

L'INHÉRENCE EN DROIT INTERNATIONAL

Par

Serge SUR

Professeur émérite de l'Université Paris II, Panthéon-Assas

Inhérence : « Caractère de ce qui est inhérent », nous dit le *Nouveau Petit Robert*, merci. *Inhérent* : « Qui appartient essentiellement à un être, à une chose, qui lui est joint inséparablement. », éclaire le même dictionnaire. C'est peut-être pourquoi l'adjectif est plus employé que le substantif. On peut ajouter : qui possède par ailleurs une existence distincte et ne se confond donc pas avec l'être ou la chose en cause. La mort est ainsi inhérente à l'homme, mais le spectre de la mort est beaucoup plus large et l'extinction même de l'humanité ne la ferait pas disparaître. L'inhérence unit et sépare donc à la fois, elle introduit autant de fusion que d'altérité, ce qui veut dire qu'elle ajoute autant qu'elle déploie, qu'elle développe autant qu'elle définit. Appartenir essentiellement, être joint inséparablement sont deux caractéristiques différentes et la formule du dictionnaire exprime bien cette ambiguïté. On la retrouve dans le *Dictionnaire des synonymes*, dont la caractéristique est de ne pas proposer de synonymes : « Inhérence : voir adhérence » ; et avec ce dernier terme, « inhérence exprime l'union d'une qualité à une substance ».

Le canonique *Dictionnaire du droit international public* (2001) dirigé par Jean Salmon ne comporte pas quant à lui l'entrée « inhérence ». Quel rapport alors avec le droit international ? Quelles peuvent être ces composantes nécessaires d'objets principaux, ou ces adjonctions indissociables ? L'attention peut-être attirée, la curiosité se développer à partir d'un terme de la Charte des Nations Unies dans son article 51, l'un des plus célèbres et des plus importants, qui traite de la légitime défense. Le texte français énonce que la légitime défense est un « *droit naturel* » des Etats, terminologie très équivoque. Le texte anglais quant à lui évoque un « *inherent right* », ce qui semble plus rigoureux. En d'autres termes, point n'est besoin de formuler de façon explicite ce qui découle nécessairement de concepts, de régimes, de statuts juridiques donnés, parce que ces formulations seraient redondantes et qu'elles sont implicitement contenues dans l'objet principal qui est lui-même défini ou mentionné – cet objet en l'occurrence étant l'Etat. On reviendra sur la légitime défense, qui n'est ici qu'une illustration. A-t-elle un rapport avec l'article 6 du Pacte relatif

aux droits civils et politiques (1966) qui pose que « *le droit à la vie est inhérent à la personne humaine* » ? Ces affleurements de l'inhérence en droit international demandent à être explorés.

Le droit international tel qu'on le connaît, c'est à dire le droit positif, pratique en effet largement l'économie de moyens, et laisse dans l'ombre nombre de composantes ou de conséquences de ses principes, concepts et objets. Affirmation qui pourrait surprendre, tant il donne l'impression de prolifération verbale, d'abondance rhétorique, de prolixité indéfinie. Le moindre rapport des organisations internationales représente des centaines de pages, le discours des résolutions de l'Assemblée générale et maintenant du Conseil de sécurité est foisonnant, les décisions de la CIJ sont bien longues... Mais il s'agit le plus souvent d'un tissu conjonctif, d'une gangue dont le diamant juridique doit être identifié et isolé, lorsqu'il existe. Le droit, au sens où il repose sur des obligations internationales, c'est à dire ce que des sujets de droit international doivent à d'autres sujets de droit international, est beaucoup plus restreint. On peut lui appliquer la formule de Raymond Queneau dans *Le chiendent* : « Sa complexité apparente cachait une simplicité profonde ». Il convient donc de le séparer de ce qui n'est qu'apparence ou discours juridiques, même si parfois – pas toujours – ce discours contribue à éclairer ce qui est inhérent, en le formulant et en le précisant.

Pourquoi cette réserve du droit international, cette relative paucité textuelle, surtout par rapport aux droits internes ? Nombre d'explications se cumulent. Le rôle du droit non écrit, la coutume au premier chef, et l'on sait que ce droit dans son ensemble baigne dans un contexte coutumier qui contient à la fois sa grammaire et son vocabulaire – mais les règles coutumières sont formulées en réalité dans nombre d'instruments qui les reflètent. Les idées cachées, comme dans les ouvertures d'échecs suivant Reuben Fine, l'accord entre parties aux traités par exemple ne pouvant se faire que sur leur plus grand dénominateur commun qui est souvent aussi le plus petit pour le sujet traité. Ainsi le TNP demeure équivoque sur son objet, non prolifération, désarmement nucléaire, développement de l'énergie nucléaire civile et sur l'articulation entre eux. Idées cachées qu'il ne faut pas confondre avec les arrière-pensées des partenaires, parce que ces idées sont incluses dans les textes eux-mêmes. L'ouverture sur une dynamique future, le droit international ne résolvant que les problèmes de l'avenir prévisible – par exemple, en matière d'espace extra atmosphérique, le traité de 1967 qui en reste la charte un demi-siècle plus tard ne contient que quelques principes très généraux.

