UNIVERSITÉ DE GENÈVE

Archive ouverte UNIGE
https://archive-ouverte.unige.ch

Article scientifique | Article | 2008

Published version | Open Access

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

Réflexions sur l'efficacité du droit international

Kolb, Robert

How to cite

KOLB, Robert. Réflexions sur l'efficacité du droit international. In: Global community, 2008, vol. 1, p. 329–346.

This publication URL: https://archive-ouverte.unige.ch/unige:44851

© This document is protected by copyright. Please refer to copyright holder(s) for terms of use.

Reflexions sur l'Efficacité du Droit International

Le droit international est-il efficace, est-il respecté? Ces questions sont souvent posées et on y répond généralement de manière négative. Ce bref article tente de remettre la question en perspective en scrutant sur le vif les acquis et les déconvenues du droit international. Outre qu'incontournable, ce droit s'avère de surcroît mieux respecté qu'on ne le croit.

Le droit international a-t-il une force réelle, est-il un facteur de poids tangible? Ou alors les sceptiques—qui passent toujours pour clairvoyants—ont-ils raison quand ils affirment que les relations entre Etats ne sont que des relations de puissance dans lesquelles le plus fort s'impose au plus faible? Dans ce cas, le soi-disant droit international ne serait qu'un masque lénifiant et grimaçant, nul ne devant se laisser prendre à ses chimériques sortilèges. Qu'en est-il de ces interrogations? Regardons d'un peu plus près.

Avant cela, il est peut-être utile de rappeler que la sanction du droit—sa mise en œuvre, son exécution—n'est pas une question juridique, mais une question de *politique juridique*. Pendant des siècles, jusqu'à l'orée de l'époque moderne, les juristes se bornaient à exposer les règles de l'ordre juridique et à trouver des solutions aux conflits entre elles. Avec l'avènement du positivisme juridique, cette tendance a continué dans de nouveaux vêtements conceptuels. L'exécution du droit intéressa les esprits réformistes dès la fin du XIVème siècle. Cette préoccupation fut l'une des forces poussant à l'intégration de l'Etat territorial moderne. Or, exécuter le droit est une fonction en premier lieu sociale car le droit reste toujours essentiellement lié à la société qu'il est censé régir. Dès lors, c'est le corps social dans son ensemble qui doit prêter son concours au respect et à la sanction du droit. S'il le fait, le droit en sort renforcé et victorieux; s'il ne le fait pas, le droit s'amenuise et périclite. L'histoire des civilisations porte témoignage de ces hauts et bas périodiquement renouvelés dans le sillage du temps. Une société, à mesure qu'elle se spécialise et se raffine, peut certes se doter de moyens pour veiller au respect du droit en installant des procédures institutionnelles à cette fin. L'exécution du droit est ainsi plus ou moins professionnalisée, peu ou prou régularisée, aussi peu ou plus médiatisée. Mais cet écran supplémentaire posé entre le corps social et l'ordonnancement juridique ne saurait exempter la société de sa responsabilité directe pour le respect du droit. La procédure institutionnelle ne peut rien sans l'appui de la masse du corps social. La médiatisation entre société et droit est particulièrement peu avancée en droit international. Ici, c'est directement les Etats et autres acteurs internationaux qui restent maîtres du destin du droit. Celui-ci se fait ou se défait sous leurs mains, dans leurs interactions spontanées, à travers la politique qu'ils mènent. S'ils ne s'opposent pas à l'agression (Ethiopie, 1935; Goa, 1962; Pakistan, 1965; Irak, 2003); s'ils ne réagissent pas suffisamment à la violation du droit international humanitaire (Rwanda, 1994; Tchétchénie, 1999; territoires occupés par Israël); s'ils se divisent idéologiquement face à des disputes et pratiquent une politique partisane au lieu d'un effort réel de répondre aux donnés du problème (Congo, 1960; Indochine dès 1962; etc.); si tout cela a lieu, le droit

s'affaiblit, et vice versa. Or, comment ne pas voir que cette fonction ressortit à la politique générale et juridique des membres du corps social? L'exécution du droit est ainsi largement hors du droit. C'est une fonction se greffant sur le droit. Ici la règle; là le traitement qu'on lui impartit. Ici la norme; là les fortunes de sa mise en œuvre. Ici l'idée; là les avatars du monde sensible. Quoi de plus platonicien que l'ordre juridique, ce gigantesque complexe de devoir être réalisé partiellement par des efforts humains restant presque toujours en deçà de l'injonction? L'exécution peut être partiellement juridifiée, à travers l'adoption de procédures de mise en œuvre, par exemple à travers l'article 94, § 2, de la Charte des Nations Unies pour l'exécution des arrêts de la Cour internationale de Justice; mais l'essentiel demeure toujours ailleurs, dans cette disposition, ce sens de la mesure, cet esprit de solidarité et de l'intérêt public, cette volonté de sacrifice, des membres du corps social. Le droit ne saurait les commander; il ne peut que les espérer. Il faut donc aborder notre question sous l'angle de facteurs sociologiques et politiques. Le droit international en tant qu'ordre juridique n'est pas en cause; c'est plutôt le traitement de l'ordre juridique international par les membres du corps social ayant la responsabilité de son sort. Quels que soient les multiples liens qu'entretiennent les deux ordres de questions, il faut les séparer.

I. La Nature du Droit International

Mais qu'est-ce que donc le droit international? Des siècles d'effort scientifique n'ont pas permis de cerner définitivement son objet et sa portée. C'est que ceux-ci ne peuvent être définis qu'historiquement. Le contenu du droit international varie. Sa portée change. Ses délimitations avec les ordres juridiques étatiques ne sont point éternelles. Jusqu'au vingtième siècle, on pouvait dire que le droit international était *grosso modo* l'ordre juridique qui régissait les rapports entre les Etats. Il n'en régissait pas tous les rapports, assurément. Pas plus que le droit interne ne régit tous les rapports entre individus. Le droit, pourrait-il, par exemple, régir l'amitié? Régir l'amour? Non, point. Sauf dans certains aspects, quand ces rapports mettent en jeu des positions dignes de protection de l'un ou de l'autre des partenaires. Il en va de même du droit international. Il règle certaines questions des rapports interétatiques.

Or, tout au long du vingtième siècle, l'objet du droit international s'est considérablement accru. Le droit international s'est étendu à de nouveaux sujets quasi-étatiques (belligérants, insurgés, mouvements de libération nationale, organisations intergouvernementales) ou non étatiques (l'individu, dans sa dimension droits de l'homme et droit pénal international); et il s'est étendu à de nouvelles matières (espace extra-atmosphérique, droit du maintien de la paix internationale, droit des droits de l'homme, droit de l'environnement, commerce international, etc.). Il a fini par englober tant de manières diverses qu'il n'est plus facile de le définir par son objet. Il peut couvrir n'importe quelle matière dans sa dimension internationale. Or, quelle matière n'a plus aujourd'hui une dimension internationale? Jadis, on pouvait dire que le droit international était surtout un droit régissant la diplomatie, les traités, la souveraineté territoriale et la guerre. Désormais, il peut régir n'importe quelle matière à condition qu'elle soit réglementée entre Etats. Jadis un droit interétatique, il couvre désormais des questions qui ne le sont point, par exemple les droits de l'homme. L'écran du domaine réservé, la membrane divisant

les royaumes du droit international et du droit interne, ont sauté. Le droit international a fini par pénétrer profondément dans le droit interne. De plus en plus, le droit international et le droit interne s'interpénètrent. Le droit international public et le droit international privé se rapprochent. Ne sommes nous pas en train d'être témoins d'une gigantesque recomposition de tout le domaine du droit? De nouveaux continents ne sont-ils pas en train d'émerger sous nos yeux? On comprend, dès lors, qu'une série de branches nouvelles aient vu le jour, des branches qui constituent des conglomérats uniques et complexes de droit interne et international, recomposant ainsi de larges pans du droit traditionnel en une nouvelle dimension matérielle et spatiale. On peut évoquer, comme exemples, le droit économique international ou le droit du travail international.

