

## 6. Des sources au fondement du droit international

*Sommairement parlant, il y a trois manières de concevoir le droit, d'où découlent trois réponses à notre interrogation relative au fondement. Le droit peut être considéré comme valeur, sous l'aspect de la validité, ou comme effectivité. Le fondement du droit peut donc être perçu dans une valeur transcendante (droit naturel), dans la forme de son édicition et la sanction que lui apporte le pouvoir (positivisme) ou dans le simple fait de l'opération effective d'une règle dans le corps social (sociologisme).*

Robert KOLB

### Problématique de la séance

La doctrine volontariste (« positivisme » ou « consensualisme » en sont généralement des synonymes) présente le droit international comme issu tout entier de la volonté des États, dont la souveraineté implique qu'ils ne puissent être liés que par les règles à l'égard desquelles ils ont entendu s'engager. Traités, coutumes et actes unilatéraux seraient ainsi les diverses techniques par lesquelles les États transforment leur volonté en droit. Quelles sont les implications de cette théorie pour la distinction entre les sources du droit international ? Fondamentalement, la volonté des États peut-elle être le socle du caractère obligatoire du droit ? Et si elle ne le peut, leur commune appartenance à une société internationale le pourrait-elle davantage ?

### Extraits proposés à la lecture

1. Statut de la Cour internationale de Justice, 1945.
2. Cour permanente de Justice internationale, *Affaire du Lotus*, France c. Turquie, 1927, p. 18.
3. Cour internationale de Justice, *Affaires du plateau continental de la mer du Nord*, République fédérale d'Allemagne/Danemark ; République fédérale d'Allemagne/Pays-Bas, 1969, pp. 29-44.
4. Julio BARBERIS, « Le concept de "traité international" et ses limites », *Annuaire français de droit international*, vol. 30, 1984, pp. 240-246.
5. Serge SUR, *La créativité du droit international*, Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, vol. 363, 2014, pp. 76-86.
6. Michel VIRALLY, « Réflexions sur la politique juridique des États » in *Guy Ladreit de Lacharrière et la politique juridique extérieure de la France*, Paris/Milan/Barcelone/Mexico, Masson, 1989, pp. 394-402.
7. Robert KOLB, *Théorie du droit international*, Bruxelles, Bruyant, 2013, pp. 113, 122.

Extrait n° 1. Statut de la Cour internationale de Justice, 1945.

*Article 38*

1. La Cour, dont la mission est de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis, applique :

a. les conventions internationales, soit générales, soit spéciales, établissant des règles expressément reconnues par les États en litige;

b. la coutume internationale comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit;

c. les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées;

d. sous réserve de la disposition de l'Article 59, les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations, comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit.

2. La présente disposition ne porte pas atteinte à la faculté pour la Cour, si les parties sont d'accord, de statuer ex aequo et bono.

Extrait n° 2. Cour permanente de Justice internationale, *Affaire du Lotus*,  
France c. Turquie, 1927, p. 18.

(...)

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

(...)

Extrait n° 3. Cour internationale de Justice, *Affaires du plateau  
continental de la mer du Nord*, République fédérale  
d'Allemagne/Danemark ; République fédérale d'Allemagne/Pays-Bas,  
1969, pp. 29-44.

(...)

Le Danemark et les Pays-Bas soutiennent que, quelle que soit sa situation par rapport à la Convention de Genève en tant que telle, la République fédérale est de toute façon

tenue d'accepter la méthode équidistance-circonstances spéciales en matière de délimitation car, si l'emploi de cette méthode ne s'impose pas à titre conventionnel, il relève - ou doit désormais être considéré comme relevant - d'une règle de droit international général qui, de même que les autres règles de droit international général ou coutumier, lie la République fédérale automatiquement et indépendamment de tout consentement spécial direct ou indirect.

(...)

Il peut être commode d'examiner la première de ces questions sous la forme que lui ont donnée le Danemark et les Pays-Bas dans leurs plaidoiries: ces deux États ont alors indiqué qu'en fait ils n'avaient pas soutenu que l'article de la Convention relatif à la délimitation (article 6) « consacrait des règles déjà reçues de droit coutumier, en ce sens que la Convention était simplement déclaratoire des règles existantes ». Leur thèse était plutôt la suivante : si avant la conférence le droit du plateau continental n'était qu'embryonnaire et si la pratique des États manquait d'uniformité, il n'en restait pas moins que « la définition et la consolidation du droit coutumier en voie de formation s'étaient effectuées grâce aux travaux de la Commission du droit international, aux réactions des gouvernements devant l'œuvre de la Commission et aux débats de la conférence de Genève » et que ce droit coutumier en voie de formation s'était cristallisé du fait de l'adoption de la Convention sur le plateau continental par la conférence ».