L'inhérence juridique n'a ainsi rien à voir avec le droit naturel. Elle est ce qui n'est ni explicitement formulé ni directement objet de coutumes en droit positif mais ce qui en découle nécessairement, de sorte que ces implications sont appelées à se préciser au gré de ses actualisations régulières. Elle donne sens au droit positif et permet concrètement d'élargir les capacités ou compétences.

Le concept homogénéise et synthétise des exercices juridiques très disparates et apparemment hétérogènes. Au cœur de l'inhérence en droit international, comme toujours en la matière, on trouve l'Etat. Il convient donc de commencer à illustrer la notion par certaines inhérences étatiques, celles qui sont liées, qui découlent nécessairement du statut étatique, par extension ou par limitation. On pourra ensuite évoquer quelques inhérences fonctionnelles, qu'elles s'attachent à des institutions ou à des régimes juridiques. Enfin, on s'interrogera sur l'existence d'inhérences structurelles, qui seraient indissociables du concept de droit international lui-même. Evidemment, ces inhérences sont en boucle, de sorte que leurs figures correspondent à des approches différentes, à des critères distincts et que les mêmes exemples pourraient être repris sur ces trois registres.

I. INHÉRENCES ÉTATIQUES

On en prendra trois exemples simples, qui pourraient être démultipliés, mais le propos est simplement d'illustrer le concept. Le premier tient aux composantes de l'Etat, le deuxième à ses attributs, le troisième à sa reconnaissance.

- On le sait, le concept d'Etat n'est défini en droit international que de façon coutumière, de sorte que ses contours peuvent rester ouverts et se prêteront probablement à de futurs développements. Il en est de même pour son attribut fondamental, la souveraineté. Parmi ses éléments, le territoire est central et l'Etat est d'abord un être juridique territorialisé, quoiqu'il ne soit pas nécessaire à son existence qu'il dispose de frontières assurées. On peut considérer que sont inhérents à l'Etat un territoire, une population et une autorité politique centrale indépendante. Ces inhérences relèvent du droit positif et actualisent le concept juridique d'Etat. Ce concept entraîne à son tour d'autres inhérences, ainsi sa souveraineté et en conséquence sa compétence pour édicter des actes unilatéraux opposables aux tiers. Les inhérences, au départ non nécessairement formulées, ont vocation à acquérir qualité de droit positif à mesure qu'elles répondent aux critères du droit coutumier, pratique générale et acceptation comme norme juridique. Elles doublent ainsi leur nécessité logique par une autorité juridique qui les consolide et les recouvre.

Un exemple récent de ces transformations concerne le plateau continental. Apparue voici quelques décennies dans la pratique des Etats, il a été considéré à partir d'une décision célèbre de la CIJ, l'arrêt *Plateau continental de la mer du Nord*, du 20 février 1969, comme un « *prolongement naturel du territoire terrestre* » sous la mer au-delà de la mer territoriale. Cette qualité sert de fondement aux compétences souveraines qu'exerce sur lui l'Etat côtier. De ce fait ces compétences sont inhérentes, existent *ipso jure*, sans qu'il soit besoin d'une revendication ou proclamation. Tel a été le cas, voici plusieurs siècles,

de la mer territoriale elle-même, et plus récemment de son élargissement. L'Etat riverain a seul qualité pour la délimiter, sans doute en respectant certains critères, mais elle relève de plein droit de son territoire (CIJ, Arrêt *Pêcheries (anglo-norvégiennes)*, 18 décembre 1951). Prolongement naturel dans le deux cas, notamment dans la détermination des lignes de base de la mer territoriale. Cela qui ne signifie pas qu'il s'agit de droit naturel, mais que la logique du territoire terrestre s'impose au droit – tout au moins en apparence, parce que l'origine historique de ces inhérences pourra montrer qu'elles résultent d'un choix plus que d'une nécessité.