Dans les pages qui suivent, prenons le droit international dans son acception la plus classique: c'est l'ordre juridique qui règle, avant tout, les rapports entre Etats. C'est le droit qui s'applique entre puissances publiques indépendantes qui ne sont pas sujettes à un pouvoir supérieur (souveraineté). Ce droit est nécessaire. Sans lui, les Etats ne sauraient même pas comment conclure un traité. Car, en effet, les modalités de conclusion, de validité, d'application et de terminaison des actes conventionnels sont réglementées par le droit. Par le droit international. Et les exemples pourraient être multipliés.

Parmi les caractéristiques uniques du droit international, il y a celle d'être peut-être la seule branche du droit tributaire à la fois du droit public et du droit privé. Matériellement, le droit international est du droit public: son contenu vise à réglementer les expressions de la puissance publique. Montesquieu a donc raison de dire que le droit des gens est la loi politique entre les nations[1]. Structurellement, pourtant, le droit international est un droit privé: il touche aux rapports entre sujets placés sur un pied d'égalité et poursuivant avant tout des intérêts «égoïstes». Miracle d'ambiguïté. Miracle d'ubiquité.

De plus, le droit international est le seul à être caractérisé par un caractère horizontal plutôt que vertical. Le droit international, puisqu'il régit les rapports interétatiques, réglemente une société d'entités égales et souveraines. Tout pouvoir supérieur y fait défaut. Le droit possède la balance; mais il ne possède guère l'épée. Droit sans autorité supérieure; droit sans législateur régulier, sans gendarme, ni juge; droit anarchique organisé à l'ombre du pôle puissant de la souveraineté. Voilà l'essence de ce droit si singulier et partant si attachant.

Le droit international est un «droit coordinatif» parce qu'il se caractérise par l'absence d'autorité supérieure aux sujets individuels qui composent la société internationale. Les fonctions constitutionnelles fondamentales (législation, exécution, contrôle judiciaire)[2] ne sont pas centralisées au sein d'organes préposés au

1 Montesquieu, De l'Esprit des Lois, livre X, chap. I.

2 L'absence d'autorité supérieure n'a pas besoin d'être complète pour qu'une société reste tributaire du modèle coordinatif. Il suffit qu'il n'y ait aucune autorité supérieure *régulière*, ayant des compétences autonomes. En matière de paix et de sécurité internationale—avec une interprétation de plus en plus large s'ouvrant vers la protection des droits de l'homme fondamentaux—la société internationale connaît déjà une forme adoucie de fédéralisme mondial à travers les pouvoirs du Conseil de Sécurité des Nations Unies. Mais le gouvernement international du Conseil reste fortement limité *ratione materiae*, et, à défaut de moyens d'exécution propres, soumis à la

bien commun mais demeurent au niveau inférieur, au sein de chaque Etat *uti singulus*. La verticalité du commandement d'un supérieur fait donc largement défaut au droit international. Il demeure un droit horizontal coordonnant les rapports entre sujets souverains *superiorem non recognoscentes*. La pierre angulaire du droit international est la souveraineté égale des Etats[3]. Sans la souveraineté il n'y aurait pas de droit international! Il n'y aurait qu'un droit fédéral ou mondial, plus ou moins décentralisé. Il s'ensuit que ce qui dans une communauté organisée est la prérogative de tous en tant que collectivité organisée est dans la société décentralisée la prérogative de chacun pris individuellement.

Or, voilà que l'homme de la rue, mais souvent aussi l'homme de droit interne, procède par une assimilation toute simple, toute de bon sens. Dans une société à distribution tellement anarchique des pouvoirs, dans une société sans l'autorité d'une force supérieure, le droit n'est-il pas nécessairement faible? N'est-il pas nécessairement une chimère? N'est-il pas voué à être détourné de ses fins propres par les puissants? N'est-il pas un masque lénifiant qui servira à justifier n'importe quelle position égoïste? Sans l'épée de la contrainte—sauf par les contre-mesures et la guerre, le cas échéant[4]—la prescription juridique ne reste-t-elle pas sans sanction à un tel point qu'il est artificiel de continuer à vouloir la traiter comme formant du droit? La racine de ces doutes tient à une assimilation rapide entre la décentralisation et l'inefficacité. L'équation inexprimée est la suivante: ne peut être efficace que ce qui a derrière lui la contrainte; ce qui est dépourvu de contrainte est nécessairement inefficace. Si l'on ne peut en dernière analyse contraindre un sujet récalcitrant à respecter la règle qu'il méconnaît, le droit ne reste qu'une aspiration, rationnelle tout au mieux. Mais cette prescription rationnelle cesse d'être du vrai droit. Des siècles de théorie de droit n'en témoignent-ils pas?: sans pou-

---

volonté des Etats. Le caractère coordinatif du droit international n'a donc été exproprié que pour un domaine limité, sans altérer son empire général.

3 Cette souveraineté y joue d'ailleurs un rôle ambigu: d'un côté, elle est une condition d'existence du droit international qui sans souverainetés, c'est-à-dire sans distribution horizontale du pouvoir, n'existerait pas, car il se fondrait dans un droit fédératif; mais de l'autre côté, elle est une menace permanente à l'efficacité de l'ordre juridique international à cause de la décentralisation de la société, l'absence de sanction organisée, en un mot par le fait, comme le dit J. L. Brierly, que les Etats possèdent la puissance: «The fundamental difficulty of subjecting States to the rule of law is that States possess power» (The Law of Nations 48 (6 éd., 1963). Le droit international naît donc d'un paradoxe merveilleux dans sa fécondité: la souveraineté est sa condition d'existence; mais la souveraineté est aussi sa menace existentielle.

4 H. Kelsen, Reine Rechtslehre 131 (1934): «[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 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».

voir de contraindre, pas de droit. Ce qui revient à dire, mais en est-on toujours conscient?: sans Etat, pas de droit. Ou: le droit n'existe qu'à l'intérieur de l'Etat. Et: avant l'émergence de l'Etat, il n'y avait pas de droit. Mais cela ne ferait-il pas crier l'historien du droit? Ce dernier sait que le droit précède de loin l'émergence de l'Etat moderne constitutionnellement organisé. C'est dire que le droit précède la contrainte étatique. Le droit étatique est une forme de droit, peut-être la plus achevée. Mais il n'est pas l'unique vêtement dont peut se parer le phénomène juridique. Des siècles d'histoire l'attestent.

