



Article scientifique

Article

2000

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

Le droit international est-il un droit primitif ?

Kolb, Robert

How to cite

KOLB, Robert. Le droit international est-il un droit primitif ? In: Zeitschrift für öffentliches Recht, 2000, vol. 55, p. 101–114.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:23671>

Le droit international est-il un droit primitif ?

Robert Kolb, Genève

Mots typiques: Droit international, primitivité.

1. Le caractère primitif du droit international est souvent affirmé dans la doctrine.¹ A peine moins fréquemment, ce constat est récusé.²

¹ Cf par exemple *Kelsen*, Théorie générale du droit international public, 42 RCADI 1932/4, 131; *Kelsen*, Théorie du droit international public, 84 RCADI 1953/3, 32, 44, 96; *Kelsen*, Reine Rechtslehre (1934) 131 et seqs; *Guggenheim*, Traité de droit international public, t I (1953) 22 et seqs; *Guggenheim*, Les principes du droit international public, 80 RCADI 1952/1, 27; *Pidélievre*, Précis de droit international public, t I (1894) 7; *Whitton*, La règle *pacta sunt servanda*, 49 RCADI 1934/3, 219; *Lauterpacht*, The Function of Law in the International Community (1933) 406; *Lauterpacht*, Règles générales du droit de la paix, 62 RCADI 1937/4, 118; *Ago*, Scienza giuridica e diritto internazionale (1950) 106, note 2; *Cot*, La bonne foi en droit international public, Cours de l'Institut de Hautes Etudes Internationales (Paris), 1968/9, 12, 33; *Cot*, La bonne foi et la conclusion des traités, 4 RBDI (1968) 141; *Kunz*, The Meaning and Range of the Norm *pacta sunt servanda*, 39 AJIL (1945) 196; *Vellas*, Droit international public² (1970) 16 et seqs; *Barberis*, La liberté de traiter des Etats et le jus cogens, 30 ZAÖRV (1970) 24; *Cavaré*, Le droit international public positif, t II (1969) 322; *Mössner*, Einführung in das Völkerrecht (1977) 4 et seq; *Conforti*, Cours général de droit international public, 212 RCADI 1988/5, 183-4; *François*, Règles générales du droit de la paix, 66 RCADI 1938/4, 256 et seqs; *Gould*, An Introduction to International Law (1957) 580 et seqs; *Wright*, The Strengthening of International Law, 98 RCADI 1959/3, 112; *Simma*, Das Reziprozitätselement im Zustandekommen völkerrechtlicher Verträge (1972) 17 et seqs; *Hari*, The Concept of Law (1961) 226.

² Cf *Vedel*, L'idée d'évolution, la société internationale et le droit des gens, 46 RGDIP (1939) 15 et seqs; *Hold-Ferneck*, Lehrbuch des Völkerrechts, t I (1930) 79 et seq; *Verdross*/

Quand on affirme la primitivité du droit international on vise ceci : le droit international régit une société dans laquelle les fonctions constitutionnelles fondamentales (législation, exécution, contrôle judiciaire) n'ont pas été centralisées au sein d'organes préposés au bien commun de la communauté entière, mais demeurent au niveau inférieur, au sein de chaque Etat *uti singuli*. Droit horizontal entre puissances ne connaissant aucune autorité supérieure, le droit international est un droit sans législateur, exécutif ou pouvoir judiciaire institutionnalisés. D'où la faiblesse du droit et la prééminence de la puissance : chaque sujet interprète lui-même ses obligations pour les exécuter en toute indépendance ; il ne peut être soumis au juge sans son consentement ; la sanction de la violation du droit repose sur les représailles. Ainsi le droit international ressemblerait à l'organisation juridique avant l'émergence de l'Etat moderne, quand chaque seigneur possédait dans son fief un faisceau personnalisé de pouvoirs de *iurisdictio*, comprenant indistinctement le pouvoir d'établir des règles, de les exécuter et d'en constater l'étendue, et que la réaction à l'illicite procédait par les voies de la guerre privée. Comme l'écrivait H. Kelsen dès 1932 : «Le droit international général présente ainsi, sur tous les points essentiels les caractéristiques d'un ordre juridique primitif : 1° Formation fondamentalement coutumière des normes juridiques générales (...) 2° Absence d'organes spécialisés et pour la législation et pour l'application des sanctions (...) 3° Responsabilité collective et responsabilité pour résultat.»³.

Simma, Universelles Völkerrecht³ (1984) 33; *Berber*, Lehrbuch des Völkerrechts², t I (1975) 19; *Soreni*, Diritto internazionale, t I (1956) 106; *Truyol y Serra*, Cours général de droit international public, 173 RCADI 1981/4, 119; *Weil*, Le droit international en quête de son identité, Cours général de droit international public, 237 RCADI 1992/4, 203 et seqs; *Abi-Saab*, Cours général de droit international public, 207 RCADI 1987/7, 123 et seqs. *Cavillo-Salcedo*, Droit international et souveraineté des Etats, 257 RCADI (1996) 47–49. *Zemanek*, The legal foundations of the International System, 36 RCADI (1997) 36 et seq. Pour un aperçu général, cf *Virally*, De la prétendue 'primitivité' du droit international, dans *Virally*, Le droit international en devenir (1990) 91 et seqs.