- Pour ce qui est des attributs de l'Etat, ils sont intrinsèquement inhérents à sa souveraineté. Une première illustration est celle des immunités dont il jouit, immunités diplomatiques dans le for des Etats accréditants, civiles, fiscales, pénales, de juridiction, d'exécution. Elles ont un caractère coutumier, en partie renforcé par des conventions, spécialement dans le domaine des relations diplomatiques et consulaires (CIJ, Arrêt *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*, 24 mai 1980), mais point n'est besoin que ces coutumes existent de façon autonome et distincte de l'existence des Etats bénéficiaires, puisqu'elles découlent nécessairement de leur souveraineté. Les coutumes qui les consacrent, les traités qui les précisent entre leurs parties respectives ont un rôle d'appui plus que de formation, sont déclaratoires plus que constitutifs : la souveraineté est leur matrice et leur limite, comme on le voit avec la distinction entre les actes *jure imperii* et les actes *jure gestionis*, rappelée avec force par l'Arrêt de la CIJ, *Immunités juridictionnelles de l'Etat*, du 3 février 2012. Sans souveraineté, pas d'immunité, et sans immunité pas de souveraineté. On observe au demeurant que les attaques doctrinales ou militantes contre les immunités étatiques s'inscrivent dans le contexte plus large de la remise en cause de la souveraineté.

Mais une autre illustration éclaire un aspect, sinon contradictoire du moins en miroir des inhérences étatiques : la responsabilité internationale. C'est en effet dans la mesure même où l'Etat est souverain et bénéficie des immunités correspondantes qu'il doit répondre de ses actes devant ses pairs, et de ceux des personnes physiques ou morales sous sa juridiction. S'il ne le faisait pas, les autres Etats verraient leur souveraineté affectée, tant il est vrai que la responsabilité internationale est en définitive fondée sur une atteinte à la souveraineté d'autrui, aux droits qu'il tire des engagements internationaux à son égard. L'immunité n'est donc pas l'irresponsabilité, mais elle est à la fois exclusivité et intégrité de la souveraineté étatique. Immunité et responsabilité sont deux figures inhérentes à son concept, que le droit positif ne fait qu'enregistrer. Rien de tel en revanche pour le droit international pénal, la responsabilité pénale des individus devant des juridictions internationales, créations purement volontaires qui en toute hypothèse ne se substituent pas à

la responsabilité étatique, comme l'a montré l'arrêt de la CIJ, *Obligation de poursuivre ou d'extrader*, du 20 juillet 2012.

- La reconnaissance d'Etat opérée par ses pairs est un domaine dans lequel le droit positif reste en partie flottant et la pratique contrastée. Elle n'est pas requise pour l'existence de l'Etat sur le plan international, puisque des Etats non reconnus peuvent exercer leurs compétences internationales, être par exemple parties à des traités et membres d'organisations internationales en même temps que des Etats qui ne les reconnaissent pas. La réunion des critères requis pour la naissance d'un Etat entraîne donc des conséquences inhérentes à cette situation. Il bénéficie des protections communes reconnues par le droit international, notamment par l'article 2 § 4 de la Charte, base d'une coutume générale. Les Etats non membres de l'ONU peuvent eux aussi s'en prévaloir. Ainsi la menace ou l'usage de la force armée contre leur intégrité territoriale ou leur indépendance politique seraient contraires au droit. La question d'une naissance qui violerait une règle internationale, ainsi l'intégrité territoriale d'un autre Etat, est classique et récurrente – par exemple avec le Kosovo, l'Ossétie du sud ou l'Abkhazie. Mais comme le principe du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes peut être invoqué en sens contraire, il y a là une contradiction que seul un règlement pacifique du contentieux ainsi ouvert peut résoudre conformément au droit.

A contrario, reconnaître comme Etat une entité qui ne répond pas aux critères de son existence est en pratique dépourvu d'effet juridique efficace. Au fond, il s'agit d'une inhérence négative, puisque l'absence des éléments constitutifs ne permet pas aux autres Etats de prétendre reconnaître de pseudo-Etats, même s'ils se proclament comme tels. C'est là une limite de leur souveraineté, qui tient au concept de l'Etat et de sa souveraineté : elle ne s'établit pas par décision extérieure, mais par la réalisation concrète du concept, qui devient opposable aux autres Etats. Sans doute existe-t-il des situations marginales dans lesquelles la réalité des éléments peut être contestée, et l'est par les Etats qui refusent la reconnaissance. Alors on pourra dire que ce qui est en jeu n'est pas inhérent au concept d'Etat, mais relève de son effectivité. Mais précisément l'effectivité devient un élément de l'inhérence, et les situations dans lesquelles des entités prétendent au statut d'Etat sans les éléments requis sont à la fois rares et précaires – ainsi pour la RASD, la République de Chypre du Nord, même actuellement la Palestine. Le cas de Taiwan est différent, puisqu'il s'agit d'une concurrence entre gouvernements qui prétendent parler au nom de la Chine tout entière, et que Taiwan ne prétend pas être un nouvel Etat.