Ce n'est pas la place d'entrer dans une critique serrée de cette assimilation entre la contrainte et l'efficacité. En un mot, on peut dire que 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 XIXe et XXe siècles ne peut mener qu'à des distorsions, car ce n'est là en définitive qu'une des modalités historiques du droit, non pas son essence. Dès lors, comme le dit Antonio 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»[5]. C'est un peu comme si l'on voulait comparer l'efficacité des Nations Unies avec celle de l'administration fédérale helvétique. Elle ne peut être la même. L'administration des Nations Unies n'a pas des pouvoirs d'exécutif. Elle n'a pas de pouvoirs de décision. Elle ne peut que proposer, non imposer. L'Organisation mondiale n'est pas un super-Etat; elle n'est qu'un centre où se coordonnent des efforts entre entités indépendantes et souveraines. Si l'on voulait qu'elle soit «réellement efficace», au sens que l'homme de la rue donne à ce terme, il faudrait que les Etats renoncent à la souveraineté et dotent l'organisation mondiale de pouvoirs d'exécution et d'un pouvoir de lever l'impôt.

En un mot, chaque ordre social et juridique doit être examiné dans le contexte des paramètres qui lui sont propres. On ne saurait lui demander de remplir des fonctions pour lesquelles il n'est pas armé et qu'on ne veut même pas le voir remplir.

L'essentiel pour notre propos réside cependant ailleurs. Pour ce qui est de l'efficacité, qui est une notion de fait, il faut se méfier de l'assimilation rapide du contraignant et de l'efficace. Il faut se réserver au moins le bénéfice d'inventaire. Et cet inventaire, que ne surprend-il pas celui qui prend la peine d'y regarder de plus près!

II. L'Effectivité du Droit International Considérée Isolément. Facteurs Poussant à Son Respect

Il est nombre de facteurs peu aperçus du grand public qui poussent au respect du droit international. Voici quelques exemples. Ils ne sont nullement exhaustifs.

5 A. Truyol Y Serra, *Cours général de Droit International Public*, 173 Recueil des Cours 119 (1981-IV).

Par exemple[6]:

(1) En droit interne, le choix de respecter le droit ou la tentation de le transgresser revient surtout aux divers individus agissant dans la poursuite de leurs intérêts propres. C'est le cas, par exemple, du conducteur pressé qui évalue la possibilité de garer sa voiture dans une zone interdite. Pour ce qui est du droit international, ses exécuteurs sont le plus souvent des fonctionnaires des chancelleries qui agissent pour le compte de l'Etat et non dans leur intérêt propre. Ils n'ont aucune raison de ne pas appliquer les normes du droit international (comme celles du droit interne). Au contraire, cette application impersonnelle et désintéressée sera chez eux un automatisme. Cet automatisme sera interrompu seulement si des intérêts politiques cardinaux de l'Etat interfèrent avec la bonne exécution d'une norme internationale. Alors le ministre risque de dessaisir le fonctionnaire de ses attributions. Faut-il ajouter que c'est une très petite minorité de cas qui mettent en jeu de tels intérêts?

(2) Les normes du droit interne sont beaucoup plus nombreuses que celles du droit international et aussi beaucoup plus détaillées. Que l'on songe par exemple aux méandres des lois administratives. Elles s'exposent dès lors numériquement à des violations plus nombreuses. Le droit international, en revanche, connaît moins de règles et aussi moins de règles détaillées. Nombre de ses règles sont plus souples. Leur violation est souvent moins manifeste à établir, parce qu'elles laissent volontairement des marges d'action plus grandes. Le nombre plus réduit de règles emporte aussi la conséquence numérique de violations moins fréquentes. En un mot, les Etats souverains restent plus «libres» dans le domaine international que ne l'est l'individu dans les mailles de l'Etat réglementateur moderne.

(3) Tout pouvoir, pour être capable de peser, suppose des relations d'une certaine stabilité et prévisibilité au sein desquelles il peut creuser son sillon. Il suffit d'observer combien les bouleversements politiques fréquents et l'anarchie gênent la politique étrangère, y compris celle des grandes puissances. Les grandes puissances visent à établir une paix sous leur hégémonie; c'est des *pax romana*, des *pax americana* dont il s'agit. Ces puissances n'ont donc qu'un intérêt très relatif et très passager au désordre international. Dans celui-ci, elles ne réussissent pas à stabiliser leur pouvoir et à en tirer les dividendes escomptées. Mais que dire alors des petits Etats? C'est encore plus vrai pour les moyens et petits Etats. A défaut de puissance musculaire, le droit est pour eux une importante protection. Ces Etats ont un intérêt immédiat au renforcement du droit international. C'est pourquoi un Etat comme la Suisse ne manque jamais de souligner, dans ses documents officiels, qu'en tant que petit Etat il a un intérêt éminent au bon fonctionnement et au respect du droit international. Dès lors, la transgression du droit international n'a de raison, pour l'immense majorité des Etats, que si les intérêts essentiels le dictent. C'est un frein puissant à la violation de ses règles.

(4) La réciprocité est un facteur puissant qui pousse à se conformer à la légalité internationale. Si l'Etat A. viole une règle à l'égard de l'Etat B., il doit s'attendre

6 Voir aussi L. Henkin, How Nations Behave (2.éd., 1968), p. 29 *et seq.* 46 *et seq.*

à ce que l'Etat B. réponde en suspendant l'application d'une autre règle qui peut lui importer. Cet état des choses élève la barrière de l'opportunité d'une violation de la règle. La réciprocité ne joue cependant pas de la même manière dans les rapports entre un Etat faible et un Etat fort. Il peut aussi y avoir le danger de sanctions collectives: contre-mesures collectives, sanctions d'une organisation internationale, etc.. Ici, même les Etats plus forts s'exposent à un certain danger, sauf à se tisser un réseau d'alliés important. La superpuissance reste cependant au-dessus même de cette menace. Il faut ajouter que même les pires figures ont été pris dans la tenaille de cette réciprocité: Hitler n'a-t-il pas renoncé à utiliser des armes chimiques par peur de représailles?

(5) Toute violation du droit a des conséquences plus fâcheuses pour son auteur dans une société restreinte où l'individualité et l'honneur de l'Etat comptent pour beaucoup. Ces violations ne pourront pas rester cachées. L'Etat s'exposera donc à la stigmatisation et mettra en jeu sa réputation. Il doit prévoir l'éventualité, selon le type de violation, d'une réaction de l'opinion publique ou d'une pression sociale exercée pour le ramener à la conformité. C'est uniquement pour des intérêts très importants que ces risques seront courus.

(6) L'élément volontaire prédomine dans les domaines de la création du droit international et de la naissance d'obligations particulières grevant un Etat. Le droit international repose en bonne partie sur des traités. Il ne connaît pas la loi. Dès lors, sa règle est la suivante: vous êtes liés si vous le voulez, vous n'êtes pas liés si vous ne voulez pas. Dès lors, les obligations s'assument le plus souvent par une expression de volonté unilatérale ou par accord. Ainsi, par exemple, nul Etat ne doit se soumettre à la Cour internationale de Justice sans avoir donné son accord. Cet accord de juridiction donne des chances beaucoup plus grandes à l'arrêt de la Cour d'être exécuté. En effet, on s'est soumis à la compétence de la Haute Juridiction en calculant déjà le risque de perdre; et si on n'est pas prêt à courir le risque de devoir exécuter une décision défavorable, on refuse simplement de donner l'accord à la compétence de la Cour. De la même manière, tout le droit international a de meilleures chances d'être respecté tant que c'est la volonté de l'Etat qui crée bon nombre de ses obligations. Si on veut se soumettre à un régime, c'est bien qu'on accepte *a priori* de le respecter. Cet élément d'autonomie fait défaut à de larges pans du droit interne où l'individu se voit imposer des devoirs. Il sera davantage tenté de les éluder. L'anonymat de la vie individuelle peut l'y aider.

