



HAL
open science

”La théorie de la fonction promotionnelle du droit de Norberto Bobbio : contribution au débat sur la juridicité du droit international”

Julie Tribolo

► **To cite this version:**

Julie Tribolo. ”La théorie de la fonction promotionnelle du droit de Norberto Bobbio : contribution au débat sur la juridicité du droit international”. *Revue de la Recherche Juridique - Droit prospectif*, 2017, vol. 2017-4, pp. 1349-1378. hal-01790356

HAL Id: hal-01790356

<https://hal.science/hal-01790356v1>

Submitted on 12 May 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L’archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d’enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

La théorie de la fonction promotionnelle du droit de Norberto Bobbio : contribution au débat sur la juridicité du droit international

Julie Tribolo

Docteur en droit, ATER à l'Université d'Aix-Marseille
CERIC-DICE (UMR 7318)

« Je considère que la découverte [du thème de la fonction promotionnelle du droit] et sa discussion sont fondamentales pour adapter la théorie générale du droit aux transformations de la société contemporaine et au développement de l'Etat, que l'on appellera, selon les différents points de vue, social, administratif, de bien-être, de justice ou de capitalisme monopolistique. Cette adaptation est devenue nécessaire pour comprendre et décrire exactement le passage de l'Etat 'garantiste' à l'Etat 'dirigiste', et conséquemment la métamorphose du droit, soit la transformation d'un instrument de 'contrôle social' au sens strict, en un instrument de 'direction sociale' ».

C'est ainsi que Norberto Bobbio introduit son lecteur à la série d'articles qu'il a consacré, dès le début des années 50, à la théorie de la fonction promotionnelle du droit, articles qui dans leur traduction française se trouvent regroupés dans un ouvrage intitulé *« De la structure à la fonction. Nouveaux essais de théorie du droit »*¹. Sa réflexion prend appui sur le lien existant entre fonction du droit et fonction de l'Etat : convoquant nombre d'auteurs classiques, de Christianus Thomasius à Kelsen, en passant par Kant, Leibniz, Spencer ou Hayek, Bobbio démontre que la manière dont on conçoit le rôle de l'Etat détermine très largement la fonction du droit lui-même. Il constate par exemple que les tenants de l'Etat libéral tendent à concevoir le droit comme un instrument à vocation essentiellement protectrice-répressive : parce que l'Etat libéral se fonde sur le principe de la liberté individuelle, son rôle de régulation de la société ne saurait guère aller au-delà du simple maintien de l'ordre public. Il s'ensuit que, pour ces auteurs, la règle de droit se conçoit généralement de manière négative, c'est-à-dire qu'elle se décline sous forme d'interdictions limitées visant à empêcher *« les différents membres du corps social de se faire du mal »*². En outre, les tenants de l'Etat libéral sont nombreux à considérer, à la suite de Kelsen notamment, que le droit trouverait sa pleine expression dans la fonction répressive, qui se caractérise par le recours à la sanction négative³, elle-même imposée au besoin par la force.

¹ BOBBIO (N.), *De la structure à la fonction. Nouveaux essais de théorie du droit*, Paris : Dalloz, 2007, 186 p. Il convient de préciser que ce titre, choisi par l'éditeur et non par Bobbio lui-même, peut apparaître un peu trompeur puisqu'il laisse supposer une remise en cause et au-delà un dépassement des thèses kelseniennes. Or, il n'en est rien : la perspective dans laquelle s'inscrit l'auteur au fil de ces articles consiste, de son propre aveu, bien moins à dépasser qu'à compléter les travaux de Kelsen (pp. 36-37).

² *Ibid.*, p. 43.

³ Ayant rappelé que d'un point de vue sociologique, le terme « sanction » peut aussi bien se référer à un châtiment qu'à une récompense, Bobbio opère en effet une distinction entre sanction négative et sanction positive. Pour de plus amples développements sur cette distinction ancienne, voy. notamment BOBBIO (N.), « Sulle sanzioni positive » in *Studi dedicati ad Antonio Raselli*, Milan : Giuffrè, 1971, vol. 1, pp. 229-249 ; PEROUSE (G.-A.), BRUSCHI (C.) (dir.), *L'œuvre de Jean Bodin. Actes du colloque tenu à Lyon à l'occasion du quatrième centenaire de sa mort (11-13 janvier 1996)*, Paris : Honoré Champion, 2004, p. 101 et s. ; BENTHAM (J.), *Théorie des peines et des récompenses*, Londres : B. Dulau, 1811, 2 volumes ; CARBONNIER (J.), *Sociologie juridique*, Paris : PUF, 2004, 2^{ème} éd., p. 330.