(...)

La Cour considère que cet examen suffit, aux fins du présent raisonnement, à montrer que le principe de l'équidistance, tel qu'il est actuellement énoncé à l'article 6 de la Convention, a été proposé par la Commission avec beaucoup d'hésitation, à titre plutôt expérimental et tout au plus *de lege feranda*, donc certainement pas *de lege lata* ni même à titre de règle de droit international coutumier en voie de formation. Tel n'est manifestement pas le genre de fondement que l'on pourrait invoquer pour prétendre que l'article 6 de la Convention a consacré ou cristallisé la règle de l'équidistance.

La conclusion précédente trouve une confirmation significative dans le fait que l'article 6 est l'un des articles à l'égard desquels tout État peut formuler des réserves au moment de la signature, de la ratification ou de l'adhésion, en vertu de l'article de la Convention relatif aux réserves (article 12). Il est en général caractéristique d'une règle ou d'une obligation purement conventionnelle que la faculté d'y apporter des réserves unilatérales soit admise dans certaines limites; mais il ne saurait en être ainsi dans le cas de règles et d'obligations de droit général ou coutumier qui par nature doivent s'appliquer dans des conditions égales à tous les membres de la communauté internationale et ne peuvent donc être subordonnées à un droit d'exclusion exercé unilatéralement et à volonté par l'un quelconque des membres de la communauté à son propre avantage.

(...)

La Cour doit maintenant aborder la dernière phase de l'argumentation du Danemark et des Pays-Bas. Leur thèse est celle-ci : même si à la date de la Convention de Genève il n'existait aucune règle de droit international coutumier consacrant le principe de l'équidistance et si l'article 6 de la Convention ne cristallisait aucune règle de ce genre, une telle règle est apparue depuis la Convention, du fait pour une part de l'influence exercée par celle-ci et pour une autre de la pratique ultérieure des États : cette règle, devenue règle de droit international coutumier liant tous les États, y compris par conséquent la République fédérale, devrait être déclarée applicable à la délimitation des zones de plateau continental relevant de chacune des Parties dans la mer du Nord.

En attribuant à l'article 6 de la Convention l'influence et l'effet indiqués, cette thèse revient manifestement à le considérer comme une disposition normative ayant servi de base ou de point de départ à une règle qui, purement conventionnelle ou contractuelle à l'origine, se serait depuis lors intégrée à l'ensemble du droit international général et serait maintenant acceptée à ce titre par l'*opinio juris*, de telle sorte que désormais elle s'imposerait même aux pays qui ne sont pas et n'ont jamais été parties à la Convention. Certes cette situation est du domaine des possibilités et elle se présente de temps à autre : c'est même l'une des méthodes reconnues par lesquelles des règles de droit international coutumier peuvent se former. Mais on ne considère pas facilement ce résultat comme atteint.

(...)

L'élément essentiel à cet égard - il semble nécessaire de le souligner - est que, même si pareille attitude avait été beaucoup plus fréquente de la part des États non parties à la Convention, ces actes, même considérés globalement, ne suffiraient pas en eux-mêmes à constituer l'*opinio juris* car, pour parvenir à ce résultat, deux conditions doivent être remplies. Non seulement les actes considérés doivent représenter une pratique constante, mais en outre ils doivent témoigner, par leur nature ou la manière dont ils sont accomplis, de la conviction que cette pratique est rendue obligatoire par l'existence d'une règle de droit. La nécessité de pareille conviction, c'est-à-dire l'existence d'un élément subjectif, est implicite dans la notion même d'*opinio juris sive necessitatis*. Les États intéressés doivent donc avoir le sentiment de se conformer à ce qui équivaut à une obligation juridique. Ni la fréquence ni même le caractère habituel des actes ne suffisent. Il existe nombre d'actes internationaux, dans le domaine du protocole par exemple, qui sont accomplis presque invariablement mais sont motivés par de simples considérations de courtoisie, d'opportunité ou de tradition et non par le sentiment d'une obligation juridique.