(7) Les Etats calculent plus souvent rationnellement des risques d'une violation que l'individu, mû par ses passions momentanées. Cela aussi opère comme un frein à la tentation de violer le droit. Autrement dit: il faut réellement que le jeu en vaille la chandelle.

(8) Toute une série de normes internationales profitent du fait d'être introduites dans le droit interne des Etats. Là, elles jouiront de l'apport du bras séculier des organes d'exécution des Etats. Ainsi, des traités relatifs aux droits de la personne humaine ou à des droits individuels tout court seront reçus dans les droits internes des Etats ratifiant les textes. Dès lors, les organes étatiques veilleront à leur application. Bien ou mal, certes. Mais la violation de ces prescriptions sera alors tout d'abord une violation du droit interne et seulement

de manière médiate une violation du droit international. Y pense-t-on assez souvent? On accuse le droit international des droits de l'homme d'être faible? Pourquoi ne commence-t-on pas le procès par le droit interne? C'est là que le dysfonctionnement a tout d'abord lieu.

Tous ces facteurs, comme d'autres encore, poussent vers l'observation spontanée du droit international.

D'un autre côté, l'enrichissement considérable du droit international a comporté aussi des ornières et des décalages. Tant que le droit international, à son époque classique du XIXe siècle, était un droit au simple service des Etats, leur offrant à leur libre choix des instruments de diplomatie, de procédures conventionnelles et de guerre, il ne se posait guère un problème d'efficacité à son égard. L'efficacité était inhérente à ce droit vénérable, qu'on ne pouvait guère violer que dans des cas marginaux: par exemple la violation d'un traité, mais encore la doctrine *rebus sic stantibus* profilait son ombre lénifiante. Quand le droit international, dans sa mouture moderne, à travers le septualogue de l'article 2 de la Charte, s'est transformé en moins partiellement en droit messianique, en apprenti-maître des Etats, le problème se posa dans une lumière nouvelle. L'égalité souveraine, le règlement pacifique des différends, le non recours à la force, la solidarité dans la sécurité collective, la non-intervention dans les affaires intérieures, le respect des droits de la personne humaine, l'autodétermination des peuples, la coopération internationale, voilà une série d'obligations internationales autrement plus exigeantes que les compétences largement potestatives et accommodantes du précédent siècle. Cette évolution du droit a creusé un écart plus important entre la norme et le fait. Mais aurions-nous réellement gagné au change en gardant l'ancien droit de coexistence et de prédation du XIXe siècle?

III. L'Efficacité du Droit International par Rapport à Celle du Droit Interne

Comment comparer l'efficacité du droit international et celle du droit interne? D'abord, en se rendant compte que chacun de ces ordres juridiques régule une société particulière et qu'il faut mesurer son efficacité à sa capacité de répondre aux besoins précis de cette société-là. Certes, on pourrait affirmer que le droit international accroîtrait une certaine efficacité s'il disposait d'un bras séculier de contrainte. Mais cela reviendrait à dire qu'il faudrait créer un super-Etat, qu'il faudrait renoncer à la souveraineté étatique. Or, les plus grands détracteurs du droit international sont en même temps ceux qui ne consentent à abdiquer à aucune parcelle de souveraineté. Il ne faut pas vouloir l'impossible!

Si l'on pousse plus loin les réflexions, on s'aperçoit que la situation est différente du point de vue quantitatif et du point de vue qualitatif. Du point de vue de la fréquence des violations, le droit international est notablement mieux respecté, spontanément, que le droit interne. Qui l'eût cru! Qui eût pensé que l'équation si séduisante entre la contrainte et l'efficacité n'est pas correcte quand on prend le soin de la serrer de plus près! Qui eût spontanément pensé qu'un droit consensuel est en réalité presque toujours mieux respecté qu'un droit imposé, fût-il armé de l'épée? Il suffit de considérer un instant le seul nombre de vols dans une ville comme Milan dans un seul jour, ou le nombre d'infractions au code de la route dans un Etat, pour s'en rendre compte. Dans les relations entre Etats, la violation du droit

tend au contraire à prendre immédiatement une proportion telle qu'elle devient visible. Toute violation, même modeste, d'un accord interétatique ou d'une autre norme internationale, prend des proportions politiques, affecte l'honneur et la vie d'une collectivité, engage le jeu de forces collectives. Cette visibilité des écarts aboutit à leur médiatisation. Celle-ci finit par mettre en évidence les seules violations du droit international, oblitérant complètement la question de leur fréquence statistique par rapport à l'observation des règles. De là cette impression erronée que le droit international n'est jamais respecté. On peut dire que les journaux quotidiens nous montrent dans la partie consacrée à l'étranger des violations quotidiennes du droit international; mais ils nous montrent *à peu près toutes* les violations. S'il fallait publier toutes les violations du droit interne dans un quotidien, celui-ci serait un livre de milliers de pages! Et on serait même sûr qu'il y aurait nombre de violations non recensées, car dans la société interne un grand nombre d'infractions passent inaperçues ou ne sont jamais enregistrées—outre que non sanctionnées! Ce n'est pas le cas au niveau international: toutes les violations sont visibles outre que vues.

Un exemple chiffré peut éclairer les considérants précédents. A l'heure actuelle, approximativement 60'000 traités bilatéraux ou multilatéraux enregistrés au service des traités des Nations Unies sont en vigueur pour les parties. Cette masse conventionnelle ne représente qu'une fraction des traités effectivement en vigueur entre Etats, entre organisations internationales ou d'autres sujets encore. Il est réaliste de penser qu'il existe au moins 80'000, voire 100'000 tels traités. En même temps, il y a approximativement entre 100 et 200 traités donnant lieu à des litiges réguliers et sérieux entre les parties. Dans l'hypothèse chiffrée la plus défavorable, 80'000 traités au total s'opposent à 200 traités problématiques du point de vue de la mise en œuvre. La fraction indiquant le taux de déviation est dès lors de 1 sur 400, ce qui revient à dire de 0, 0025 %. Qui osera dire que ce taux est déshonorable?

Ce qui vient d'être exposé est avant tout un point de vue quantitatif. Il faut désormais se tourner vers le point de vue qualitatif. Du point de vue qualitatif, la situation est à peu près identique en droit international et en droit interne. La maxime «Ordnung im Kleinen, Unordnung im Grossen»[7] vaut dans ses grandes lignes autant en droit international qu'en droit interne. Les libertés prises avec le droit par les organes suprêmes de l'Etat ou par des groupes puissants (par exemple des puissances économiques ou des syndicats forts) restent le plus souvent sans sanction effective. De larges pans du droit constitutionnel ne sont pas couverts par la sanction, par la contrainte. Il s'agit ici tout simplement d'un problème de pouvoir. Il est indépendant de la forme d'organisation sociale. Plus on s'approche des sphères du pouvoir, et plus le droit est impuissant, car la raison, qui est son arme, y perd sa force. Le pouvoir reste toujours quelque part irréductible au droit. Les intérêts tenus pour vitaux à un moment donné s'échappent des mailles du filet juridique. *De maximis non curat praetor*; et peut-être aussi: *de maximis non curat lex*.