³ *Kelsen*, Théorie (1932) 131. *Kelsen*, Rechtslehre 131 : «[D]as Völkerrecht ist noch eine primitive Rechtsordnung. Es steht erst am Anfang einer Entwicklung, die die einzelstaatliche Rechtsordnung bereits zurückgelegt hat. Es zeigt zumindest im Bereich des allgemeinen Völkerrechts und sohin für die ganze Völkerrechtsgemeinschaft noch weitgehende Dezentralisation. Es gibt hier noch keine arbeitsteilig funktionierenden Organe zur Erzeugung und Vollziehung der Rechtsnormen. Die Bildung der generellen Normen erfolgt im Wege der Gewohnheit oder durch Vertrag, das bedeutet : durch die Glieder der Rechtsgemeinschaft selbst und nicht durch ein besonderes Gesetzgebungsorgan. Und ebenso auch die Anwendung der generellen Normen auf den konkreten Fall. Es ist der sich in seinen Interessen verletzt glaubende Staat, der sich selbst zu entscheiden hat, ob der Tatbestand eines Unrechts vorliegt, für den ein anderer Staat verantwortlich ist. Und wenn dieser das behauptete Unrecht leugnet, fehlt es an einer objektiven Instanz, die

2. Une partie des difficultés issues de la thèse selon laquelle le droit international serait un droit primitif découle du terme utilisé : la «primitivité». Ce terme est une molécule peu saturée. Il s'accommode d'adjonctions les plus diverses. Il véhicule confusément un jugement de valeur au delà de son caractère apparemment descriptif. Il est relationnel sans expliciter les bases de l'analogie à laquelle il invite: par rapport à quels ordres juridiques le droit international est-il primitif? Sur quelles bases établir la comparaison? De quel type de primitivité s'agit-il? De la primitivité absolue, celle des ordres juridiques étudiés par l'ethnographie chez les peuples proprement appelés primitifs, ou d'une primitivité qui ne vise qu'un état relativement moins évolué qu'un ordre juridique choisi comme référence? Faut-il dans le second cas considérer que la primitivité d'un ordre juridique n'est que la somme de ses imperfections à un moment donné? Et encore: ne faut-il retenir que les données structurelles d'un ordre juridique pour établir sa primitivité (surtout la décentralisation du pouvoir) ou faut-il s'ouvrir aussi au contenu de ses normes qui peut se révéler beaucoup plus moderne? En d'autres termes: la primitivité est-elle un jugement sur le plan de normes secondaires ayant trait à l'organisation juridique dans une société, ou doit-on considérer aussi les normes primaires et la qualité des contenus qu'elles véhiculent? Et enfin: la primitivité relève-t-elle d'un échantillonnage de facteurs les plus multiples, ou ne vise-t-elle que certains d'entre eux dont le poids est supérieur voire décisif? Si c'est le cas, comment établir les poids respectifs?

Il n'est pas étonnant que la doctrine, à défaut d'avoir clairement établi les bases du problème, se soit souvent contentée de prises de position assez générales. Tout se passe comme si, après un salut au drapeau, la voie est libre pour passer aux choses vraiment sérieuses: au droit international positif contemporain.

3. Ce n'est pas le lieu d'entreprendre une revue exhaustive des opinions doctrinales. Celles-ci peuvent être ramenées à deux catégories.

den Streit in einem rechtlich geregelten Verfahren zu entscheiden hat. Und so ist es auch der in seinem Recht verletzte Staat selbst, der gegen den Rechtsverletzer mit dem vom allgemeinen Völkerrecht eingesetzten Zwangsakt, mit Repressalie oder Krieg, zu reagieren befugt ist. Es ist die Technik der Selbsthilfe, von der auch die Entwicklung der einzelstaatlichen Rechtsordnung ausgegangen ist. Demgemäß herrscht das Prinzip der Kollektiv- und Erfolgs-, nicht das der Individual- oder Schuldhaftung. Die Unrechtsfolge richtet sich nicht gegen den – als Organ des Einzelstaates fungierenden – Menschen, der den Unrechtsstatbestand absichtlich oder fahrlässig gesetzt hat, sondern gegen andere, die an ihm in keiner Weise beteiligt und nicht imstande waren, ihn zu verhindern. Repressalie und Krieg treffen nicht die Staatsorgane, die mit ihrer dem Staat zurechenbaren Handlung oder Unterlassung das Völkerrecht verletzt haben, sondern die Masse der das Volk bildenden Menschen...».

a) *Les défenseurs de la primitivité.* En règle générale, le caractère primitif du droit international est affirmé au regard de ses données *structurelles*.⁴ Le droit international aurait nombre de caractéristiques de l'ordre juridique primitif : le caractère coordinatif et décentralisé ; le caractère inorganique (carence institutionnelle) : l'indifférenciation des fonctions constitutionnelles (législatif, exécutif, judiciaire) ; le caractère fragmentaire et lacunaire (carence normative) ; le caractère non-écrit ; la prédominance de l'auto-interprétation sans possibilité de contrôle par un tiers ; la représsaille privée comme modalité de sanction du droit et l'autoprotection en général ; la responsabilité collective plutôt qu'individuelle ; la justice facultative ; etc. Souvent ces caractéristiques sont présentées comme une donnée structurelle nécessaire du droit international. Sans elles le droit international se transformerait en droit fédéral.⁵

