

## 8. Le rôle du droit dans les relations internationales

*The propriety of the Cuban quarantine is not a legal issue. The power, position and prestige of the United States had been challenged by another state; and law simply does not deal with such questions of ultimate power... No law can destroy the state creating the law. The survival of states is not a matter of law.*

Dean ACHESON

### Problématique de la séance

Les États déploient une activité importante vis-à-vis du droit international, systématiquement invoqué pour justifier leurs positions. Mais que nous dit-elle de la régulation par le droit des relations internationales ? Cette activité n'est-elle qu'un épiphénomène, sans incidence réelle sur les rapports entre États ? Révèle-t-elle au contraire la capacité du droit international à influencer sur les comportements, par calcul des États qui y trouveraient un instrument, sous l'effet d'une contrainte que le droit ferait peser sur eux, ou parce que les États témoigneraient de la sorte de leur croyance en une idée qui informe leur vision du monde et les limites de leur action ?

### Extraits proposés à la lecture

1. Emmanuel KANT, *Essai philosophique sur la paix perpétuelle*, Paris, G. Fischbacher, 1880 (1795), pp. 20-21.
2. Prosper WEIL, *Le droit international en quête de son identité*, Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, vol. 237, 1992, pp. 49-51.
3. John MEARSHEIMER, « The False Promise of International Institutions », *International Security*, vol. 19, n° 3, 1995, pp. 8-9, 12-13.
4. Shirley V. SCOTT, « International Law as Ideology: Theorizing the Relationship between International Law and International Politics », *European Journal of International Law*, 1994, vol. 5, n° 3, pp. 317-319, 323.
5. Guy DE LACHARRIÈRE, *La politique juridique extérieure*, Paris, IFRI/Economica, 1983, pp. 5-10.
6. Orde F. KITTRIE, *Lawfare: Law as a Weapon of War*, Oxford University Press, 2016, pp. 2-8.

Extrait n° 1. Emmanuel KANT, *Essai philosophique sur la paix perpétuelle*, Paris, G. Fischbacher, 1880 (1795), pp. 20-21.

(...) Quand on songe à la perversité de la nature humaine, qui se montre à nu et sans contrainte dans les relations de peuples à peuples, où elle n'est point arrêtée comme elle l'est dans l'état civil par le pouvoir coercitif des lois, on doit s'étonner que le mot de *droit* n'ait pas encore été banni de la politique de la guerre, comme un mot pédantesque, et qu'il ne se soit pas trouvé d'État assez hardi pour professer ouvertement cette doctrine. Car jusqu'à présent on a toujours cité bonnement, pour justifier une déclaration de guerre, les Grotius, les Puffendorf, les Vattel et d'autres inutiles et impuissants défenseurs des peuples, quoique leur code, purement philosophique ou diplomatique, n'ait jamais eu et ne puisse jamais obtenir force de loi, puisque les États ne sont soumis à aucun pouvoir coercitif commun.

Or il est sans exemple que leurs raisonnements et leur autorité aient décidé un État à se désister de ses prétentions. Et cependant cet hommage que rendent ainsi tous les États au principe du Droit, ne fût-ce qu'en paroles, prouve du moins une disposition morale, qui, bien qu'assoupie encore dans l'homme, tend néanmoins à dominer en lui le mauvais principe avec une force à laquelle il ne peut entièrement se soustraire. Autrement les États qui veulent se faire la guerre ne prononceraient jamais le mot de Droit, si ce n'est peut-être par ironie et dans le sens où l'entendait un prince gaulois : « Le droit, c'est, disait-il, la prérogative accordée par la nature au fort de se faire obéir par le faible ».

Quoi qu'il en soit, les États ne peuvent jamais, pour défendre leur droit, engager un procès, et le champ de bataille est le seul tribunal devant lequel ils puissent plaider, mais la victoire ne décide pas le moins du monde la question de droit. Le traité de paix qu'elle amène ne les fait pas non plus sortir de l'état de guerre où ils restent même en quittant les armes, toujours prêts à trouver quelque nouveau prétexte de guerre que nul n'a qualité pour qualifier d'injuste, puisque dans cet état chacun est juge de sa propre cause. Le droit des gens ne pourrait pas même forcer les États, comme le droit naturel y oblige les individus, à sortir de cet état de guerre, parce qu'ayant déjà une constitution juridique en tant qu'États, ils se sont soustraits à toute contrainte étrangère qui tendrait à établir entre eux un ordre constitutionnel plus compréhensif.