À l'inverse, Bobbio note que l'Etat providence se caractérise, lui, par des finalités plus complexes et plus larges, recouvrant non seulement le maintien de l'ordre public mais encore, comme le suggérait par exemple Leibniz dès le XVII^{ème} siècle, l'obligation de veiller à la félicité, au bien-être et aux bonnes mœurs de ses sujets⁴. De fait, Norberto Bobbio souligne l'inadaptation des mécanismes traditionnels de contrôle social que sont les normes et sanctions négatives, dont il dénonce le caractère « réductionniste » et particulièrement simpliste. Selon lui en effet, « *une théorie qui appréhende le droit comme un ensemble de normes d'un seul type (dans ce cas, les normes négatives) est manifestement fausse* »⁵. Si elle n'a certes pas pour effet de rendre définitivement obsolètes les mécanismes traditionnels précités, la multiplication et la diversification des finalités de l'Etat impose, selon l'auteur, une égale diversification des outils mis à sa disposition pour réaliser ces buts. En conséquence, la règle de droit ne pourrait plus se contenter d'interdire et de réprimer : ayant vocation à régir des situations toujours plus nombreuses et diverses, elle devrait également commander, encourager et récompenser les comportements positifs que l'on cherche à induire chez ses destinataires. C'est dans ce cadre que Bobbio inscrit son analyse : étudiant les nouvelles techniques de contrôle social mises en œuvre par l'Etat providence, il se propose d'analyser la fonction promotionnelle de la règle de droit, laquelle se caractérise par « *l'utilisation toujours plus fréquente des techniques d'encouragement, qui s'ajoutent ou se substituent aux techniques traditionnelles de découragement* »⁶. Bien que l'auteur ne les détaille pas de manière exhaustive, il semble que ces techniques d'encouragement se concrétisent principalement par le recours aux sanctions positives mais aussi aux normes visant à faciliter l'adoption de tel ou tel comportement.

Si rien ne laisse à penser que Norberto Bobbio ait entendu étendre son analyse de la fonction promotionnelle du droit au-delà du cadre spécifique des droits internes – l'on notera notamment qu'à la différence de son maître⁷, Bobbio n'a consacré aucune étude spécifique à la théorie générale du droit international⁸ – la théorie de la fonction promotionnelle du droit ne peut pourtant manquer d'intéresser les internationalistes : en envisageant le recours aux normes promotionnelles pour garantir l'opérationnalisation de la règle de droit, la théorie du juriste italien questionne non plus tant le rapport qu'un ordre juridique donné entretient à la contrainte que celui qu'il entretient à la liberté. Quelle place celle-ci a-t-elle dans l'ordre considéré ? Quelles conséquences cela emporte-t-il quant aux traits et au fonctionnement de l'ordre en cause ? Et est-il impossible que la liberté puisse concourir à l'application effective du droit ? Ces questions revêtent inévitablement une importance particulière dans un système international qui se veut aujourd'hui encore très largement structuré autour de la notion de souveraineté. Il y a plus d'un siècle déjà, la doctrine soulevait l'équation – récurrente à défaut, on le verra, d'être insoluble – de la soumission au droit international de l'Etat souverain : dans la mesure où celui-ci était tout à la fois le créateur, le destinataire et l'interprète naturel du droit international, dans la mesure surtout où il n'admettait aucune autre autorité que la sienne propre, comment était-il possible d'organiser la sanction des violations du droit international par l'Etat ? Et plus largement, comment penser l'effectivité du droit dans un ordre juridique si différent dans ses traits, dans ses enjeux et son fonctionnement, des ordres internes ? Si elle ne

⁴ LEIBNIZ (G. W.), « Méditation sur la notion commune de justice », in *Le droit et la raison*, Paris : Vrin, 1994.

⁵ BOBBIO (N.), *De la structure à la fonction...* op. cit. p. 43.

⁶ *Ibid.*, p. 42.

⁷ KELSEN (H.), « Théorie générale du droit international public », *RCADI*, 1932-IV, vol. 42, pp. 121-351 ; KELSEN (H.), « Théorie générale du droit international public », *RCADI*, 1953-III, vol. 84, pp. 5-203 ; KELSEN (H.), *Ecrits français de droit international*, Paris : PUF, 2001, 316 p.

⁸ Mais il a en revanche abordé certains aspects des relations internationales du siècle dernier, comme le communisme ou la décolonisation et, en relation avec ceux-ci, certaines problématiques traditionnelles de théorie du droit international : sur ce point, voy. par exemple LE BOHEC (J.-B.), *Norberto Bobbio et la question internationale*, Rennes : PUR, 2016, 402 p.

dit rien en tant que telle de la pertinence du modèle choisi pour l'étalonnage des forces et faiblesses de l'ordre juridique international⁹, la théorie de la fonction promotionnelle du droit permet, en revanche, d'envisager sous un jour nouveau la question de la sanction des violations du droit international, et corrélativement celle de l'absence de contrainte centralisée ou véritablement institutionnalisée au sein de l'ordre international (I.). Par ailleurs, si la théorie de Norberto Bobbio s'attache principalement à mettre en relation la fonction de l'Etat et la fonction du droit dans les ordres internes, l'on constatera avec intérêt qu'elle évoque aussi, bien que de manière implicite, le lien entre fonction du droit et structure de l'ordre juridique. Transposée dans l'ordre international, la théorie de la fonction promotionnelle du droit permet ainsi de souligner avec une acuité particulière que, pour décentralisé qu'il soit, l'ordre international n'en dispose pas moins d'une évidente cohérence et, au travers de l'interdépendance des Etats, d'une structure propre à assurer l'effectivité du droit international (II.).