(...)

Extrait n° 4. Julio BARBERIS, « Le concept de “traité international” et ses limites », *Annuaire français de droit international*, vol. 30, 1984, pp. 240-246.

(...)

Le problème de la création des normes juridiques est un sujet sur lequel les juristes se sont penchés avec une attention toute particulière. Ils ont élaboré des théories diverses afin de décrire le phénomène de la création du droit, généralement connu sous le nom de « sources du droit ». Nous exposons ci-dessous deux conceptions différentes par ce sujet, caractérisées par leur originalité et par le fait qu'elles exercent une influence sur la doctrine juridique actuelle. Ce sont : la théorie pure du droit et la théorie de Hart.

(...)

*[L'auteur décrit d'abord la théorie pure du droit.]*

Dans tout ordre juridique il y a certaines normes qui donnent à certains faits la possibilité de créer le droit, c'est-à-dire qu'ils les érigent en actes générateurs de normes (*normerzeugende Tatbestände*), en sources de droit. Ainsi, par exemple, la Constitution d'un État institue sa législation comme source de droit puisqu'elle règle la structure du Parlement, la procédure de création des lois et, en quelque mesure, le contenu que doivent avoir ces lois. Le fait qu'un groupe de personnes se réunisse, qu'elles discutent sur un certain sujet et qu'elles prennent une décision à la majorité des voix ne suffit pas, à lui seul, à créer des lois. La qualité de fait créateur de normes qu'a la législation procède d'une norme constitutionnelle l'établissant ainsi et non du fait lui-même. Il en est de même pour le contrat. Une loi (le Code civil) confère au contrat la qualité de fait générateur de normes juridiques. Le Code civil précise qui a la faculté de passer un contrat ainsi que la procédure à suivre pour l'établir et les limites dans lesquelles les parties ont la liberté de conclure un contrat. L'accord de deux parties sur une même manifestation de volonté ne suffit pas, à lui tout seul, à créer une norme juridique contractuelle. Celle-ci n'est créée que parce qu'une norme juridique préexistante attribue au fait du contrat la qualité de source de droit.

Lorsqu'une norme érige un certain fait en acte créateur de droit ou en source de droit, cela signifie que cette norme règle la création de nouvelles normes juridiques. En général, la norme réglant la création d'autres normes précise quel est l'organe autorisé à le faire, la procédure à suivre en ce sens et le contenu que doivent avoir les nouvelles normes, c'est-à-dire qui crée le droit, comment il le crée et quel contenu il aura. Il se peut pourtant qu'il y ait des cas où une norme ne fixe que l'autorité ayant la faculté de créer le droit, sans préciser la procédure à suivre ni le contenu que doivent avoir les normes qui seront ainsi créées.

Les faits qui reçoivent d'une norme la faculté de créer le droit, c'est-à-dire d'être source de droit, peuvent être très variés. Dans presque tous les ordres juridiques la législation,

la coutume, le contrat, les règlements administratifs, la jurisprudence, constituent des sources de droit. Mais un ordre juridique peut attribuer à un autre fait quelconque la faculté de créer une norme juridique. Ainsi, tout étudiant de droit romain se rappelle que la Loi des citations accorda valeur de norme juridique à l'opinion de cinq jurisconsultes de la période classique (code Theodosica 1, 4, 3). Dans une monarchie absolue, la volonté du Prince est la source de droit (*Quod principi placuit legis habet vigorem*).

La norme juridique réglant la création d'une autre norme est considérée comme étant d'un ordre supérieur à celui de la norme créée. Ainsi, la Constitution se situe à un degré supérieur par rapport aux lois et celles-ci sont au-dessus des contrats, des sentences judiciaires et des règlements administratifs. Une norme d'un ordre inférieur trouve toujours son fondement de validité dans une norme d'un ordre supérieur. L'ensemble des normes ayant, en dernière instance, un même fondement de validité, forment un ordre juridique. L'ordre juridique est donc constitué de normes structurées hiérarchiquement.