(...)

Extrait n° 2. Prosper WEIL, *Le droit international en quête de son identité*, Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, vol. 237, 1992, pp. 49-51.

(...)

La question surgit alors : pourquoi les États fabriquent-ils du droit international ? pourquoi respectent-ils le droit international ? pourquoi, dans la société anarchique et décentralisée qu'est la société internationale, les États acceptent-ils de limiter leur liberté d'action en la soumettant à un code de conduite contraignant ?

A cette double question, à en croire Henkin, la réponse est simple : ce n'est pas par masochisme que les États fabriquent le droit international et le respectent, mais parce qu'ils y trouvent un avantage. Bien qu'il n'y ait pas de gouvernement international, il existe une société internationale, et il est de l'intérêt de chacun des membres de cette société de vivre dans un cadre ordonné et stable permettant des rapports mutuels et des activités communes. Le vouloir-vivre ensemble — le devoir-vivre ensemble, dirais-je volontiers —, qui est une nécessité sociale autant que morale, exige une règle du jeu et mérite quelques sacrifices. (...)

Pas plus que les autres systèmes de droit, et contrairement à ce que pense le commun des mortels, ce n'est ni la contrainte ni la peur du gendarme qui explique le respect du droit. Henkin cite le cas du président Nixon, chef du plus puissant État du monde et commandant en chef de l'armée la plus puissante du monde, auquel neuf vieux messieurs dépourvus de tout moyen de contrainte ont enjoint de remettre quelques bandes magnétiques. Pourquoi le président Nixon s'est-il conformé à cet ordre, alors qu'il n'existait aucun moyen de contrainte capable de l'y obliger ? Parce que, dit Henkin, il existe aux États-Unis une « culture of compliance » qui impose le respect des règles de droit. C'est cette même « culture of compliance » qui, selon Henkin, explique que les gouvernements respectent généralement le droit international.

L'intérêt bien compris pèse davantage dans la balance que les considérations d'éthique ou le souci de la *rule of law*. Dans une conjoncture donnée, un gouvernement pèsera les avantages que peut lui valoir le respect du droit en comparaison du prix que pourrait lui coûter la violation du droit. Le coût de la violation du droit n'est pas nécessairement dans le risque d'une sanction ou d'une condamnation. Le prix à payer pourra être un prix politique, fait de discrédit et de mauvaise réputation. Dans la plupart des cas, ce prix suffira à faire reculer l'État devant la tentation d'une violation brutale et cynique du droit. Dans certaines situations, cependant, les intérêts politiques en jeu seront tels qu'un gouvernement décidera de passer outre quel que soit le prix à payer. C'est à une balance d'intérêts de ce genre qu'ont dû procéder l'Union soviétique lorsqu'elle a envoyé ses chars à Budapest, à Prague et à Kaboul, et les États-Unis lorsqu'ils ont envoyé leurs troupes en république Dominicaine, à Grenade et au Panama. (...)

Extrait n° 3. John MEARSHEIMER, « The False Promise of International Institutions », *International Security*, vol. 19, n° 3, 1995, pp. 8-9, 12-13.

(...)

I define institutions as a set of rules that stipulate the ways in which states should cooperate and compete with each other. They prescribe acceptable forms of state behavior, and proscribe unacceptable kinds of behavior. These rules are negotiated by states, and according to many prominent theorists, they entail the mutual acceptance of higher norms, which are "standards of behavior defined in terms of rights and obligations." These rules are typically formalized in international agreements, and are usually embodied in organizations with their own personnel and budgets. Although rules are usually incorporated into a formal international organization, it is not the organization per se that compels states to obey the rules. Institutions are not a form of world government. States themselves must choose to obey the rules they created. Institutions, in short, call for the "decentralized cooperation of individual sovereign states, without any effective mechanism of command."

(...)

States contemplating cooperation must consider how the profits or gains will be distributed among them. They can think about the division in two different ways. They can think in terms of absolute gains, which means each side focuses on maximizing its own profit, and cares little about how much the other side gains or loses in the deal. Each side cares about the other only to the extent that the other side's behavior affects its own prospects for achieving maximum profits. Alternately, states can think in terms of relative gains, which means each side not only considers its individual gain, but also how well it does compared to the other side.