I. La théorie de la fonction promotionnelle du droit et la sanction des violations du droit international

S'il est usuel chez les juristes d'interroger la nature du droit, Prosper Weil remarque que les internationalistes, « *masochistes parmi les masochistes* »¹⁰, ont tendance à pousser le vice jusqu'à questionner l'existence même du droit international. Parmi les arguments avancés au soutien de la négation de sa juridicité se trouvent traditionnellement d'une part l'idée qu'il n'existerait aucune sanction des violations du droit international (A.) et d'autre part l'idée que même si des sanctions existaient, le caractère naturellement décentralisé de l'ordre international ne permettrait pas leur mise en œuvre effective (B.).

A. L'absence de sanction des normes internationales

D'aussi loin que l'on considère le débat sur la juridicité du droit international, il ne semble pas que la capacité des Etats à contracter des obligations dans l'ordre international ait jamais été contestée. C'est bien davantage la nature des obligations souscrites par eux qui a pu interroger. Ainsi Baruch Spinoza considérerait-il qu'en dehors de tout contrat social, les sociétés politiques telles que la société des Etats ne pouvaient dépasser le stade de l'état de nature, dominé essentiellement par les rapports de force pure. S'il ne pouvait certes ignorer l'existence de conventions passées entre Etats, il estimait qu'elles n'étaient que le produit de certaines circonstances de fait réunies à un moment « T » et qu'elles étaient dès lors vouées à disparaître en même temps que celles-ci. En d'autres termes, les conventions souscrites par les Etats à cette occasion ne pouvaient donner naissance à de véritables obligations juridiques mises à la charge des Etats car elles ne les liaient, selon l'auteur, que tant que et dans la mesure où ces derniers le voulaient bien et y trouvaient un intérêt¹¹. Adolf Lasson devait adopter une logique assez similaire : en raison de leur souveraineté, « *[l]es Etats ne peuvent pas établir entre eux une relation de communauté juridique ; seule la force les départage* » et les conventions passées

⁹ Au demeurant, plusieurs auteurs ont déjà fort bien traité la question : VIRALLY (M.), « De la prétendue "primitivité" du droit international » in *Le droit international en devenir. Essais écrits au fil des ans*, Paris : PUF, 1990, p. 91 et s. ; WEIL (P.), « Le droit international en quête de son identité. Cours général de droit international public », *RCADI*, 1992-VI, vol. 237, p. 54 et s.

¹⁰ *Ibid*, p. 41.

¹¹ SPINOZA (B.), *Tractatus theologico-politicus*, Hambourg : Henricum Kunrath, 1677, 245 p. ; LAUTERPACHT (H.), « Spinoza and international law », *BYBIL*, 1927, vol. 8, p. 89 et s. Il faut souligner toutefois que Spinoza semble entrevoir la possibilité, à tout le moins théorique, d'un dépassement de l'état de nature en cas de conclusion entre les Etats d'un pacte suffisamment universel pour limiter effectivement l'usage de la force par ceux-ci.

entre Etats sont donc de simples « *compromis de fait, sans valeur normative* »¹². Avant même Spinoza, Hobbes avait émis l'idée qu'en l'absence de contrat social, les relations entre Etats ne pouvaient exister que sur le plan de la morale, puisque ces derniers demeuraient alors dans l'état de nature¹³. Austin, quant à lui, viendra plus tard insister sur le caractère nécessairement impératif de la règle de droit¹⁴, mettant ainsi en lumière la problématique sous-jacente à l'ensemble du débat : celle de la sanction des normes internationales.