Toute norme juridique positive a été créée d'après une méthode juridiquement établie et elle trouve son fondement de validité dans une autre norme juridique qui est celle qui a érigé cette méthode-là en source de droit. Pour la théorie pure du droit, toute norme a été créée par une source qui, à son tour, reçoit ce caractère d'une norme supérieure. Dans ce processus de déduction de validité juridique, on arrive nécessairement à une norme dont la source n'est pas dans une norme précédente du fait qu'elle est la première. Kelsen explique à ce propos que la première norme d'un ordre juridique positif trouve son fondement de validité dans la norme fondamentale (*Grundnorm*), laquelle n'est pas une norme positive mais un présupposé, une hypothèse dont la fonction est précisément celle de servir de fondement de validité à la première norme positive.

(...)

*[L'auteur passe à la description de la théorie de Hart.]*

La théorie pure du droit nous enseigne que toutes les normes juridiques possèdent une structure analogue qui consiste à postuler une conduite humaine déterminée comme antécédent d'un jugement hypothétique dont le conséquent est un acte de contrainte, une sanction. La conception de Hart, par contre, part de l'idée que le droit est constitué d'une conjonction de deux sortes de normes qu'il appelle règles primaires et secondaires.

Les règles primaires sont celles qui prescrivent certains comportements humains déterminés comme étant interdits ou obligatoires.

Ces règles trouvent leur complément dans les règles secondaires, qui se divisent en trois groupes.

En premier lieu, il y a les règles de reconnaissance qui indiquent la ou les caractéristiques que possèdent les règles primaires pour être reconnues comme telles. La fonction de la règle de reconnaissance est celle de permettre d'identifier de façon indubitable les règles primaires. Dans un ordre juridique développé, les règles de reconnaissance sont complexes et fournissent divers éléments pour identifier les règles primaires, par exemple le fait d'avoir été approuvées par le Parlement, celui d'avoir été généralement respectées pendant longtemps, etc. Les règles de reconnaissance indiquent donc une certaine marque ou caractéristique générale des normes qui permet de les reconnaître comme appartenant au groupe. En d'autres termes, les règles de reconnaissance fournissent des critères servant à identifier les règles primaires. Dans la conception de Hart, ces caractéristiques générales servant de critères d'identification des règles constituent ce qu'on appelle les sources de droit.

Une autre catégorie de règles secondaires sont les règles de changement permettant à certains individus ou à certains organes d'introduire de nouvelles règles primaires d'obligation ou d'en supprimer d'autres préexistantes. Il existe enfin les règles de décision. Elles permettent à certains organes de déterminer, d'autorité, si une règle primaire a été violée dans un cas concret. De même, ces règles de décision règlent la procédure à suivre afin de vérifier les violations et de prononcer les sentences correspondantes.

En résumé, Hart conçoit donc le droit comme une union de règles primaires et secondaires. Celles-là règlent des obligations alors que celles-ci comprennent les règles de reconnaissance, de changement et de décision qui vont, respectivement, permettre de reconnaître les règles primaires, de les modifier ou de préciser, dans chaque cas concret, si elles ont été respectées ou non. Les règles primaires se réfèrent à des conduites humaines qui ont été prescrites comme interdites ou obligatoires. Les règles secondaires, par contre, ont trait aux règles primaires et fournissent les moyens de les reconnaître, de les amender ou de les appliquer dans un cas concret.

(...)

Ces différentes conceptions des « sources du droit » ont été appliquées au droit international.

En ce qui concerne la théorie pure du droit, l'étude des sources du droit a été entreprise par Kelsen et par Guggenheim, parmi d'autres. Selon cette théorie, toute norme juridique internationale est créée en vertu d'une source de droit et toute source juridique reçoit cette qualité d'une norme internationale antérieure. Dans ce sens, il faut toujours faire la distinction entre la procédure de création de la norme et la norme créée.

D'après cette théorie, la norme fondamentale (*Grundnorm*) a comme fonction d'ériger la coutume en source de droit international. Dans la coutume, il faut distinguer la

procédure coutumière de création des normes de la norme coutumière déjà créée. A son tour, l'une de ces normes coutumières, généralement connue sous le nom de *pacta sunt servanda*, est celle qui érige les traités en source de droit international. Ici aussi, il faut distinguer la procédure conventionnelle de création des normes de la norme conventionnelle issue de cette procédure. Les sentences judiciaires ou arbitrales tirent leur fondement de validité d'un traité qui est celui qui établit le tribunal international et qui règle la procédure à suivre et le droit applicable.

Le droit international, d'après la théorie pure du droit, apparaît comme un ordre juridique hiérarchiquement structuré, dans lequel toute norme est créée au moyen d'une méthode ou source de droit. Chaque source tient sa qualité de telle d'une norme juridique d'un ordre supérieur. La première source de droit positif, la coutume, est érigée en source par la norme fondamentale (*Grundnorm*).