Because states in a realist world are concerned about the balance of power, they must be motivated primarily by relative gains concerns when considering cooperation. While each state wants to maximize its absolute gains, it is more important to make sure that it does better, or at least no worse, than the other state in any agreement. However, cooperation is more difficult to achieve when states are attuned to relative-gains logic, rather than absolute-gains logic. This is because states concerned about absolute gains need only make sure that the pie is expanding and that they are getting at least some portion of the increase, while states that worry about relative gains must care also about how the pie is divided, which complicates cooperative efforts.

Concerns about cheating also hinder cooperation. States are often reluctant to enter into cooperative agreements for fear that the other side will cheat on the agreement and gain a relative advantage. There is a "special peril of defection" in the military realm, because the nature of military weaponry allows for rapid shifts in the balance of

power. Such a development could create a window of opportunity for the cheating state to inflict a decisive defeat on the victim state.

(...)

Realists also recognize that states sometimes operate through institutions. However, they believe that those rules reflect state calculations of self-interest based primarily on the international distribution of power. The most powerful states in the system create and shape institutions so that they can maintain their share of world power, or even increase it. In this view, institutions are essentially "arenas for acting out power relationships." For realists, the causes of war and peace are mainly a function of the balance of power, and institutions largely mirror the distribution of power in the system. In short, the balance of power is the independent variable that explains war; institutions are merely an intervening variable in the process.

(...)

Extrait n° 4. Shirley V. SCOTT, « International Law as Ideology: Theorizing the Relationship between International Law and International Politics », *European Journal of International Law*, 1994, vol. 5, n° 3, pp. 317-319, 323.

One often noted feature of the international legal system is that it contains no international executive. This fact has prompted international lawyers to engage in a 'rather arid exercise in semantics', concerning whether international law, lacking a means of enforcement, could really be law. Given the evidence that international law does appear to hold some sway, it appears that a more useful implication to draw from its lack of an executive is that the influence of international law must be of an intangible nature. The power of international law can only be the power of the idea of international law.

To accept that the idea of international law has autonomous power in international politics firstly requires acceptance of the fact that ideas have power. This cannot be definitively proven within a positivist epistemology, in which knowledge is that testable within the see-touch realm. Nevertheless, it is possible to point to instances in which the rejection of a previously accepted idea has preceded major change in the material world. For example, the growing rejection of the idea of colonialism in the first half of the twentieth century was followed by the rapid post-Second World War disintegration of a global colonial order. It would be difficult to deny that the rejection of the ideology of colonialism and acceptance of others, notably self-determination, was a major factor in the historical process. Ideas do seem to constitute a form of power.

The power of an idea can be said to reside in people's acceptance of that idea as a basis for action. Because it is impossible to distinguish beliefs from expressed beliefs, the power of an idea will in this study be determined by the demonstrated acceptance of the idea. (...)

In order to apply ideology theory to the idea of international law, the whole international political order is to be regarded as one power structure. The system of international law has evolved in conjunction with the modern international political States system and it is hypothesized that the idea of international law is integral to that power structure. Without that idea, the system would not operate as it does currently. This is a bold statement. It points to the fact that, far from being irrelevant, international law is, in its own right, a prime, though not the sole, determinant of relative power positions in international politics.

(...)

A theorization of international law in terms of ideology suggests that demonstrated acceptance of the ideology - even if left implicit - is a criterion for membership of the international States system. It follows from this that ongoing, affirmative support for

the ideology must be a primary goal of a rational foreign policy. This is not to say that policy makers view it in these terms, but to offer a heuristic explanation of what happens in practice. Two aspects of the ideology must be upheld. The first is the legal-non-legal dichotomy which is the essence of the ideology. Acceptance of this is reflected in the categorization of political positions as either 'legal' or 'illegal'. A second aspect of the ideology is the notion that international law is a set of binding rules. This is reinforced whenever an international actor emphasizes the legality of its own position.

(...)

Extrait n° 5. Guy DE LACHARRIÈRE, *La politique juridique extérieure*,  
Paris, IFRI/Economica, 1983, pp. 5-10.

Quand on observe la réalité des relations internationales, on rencontre des politiques nationales portant sur les aspects juridiques de ces relations. La réalité immédiatement observée est faite de politiques, employant de nombreux procédés au service de conceptions très diverses de ce qu'elles s'accordent cependant à nommer « le droit ». À ce stade, avant même qu'il ne soit sûr qu'il y ait un droit international, il est déjà certain qu'il existe des politiques à l'égard de ce droit.