Selon une autre opinion, le droit international est un droit primitif au regard de ses insuffisances ou *imperfections* dans l'organisation positive actuelle.⁶ La primitivité n'est donc pas une donnée structurelle et dans ce sens nécessaire, mais la somme des insuffisances actuelles de ce droit, contingentes dans l'histoire. La destinée du droit international est d'évoluer comme tout ordre juridique vers un idéal du droit, constitué par le système juridique intégré de l'Etat moderne. D'où cette vision escatologique : «Le droit international ne peut faire partie du droit qu'autant que ses imperfections actuelles sont considérées comme passagères (...). Dès qu'elles sont considérées comme permanentes, le droit international disparaît complètement de l'horizon du droit»⁷. Ainsi, ou bien le droit international est nécessairement primitif et alors il faut nier son caractère juridique (c'est aboutir à l'ancienne doctrine austiniennne), ou bien la primitivité ne signifie qu'un ensemble d'imperfections passagères vouées à disparaître et alors le droit international existe, bien que grevé de leur poids. La primitivité n'est plus un donné. C'est le simple revers des imperfections du droit international à un moment donné. Il y a un glissement sensible. Primitif ne signifie pas plus que «imparfait».

⁴ Voir par exemple *Kelsen* ou *Guggenheim* (footnote 1).

⁵ Voir déjà *Holland*, *Elements of Jurisprudence*⁶ (1893) 339; *De Louter*, *Le droit international public positif*, vol 1 (1920) 59. Voir aussi *Zitelmann*, *Die Unvollkommenheit des Völkerrechts* (1919); *Burckhardt*, *Die Organisation der Rechtsgemeinschaft* (1927) (le droit international est certes droit, mais droit non positif parce qu'il n'est pas soutenu par une organisation sociale intégrée). Sur ces deux derniers auteurs, cf *Truyol y Serra*, *Doctrines contemporaines du droit des gens* (1951) 26 et seqs; *Walz*, *Wesen des Völkerrechts und Kritik der Völkerrechtsleugner* (1930) 88 et seqs, 97 et seqs.

⁶ Voir *Lauterpacht*, *Règles* 118-121.

⁷ *Ibid* 119.

b) *Les négateurs de la primitivité*. La critique des conceptions présentées s'attaque généralement au *point de référence* choisi pour conclure que le droit international est un ordre primitif. Ce point de référence est le droit interne de l'Etat. On reproche au droit international de ne pas être comme le droit interne. Or par définition, affirment les négateurs, il ne peut pas l'être. Le droit international est destiné à régir un environnement social très différent de celui du droit interne. C'est en fonction de son aptitude à remplir efficacement les fonctions propres à cette société déterminée qu'il doit être jugé. Prendre comme base d'induction de tout droit la définition du droit étatique occidental des XIX^e et XX^e siècles ne peut mener qu'à des distorsions, car ce ne sont là en définitive que des modalités historiques du droit, non pas son essence. Dès lors, comme le dit *Truyol y Serra* : «Il ne s'agit pas tant, en l'occurrence, de faire valoir une différence de 'développement' entre le droit international et le droit interne des Etats que de se rendre compte d'une différence de structure»⁸. D'où aussi la condamnation des négateurs du droit international⁹ ou de ce courant important, surtout parmi les philosophes du droit, qui consiste à considérer le droit international comme étant un droit imparfait en voie de formation.¹⁰

D'autres auteurs réfutent la primitivité du droit international en serrant de plus près le caractère propre de cette branche du droit.¹¹ Le droit international n'est primitif ni dans ses règles primaires qui ressemblent beaucoup aux règles du droit interne et sont souvent destinées à y être incorporées, ni dans ses règles secondaires (règles sur la production et l'application des règles juridiques) qui sont sophistiquées afin de pouvoir régir une société complexe.¹² Sur ce plan secondaire, les sociétés primitives se distin-

⁸ *Truyol y Serra*, 173 RCADI 1981/4, 119. Cfr aussi *Weil*, 237 RCADI 1992/4, 203 et seqs; *Verdross/Simma*, *Völkerrecht* 33. *Barber*, *Völkerrecht* 19. *Vivally* in *Vivally*, *Le droit international* 98: «Le droit international n'est pas un droit parvenu à un stade d'évolution moins avancé que la plupart des droits nationaux : par rapport à ces derniers il se présente (...) comme un droit différent».

⁹ Cf *Austin*, *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*⁵, vol I (1885) 79 et seqs. Sur cette doctrine, cf *Truyol y Serra*, 173 RCADI 1981/4, 104 et seqs; *Truyol y Serra*, *Doctrines contemporaines du droit des gens* (1951) 4 et seqs, 14 et seqs; *Waltz*, *Wesen des Völkerrechts und Kritik der Völkerrechtsleugner* (1930) 4 et seqs, 56 et seqs.