La conception de Hart se présente à l'opposé de la théorie pure du droit. Pour cet auteur, le droit international est un droit primitif et il consiste seulement en un ensemble de règles primaires d'obligation qui ne sont structurées en système par aucune règle de reconnaissance. Le droit des gens manque de règles de reconnaissance, c'est-à-dire que ses normes ne peuvent être identifiées au moyen d'une caractéristique ou marque générale. Hart soutient que la validité des normes internationales est simplement décidée par le fait qu'« elles sont acceptées et fonctionnent en tant que telles ». Dans sa conception, donc, le droit international n'a pas de sources.

Les deux théories exposées s'opposent complètement l'une l'autre. Alors que la première affirme que toute norme juridique internationale est créée par une source de droit, la seconde nie qu'il existe des sources en droit international.

(...)



Extrait n° 5. Serge SUR, *La créativité du droit international*, Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, vol. 363, 2014, pp. 76-86.

(...)

La critique de la pertinence de la notion de « sources » repose sur la multiplicité de ses sens qui la rend équivoque et trompeuse. Elle tend au demeurant à disparaître de la doctrine, au moins internationaliste, après avoir été employée plus par imitation que par réflexion, ou alors dans des sens propres à chaque courant doctrinal.

Le fondement doit en revanche permettre à la fois de comprendre l'origine, l'autonomie et l'unité du droit international et par là rendre raison de son caractère obligatoire pour ses sujets.

(...)

*Le fondement comme sens du droit international*

Si l'on pose l'autonomie d'un ordre ou d'un système juridique, elle suppose un principe organisateur. Par ordre ou système juridique on entend des mécanismes communs de formation de règles articulées, autosuffisantes dans leur globalité et autonomes, c'est-à-dire fonctionnant en circuit clos suivant leur logique propre. Clos quoique non étanche, puisque coexistent plusieurs ordres juridiques qui nouent entre eux des rapports, qu'il s'agisse des différents ordres internes ou de l'ordre international. Chaque ordre détermine un fondement spécifique de validité de ses normes. Il s'agit le plus souvent d'une constitution pour les ordres internes, et ce fondement est à la fois fondement de légalité, au sens théorique et non technique du terme, et reflet d'un principe de légitimité, à l'articulation d'un système juridique et de ses bases politiques, idéologiques, philosophiques ou autres.

C'est ce principe, aux racines extérieures mais appartenant à l'ordre juridique, à l'interface du fait et du droit, qui justifie la force obligatoire du droit, le fait que ses sujets s'y soumettent et le respectent. Pourquoi en effet respecter le droit, qui par nature peut être transgressé ? A priori, soit parce que l'on y consent soit parce que l'on y est contraint. La contrainte elle-même peut revêtir différentes formes, la coercition n'est pas la seule, et la coercition ne passe pas nécessairement par la violence. L'intériorisation de la contrainte revêt souvent l'apparence du consentement. Consentement et contrainte ne sont pas ainsi en opposition aussi radicale qu'il pourrait le sembler. Un exemple en est que l'on peut en effet être contraint de respecter des engagements que l'on a librement consentis, et dont on ne peut plus se libérer de façon arbitraire. On accepte même d'autant plus facilement la contrainte que l'on a consenti aux règles.

Autonomie de l'ordre international et donc autonomie de son fondement, consentement ou contrainte ou consentement et contrainte vont guider les analyses qui suivent. La dimension positive, qui seule nous intéresse ici, recherche le fondement de cette force obligatoire dans le droit lui-même. Ce fondement doit être propre au

droit international, parce qu'il est inséparable de son autonomie comme ordre juridique. Sa recherche prolonge logiquement la définition du droit international et doit en tirer les conséquences. A première vue, il existe un fondement apparent, dont se réclame une large partie de la doctrine classique, et qui est le principe *pacta sunt servanda de bona fide*. Plus profondément, cependant, un autre fondement se dessine, celui de l'engagement international de l'État. Les deux ont en commun d'une part de constituer le fondement autonome nécessaire, d'autre part de placer l'État en son cœur.

(...)