Ces politiques portant sur les aspects juridiques des relations internationales sont les politiques juridiques extérieures des États (et subsidiairement d'autres sujets du droit international).

Les gouvernements ne se vantent guère d'avoir adopté de telles politiques. Couramment, ils exposent leur politique étrangère en général ou, plus précisément, leur politique extérieure en matière militaire, économique, culturelle, mais aucun d'entre eux n'a encore publié de déclaration d'ensemble sur sa politique juridique extérieure. Dès lors, si les gouvernements n'en parlent pas, n'est-ce pas parce qu'ils n'en ont pas ?

La pratique des relations internationales apporte à cette question une réponse très claire : si par « politique juridique extérieure » on entend une politique à l'égard du droit et non pas nécessairement déterminée par le droit, on observe très fréquemment des conduites gouvernementales qui relèvent d'une politique portant sur les aspects juridiques soit de l'ensemble des relations internationales soit d'un secteur particulier de celles-ci.

(...)

Deux raisons de nier complètement la pertinence du concept pourraient venir de deux conceptions, du reste, opposées, qu'adopteraient les États au sujet du rôle et de la place du droit dans les relations internationales.

Selon la première conception, le droit, dont le rôle serait grossi sans mesure, serait reconnu comme étant d'une nature sacrée qui le voue au respect des gouvernements et le met au-dessus des manipulations politiques. Considéré sous l'angle d'une telle dévotion, il ne devrait s'agir, pour les gouvernements, que de le servir et de se soumettre à lui. La validité du concept de politique juridique extérieure serait niée parce qu'une telle politique serait immorale et sacrilège.

Elle serait inutile et n'en vaudrait pas la peine, selon la seconde conception, qui minimise exagérément le rôle du droit et professe à son égard le mépris le plus radical : les considérations juridiques ne joueraient aucun rôle dans les conduites des États, ni au niveau de la détermination de celles-ci ni à celui de leur justification. S'il en était



ainsi, le droit ne mériterait pas l'honneur qu'on lui ferait en ayant une politique à son égard.

Mais c'est seulement si ces conceptions étaient professées sous leurs formes extrêmes et absolues qu'elles conduiraient à la négation des politiques juridiques extérieures parce qu'inutiles dans un cas, immorales dans l'autre. Or, en réalité, aucun État ne manifeste à l'égard du droit ce respect totalement dévot ni ce nihilisme radical. Ne sont réellement observées que des formes modérées des conceptions en question. Or celles-ci ne concluent pas à l'inexistence de politiques à l'égard du droit : elles se bornent à influencer leur substance, et, ce qui nous importe à ce stade, leur reconnaissance publique.

La thèse du respect du droit conserve, en revêtant des formes modérées, sa caractéristique historique d'avoir été affirmée au bénéfice du droit existant, et de continuer d'être avancée par les bénéficiaires du statu quo juridique. Sans doute ces partisans sont-ils contraints d'admettre que le respect du droit ne saurait être si absolu qu'il interdise en tous les cas d'avoir une politique à son égard. Mais ils entendent limiter au maximum la reconnaissance du rôle de cette politique.

Par nostalgie, peut-être, du caractère sacré que l'on pouvait attribuer à un droit conçu sans péché – sans le péché de politique. Et aussi pour des considérations plus tactiques liées à leur préoccupation de légitimer le droit en vigueur.

En effet, il peut être considéré comme dangereux de relier le droit aux intérêts qu'il sert comme y contraint le concept de politique juridique extérieure. Qui relativise le droit le désacralise. Si le droit devient objet de stratégies, les règles en vigueur ne correspondent plus qu'à une stratégie qui a réussi. Les pays satisfaits du droit existant pensent que cette vérité-là n'est pas bonne à dire. Pour eux, il n'y a aucun avantage à souligner une telle origine. Leur fidélité à l'image qu'ils se font du droit et à leurs intérêts de bénéficiaires des règles existantes les amène donc à beaucoup de discrétion quant à la légitimité de l'utilisation d'un concept de politique à l'égard du droit qui peut sans doute servir des stratégies conservatrices, mais dont sa nature fait un instrument privilégié des changements délibérément provoqués.

Quant à la conception opposée, qui minimise le rôle du droit, même sa version la moins modérée sous-tendant effectivement l'action de gouvernements se borne à affirmer que le droit n'est qu'un mode d'expression secondaire d'une politique étrangère, un système de légitimation si plastique qu'il s'en trouve étroitement subordonné par rapport à la politique extérieure elle-même, y compris la politique économique. Dès lors, pour témoigner au droit tout le respect qu'il mérite, il suffit de présenter coup par coup un habillement juridique taillé sur les besoins du moment.