¹⁰ Cfr par exemple *Vanni*, *Filosofia del diritto* (1920) 81; *Dal Vecchio*, *Lezioni di filosofia del diritto*³ (1936) 230 et seq; *Schönfeld*, *Die logische Struktur der Rechtsordnung* (1927) 56; *Ryffel*, *Rechts- und Staatsphilosophie* (1969) 188. Voir aussi *Waltz*, *Wesen 88* et seqs. Contra, *Henkel*, *Einführung in die Rechtsphilosophie*² (1977) 124.

¹¹ Cf *Abi-Saab*, 207 RCADI 1987/7, 123 et seq.

¹² Et encore, *ibid* 124 : «En d'autres termes, il me semble absurde d'affirmer que les règles primaires du droit international répondent bien à la mentalité de l'homme du XX^e siècle alors que ses règles secondaires reflètent toujours la mentalité de l'homme de l'âge de pierre».

guent par leur formalisme et leur caractère sacré. Le droit est fermement ancré dans une société à morale close. Or ces traits s'opposent au *caractère informel et rationalisé du droit international* nécessaires à sa prétention œcuménique, à sa morale ouverte. A bien y regarder, ce qui ressemble entre les mécanismes du droit des sociétés primitives et ceux du droit international de ce siècle, ce n'est pas la primitivité, mais la configuration du pouvoir dans le corps social. Il est décentré, diffus, non encore cristallisé en des organes collectifs. Dès lors le terme primitif soulève une gamme de connotations qui dépasse de loin ce qu'il peut légitimement viser.

4. Sans prendre position sur la destinée du droit international de s'approcher ou non des formes qu'a prises le droit interne, il est possible de dire que sur beaucoup de points il s'inspire de formes d'organisation proches de celles du moyen âge. La société du moyen âge, avec son éparpillement du pouvoir, correspond sous de nombreux aspects à la société internationale de ce XX^e siècle. Il se peut que le terme «primitif» ne convienne guère pour décrire ces traits du droit international et du droit médiéval. Il relève peut-être de trop *d'a priori* et d'une vision que l'on pourrait appeler trop foncièrement entéléchique. On peut toutefois ramener ce terme à ceci. Tout droit s'inscrit dans l'une des branches d'une alternative. *Primo*, il peut s'agir d'un droit reposant sur des structures centralisées où les pouvoirs procèdent d'un pôle de pouvoir unique. C'est une forme de droit «étatique». Il s'agit d'un droit «non-primitif». *Secundo*, il peut s'agir d'un droit décentralisé où les pouvoirs restent répartis sur des centres autonomes. C'est une forme de droit de «sociétés non-étatiques». Il s'agit dès lors d'un droit «primitif». Le terme primitif n'est donc qu'un descripteur de toutes les conséquences qui découlent du caractère coordinatif du droit international, du fait que le sujet *uti singuli* et non la communauté juridiquement organisée détient les pouvoirs constitutionnels, du fait que la souveraineté individuelle n'a pas été expropriée.

Procédons dans cet esprit à un bref échantillonnage de divers aspects propres à la structure (actuelle) du droit international qui révèlent une analogie frappante avec l'organisation juridique du moyen âge.

a) L'aspect le plus frappant est évidemment le *caractère coordinatif* du droit international : la décentralisation (ou décentration) du pouvoir ; la confusion entre sujets-créeurs et sujets-destinataires des règles du droit ; l'auto-interprétation ; la confusion entre le juge et la partie ; la justice facultative ; les sanctions par voie de représailles ; le rôle prédominant de la volonté (autonomie), l'absence de loi (hétéronomie).

Ce sont là des aspects cardinaux de l'organisation sociale extra-étatique. Historiquement, la famille, le clan, les *gentes*, et en leur sein le chef de famille (d'où la *patria potestas* encore dans le droit romain), sont les unités

premières du tissu social. Peu à peu – au début seulement pour le temps de guerre – le pouvoir est délégué à des rois (chefs de guerre). L'habitat de la famille ou du clan est un espace doté d'immunité. Les obligations et la réparation pour la majorité des crimes relèvent uniquement du sujet concerné en lui attribuant des pouvoirs sur le corps du sujet fautif d'inexécution ou de délit. Le moyen âge est toujours organisé selon ces principes. Il est fondé sur une distribution de droits publics le long de la pyramide de vassalités. Chaque seigneur obtient ainsi une *iurisdictio*, un pouvoir spécifique d'édicter des règles, de les exécuter et de tenir justice. Tout le système se présente comme une juxtaposition de pouvoirs autonomes calquées sur le modèle du *rex imperator in regno suo*.¹³ La sanction du droit relevait de la justice privée : chacun cherchait à s'assurer, par les moyens en son pouvoir, la réparation des dommages subis.¹⁴ La violation du droit était une affaire largement privée. L'intérêt public ne porta que sur les formes de l'exercice de la justice privée (exclusion de certains moyens, par exemple l'incendie ; de certains lieux, par exemple ceux voués au culte). Par accord un juge privé pouvait être nommé par les parties en litige. Les analogies avec le droit international sont ici parentes. Il n'est pas nécessaire d'insister.

b) En matière de *sources* le droit international présente beaucoup d'analogies avec les droits anciens. C'est compréhensible, si l'on songe au fait que les sources sont une rationalisation du pouvoir de créer le droit et donc du pouvoir tout court.