II. INHÉRENCES FONCTIONNELLES

Il s'agit des compétences ou des normes qui, sans même avoir besoin d'être exprimées en droit positif, découlent de la simple existence de sujets de droit international. Elles sont nécessaires à leur existence et à l'exercice des compétences qu'elle implique. Compétences impliquées ou implicites : on reconnaît immédiatement le célèbre avis de la CIJ *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, du 11 avril 1949, au sujet des organisations internationales. C'est là un premier exemple, mais ce n'est pas le seul. Un autre conduit à revenir sur la légitime défense et ses modalités d'exercice, dont les normes sont largement inhérentes. Le troisième s'attache à une compétence encore plus générale, la capacité d'interprétation du droit international dont disposent ses sujets.

- Les compétences inhérentes aux organisations internationales ne sont par définition pas formulées dans leurs statuts constitutifs, mais n'en sont pas moins reconnues et actives. L'avis de la CIJ qui en consacre le principe s'attache spécifiquement à l'ONU, et l'on sait que chaque organisation est régie par son propre traité de base, de sorte que leur droit commun est minimal. Précisément, l'existence de compétences implicites peut être considérée comme un élément de ce droit commun. Sans doute, avec Bernard Rouyer Hameray (*Les compétences implicites des organisations internationales*, LGDJ, 1962), peut-on distinguer les compétences implicites et les compétences impliquées, mais cette distinction utile et subtile n'est pas nécessaire à notre propos. Leur consistance dépend en pratique de la volonté collective de leurs membres, qui les acceptent et les exercent. C'est dire qu'elles sont très variées, dormantes dans certaines organisations et actives dans d'autres. Pour l'ONU, elles s'ajoutent à la capacité formellement reconnue aux organes principaux de créer des organes subsidiaires, base de la grande dynamique institutionnelle de l'organisation. La question se pose : si la Charte n'avait pas prévu cette capacité, aurait-elle pu être considérée comme implicite et donc inhérente ? On incline à considérer que la réponse est positive.

Un cas particulier d'organisation internationale, soit autonome, soit comme organe d'une organisation plus large, est celui des juridictions internationales. Il s'agit des juridictions arbitrales *ad hoc*, de la CIJ ou de tribunaux régionaux. L'inhérence s'y déploie avec une vigueur et aussi une visibilité particulières, ne serait-ce que parce que les décisions de ces organes juridictionnels doivent être motivées, et juridiquement motivées. Les juges doivent expliciter leur raisonnement, qui devient la *ratio scripta* de l'interétatisme jurisprudentiel.

Comme exemples d'inhérences, on peut d'abord mentionner la référence par la CIJ à sa fonction judiciaire, pas précisément définie par des textes, mais qu'il lui revient de définir et d'éclairer. C'est cette fonction qui lui permet ainsi de créer sa propre méthode pour la délimitation des espaces maritimes adjacents aux côtes (Pour une application, Arrêt *Différend territorial et maritime, Nicaragua c. Colombie*, 20 novembre 2012). Sur un plan plus technique, on peut

noter que la Cour reçoit certaines demandes contentieuses parce qu'elles sont inhérentes à une demande initiale (Arrêt *Différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes*, § 115, 8 octobre 2007). Ou encore, avec une étude récente de Jean-Pierre Cot, on observe que les juridictions internationales exercent un pouvoir inhérent en matière de déontologie des avocats et conseils (« Remarques sur la déontologie des avocats et conseils auprès des cours et tribunaux internationaux », in *Cependant, j'ai besoin d'écrire*, 2014, p. 243-252).

On peut surtout relever que ces juridictions sont elles-mêmes sources d'inhérences, parce que leur liberté de décision et la motivation leur permettent, au-delà des différends particuliers que c'est leur mission de régler, de développer une jurisprudence à portée plus générale. Elles formulent dès lors ou développent des concepts juridiques dont elles déclinent les composantes latentes – ainsi lorsque la CIJ considère le plateau continental comme un prolongement naturel du territoire terrestre, ou dégage les notions d'obligations *erga omnes* ou *erga omnes partes*, inhérentes selon elle à la substance de certaines obligations (CIJ, *Avis Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, 28 mai 1951 ; Arrêt *Barcelona Traction, Light and Power Company*, 5 février 1970 ; Arrêt *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader*, 20 juillet 2012).