La bonne foi renvoie toujours, même implicitement, à l'existence de sujets de droit. Elle suppose des sujets, acteurs qui en sont comptables. Ces acteurs sont au premier chef les États, seuls sujets originaires du droit international. Sujets de droit, États, *pacta* : l'implication est celle du volontarisme juridique. En filigrane, le principe comporte une dimension théorique qui est celle de la formation volontaire du droit international par ses sujets, qu'il s'agisse de volontés individuelles ou d'une volonté collective fondant l'autorité d'un accord.

(...)

Il n'en demeure pas moins qu'il faut relativiser la pertinence du volontarisme en droit positif. Il a l'avantage de souligner l'unité du droit international, parce que si la coutume avait un autre fondement que les traités cela ne manquerait pas de soulever la question de leur contradiction, de leur articulation, et de mettre en cause cette unité. Mais peut-on véritablement parler de volonté des États ? Il y a là une sorte d'anthropomorphisme, qui suppose que l'on traite l'État comme un être animé, un gros animal doté d'une conscience et d'une volonté individuelles. Or, on l'a dit, il s'agit d'une personne morale, d'un être collectif, constitué par des institutions et des bureaucraties, et le processus de décision en son sein n'est que rarement dominé par des volontés individuelles et subjectives.

La volonté est donc une fiction juridique. Elle appartient comme telle au registre juridique puisque les fictions sont des instruments du droit positif — ainsi de la personnalité juridique elle-même. Dans une large mesure, le droit dans son ensemble est un univers de fiction qui crée son propre ordre de réalité. S'agissant de personnes morales, plutôt que de volonté, il semble plus pertinent de parler de consentement objectivement manifesté, voire dans certains cas présumé. (...)

Faut-il s'arrêter au consentement ? C'est un autre concept qui, plus profondément et plus largement que lui, semble juridiquement approprié. Consentir, au moins pour une

partie de son sens, suppose que l'on se rallie à une initiative ou à une situation extérieures. La notion écarte une part importante de l'activité juridique des États, celle dans laquelle ils prennent pour eux-mêmes leurs propres décisions et cherchent à les faire accepter par les autres sujets. Juridiquement, le fondement du droit international contemporain semble être le concept, plus compréhensif et plus opératoire, d'engagement international de l'État.

(...)

*L'État s'engage, l'État est engagé*

Pour mesurer la double dimension de la formule, on peut partir des formes de l'engagement. Le droit international est en règle générale peu formaliste. La réalité de l'engagement compte pour lui davantage que des procédures ritualisées. On le vérifie surtout pour les actes unilatéraux de l'État, ou pour la coutume internationale, qui par définition n'est pas écrite. Il est davantage formaliste en matière de traités internationaux, qui sont en principe des instruments écrits dont la naissance et la vie juridique sont davantage subordonnés à des procédures formelles. Même pour eux, cependant, la réalité des engagements peut être plus importante que le respect de ces procédures. C'est ainsi que la pratique ultérieure suivie par les parties dans l'application d'un traité peut modifier le contenu de ses stipulations sans que le texte en soit modifié.

La question des formes soulève cependant un problème plus général, déjà mentionné, celui du droit coutumier. Si l'on considère que le fondement du droit coutumier, et donc sa nature juridique, est le même que celui du droit des traités, on conclura que la formule, l'engagement international de l'État, renvoie nécessairement à l'expression d'un consentement, et au minimum à sa constatation, même sur la base d'une présomption, par consentement implicite. Si à l'inverse on analyse le droit coutumier comme s'imposant aux États indépendamment de tout consentement exprès ou tacite, par une sorte de contrainte collective, on conclura que l'engagement international de l'État est passif et non actif. A cet égard l'article 38 ne comporte aucune précision, alors qu'il exige une acceptation expresse pour les règles conventionnelles.

Cela peut signifier alors que l'État est engagé, non pas nécessairement qu'il s'engage. D'où une certaine ambiguïté de la formule « engagement international de l'État », qui est doctrinalement neutre. On peut l'interpréter de façon active, individuelle et subjective, ou de façon passive, collective et objective. Puisque la souveraineté est une compétence fondée en droit international, tout dépend de la substance coutumière du statut international de l'État. Il peut comporter des obligations plus ou moins étendues, et par exemple la soumission à des règles auxquelles il n'a pas consenti. Il reste que, au prix de cette ambiguïté qu'il faudra lever, le fondement du droit international reste cet engagement, puisque le droit international est lié à l'existence de sujets qui sont les États et qu'il ne saurait exister sans eux, ni eux sans lui. (...)