Les sources du droit international sont indifférenciées et sans hiérarchie. Censées découler directement ou indirectement de la volonté des Etats (monisme qui culmine dans les enseignements positivistes), il n'est aucun critère de hiérarchie, car toutes les volontés du souverain ont le même rang.¹⁵ Dès lors on recourt principalement à des règles de collision ponctuelles comme celles de la *lex posterior* et de la *lex specialis*.

D'un autre côté, le droit international connaît une pluralité de sources limitées *ratione personae* ou *loci* : les traités ont un effet relatif ; la coutume peut être régionale ou locale ; la prescription et les droits historiques en modifient la portée ; le jeu des reconnaissances et des principes d'estoppel ou d'acquiescement tisse autour des sources de droit une multiplicité de

¹³ Cf notamment la théorisation raffinée de Bartole, *Galasso*, *Medio evo del diritto*, t I (1954) 499 et seqs.

¹⁴ Sur la guerre privée, cf *Kaufmann*, *Fehde*, dans *Eyler/Kaufmann* (Hrsg), *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, t I (1971) 1083 et seqs.

¹⁵ Une hiérarchie des sources n'est imaginable qu'à travers la hiérarchie des organes qui édictent le droit : par exemple constituante, législateur, exécutif (règlements) dotés de légitimité (démocratique) décroissante. C'est pourquoi la hiérarchie des sources s'accuse au sein des organisations internationales où existe une hiérarchie des organes. Le traité constitutif l'emporte sur les textes internes de l'organisation.

rapports spéciaux dérogatoires du droit général. D'où une multiplication objective du droit.

Le droit international est aussi un droit de principes. C'est un droit qui fixe les grandes orientations, un droit en permanence constitutionnel. L'absence d'organes centralisés et d'administration régulière du droit fait qu'il manque cette couche intermédiaire de normes plus concrètes qu'en droit interne on désigne de droit administratif. En d'autres termes, la prédominance de la souveraineté et la création volontaire ou coutumière du droit criblent le droit international de nombreuses lacunes matérielles.¹⁶ D'où, dans nombre de domaines, le rôle très important de l'équité comme tête de pont, apte à fournir une normativité de rechange là où des règles précises ne se sont pas encore cristallisées (droit de la mer, ressources communes, succession d'États, etc.).

Rappelons encore l'importance du droit non-écrit ou coutumier, qui tend à une croissance lente et à un attachement un peu archaïque aux pratiques sociales de fait. Le droit ne s'y présente pas comme ordre rationnel, mais comme amas de faits dans les régularités contingentes desquels la règle essaie de se frayer un chemin.

Les droits anciens, notamment au moyen âge, connaissent une multiplicité de sources correspondant aux innombrables *iurisdictiones* possédés par des seigneurs locaux, des confréries, des villes, etc.¹⁷ Comme en droit international, la loi uniforme est inconnue. Ce grand nombre de sources se présente au début comme étant assez inarticulé. La rareté des échanges dépassant le cadre local rend moins fréquents les conflits. La hiérarchie de cette pléiade de sources reste incertaine jusqu'à l'émergence des statuts citadins et à la territorialisation des rapports juridiques (XIII^e siècle).¹⁸ Le

¹⁶ On pourrait soutenir que le droit international n'a pas de lacunes formelles, car dans tout ordre juridique on peut faire application de la règle résiduelle de liberté et repousser une demande insuffisamment fondée en droit. Mais l'utilisation trop fréquente de cette technique mettrait en évidence la faible densité normative (lacunes matérielles) d'un ordre juridique. Cf *De Visser*, Contribution à l'étude des sources du droit international, RDILC 1933, 418 note 2.

¹⁷ Cf *Cavanna*, Storia del diritto moderno in Europa – Le fonti e il pensiero giuridico, vol I (1982) 200 et seqs.

¹⁸ Sur les rapports entre les statuts citadins (*ius proprium*) et le droit romain commun (*ius commune*), voir le principe de la *lex specialis ius commune viget ubi cessat statutum*, cf *Ermini*, Corso di diritto comune, t I (1989) 17 et seqs. *Engelmann*, Die Wiedergeburt der Rechtskultur in Italien (1938) 104 et seqs, 140 et seqs. Sur la territorialisation du droit dès le XIII^e siècle, cf *Guterman*, From Personal to Territorial Law (1972); *Stobbe*, Personalität und Territorialität des Rechts und die Grundsätze des Mittelalters über die Collisio statutorum, Jahrbuch des gesamten deutschen Rechts, vol 6 (1963) 21 et seqs. Une hiérarchisation des sources existe bien plus tôt au sein de l'Empire romain de Byzance où la coutume est soumise à la volonté de l'Empereur (*quod principi placuit, legis habet vigorem*). Cf *Calasso*, Medio evo 42 et seqs, 51 et seqs.