Extrait n° 6. Orde F. KITTRIE, *Lawfare: Law as a Weapon of War*,  
Oxford University Press, 2016, pp. 2-8.

(...)

In recognition of law's increasing utility as a weapon of war, Dunlap, then a colonel in the U.S. Air Force Judge Advocate General's Corps, in November 2001 introduced the term "lawfare" into the mainstream legal and international relations literature. He ultimately defined "lawfare" as the strategy of "*using—or misusing—law as a substitute for traditional military means to achieve an operational objective.*"

(...)

While the concept of law as a weapon of war was first termed "lawfare" in an essay by Charles Dunlap, Jr., in November 2001, both the concept and the term preexisted Dunlap's linking of them. The use of law as a weapon of war arguably goes back all the way to Hugo Grotius, the "*father of international law*". During the first decade of the 1600s, European countries, including Grotius's Holland, were competing intensely over the control of seafaring trade routes. Portugal was attempting to protect its lucrative spice trade by deploying its navy to exclude the Dutch East India Company (DEIC) from the Indian Ocean. The DEIC hired Grotius to devise a theory under which "*war might rightly be waged against, and prize taken from the Portuguese,*" on the grounds that the Portuguese had "*wrongfully tried to exclude the Dutch.*" In response to the DEIC's commission, Grotius wrote his classic book, *Mare Liberum*, first published in 1609, in which he made the case that under the "Law of Nations," "the sea is common to all" and all nations are free to use it for sea-faring trade. By the 1700s, "*most states*" had adopted Grotius's "*idea of mare liberum—the freedom of the seas.*" Thus, Grotius used law to accomplish an objective that Dutch military power could not and thereby solidified the concept of freedom of the seas in modern international law.

( ...)

In his essay, Dunlap asserted that "'lawfare', that is, the use of law as a weapon of war, is the newest feature of 21st century combat." He also offered a second, slightly different definition, stating that "lawfare describes a method of warfare where law is used as a means of realizing a military objective." In subsequent essays, Dunlap adopted a third, and again slightly different definition, defining lawfare as "the strategy of using—or misusing—law as a substitute for traditional military means to achieve a warfighting objective."

It is important to note that all three of these definitions of lawfare are value-neutral. Defined as such, lawfare is intrinsically neither good nor bad but can, as with most other weapons, be "wielded by either side in a belligerency" and used "for good or bad purposes, depending on the mindset of those who wield it." As Dunlap explained in a 2011 article, "*lawfare ... focuses principally on circumstances where law can create the same or similar effects as those ordinarily sought from conventional warmaking*

*approaches.*” Lawfare, said Dunlap, is “*simply another kind of weapon, one that is produced, metaphorically speaking, by beating law books into swords.*”

(...)

As illustrations, Dunlap included “establishing the rule of law” in order to secure the population from insurgents, and “the use of legal processes to deconstruct terrorist financing.” As an example of the latter, Dunlap referenced the State Department officially designating the Pakistani Taliban as a “foreign terrorist organization,” which “has the effect of criminalizing material support provided them.” Dunlap noted that while attacking the funding of terrorist groups “may be called ‘financial warfare’ rather than ‘lawfare’” by some, “it nevertheless depends upon legal instruments and methodologies.”

Dunlap also included targeted trade sanctions as an example of where “actions that could be characterized as ‘lawfare’ have been carried out by the United States,” noting that such “legal ‘weaponry’ can have effects utterly indistinguishable from those produced by their kinetic analogs.” As an illustration, during the 2003 invasion of Iraq by the United States, “the Iraqi Air Force found itself hobbled by a legal device – sanctions – as effectively as by any outcome from traditional aerial combat.” “By preventing the acquisition of new aircraft as well as spare parts for the existing fleet, Iraqi airpower was so debilitated,” said Dunlap, “that not a single aircraft rose in opposition to the coalition air armada.”

(...)

In order to qualify as lawfare, an action must therefore meet two tests: (1) the actor uses law to create the same or similar effects as those traditionally sought from conventional kinetic military action—including impacting the key armed force decision-making and capabilities of the target; and (2) one of the actor’s motivations is to weaken or destroy an adversary against which the lawfare is being deployed.

(...)