D'autres juridictions ne sont pas en reste, ainsi la Cour européenne des droits de l'homme sur la base de la notion de « *procès équitable* » (Frédéric Sudre : « Etude du dynamisme interprétatif de la CEDH », *Semaine juridique*, 11 juillet 2001). Elle en a fait une application récente sur le fond, avec l'arrêt *Matelly c. France*, du 2 octobre 2014, lorsqu'elle se réfère aux « éléments nécessairement inhérents au droit syndical ».

- La légitime défense, qui a déjà été mentionnée, est un cas exemplaire d'inhérence juridique. On aurait pu en traiter avec le statut de l'Etat, puisque dans son principe elle en est un élément. A supposer même qu'existe un système juridique international organisé et disposant d'une force publique autonome au service d'une interdiction générale de l'emploi de la force armée par les Etats, la légitime défense subsisterait. C'est bien ce que constate la Charte, qui ne l'envisage que comme une réserve générale à ses dispositions et qui n'entend lui apporter que l'alternative aléatoire de l'intervention du Conseil de sécurité.

L'inhérence est même formulée par l'article 51, comme on l'a vu, et la légitime défense domine la Charte elle-même – « *Aucune disposition de la présente Charte...* », c'est à dire non seulement l'article 2 § 4 mais aussi l'article 2 § 3 sur le règlement pacifique des différends, voire l'article 103 sur la primauté des obligations résultant de la Charte. Tout cède à la légitime défense, éventuellement même le droit humanitaire si l'on en juge par l'avis de la CIJ du 8 juillet 1996 sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*.

Ce droit n'est pas, comme on le présente parfois, provisoire et résiduel, mais au contraire central et supérieur. La Charte est construite à partir de lui, et quoiqu'elle cherche à le supplanter, elle doit lui rendre les armes.

L'inhérence de la légitime défense est visible et juridiquement consacrée, par la Charte comme par la coutume à laquelle elle se superpose pour l'essentiel (CIJ, Arrêt *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, 27 juin 1986). Le cas de la proportionnalité des moyens mis en œuvre dans son exercice est différent, puisqu'elle n'est pas formulée, mais elle appartient sans doute à la coutume générale. Dans son avis de 1996, la Cour en fournit une application particulière en même temps qu'ambiguë, lorsqu'elle mentionne une situation extrême de légitime défense dans laquelle la survie même de l'Etat serait en jeu, ce qui renvoie à un prétendu droit à la vie des Etats et à un droit d'autoprotection qui en exprime l'inhérence.

On peut penser qu'il serait plus conforme au concept de légitime défense de considérer qu'elle ne peut se découper en tranches, qu'il n'est pas utile d'en identifier des catégories différentes, mais que l'appréciation de la proportionnalité des moyens est propre à chaque situation considérée. Le principe de proportionnalité est inhérent au concept même de légitime défense, il n'en est pas détachable, une légitime défense disproportionnée – par exemple l'occupation durable voire l'annexion d'un territoire, ou un usage de la force armée au-delà des nécessités de la protection de l'Etat qui s'estime menacé ou atteint par une agression armée – n'est tout simplement plus de la légitime défense, mais un recours irrégulier à la force, voire se transforme à son tour en agression.

- Derrière les deux exemples précédents, une question commune, celle de l'interprétation. On le sait, l'interprétation est une activité générale, elle s'attache à toutes les composantes de l'activité juridique internationale et ne peut être cantonnée à un type particulier de normes ou de faits juridiques (Serge Sur, *L'interprétation en droit international*, LGDJ, 1974 ; Denis Alland, *L'interprétation du droit international*, RCADI 2014, t. 362). Elle est précisément inhérente à cette activité, de sorte que point n'est besoin de la prévoir au profit d'organes déterminés. Toutes précisions que le droit positif apporte à son sujet n'ont pour but et pour objet que de la restreindre en la réglementant, en confiant par exemple le règlement des contentieux qu'elle soulève à des juridictions déterminées. Mais elle n'en accompagne pas moins le fonctionnement ordinaire de tout système juridique, et tous ses sujets y ont recours comme Monsieur Jourdain à la prose. Non seulement donc l'interprétation est inhérente à un système juridique, mais elle est aussi inhérente à la qualité de sujet de cet ordre. Elle n'a pas à être spécialement prévue et attribuée, elle est de droit commun comme attribut inhérent à la qualité de sujet.