droit des peuples germaniques qui dominent le moyen âge était décentralisé. Le roi n'a pas de pouvoir absolu (*nec regibus infinita aut libera potestas*). Le pouvoir et le droit restent ancrés dans le corps social. Le droit en est un produit spontané. Il coule de l'Assemblée des hommes libres réunis (*concilium civitatis*) et de la tradition coutumière. Le droit écrit est considéré comme relevant d'un pacte.¹⁹ Un tel droit, constitué par des multiples accidents ponctuels et dépourvu de toute systématique, est très lacunaire et très incertain. D'où dès le moyen âge la tendance de recourir à des actes notariés (*Urkunden*) créant ou attestant l'existence d'un droit²⁰ et les tentatives de recueillir les sources dans des codes.²¹ De plus, à côté d'innombrables règles de détail, le droit est dominé par quelques principes généraux tels que le principe de personnalité (*iura ossibus inhaerent*)²² ou le principe de l'*aequitas* dans l'application du droit, par exemple dans le droit canonique.²³ Le droit pénal connaît une poussière de normes prohibitives. Au-dessus de cette poussière de normes s'élèvent quelques principes qui dominent toute l'administration de cette branche du droit : le principe de la responsabilité objective (*Erfolgshaftung*) ; le principe du flagrant délit (auquel se rattachaient des conséquences juridiques très différentes par rapport au délit non flagrant) ; le principe de différenciation selon le statut de la victime et de l'auteur ; le principe de la qualification du forfait commis en secret ; etc.²⁴ Comme en droit international, la fragmentarité du droit laisse un espace béant entre les normes infiniment concrètes qui reflètent directement les expériences de la vie, et les grands principes inspireurs. Il manque cette couche médiane de droit rationnellement formulé qui tiendrait le rôle du droit administratif moderne. Enfin, l'équité joue un rôle très important au moyen âge.²⁵ Elle aboutit parfois à

¹⁹ Cf *Calasso*, Medio evo 118 et seqs. Une exception se trouve dans l'Empire franc qui connaît une forte activité législative.

²⁰ Cf *Kern*, Recht und Verfassung im Mittelalter (1953) 48 et seqs ; *Trusen*, Zur Urkundenlehre der mittelalterlichen Jurisprudenz, Vorträge und Forschungen, vol 23 (1977) 197 et seqs.

²¹ On a pu parler d'un mouvement de codification du droit (*Rechtsdokumentationswelle: consuetudo in scriptis redacta*) dès le 12ème et le 13ème siècles. Cf *Schlusser*, Grundzüge der neueren Privatrechtsgeschichte⁵ (1985) 11 et seq. Pour les compilations du 18ème siècle, cf *Cavanna*, Storia del diritto moderno 254 et seqs.

²² *Sturm*, Personalitätsprinzip, dans *Erler/Kaufmann* (Hrsg), Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, t III (1984) 1587 et seqs.

²³ Cf *Caron*, Aequitas romana, misericordia patristica ed epieichia aristotelica nella dottrina dell'aequitas canonica (1971). *Lefebvre*, Equity in Canon Law, dans *Newman* (éd), Equity in the World's Legal Systems (1973) 93 et seqs.

²⁴ Cf *Schröder*, Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte⁴ (1902) 73 et seqs, 339 et seqs, 755 et seqs ; *His*, Geschichte des deutschen Strafrechts bis zur Carolina (1928) (réimprimé en 1967).

²⁵ Cf *Cavanna*, Storia del diritto moderno 120 et seqs.

transférer des pouvoirs de législation vers les fonctionnaires du roi afin de tempérer des formalismes et de contribuer au développement d'un droit ressenti comme trop fragmentaire ou archaïque. On peut songer à la compétence très large de statuer en équité de la Cour royale des francs (VIII^e siècle)²⁶ ou à l'*Equity* du Chancelier royal anglais.²⁷ Il y a donc une série de parallélismes entre les droits anciens, notamment du moyen âge, et le droit international sur le plan des sources.

c) On peut insister aussi sur une série d'autres aspects ponctuels dont voici quelques exemples.

Primo, dans tous les droits basés sur des souverainetés multiples, la doctrine de la primauté de l'intérêt commun, l'idée d'une *utilitas publica*, est peu développée. En droit international, ce n'est que récemment, mais non sans confusion, que l'accent a été mis sur des intérêts *erga omnes*.

Secundo, tant le droit international que les droits du moyen âge ne se présentent pas comme systèmes complets et exclusifs. Le droit du moyen âge était perméable aux concepts de morale ou de religion, comme le droit international est un droit ouvert à la politique ou à l'éthique.²⁸ Ce n'est qu'avec les codifications étatiques modernes qu'une branche du droit s'est présentée avec la prétention d'être complète en elle-même et de pouvoir interdire tout recours à des notions extérieures aux normes qu'elle pose (d'où l'interdiction même d'interpréter le code).²⁹ Ce paradigme légaliste n'a jamais existé en droit international parce que ce fut d'abord un droit rationnel (naturel), puis, comme il a été dit, un droit plus directement lié au corps social.

Tertio, tant le droit du moyen âge que le droit international sont des droits difficiles à réformer ou à modifier. L'absence de mécanismes institutionnels et unitaires de changement du droit (un « législateur ») tend à cimenter le *status quo*, les droits acquis, la conservation. Tout changement est lent, souvent seulement partiel (par exemple *ratione personae*). Les souverainetés multiples accusent l'importance du principe de l'unanimité au détriment de celui de la majorité pour la prise de décision.³⁰ De même,

²⁶ Cf. Kaufmann, *Aequitatis iudicium, Königsericht und Billigkeit in der Rechtsordnung des frühen Mittelalters* (1959) esp 93 et seqs.