Ce qui compte le plus est d'abandonner l'idée d'une efficacité ou inefficacité en bloc du droit international et de se tourner vers l'entreprise d'un inventaire complet. Le droit international est composé d'un grand nombre de matières. Chacune

7 Ordre dans les aspects subordonnés, désordre dans les aspects fondamentaux; cf. A. Hold-Ferneck, Lehrbuch des Völkerrechts 88 (1930-I).

est porteuse d'un degré d'effectivité qui lui est propre. Il est connu que le droit des conflits armés, c'est-à-dire les devoirs assumés quant aux moyens et méthodes et au traitement des personnes lors d'un conflit armé, est souvent violé. Comment s'attendre à autre chose? Dans des situations d'effondrement de l'ordre social et le lutte pour la survie, la tendance sera toujours de s'affranchir des limites, de pratiquer l'adage «Not kennt kein Gebot». Toutefois, comme l'a dit Jean Pictet, le droit des conflits armés peut être utile même dans ce cas, s'il réussit à sauver une seule vie. Mais, en tout état de cause, ce n'est qu'un côté du spectre. Il en est d'autres. Il y a d'autres branches du droit international, parfaitement respectées. C'est le cas par exemple de matières techniques, assez éloignées de la politique. Voici un exemple. A chaque fois que nous recevons une lettre de l'étranger, c'est un traité international (à savoir la Convention sur l'Union postale universelle) qui a fonctionné. C'est donc du droit international qui a été mis en œuvre. Sans le Traité sur la poste universelle, nous ne recevrions aucune lettre de l'étranger. Aucune lettre ne pourrait franchir les frontières. Tant le droit des conflits armés que la poste universelle sont des branches du droit international. Pourquoi mentionne-t-on toujours la première, en défaveur du droit international, et jamais le deuxième, en sa faveur? Curieux éborgnement de l'homme moderne, imbu de soi-même et de son jugement formé souvent en absence de connaissance de cause. Si l'on dressait l'inventaire de l'ensemble des matières du droit international, on s'apercevrait que celui-ci dénote dans l'ensemble une excellente santé. De plus, on verrait se dessiner en relief des branches dans lesquelles son efficacité souffre, par exemple le droit de non-recours à la force ou le droit des conflits armés, des branches intermédiaires, par exemple les traités, et les branches où l'efficacité est excellente, notamment les branches techniques. L'essentiel est de vouloir voir le tout.

Ce bilan doit, de plus, être modulé sur une échelle diachronique. Comme tout corps vivant, le droit international passe des années assez tranquilles et fastes; mais il passe aussi des années mouvementées, faites de défaites, de reculs, de maladie. Lors de la première guerre mondiale, n'a-t-on pas proclamé sa faillite définitive[8]? Lors de la seconde guerre mondiale n'a-t-on pas fait de même? En tout cas, ce furent là des années lourdes, des années de plomb, de larmes et de sang. L'heure actuelle est à nouveau une heure de crise. Les Gouvernements puissants, qui longtemps avaient soutenu ce droit, s'en détournent. Ils visent avant tout d'être libres de toute forme de contrainte afin de pouvoir pratiquer une politique unilatéraliste sans frein. Cette politique ajoute aux tensions internationales, déjà existantes par ailleurs[9]. Les guerres en violation du droit international (Irak, 2003); les Guantanamo et les 50 à 80 places de détention secrètes des Etats-Unis dans le monde; la prolifération nucléaire; la prolifération terroriste; la multiplication des tensions internes à divers Etats; tous ces aspects forment la trame dramatique d'une désintégration menaçante de l'ordre mondial reçu et un retour progressif

8 Cf. O. Nippold, Die Gestaltung des Völkerrechts nach dem Weltkriege (1917).

9 Comme on l'a dit: S. Sur, Le Conseil de Sécurité dans l'après 11 Septembre 88-89 (2004): «Il est clair qu'une telle conception inégalitaire et guerrière des relations internationales, même si elle peut se fonder sur des objectifs d'intérêt général [. . .] est de nature à susciter un climat de méfiance dans la société internationale. [. . .] Il est également clair qu'une telle conception ne peut que se heurter à des résistances, qui ne se dessinent pas ouvertement pour l'instant, mais ne sauraient manquer de s'affirmer à une date plus ou moins rapprochée. [. . .] Elle est en toute hypothèse grosse de conflits futurs, elle risque fort d'être désorganisatrice plus que pacifiante».

vers une anarchie internationale fiévreuse. Toutefois, l'histoire nous montre qu'à chaque phase de grand recul s'est joint une phase d'avancées: l'ouvrage de Grotius '*De iure belli ac pacis*' (1625), fêté par d'aucuns comme la pierre fondatrice de la science du droit international moderne, a vu le jour à cause de tribulations de la guerre des trente ans. Le Pacte de la Société des Nations (1919) est la réponse à la première guerre mondiale. La Charte des Nations Unies (1945) tire les leçons de la deuxième guerre mondiale. A chaque grand recul a suivi une grande avancée. Sera-ce encore ainsi?

Un point de vue purement quantitatif du respect du droit international n'est pas suffisant. Et le constat que qualitativement les violations du droit international correspondent à celles du droit interne est aussi un peu court. Toutes les matières du droit international n'ont pas la même importance. Si l'on attribue du poids à chacune d'elles, le bilan du droit international s'assombrit. Il convient de ne pas se le cacher. Ce n'est qu'en ayant une disposition à tenir compte de la réalité que l'on peut fixer les obstacles à vaincre et qu'on peut diriger convenablement ses efforts. L'une des matières les plus capitales du droit international est celle du maintien de la paix. Comme le premier commentaire de la Charte des Nations Unies de L. M. Goodrich / E. Hambro[10] l'exprime très bien, l'interdiction du recours à la force, et donc le maintien de la paix, est la condition de base sans laquelle tous les autres buts du droit international et de la Charte (droits de l'homme, amélioration des conditions de vie des peuples, règlement pacifique des différends, etc.) ne sauraient être atteints. Que dirait-on du droit interne si la paix n'était pas garantie? Que dirait-on si nous pouvions tous être attaqués et tués légalement à tout moment dans une sorte de *liberum ius ad bellum* apprécié librement par chacun? Parlerait-on alors des acquis de la construction d'une nouvelle autoroute reliant plus rapidement le Tessin à la Suisse intérieure? Oui, parlerait-on même des droits de l'homme—si ce n'est de celui de garantir la paix sociale? Qui estimerait approprié de parler des divers acquis du droit si le monopole de la violence n'avait été transféré à l'Etat et si, dès lors, la paix sociale ne pouvait être garantie? Nous estimerions qu'il n'y aurait pas d'ordre juridique mais plutôt anarchie. Il est vrai que le droit international régule une société essentiellement diverse de la société interne. Cependant, il ne peut se dérober à la responsabilité primaire de tout droit pour le maintien de la paix et le règlement pacifique des différends[11]. Et il est vrai que dans ce domaine, le droit international, malgré d'énormes progrès, n'a pas pu jusqu'à présent satisfaire les attentes et les espoirs qu'on plaçait en lui. Mais pouvait-on s'attendre réelle-

