'équivalence entre le droit et l'État	508
A. La fin de la « monocentricité » dans la conception du droit.....	509
1. Le pluralisme comme un concept juridique.....	509
2. Un concept contestataire de l'étatisation du droit.....	510
B. L'apparition d'une logique polycentrique.....	513
1. Le pluralisme entendu comme une pluralité des lieux de production normative.....	513
2. Le pluralisme entendu comme une pluralité d'acteurs impliqués dans la production normative internationale.....	514
Paragraphe II. Une intégration normative approfondie par la mondialisation.....	517
A. L'extension du droit international.....	518
1. L'extension spatiale du droit international.....	518
a. L'intégration normative à travers la déterritorialisation des activités humaines...	519
b. La pénétrabilité des systèmes juridiques nationaux comme manifestation de l'intégration normative.....	522
2. L'extension substantielle du droit international.....	524

a. Le droit international n'est plus seulement un droit interétatique	524
b. Les dynamiques mondiales d'homogénéisation.....	526
i. L'intégration par le marché.....	526
ii. L'universalisation des droits de l'homme	528
B. Le pluralisme comme condition d'une intégration normative réussie.....	531
1. Le pluralisme et l'intégration normative : existe-t-il une antinomie ?	531
2. Les conditions d'une intégration normative pluraliste.....	533
a. Le risque d'hégémonie comme obstacle à une intégration normative pluraliste	533
b. L'harmonisation comme une méthode pluraliste d'intégration normative.....	535
Section II. La démarche pluraliste de production normative.....	539
Paragraphe I. La remise en question de la conception moderne d'élaboration de la norme juridique.....	539
A. Le pluralisme et l'inadéquation de la théorie moderne du droit.....	540
B. Le pluralisme et la rationalité de la norme juridique	541
1. La remise en cause de la rationalité intrinsèque du droit étatique	542
2. En quête d'une nouvelle rationalité de la norme juridique.....	543
Paragraphe II. L'émergence d'un paradigme pluraliste du droit	546
A. La procéduralisation de l'élaboration du droit à la recherche de légitimité et d'efficacité	547
1. La procéduralisation comme une condition de la légitimité de la norme.....	548
2. La procéduralisation comme une condition de l'efficacité de la norme juridique.....	550
B. La technique de négociation.....	553
1. Le passage d'un jeu fermé à un jeu ouvert dans la production du droit.....	553
2. La co-régulation comme démarche pluraliste	557
Chapitre II. La désétatisation du droit international en aval : l'émergence des sources normatives non étatiques	563
Section I. Un concept élargi de la normativité	565
Paragraphe I. L'affirmation d'une normativité émancipée du formalisme juridique.....	565
A. Une production normative assouplie : le concept de « soft law »	566
1. La transformation de la technique juridique.....	567
2. Le concept de soft law comme fondement de l'existence des sources normatives non étatiques	569
B. La rupture d'équivalence entre le droit et la régulation normative.....	571
1. Un formalisme inadéquat à la complexité des rapports sociaux	572
2. Une force normative de la soft law, détachée de sa juridicité	575
Paragraphe II. Des sources de régulation alternatives	578
A. Des sources anationales des régulations alternatives	579
1. Les activités régulatrices des opérateurs économiques.....	581
a. Le phénomène de la privatisation de la régulation normative	581

b. Les codes de conduite comme forme d'autorégulation.....	583
2. La régulation désétatisée du cyberspace	585
B. Les sources supranationales des régulations alternatives.....	588
1. La contribution des organisations internationales à l'émergence des sources de régulation alternative	589
2. Une dynamique normative qui modifie la logique interétatique.....	590
Section II. Une normativité désétatisée intégrée au droit positif	594
Paragraphe I. L'insertion des normes élaborées par des organismes de normalisation au droit positif.....	597
A. Le phénomène de la normalisation : un processus normatif pluraliste	597
B. Le rôle complémentaire des normes techniques élaborées par des organismes de normalisation	602
1. Une appréciation du droit positif à la lumière des normes techniques	602
2. Une lecture du droit positif par rapport aux normes techniques suite à un renvoi	604
Paragraphe II. L'insertion des normes non étatiques au droit positif à travers les contrats d'État	608
A. L'internationalité du contrat d'État.....	608
B. L'affirmation des personnes privées comme producteurs du droit.....	612
Conclusion du Titre II	617
Conclusion de la Seconde Partie	619
Conclusion Générale.....	623
Bibliographie	633
Table des Matières.....	691