²⁷ Cf. Barton, *Equity in the Medieval Common Law*, dans Newman (éd), *Equity* 139 et seqs; Maitland, *Equity* (1969).

²⁸ Cf. Berber, *Völkerrecht* 24 et seqs.

²⁹ Cf sur ce point Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna* (1976) 15 et seqs, 485 et seqs.

³⁰ Un exemple frappant en est, pour le droit international, la doctrine qui avait cours encore au début de ce XX^e siècle et selon laquelle le désaccord d'un seul Etat pouvait empêcher la conclusion du traité même entre les autres Etats ayant participé à sa préparation. Ce fut le cas lors des Conférences de La Haye 1899/1907, cf. Politis, *Les nouvelles tendances du droit international* (1927) 28 et seqs; Politis, *La justice internationale* (1924) 198 et seqs.

au moyen âge, chez les peuples germaniques, il existait le droit du *liberum veto* permettant à chaque individu membre de l'Assemblée des hommes libres de bloquer une décision. Voici un exemple. Un certain roi Clodovis souhaita obtenir un vase précieux au-delà de sa part au butin de guerre. Tous les associés sont d'accord, sauf un. Cet individu y oppose son veto en prenant une hache et en cassant le vase. Aucune poursuite n'est intentée contre lui : il est censé avoir exercé son droit.³¹

Quarto, le droit international comme les droits du moyen âge tendent à être des droits particuliers. D'abord, ils privilégient les règles concrètes, illustratives et individualisantes par rapport aux règles abstraites, générales et typisantes du droit étatique moderne. Chaque transaction juridique tend en outre à être individualisée par rapport à la qualité du sujet qui l'entreprend.³² Le droit de la mer en fournit de nombreux exemples avec ses multiples statuts d'Etat sans littoral, géographiquement désavantagé, archipélagique, exportateurs de certaines matières, etc. La dogmatique juridique, la systématisation du droit ou les problèmes de méthode restent subordonnés et insignifiants dans ces sociétés à germination irrégulière du droit.³³ L'intensité factuelle des normes est aussi une caractéristique de beaucoup de normes du droit international : recours aux «circonstances de l'espèce», au «raisonnable», à l'équité.

Le droit du moyen âge était aussi très particulariste. Tout procédé d'abstraction lui fait défaut. Il ne connaît pas le sujet unique du droit (d'où la multiplication des normes selon les statuts subjectifs : noble, commerçant, paysan, non-catholique, etc.). Les normes posées pour un cas individuel sont fréquentes. Il n'y a généralement que peu d'écart entre la norme et le fait. Voici un exemple. Les droits germaniques ne connaissent pas de limite générale pour l'âge adulte. Le constat de la majorité se faisait au cas par cas par voie d'une *inspectio corporis* du jeune prétendant devant l'Assemblée des citoyens.³⁴

d) L'accent a ici été mis sur quelques parallélismes structurels – non de contenu – entre les droits anciens et le droit international. Il ne faut pas se

³¹ Kern, *Recht und Verfassung im Mittelalter* (1953) 84 et seq.

³² Comme le dit De Visser, *Théories et réalités en droit international public*⁴ (1970) 165 et seq : «Ces différenciations profondes qui procèdent de l'individualité ethnique et historique propre des nations, des inégalités de leur constitution physique et de leurs ressources économiques, du nombre réduit des Etats par comparaison avec celui des individus, du caractère éminemment politique de leurs fins propres, de l'irrégularité et de la moindre fréquence de leurs rapports mutuels, conduisent ici à la prédominance des situations particulières sur les situations générales».

³³ Cf, pour le droit international, Schülle, *Methoden der Völkerrechtswissenschaft, Berichte der deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, t III (1959) 1 et seqs.

³⁴ Cf Calusso, *Medio evo* 126.

cacher que sur bien des points celui-ci, inscrit dans le XX^e siècle, diffère fortement des droits anciens. Rappelons le caractère non-formaliste du droit international opposé au formalisme des droits anciens ;³⁵ les techniques de codification conventionnelle hautement rationalisées ; la conception selon laquelle le droit se fait, opposée à celle des droits anciens selon laquelle le droit se trouve ou se révèle ; etc. Dans tous ces contextes le droit international ressemble au droit étatique moderne et n'est donc pas primitif. De plus le droit international évolue sans cesse. Le recul des dogmes de la souveraineté absolue et du volontarisme intégral ont repoussé certains de ces archaïsmes. Mais il ne faut pas s'exagérer le chemin parcouru.

5. S'il y donc primitivité du droit international, c'est par rapport à l'expérience des droits étatiques centralisés. Le droit international correspond sur beaucoup de points davantage au droit des sociétés pré-étatiques. C'est sur ce point empirique, dépourvu de tout jugement de valeur, qu'on peut légitimement parler de «primitivité», en entendant par là la structure décentralisée de la société internationale et les conséquences que ce fait imprime au droit qui régit cette société. D'un constat purement descriptif, on risque toutefois de glisser imperceptiblement vers un postulat et donc vers des notions prescriptives. Le droit interne moderne est bien issu des droits anciens après un long accouchement. Il se présente comme forme plus perfectionnée du droit, car il se plie aux exigences d'ordre plus élémentaires que les droits anciens ne pouvaient satisfaire. Faut-il donc penser que le droit international devra aussi accoucher d'un nouveau droit de type «étatique» ? C'est là une autre perspective.