10 M. Goodrich & E. Hambro, Commentaire de la Charte des Nations Unies 119 (1948).

11 Il ne faut pas oublier que tout droit vise d'abord à assurer la paix sociale et à amender le primat de la force. Son efficacité première se mesure à la capacité de remplir cette mission. Le philosophe du droit allemend H. Coing écrit très bien: «Die Rechtsordnung ist Friedensordnung. Das zeigen uns vor allem ihre Anfänge. Der Friede und das Recht kommen gemeinsam; das Recht bringt den Frieden, und Herstellung des Friedens ist Voraussetzung für die Enfaltung des Rechts. Überall, wo Recht sich entwickelt, löst es den gewaltsamen Kampf ab und setzt eine friedliche Lösung an seine Stelle. Rechtsverfahren tritt an die Stelle von Selbsthilfe. In diesem Sinn kann man sagen, dass das Verbot der Eigenmacht der Beginn und die dauernde Grundlage der Rechtsordnung ist». Voir H. Coing, Grundzüge der Rechtsphilosophie 142 (4 éd. 1985). Voir aussi le *Message du Pape Jean-Paul II pour la journée mondiale de la paix*, 1 janvier 2004, (éd. du Vatican), p. 7: "La pace ed il diritto internazionale sono intimamente legati fra loro: il diritto favorisce la pace".

ment à plus? Le problème essentiel n'est-il pas que contrairement aux individus de la société interne, l'État possède la «puissance», militaire et autre?

Il n'en demeure pas moins qu'un grand chantier reste ici ouvert et qu'on a tendance plutôt à reculer qu'à avancer. Le plus préoccupant est qu'il s'installe chez d'aucuns, en Occident comme ailleurs, une «culture de la violence». La foi que la force peut régler des conflits revient. Elle relève la tête. Le soi-disant «pacifisme» est de plus en plus attaqué, discrédité. On pointe l'index vers les violations des droits de l'homme, la prolifération nucléaire, le terrorisme. Et on nous dit: ne rien faire est coupable. Il faut agir, si nécessaire par la force; elle seule peut faire évoluer la situation, non pas de beaux discours.

Le danger de telles conceptions a amplement été démontré par l'histoire. Si l'on ne revient pas à plus de raison, les déconvenues seront cinglantes et sanglantes. Au lieu de préparer un ordre international plus efficace, on prépare le lit pour une anarchie sans précédent où règnera une violence généralisée. La situation existant entre Israël et la Palestine servira alors de modèle pour l'ensemble du monde: «Once the frame of order is broken, we can reasonably anticipate increasingly norm-less violence, pitiless blows followed by monstrous retaliation in a descending spiral of hardly imaginable depths. The Israeli experience could well prove a microcosmic anticipation of the global system's future in this scenario»[12]. Car, comme le dit toujours avec la même élégance M. Bourquin: «Nous touchons ici au cœur même du problème international. Devant cette question, tout recule au second plan, parce que, en définitive, tout est conditionné par elle. La guerre n'est pas seulement une monstrueuse aberration. Elle est l'obstacle qui rend impossible toute organisation solide de la communauté internationale. Quand elle éclate, l'armature du droit se déchire; quand elle prend fin, les souvenirs et les appréhensions qu'elle laisse continuent d'empoisonner l'atmosphère. Aucun résultat décisif ne peut être acquis aussi longtemps que le monde reste ployé sous sa menace. Toute l'histoire de l'humanité l'atteste: guerres privées, guerres civiles, guerres internationales, peu importe; le refoulement de la guerre est la condition *sine qua non* du progrès social»[13]. Que cette leçon soit partiellement perdue, que des biens pensants s'engagent à la légère à l'utilisation de la force, qu'ils ne sachent guère évaluer les dessous de relations internationales qu'ils ne connaissent manifestement guère, cela est plus qu'inquiétant. Le prix sera à payer par tous; et il sera sanglant.

Certes, il ne sera pas possible de refouler complètement la force. Cela n'est pas non plus souhaitable. La société et ses membres ne sauraient rester désarmés face à chaque violation du droit, face à chaque provocation. Pour ne pas s'être opposées au Japon en 1931, à l'Italie en 1935 ou à l'Allemagne dès 1933, pour avoir abandonné le système de sécurité collective du Pacte dès après la crise éthiopienne, les puissances de la Société ont payé un lourd tribut. Il faut se rendre à l'évidence. Toute force n'est pas évitable; toute force n'est pas proscrite. La Charte des Nations Unies elle-même concède, dans son article 51, le droit à la légitime défense. Et elle prévoit l'action militaire décidée par le Conseil de sécurité des Nations Unies. Or,

12 Cf. T. Farer, *Beyond the Charter Frame: Unilataralism or Condominum?*, 96 American Journal of International Law 364 (2002).

13 M. Bourquin, *Règles générales du droit de la paix*, 35 Recueil des Cours 174 (1931-I).

il faut rester conscient du fait que la guerre est un mal. Dès lors, en tout cas, il est essentiel de mener une politique de paix, inspirée par des motifs de paix. *Si vis pacem para bellum*, soit. Mais aussi: *si vis pacem para pacem*. C'est une telle politique qui fait aujourd'hui défaut. Reprenons encore une fois les termes lumineux de Maurice Bourquin: «Un jour viendra-t-il où le monde sera libéré du fléau de la guerre? Des millénaires d'expérience rendent cet espoir bien fragile. Mais il n'est pas nécessaire de le caresser pour s'attaquer au mal, car nul ne met en doute qu'une politique sagement conçue peut agir sur les forces belliqueuses, les refouler au-delà de certaines limites, rendre leurs explosions moins fréquentes; et voilà qui justifie amplement les efforts qu'elle demande»[14]. C'est une telle politique inspirée de l'expérience séculaire et sagement conçue qui semble faire défaut aujourd'hui. En mesure-t-on assez les conséquences?

IV. Autres Facteurs Influant sur le Jugement de l'Efficacité du Droit International

Retournons à l'efficacité actuelle du droit international. Il ne faut pas méconnaître—et c'est généralement méconnu—que le facteur temps joue un rôle éminent dans la mise en œuvre du droit international. C'est une loi intéressante que les grands ensembles dilatent le temps alors que les petites entités le contractent. La vie de l'univers se mesure en centaines de milliards d'années; la vie d'un Etat en centaines d'années; la vie d'un homme en dizaine d'années; la vie d'un animal en quelques années; la vie d'un insecte en quelques jours. Le droit international est un droit des grands espaces. Dès lors, dépourvu de surcroît de la lame tranchante de l'épée, il est orienté aux réalisations de longue haleine. S'il ne peut contraindre pour obtenir immédiatement, il peut contrecarrer obstinément pour éroder à long terme les forces qui s'opposent à lui. La sanction internationale est ainsi une sanction de longue haleine temporelle. Faite de l'accumulation de pressions ponctuelles et d'actions indirectes selon une vaste panoplie de moyens, son effectivité ne peut se mesurer qu'à moyen et long terme. L'effet des moyens limités dont dispose le droit international est en quelque sorte naturellement différé. Le droit international s'attache souvent à contrecarrer l'effectivité établie contre le droit, à lui faire peser l'illégalité originale, à ne pas permettre au violateur du droit de se reposer avec son butin dans la gueule. C'est une stratégie qui ne peut porter ses fruits que pour autant qu'on la considère comme étant étalée dans le temps. Des forces politiques peuvent alors intervenir à tout moment pour défaire ce que l'insolente force *contra legem* a pu construire. Quels exemples? Mais ils abondent. On peut penser à la libération des Pays Baltes annexées en 1940; à la défaite des agresseurs des années 1930', le Japon, l'Italie, l'Allemagne; à la stratégie de long terme contre l'apartheid sud-africaine, en Namibie et sur le territoire sud-africain; etc.. L'efficacité du droit international doit donc être mesurée dans une plage temporelle plus large que celle du droit interne. C'est une différence d'environnement qui le commande. Autrement, on ne juge pas justement.