Cette inhérence est particulièrement visible et sensible en droit international, qui ne la régleme et donc ne la limite que très partiellement. Pas de principe de juridiction obligatoire, pas d'interprétation monopolisée ou retenue, pas de méthodologie réellement contraignante. C'est vrai dans le cadre des relations interétatiques, coutumières ou conventionnelles, c'est également vrai sauf exceptions dans le cadre des organisations internationales. L'interprétation de la Charte de l'ONU appartient ainsi concurremment aux Etats membres et à ses organes, comme le reconnaissent les travaux préparatoires dans le Rapport sur son interprétation et la CIJ, par exemple dans l'Avis *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, du 21 juin 1971.

Sans le dire, le Conseil de sécurité est un grand utilisateur de l'inhérence. Derrière la gamme très variée et en cours d'extension de ses modes d'intervention, que les juristes peinent parfois à rattacher à la Charte, on trouve son article 24, qui lui confie la « *responsabilité principale du maintien de la paix et de la sécurité internationales* ». On peut y inscrire, outre la pratique multiple des opérations du maintien de la paix, non prévues par la Charte, des résolutions comme les résolutions 1373 (28 septembre 2001) comportant un programme complet de lutte contre le terrorisme, 1540 (28 avril 2004) sur la prévention de la prolifération d'armes de destruction massive au profit d'acteurs non étatiques, ou 2170 (15 août 2014) sur la dissolution de l'auto-proclamé « Etat islamique en Irak et au Levant », EIIL, ISIL ou ISIS. Il lui arrive également d'imposer aux Etats membres de prendre des mesures qui visent des individus, d'exiger leur remise à des tribunaux, de geler leurs avoirs, de leur interdire de voyager, ou encore de créer directement des juridictions *ad hoc* pour les juger. Dans d'autres situations, il mentionne spécifiquement un article du Chapitre VII pour limiter la portée de ses mesures. Suivant les cas déménageur ou pianiste, le Conseil développe une politique juridique qui implique la mise en œuvre de pouvoirs inhérents largement utilisés.

Les développements d'inhérences de cette nature dépendent à la fois de l'accord des membres du Conseil et du consentement de l'ensemble des membres de l'ONU, puisque, comme on l'a noté, le Conseil n'a pas le monopole de l'interprétation de la Charte ni une autorité finale en la matière. Cela explique que, dans la pratique, le Conseil de sécurité demande parfois l'accord des membres visés par des résolutions obligatoires (Par exemple, Rés. 687 du 3 avril 1991 établissant un régime de désarmement de l'Irak). Il entend par là prévenir toute contestation de leur part sur la régularité de ces résolutions fondée sur une interprétation particulière de la Charte. Cependant, même dans l'hypothèse où la CIJ est saisie par demande d'avis ou pour régler un contentieux à ce sujet, la contestation n'est pas pour autant nécessairement tranchée. Ses décisions en effet sont ou bien consultatives ou bien n'ont que l'autorité relative de la chose

jugée, ce qui maintient les questions d'interprétation ouvertes. De façon exceptionnelle, par exemple dans l'ordre juridique de l'Union européenne, existe une centralisation juridictionnelle de l'interprétation au profit de la CJUE, mais il s'agit précisément d'un ordre conventionnel particulier qui déroge au droit international général.

III. INHÉRENCES STRUCTURELLES

Il convient d'abord de préciser la ou les significations que peuvent revêtir de telles inhérences, ensuite d'examiner en quoi elles peuvent consister, enfin de constater que, en toute hypothèse, elles laissent subsister une immense flexibilité des options conventionnelles. En d'autres termes, si le droit international comporte des contraintes structurelles en tant que système organisé, les figures qu'il peut présenter, les principes dont il peut se réclamer, l'esprit des relations internationales qu'il peut incarner demeurent indéfiniment ouverts aux libres choix de ses sujets. Ainsi les diverses inhérences ne relèvent pas toutes de la même catégorie. Les inhérences structurelles diffèrent d'inhérences optionnelles, comme l'idée suivant laquelle le plateau continental est un prolongement naturel du territoire terrestre : on aurait sans doute pu juger différemment – mais la CIJ avait le pouvoir inhérent de retenir cette conception.

- Le droit international intériorise-t-il une sorte de code génétique, une matière noire, de hors champ qui conditionneraient sa structure et sa dynamique, de sorte qu'il serait inscrit par son principe même dans un destin à l'avance écrit ? Les inhérences ne découleraient pas alors seulement des concepts du droit positif, mais le précéderaient et le domineraient – nouvelle variante du droit naturel. Si tel est le cas, ses développements seraient par définition fermés et les options ouvertes aux sujets structurellement restreintes.