De plus on aboutit à un paradoxe. Travailler au perfectionnement du droit international signifie aussi le tuer. Un droit «étatique» n'est plus inter-national ; ce serait tout au plus du droit fédéral. Ainsi peut-on dire qu'une dose d'imperfections (ou de primitivité) fait partie de la structure même du droit international. L'organisation horizontale du pouvoir ne peut avoir en même temps les caractéristiques d'une organisation vertica-

³⁵ Voici un exemple. Pour obtenir réparation d'un préjudice corporel pour sectionnement d'un membre du corps, le lésé devait se présenter devant l'Assemblée. Un bouclier était placé à une certaine distance du lésé qui devait saisir le membre sectionné et, dans une procédure sacrale, le lancer sur le bouclier. Si tous les membres de l'Assemblée entendaient l'impact du membre et du bouclier, le lésé pouvait obtenir réparation. Cf l'*Edictum Rothari*, art 47 [droit lombard ; cf *Beyerle*, *Edictum Rothari* (1947)] et la *Lex Ribuarua*, art 68 (droit franc) : «Si quis in caput vel in quacumque membro plagatus fuerit, et ossus exinde exierit, qui super viam 12 pedorum in scuto sonaverit, 36 solidos factus ei culpabilis iudicetur» [*Sohn*, *Lex Ribuarua* (1883) 94]. Cf aussi dans : *Monumenta Germaniae Historica. Leges, Germanenrechte*, série éditée à partir de l'année 1934.

le. Or faut-il pour cela se résoudre à rendre inamovibles les défauts dans l'organisation actuelle du droit international? Peut-être faut-il donc travailler à surmonter cette phase de l'organisation sociale qui nécessite l'existence d'un droit international. Peut-être faut-il souhaiter une forme d'Etat mondial (malgré l'énorme concentration de pouvoirs qu'il présenterait). C'est des évolutions sociales qui échappent assez largement à la volonté de l'homme que dépendra la configuration du droit international de demain et éventuellement même son existence. Réjouissons-nous pour l'instant de son existence qui dans sa diversité nous permet de réfléchir à des choses aussi passionnantes que sa prétendue «primitivité».

Zusammenfassung

Gemäß einer ehrwürdigen, aber nicht unumstrittenen Lehrmeinung handelt es sich beim Völkerrecht um eine *primitive Rechtsordnung*. Die Voraussetzungen und Grundlagen dieses Urteils werden allerdings selten genau durchleuchtet: Primitiv in Bezug worauf? Primitiv wodurch? Welche Art von Primitivität? Was ist überhaupt Primitivität? Primitiv oder unvollkommen?

Die Befürworter der Primitivitätsthese verweisen regelmäßig auf die anarchische Machtverteilung in der internationalen Gesellschaft. Das Völkerrecht beruht auf dezentralisierten, souveränen Machtzentren, und hat somit einiges mit den Rechtsordnungen, die vor der Konsolidierung des modernen Staates existierten, gemein. Die Primitivitätsleugner greifen gerade diesen Bezugspunkt an: Das Völkerrecht darf nicht einfach als primitiv abgekanzelt werden, weil es nicht wie das innerstaatliche Recht ist – ja strukturell gar nicht sein kann.

Eine vergleichende Schau des mittelalterlichen Rechts und des Völkerrechts, die hier unter dem Blickwinkel der Strukturelemente und wichtigen Rechtseinrichtungen unternommen wurde, zeigt eine beträchtliche Anzahl von Analogien zwischen den beiden Rechtssystemen. Im Grunde gibt es zwei große rechtliche Ordnungstypen: einmal das zentralisierte Rechtssystem des modernen Staates; andererseits das dezentralisierte Rechtssystem, bei der die Macht auf autonome Zentren verteilt ist. Letzteres vermag die Gerechtigkeits- und Ordnungsbedürfnisse der Gesellschaft wegen der ungenügenden Einbindung der Macht auf die Dauer nicht zu befriedigen. Daher das Urteil der Primitivität, das solchen Rechtsordnungen zuteil wird. Dabei kann es sich zunächst einfach um einen wertneutralen Begriff handeln, durch den schlicht der „nicht-staatliche“ Rechtstypus bezeichnet wird. Es ist aber nicht selten, dass der Begriff wertend gebraucht wird. Er dient dann dem Gedanken, dass alles

Recht sich dem Typus des staatlichen Rechts anzunähern hat, und somit einer Integration, die im Postulat eines Weltstaates gipfelt. Im rein deskriptiven Sinne mag man das Völkerrecht primitiv bezeichnen, auch wenn der Begriff den wahren Bedeutungsgehalt der Aussage nicht adäquat wiedergibt. Im präskriptiven Sinne verbindet sich unser Begriff mit einer Vision des weltpolitischen Schicksals des Menschengeschlechts und kann von dieser nicht getrennt werden.

Correspondance: Dr. Robert Kolb, Institut universitaire de hautes études internationales, Rue de Lausanne 132, Case postale 36, CH-1211 Genève 21.