Extrait n° 6. Michel VIRALLY, « Réflexions sur la politique juridique des États » in *Guy Ladreit de Lacharrière et la politique juridique extérieure de la France*, Paris/Milan/Barcelone/Mexico, Masson, 1989, pp. 394-402.

(...)

Autrement dit – et on le sait depuis le XIX<sup>e</sup> siècle et les réflexions de Jellinek, qui n'a pas été réfuté sur ce point – le volontarisme conduit nécessairement à l'affirmation selon laquelle l'autorité du droit international découle uniquement de l'autolimitation acceptée par les États. Ce qui signifie que les États ne trouvent pas dans le droit international une limite extérieure à leur volonté. Tout au plus ce droit définit-il une limite intérieure, ou intériorisée. C'est une discipline que chaque État s'impose à soi-même et à laquelle il peut donc toujours déroger ou renoncer s'il le juge bon, c'est-à-dire si sa volonté change, avec ses intérêts. L'autorité du droit international, si on peut encore parler d'autorité, se réduit à celle que l'État lui reconnaît de façon provisoire, et même précaire, puisqu'elle disparaît dès qu'il a changé d'avis. Ou encore à celle qu'il cherche à faire admettre par les autres, en feignant d'y croire lui-même. (...)

En réalité, deux problèmes très différents se trouvent confondus par le volontarisme qui, par son refus de les distinguer, ou son impuissance à le faire, est condamné à la confusion.

Le premier problème est celui du rôle et de la place de la volonté des États dans le processus de formation du droit international. Sur ce point les analyses volontaristes sont tout à fait exactes, car ce rôle et cette place sont considérables (...).

Le second problème est tout autre. Il concerne la nature et la signification du processus de formation du droit international : comment et pourquoi ce processus confère-t-il au droit international l'autorité qui lui est reconnue ? C'est le problème du fondement de la force obligatoire du droit. Essentiel, mais théorique, au stade de la création du droit, ce problème revêt une importance pratique cruciale à celui de son application.

(..)

Qu'on le veuille ou non, le droit est une discipline sociale. Ceci veut dire qu'il ne peut se concevoir par référence seulement à des comportements ou à des volontés subjectifs individuellement considérés – comme le fait le volontarisme – isolés de leur contexte social, c'est-à-dire des relations auxquelles ils se rapportent et en dehors desquelles ils sont dépourvus de signification.

Le droit s'applique à des relations sociales et n'apparaît que lorsque ces relations acquièrent une certaine permanence, ou continuité, et ne se réduisent pas à des rapports de violence. En d'autres termes, lorsqu'elles tendent à se pacifier, à se régulariser, à se stabiliser. Le droit constitue un des principaux instruments de la stabilisation sociale, notamment lorsque les rapports sociaux considérés intéressent des groupes relativement

nombreux. Il contribue à la paix et à l'harmonie sociale, avant tout par sa fonction de justification, en définissant des modèles de comportements ou règles susceptibles de bénéficier d'une acceptation ou approbation générale. Les comportements conformes à ces règles sont, dès lors, des comportements légitimes, ou justifiés, qui, comme tels, ne doivent pas susciter de réactions hostiles et qui, normalement, n'en suscitent pas. Au contraire, les comportements non conformes provoqueront de telles réactions qui seront, à leur tour, considérées comme justifiées et pourront d'ailleurs être codifiées par le droit, dans un nouveau développement de sa fonction régulatrice.

En un mot, l'autorité du droit repose finalement sur l'acceptation générale du système de règles qui le constituent (notamment des règles relatives à ses modes de formation, ou sources), elles-mêmes habituellement définies en fonction d'un système de valeurs bénéficiant, lui aussi, d'une adhésion générale. Son origine, ou son fondement, n'est donc pas à rechercher dans les volontés individuelles de ceux qui lui sont soumis, mais bien dans une certaine pression sociale, résultant de représentations collectives, produites par l'histoire et reflétant un certain état de la société.