Ou bien, à l'inverse, serait-il indéfiniment ouvert et flexible, de sorte qu'un autre droit international, avec d'autres sujets, d'autres principes, d'autres modes de formation et de régulation pourrait sortir du droit positif actuel ? Il n'existerait donc aucun droit international nécessaire, mais simplement un état historique donné qui pourrait être transcendé par des métamorphoses, des mutations faisant apparaître par exemple un droit des gens, un droit de l'humanité tout entière, construit autour des individus et à leur profit – à quoi appellent diverses militances, au nom même du droit international.

Il semble que l'on peut à ce sujet présenter une double conclusion, ou soutenir une thèse qui comporte deux volets. D'un côté, dans son état actuel – pour paraphraser le canonique Arrêt du *Lotus* (CPJI, 7 septembre 1927) – le droit international repose sur une inhérence structurelle, liée à la souveraineté des Etats, donc non extérieure au droit positif mais qui lui est inhérente. D'un autre côté, dans le cadre même de cette inhérence, nombre d'options restent

ouvertes, nombre de variantes possibles et pour certaines déjà réalisées ou en cours. Ainsi, certaines révolutions juridiques apparentes reposent sur une structure fondatrice, sur une matrice pour l'instant immuable. Elles n'en développent que les virtualités (Serge Sur, *La créativité du droit international*, Cours général de l'Académie de droit international, RCADI 2014, t. 363).

- Quels sont les éléments de cette matrice structurelle, source des inhérences qui sont comme un halo autour du droit positif, lui donnent son sens et sa stabilité ? On l'a dit, c'est au premier chef la souveraineté de l'Etat, et son prolongement inhérent, le droit international interétatique reposant sur leurs engagements internationaux, tel que l'exprime l'article 38 § 1 du Statut de la CIJ. Le lien entre Etat, souveraineté, droit international est l'inhérence majeure du droit positif. On en rencontre une expression dans l'Arrêt de la Cour *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine*, du 12 octobre 1984 : le droit coutumier « *comprend en réalité un ensemble restreint de normes propres à assurer la coexistence et la coopération vitale des membres de la communauté internationale, ensemble auquel s'ajoute une série de règles coutumières dont la présence dans l'opinio juris des Etats se prouve par voie d'induction en partant de l'analyse d'une pratique suffisamment étoffée et convaincante...* ».

Etat, souveraineté, droit international : Chacun des trois est inhérent aux deux autres. Aucun des trois n'est pour autant immuable : la souveraineté par exemple peut être considérée sous de nouveaux éclairages, qui permettent de voir étendu le domaine de la responsabilité de l'Etat qui en est une composante. Avec la responsabilité de protéger, cette responsabilité n'est plus seulement une obligation secondaire, la réparation d'atteintes aux droits des autres sujets de droit international, mais une obligation primaire, celle de prévenir les violations du droit humanitaire contre sa propre population. Cette approche ne fait au demeurant qu'actualiser la Charte de l'ONU en ce qu'elle conditionne dans son article 4 § 1 l'admission des Etats membres par le respect des obligations de la Charte, lesquelles comportent le respect des droits de l'homme (article 1 § 3 ; article 55). En l'occurrence on a développé un concept, on ne l'a pas dépassé.

Certaines innovations sont contingentes et ne relèvent pas de ces inhérences. Ainsi, la réglementation du recours à la force à laquelle procède l'article 2 § 4 de la Charte, même si elle a acquis le caractère d'une norme coutumière générale, n'est pas inhérente à l'existence du droit international. En revanche, comme on l'a vu, la légitime défense est pour sa part inhérente à l'existence de l'Etat. Le *jus cogens* n'est pas davantage inhérent au droit international. Il repose, dans l'état actuel du droit positif, sur une base conventionnelle, la Convention de Vienne sur le droit des traités, de sorte qu'il ne lie que ses parties – sauf qu'il se réfère à des normes coutumières générales reconnues comme *jus cogens*, dont l'existence demeure aussi aléatoire que leur mise en œuvre, mise en œuvre qui ne peut résulter que de mécanismes conventionnels... Règles sans juges ou juges sans règles, ce porte à faux

permanent souligne le caractère improbable du concept, qui demeure l'empire du virtuel. Il ne faut pas pour autant confondre le *jus cogens* avec la nullité de certains actes juridiques, qui peut exister en droit international sur d'autres bases, clairement conventionnelles celles-là, comme en vertu de résolutions du Conseil de sécurité (ainsi la Rés. 662, 9 août 1991, déclarant la nullité de l'annexion du Koweït par l'Irak), ou dans l'ordre juridique communautaire.