Un autre facteur pernicieux contribue à fausser la perspective de respect du droit international. C'est le domaine des représentations erronées. Le droit international est un droit lointain, mal connu, complexe. Dès lors, l'homme de la rue, le journaliste, le politicien, affirmeront souvent bien vite, à l'emporte pièce, qu'une at-

14 M. Bourquin, Vers une nouvelle Société des Nations 85 (1945).

titude déterminée viole le droit international alors que ce n'est objectivement pas le cas. D'où une inflation injustifiée des violations. Le droit international connaît des exceptions multiples à des règles; il n'y a donc pas toujours violation de ces dernières. Si un traité est signé, mais non ratifié, il ne lie pas un Etat. Or, la différence est-elle toujours faite dans les cercles non initiés? Manifestement non. Si un traité est grevé d'une réserve, au moins une de ses normes ne sera pas applicable selon ce qu'indique son texte. Or, la nuance est-elle toujours perçue chez les non spécialistes? Certainement pas. Si une règle coutumière générale est dérogée par un accord particulier ou par une situation prescriptive, la règle générale ne sera pas applicable. Or, le mécanisme est-il toujours saisi par les personnes étrangères à la matière. Assurément guère. On peut ajouter à ce qui précède les nombreuses questions controversées en droit international, dans lesquelles une violation n'est pas si facile à fixer. Il n'est pas dit que la Résolution 1244 du Conseil de sécurité concernant le Kosovo interdise aux Etats tiers de le reconnaître une fois la sécession opérée, car cette résolution ne couvre probablement pas le cas de la sécession venant de l'intérieur.

Un autre élément tendant à obscurcir la question de l'efficacité du droit international repose sur l'exposé doctrinal et pratique qu'on lui donne dans certains cercles. Les personnes s'occupant de ce droit se sont fortement multipliées et diversifiées. Si jadis le droit international était surtout un droit de savants et de chancelleries, c'est-à-dire de quelques initiés peu nombreux et très instruits, de nos jours les auteurs les plus divers et les praticiens des horizons les plus inattendus se sentent admis à en discourir sur une place du marché de plus en plus populeuse. En ce sens, le droit international s'est démocratisé. Le journaliste d'un quotidien, l'étudiant en droit ou en sciences politiques, les participants à des mouvements religieux ou philosophiques, l'engagé d'une organisation non-gouvernementale, le philanthrope universaliste, le sociologue et le politologue universitaire, et bien d'autres encore, écrivent sur ce corps juridique. Parmi ces auteurs, souvent peu experts et non rarement sans formation juridique, la fraction la plus importante est celle des «progressistes». S'occuper du droit international est un acte de foi et de générosité: il s'agira donc de personnes engagés pour un monde meilleur, des idéalistes de crin divers cherchant à réaliser la paix, la coopération et le respect des droits de l'homme, des progressistes voulant abattre les obstacles factices ou réactionnaires s'opposant à ces finalités universelles. Ces bienfaiteurs qui se sont emparés de plus en plus du droit international l'exposent systématiquement de manière idéologique, non pas pour dire comme il est, mais pour affirmer comme ils voudraient qu'il soit. Ils transportent par les moyens les plus divers leurs aspirations dans le droit positif. On le voit bien, par exemple, dans le domaine des conséquences tirés par d'aucuns quant au droit d'ingérence humanitaire (voire du devoir d'ingérence). Jusqu'à un certain point, ce procédé est inévitable. Il est un fait régulier dans l'histoire du droit qu'à travers l'interprétation de normes à la lumière de leur téléologie et des principes-valeurs qui sous-tendent l'ordre juridique, une évolution axiologique de celles-ci soit opérée par le juge ou la doctrine. Qu'on se rappelle simplement du *New Deal* en droit constitutionnel américain ou de la jurisprudence du TPIY en matière de crimes de guerre dans les conflits armés non-internationaux. Or, le point capital est ici de savoir jusqu'où on peut aller trop loin. Il faut scruter attentivement les besoins sociaux du moment tout autant que

l'attitude des Etats pour sonder ce qu'ils sont prêts à accepter. En revanche, un exposé systématiquement idéologique du droit produit une profonde dualité: ici le droit réel, tel que pratiqué, là le droit exposé, demeurant sans effectivité; ici le *law in practice* occulté, là le *law in books* ignoré. Cette dualité n'est pas nécessairement féconde, tout au contraire. Elle expose l'observateur à des déconvenues permanentes par le non-respect des prétendues règles, et creuse ainsi le discrédit du droit international. Cette attitude prépare ainsi le lit du cynisme[15]. Cet exposé du droit international dans des envolées poétiques se trouve tout particulièrement dans certaines branches de celui-ci, comme le droit international humanitaire[16], les droits de l'homme ou le droit des réfugiés. Or, si l'on s'en tient aux aspérités du droit positif, il y a en réalité bien moins de violations du droit international qu'il n'y paraît. Comme il y a moins de règles effectivement établies que celles doctrinalement postulées, une grande fraction de violations du droit se dévoilent comme étant dirigées contre un fantôme et en ce sens irréelles. Ce réajustement de la perspective doit être fondé sur la conviction qu'il peut être humainement plus fort, outre qu'intellectuellement plus honnête, de dénoncer avec acuité les carences du droit positif plutôt qu'à tenter de les faire disparaître par des constructions juridiques accrochées dans une lénitive et incertaine apesanteur.

Une autre considération permet d'ajouter un élément important. Au fond, à bien regarder, le droit international n'est ni inexistant, ni dépourvu de qualités juridiques, ni encore inefficace. Quand on le critique, on vise normalement autre chose. On met en exergue une faiblesse de la *rule of law* internationale plus que l'inexistence d'une règle de droit. La règle existe, mais elle est exposée à être détournée par la puissance. Dès lors, l'application du droit n'est guère impersonnelle et régulière. Elle ne l'est sans doute pas complètement non plus en droit interne. Mais elle l'est beaucoup plus qu'en droit international. Ce qui fait défaut à ce dernier sont les principes de l'Etat de droit. Faut-il s'en étonner? Puisque c'est précisément un droit qui n'est pas enraciné dans un Etat! Peut-on demander au droit international ce qu'il n'est pas? Mais une chose est vraie: il faut œuvrer pour améliorer la *rule of law* internationale. Qu'est-ce d'autre que d'œuvrer pour le renforcement du droit international?