Il n'en va pas différemment pour le droit international. La question de savoir s'il existe ou non une société internationale digne de ce nom fait l'objet de grandes discussions théoriques. L'idée de société internationale, définie comme société des États est généralement rejetée par les historiens et par les sociologues, au nom d'une conception de la société limitée aux formations sociales composées d'hommes et de femmes. Dans la mesure où les groupes politiques organisés en États constituent des acteurs autonomes, entretenant entre eux des relations régulières et généralement pacifiques, je vois mal au nom de quoi on refuserait de donner à leur ensemble le nom de société internationale, même si ce terme doit bien évidemment être pris dans un sens analogique par rapport aux sociétés humaines. En réalité le système de relations que forment les États entre eux ne diffère pas de façon substantielle des systèmes de relations par quoi se définissent les sociétés composées d'hommes et de femmes, en particulier au point de vue des fonctions du droit. Il apparaît que l'autorité du droit international repose sur l'acceptation générale des modèles et règles de comportement qu'il définit, comme c'est le cas de toute autre société. Cette autorité n'est donc pas le résultat d'une limitation volontariste de leurs libertés respectives par les États, mais bien plutôt d'une pression diffuse, résultant du système de relations dans lequel ils sont engagés et qui prend l'aspect de la nécessité pour ceux qui y sont soumis, d'où la vérité de la formule latine utilisée à propos de la coutume : *opinio juris sive necessitatis*.

(...)

Extrait n° 7. Robert KOLB, *Théorie du droit international*, Bruxelles, Bruyant, 2013, pp. 113, 122.

(...)

Si l'on essaye de dégager un film commun des doctrines de droit naturel, il faut se tourner vers les aspects suivants. Le droit naturel concerne les éléments du droit *antérieurs et extérieurs à l'action volontaire et sociale de l'homme*. Ces éléments s'imposent à son attention comme données (« *Vorgegebenheiten* »). (...) Le point commun des théories du droit naturel (...) est de chercher le fondement ultime du droit dans une idée transcendante représentant une valeur suprême : Dieu, la Justice, le Bien Commun ou une idée de l'Homme dans ses exigences morales et physiques fondamentales. Ces doctrines refusent par conséquent de voir le fondement ultime du phénomène juridique dans la volonté incontrôlable d'un sujet investi du pouvoir de créer le droit, que ce soit de manière formelle (positivisme) ou informelle (sociologisme). (...) De même, ces doctrines refusent d'arrêter le fondement du droit au seul fait social, dans l'effectivité toute brute et brutale de celui-ci. Selon les doctrines jusnaturalistes, il ne peut y avoir d'ordre juridique issu de la seule volonté ou plus généralement d'un seul fait. Certes, un ordre de simple contrainte peut être utile, ne fût-ce que comme garant de la paix sociale. Mais pour être fondé comme ordre *juridique* (et non seulement comme ordre de contrainte), comme ordre qui puisse exiger l'obéissance au sens profond, l'ordre positif a besoin d'une sanction supérieure que la seule effectivité volontariste ou sociologique. Où trouver cet adjuvant, où localiser cette pierre philosophale ? Le droit naturel se tourne ici vers une valeur. Celle qui a eu le plus de crédit en matière de droit est la justice. L'ordre juridique doit donc tendre vers la justice, qui est la valeur suprême du droit. D'où l'objectivisme des doctrines de droit naturel.

(...)

Ce qui vient d'être élaboré pour le droit en général vaut aussi pour le droit international, qui est une branche du phénomène juridique. L'universalisme et l'œcuménisme du droit international ; son absence de formalisme ; sa construction surtout rationnelle dès l'époque du *jus gentium* romain ; voilà autant de faits l'ayant depuis toujours prédestiné à chercher des liens directs avec l'idée de justice et d'équité. Pour être capable de fonctionner correctement, le positivisme suppose une expérience juridique beaucoup plus dense que celle de la société internationale ; il suppose surtout l'opération régulière d'un législateur. Ces conditions ne sont manifestement pas réunies au sein de la société internationale. D'un autre côté, le pluralisme parfois extrême qui règne au sein de cette société rend plus difficile que partout ailleurs de fonder le droit sur des valeurs, sur la justice, sur l'idée d'un droit naturel. Quelle justice ? Celle de l'Occident ou celle du Tiers monde ? Celle des États-Unis d'Amérique des investisseurs ou celle du Chili des « exploités » - qu'on se souvienne des arguments d'Allende. Au nom de quoi arbitrer ? C'est dire que la tâche est plus ardue en droit international que partout ailleurs, car le soubassement culturel et politique commun y est des plus réduits. Est-ce une raison pour abdiquer ?

(...)