- C'est souligner que la flexibilité des options conventionnelles est considérable voire indéfinie. Elle permet aux normes et obligations internationales de prendre mille visages différents, selon les domaines et selon les sujets concernés. La protection internationale des droits de l'homme ne répond ainsi nullement à un droit naturel, mais est organisée de façon très variée suivant les instruments juridiques qui la consacrent. Conventions à vocation universelle, conventions régionales dont la Convention européenne est l'archétype ne reconnaissent d'une part pas les mêmes droits, recourent d'autre part à des mécanismes différents. Tous ont en commun de reposer sur des traités interétatiques, de s'inscrire ainsi dans la matrice structurelle du droit international, dont elles actualisent une virtualité.

Il en est de même pour le droit international pénal, à la fois fruit de l'insuffisance des Etats, insuffisance ainsi reconnue par eux-mêmes, et tentative de remède à cette insuffisance. Le développement récent de ce droit souligne que la souveraineté ne comprend aucune compétence structurellement réservée, puisque la compétence pénale est considérée comme liée aux attributs régaliens de l'Etat. En même temps, la renonciation à l'immunité des responsables des Etats ne porte nullement atteinte à celle de l'Etat lui-même, puisqu'ils sont éventuellement poursuivis en tant qu'individus et non en tant qu'organes de l'Etat. Mais il est clair que d'un côté l'existence de juridictions internationales ne relève pas d'une inhérence structurelle du droit international et de l'autre provient de sa matrice structurelle.

Plus largement, on sait que l'Union européenne procède également de cette matrice, puisqu'elle repose sur un ensemble de traités de base qui ont créé leur ordre juridique propre, comme au demeurant toutes les organisations internationales. La différence radicale entre ces ordres juridiques institutionnels partiels réside en ceci que l'ordre juridique européen repose sur une juridiction obligatoire, la CJUE. Elle a pu développer une jurisprudence disciplinant de façon intégrée dans les domaines de compétence de l'Union les Etats membres et leurs droits internes afin de les rendre homogènes, quoique non identiques, un peu à la manière de la Cour suprême aux Etats-Unis.

Pour qu'une transformation comparable du droit international général puisse émerger, il faudrait et il suffirait que la CIJ disposât d'une compétence obligatoire, substituée à la compétence facultative qui est la sienne. Sans même que soit remis en cause le dualisme droit international – droit interne, lui-même

inhérent à la matrice du droit international, il y aurait là une irradiation jurisprudentielle révolutionnaire du système juridique. Les autres voies sont très loin d'être comparables. Le Conseil de sécurité est certes en mesure d'imposer des adaptations des législations internes par d'autres moyens, et il l'a fait (Rés. 1373, 28 septembre 2001, obligeant les Etats à prendre des mesures internes pour lutter contre le terrorisme ; Rés. 1540, 28 avril 2004, même obligation afin de prévenir la prolifération des armes de destruction massive), mais dans des domaines restreints et de façon exceptionnelle.

* * *

Entre inhérence et ingérence, il n'est qu'une lettre de différence. Mais il s'agit d'univers intellectuels totalement étrangers. Le second est fortement valorisé et exploré, son appartenance au droit positif ou à l'idéologie juridique est encore disputée. Le premier est largement ignoré et n'affleure en droit positif que de façon marginale. Pourtant le droit international baigne dans l'inhérence. L'ingérence concerne l'existence du droit international, l'inhérence son essence. Même si elle est un champ d'élection de la doctrine et si elle permet l'élaboration de systèmes intellectuels ou militants, l'inhérence ne relève pas d'une catégorie doctrinale, elle est un accompagnement nécessaire du droit positif.

A chaque jour suffit sa tâche. Dans ce bref essai, on a simplement tenté de l'identifier, sans pouvoir aller par exemple jusqu'à une classification de ses différentes formes, par exemple celles qui relèvent de la dialectique du droit et du fait, celles qui sont d'ordre logique ou axiomatique, celles qui restent optionnelles et sont en quelque sorte des inhérences dérivées. Inhérence optionnelle : ce n'est pas un oxymore, mais un choix initialement ouvert qui, une fois opéré, entraîne une série de conséquences fermées. Inhérence au deux visages, qui permet à la fois de développer des compétences mais aussi de les définir. Fermer le droit, c'est accroître sa prévisibilité, c'est en revanche réduire sa flexibilité, et par là l'inhérence rejoint la politique juridique de ses acteurs et sujets.