V. Conclusions

Si aucun ordre juridique ne peut empêcher la violation de ses règles—autrement il poserait des lois de la nature et non des canons de comportement -, chaque ordre juridique doit combattre cette violation et a ses propres moyens pour y parvenir. En droit international public, ce système de réaction à l'illicite ou de «combat» de l'illégalité est relativement faible, à cause de la souveraineté des Etats. Des violations graves peuvent donc passer sans sanction adéquate. Mais, et c'est là un

15 Au fond, tout cynique n'est qu'un idéaliste déçu.

16 Comme le dit avec pertinence M. Sassoli, *The Implementation of International Humanitarian Law: Current and Inherent Challenges*, à paraître dans le YEARBOOK OF INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW (2007): «The second category of manipulators may deserve more sympathy, but is equally dangerous for IHL: those who claim that every one of their humanitarian wishes is already fulfilled by the existing law binding upon States. [. . .] [T]hey weaken the rules which are actually accepted by States by giving belligerents the impression that IHL is the agenda of professional do-gooders, which cannot be respected in actual warfare».

point capital, ces violations de la règle—sauf dans quelques branches, comme le droit international humanitaire ou les droits de l'homme—y sont nettement moins fréquentes quantitativement que dans tout autre ordre juridique. Qualitativement, toutefois, elles tendent à être plus graves.

En même temps, le droit international fournit un guide de conduite, c'est-à-dire un élément ordonnateur et structurant des relations internationales. Dès lors, dans l'ensemble, son existence est pleinement justifiée. Il régit effectivement un grand nombre de comportements; et pour ceux qu'il n'arrive pas à contrecarrer, il offre une règle à l'aune de laquelle ce comportement peut être mesuré, discuté, condamné. Sans cet étalon de mesure, il deviendrait impossible de critiquer objectivement l'attitude en cause. C'est en effet l'écart par rapport à la norme qui est la base de l'opprobre social. Un éperon de condamnation et un stimulant de progrès disparaîtraient[17]. Un motif de mobilisation de l'opinion publique s'effacerait. Qui y gagnerait au change? Seul le violateur du droit. Le rôle social du droit international est donc assuré en toute hypothèse, dans celle plus heureuse de la conformité, mais aussi dans celle plus tragique de la déviation.

C'est dire qu'il faut veiller scrupuleusement à maintenir la distinction entre l'existence de la règle et son efficacité. Les deux notions ne sont pas sur le même plan, leur prétendue amitié est fallacieuse. Le *Sein* et le *Sollen* ne sont pas du même monde. La norme maintient un décalage inéluctable entre son injonction et le fait qu'elle tente de régir. Le fait contraire n'éradique pas automatiquement, *ipso facto* pour ainsi dire, la norme. La norme surplombe le fait. La violation de la norme n'affecte celle-ci dans son existence juridique qu'à travers des procédés reconnus par l'ordre juridique pour opérer cet amendement: désuétude, pratique subséquente modificative, *lex posterior*, etc. A chaque fois, il faudra d'ailleurs respecter les conditions strictes de ces concepts. Même la règle inefficace (mais non modifiée) reste une règle ayant son utilité de «deuxième degré»: comme il a été dit, elle permet de distinguer, de stigmatiser, de canaliser la réaction sociale et la réprobation contre le violateur. C'est sans doute insuffisant, mais c'est mieux que rien. Il ne faut en effet pas oublier qu'entre le tout et le rien il y a le quelque chose. Entre la justification de l'agression hitlérienne ou mussolinienne faute de norme contraire, et le fait de fustiger ces agressions même sans être capable de s'y opposer par la force, il y a une précieuse nuance. Il y a donc deux combats à mener: *primo*, l'existence du droit international doit être maintenue, même comme simple postulat de l'esprit, car y renoncer entièrement serait pire qu'un droit peu respecté;

17 Dans les mots de M. Bedjaoui, *L'Humanité en Quête de Paix et de Développement—Cours Général de Droit International Public (2004)* 324 Recueil des Cours 56 (2006): «Mais nier l'existence du droit international serait en vérité ajouter une autre catastrophe à son inapplication. Car comment concevoir une société sans droit? [. . .] Nous devons d'abord nous convaincre [. . .] que le droit international existe et que, s'il venait à ne pas exister, il faudrait l'inventer, car toute vie en commun serait impossible sans un minimum de règles en jeu. [. . .] Et même s'il ne joue qu'un rôle de placebo comme cela lui arrive parfois, le genre mineur de performances qu'il accomplirait en tant que 'produit' inoffensif aurait son utilité». Il ajoute, à la p. 109, à propos du non-recours à la force: «Même insuffisant ou lacunaire [le droit international], méconnu ou violé, partiellement appliqué ou grossièrement transgressé, il a l'avantage d'exister. [. . .] Ce droit existe en effet au moins comme corps de principes et de règles servant d'étalon et d'instrument de mesure des comportements étatiques et appelant sans cesse à une plus grande observance de ses prescriptions».

secundo, il faut œuvrer à renforcer ce droit international de coexistence et de coopération parce qu'il est le seul à pouvoir assurer, par l'harmonisation suprême des intérêts divergents, le bien de tous et donc le bien de chacun[18]. Autrement dit, il y a deux lames justificatives du droit: l'une ontologique, l'autre phénoménologique.

Il apparaît, à la fin de notre périple, que la question de l'efficacité du droit international est contrastée et compliquée. Elle est infiniment plus multiple, complexe et nuancée que la formule ricanante des cyniques, citée d'entrée. A la vérité, cette ambivalence profonde reflète merveilleusement les contradictions et fluctuations des affaires humaines: ici des nuages qui s'amoncellent, là des nuées qui se dissipent; ici des branches qui fleurissent, là des rameaux qui dépérissent; ici des éminences qui s'élèvent, là des dépressions qui se creusent. Et tout cela se déroule d'un seul tenant dans un dynamisme d'entrelacement sans ruptures. Dès lors, comme depuis plus de 2000 ans, le droit international, accompagnateur studieux de l'humanité, persistera encore, à travers tous les avatars et à travers les plus diverses fortunes. Le travail essentiel de l'internationaliste ne peut être qu'un: la pédagogie, la conviction, l'explication. Tout droit, pour être efficace, doit être accepté par les consciences des membres d'un corps social. Dès lors, se battre pour le droit consiste avant tout en ce que les anciens appelaient, sans connotation négative, une œuvre de propagande.

Un seul mot de conclusion ultime. Les années que j'ai passées en compagnie du droit international m'ont appris une chose, mais elles me l'ont apprise très nettement. L'internationaliste, contrairement parfois à ses collèges de droit interne, doit se garder de toute superbe. Il doit rester à l'écart de la conscience d'un travail bien accompli, mis dans le coffre-fort de l'histoire. Il doit résister à toute tentation de repos et de facilité. Face aux graves problèmes qui constituent son quotidien et à l'organisation sociale internationale encore si défaillante, toute arrogance doit lui être étrangère. Le droit international, c'est un postulat de modestie, un itinéraire d'humilité, une leçon de modération. Mais c'est aussi, paradoxalement, une image vivifiante et motivante. Il suscite alors un de ces états d'âme donnant parfois des ailes et aiguisant la volonté de se battre pour lui. Selon le vers du poète: *Vivos voco, mortuos plango, fulgura frango.*

ROBERT KOLB*

18 Comme l'écrivait N. Politis, La Neutralité et la Paix 210 (1935): «De toute manière, les peuples tendront sans cesse à l'établissement d'un état des choses où le droit l'emportera sur l'arbitraire, où les intérêts particuliers seront subordonnés à l'intérêt général et où la force cessera de plus en plus d'être à la disposition des Etats pour être mise à celle de la collectivité».

* Professeur de droit international à la Faculté de droit de l'Université de Genève, Switzerland.