En effet, la conception dominante à l'époque – mais toujours vigoureuse, on va le voir, dans la doctrine contemporaine du droit international – faisait de la sanction le corollaire nécessaire de la règle de droit : ce qui la distinguait de la morale était son caractère contraignant, lequel ne pouvait être garanti, précisément, que par l'institution d'une sanction (et plus particulièrement d'une sanction judiciaire) de son éventuelle violation. Or, dans le champ du droit international, il paraissait alors impossible d'instituer une telle sanction des violations : la souveraineté de l'Etat s'opposait à ce que celui-ci puisse se voir imposer pareilles sanctions, tant parce qu'il ne connaissait, sur le plan des principes, aucune autorité supérieure à la sienne que parce qu'il n'existait, en pratique, aucun organe susceptible de remplir cette fonction. Dès lors, nombre d'auteurs estimèrent que le droit international ne pouvait véritablement être qualifié de « droit » ; tout au plus pouvait-il constituer, selon le mot d'Austin, une « *positive morality* »¹⁵. Sans doute s'agissait-il là d'une conséquence inévitable de la récusation du droit naturel en tant que fondement du droit international : en renonçant à l'idée d'une origine transcendante du droit des gens, Grotius et ses héritiers devaient « *ouv[rir] la voie à l'absolutisation de la souveraineté et au volontarisme* »¹⁶. Certains auteurs, parmi lesquels Wolff, Vattel ou encore Triepel, tentèrent par la suite de résoudre cette difficulté en fondant le caractère contraignant de la norme internationale sur la volonté de l'Etat : c'était parce que l'Etat souverain était entièrement libre que les conventions passées entre Etats traduisaient précisément la volonté de ceux-ci de créer entre eux des obligations contraignantes auxquelles ils entendaient se soumettre¹⁷. Selon cette conception, à laquelle la Cour permanente de Justice internationale contribua à donner corps dans sa décision célèbre en l'affaire du *Vapeur Wimbledon*, la souveraineté étatique ne figurerait plus l'arbitraire et la négation du droit, mais au contraire la manifestation d'une véritable autonomie de la volonté de l'Etat et la condition nécessaire par laquelle celui-ci, en tant qu'être libre et doué de volonté, peut donner naissance à d'authentiques normes juridiques dans l'ordre international¹⁸. Néanmoins, l'émergence des thèses réalistes et objectivistes au début du siècle dernier raviva rapidement le doute – qui, en dépit de l'attrait conceptuel du volontarisme, n'avait pas complètement disparu – quant à la juridicité du droit

¹² Cité in TRUYOL Y SERRA (A.), « Théorie du droit international public. Cours général », *RCADI*, 1985-IV, vol. 173, p. 106.

¹³ HOBBS (T.), *Elementa philosophica de cive*, Paris, 1642.

¹⁴ AUSTIN (J.), *The province of jurisprudence determined*, éd. J. Murray, 1832, 391 p.

¹⁵ TRUYOL Y SERRA (A.), « John Austin et la philosophie du droit », *Archives de philosophie du droit*, 1970, vol. 15, pp. 151-163.

¹⁶ DE FROUVILLE (O.), « Une conception démocratique du droit international », *Revue européenne des sciences sociales*, 2001, XXXIX-120, p. 105.

¹⁷ WOLFF (C.) *Principes du droit de la nature et des gens*, tome 3, Caen : PUC, 1988, p. 257 et s. ; VATTEL (E. De), *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des souverains*, tome 1, Paris : Librairie de Guillaumin & Cie, 1863, p. 77 et s. ; TRIEPEL (H.), « Les rapports entre le droit interne et le droit international. Cours général de droit international public », *RCADI*, 1923-I, pp. 82-83 et p. 87 particulièrement.

¹⁸ CPJI, *Affaire du Vapeur Wimbledon*, arrêt du 17 août 1923, série A, n°1, p. 25 : « Mais la Cour se refuse à voir dans un traité quelconque, par lequel un Etat s'engage à faire ou ne pas faire quelque chose, un abandon de souveraineté. Sans doute, toute convention engendrant une obligation de ce genre, apporte une restriction à l'exercice des droits souverains de l'Etat, en ce sens qu'elle imprime à cet exercice une direction déterminée. Mais la faculté de contracter des engagements internationaux est précisément un attribut de la souveraineté de l'Etat ».

international : les premières parce qu'elles défendirent l'idée, à la suite notamment des scandinaves de l'Ecole d'Uppsala, que le phénomène juridique ne pouvait s'appréhender qu'à travers des faits empiriquement vérifiables¹⁹ ; les secondes parce qu'en voulant tirer toutes les conséquences du positivisme juridique, elles aboutirent à démontrer que l'Etat ne pouvait être en même temps sujet et fondement du droit international²⁰. Loin de trancher le débat, la survenance au milieu du siècle dernier de deux guerres mondiales – lesquelles ont conduit à un développement sans précédent du droit international, y compris au travers des tentatives subséquentes d'institutionnalisation de la sanction des violations et de centralisation du recours à la force – a plutôt contribué, comme on le verra un peu plus loin, à le renouveler en déplaçant dans le champ de l'effectivité de la sanction les questionnements relatifs à la juridicité du droit international.

Ce tour d'horizon des diverses théories qui ont pu être avancées sur la question est moins justifié par la nécessité d'un rappel historique en tant que tel que parce qu'il permet, à travers une approche qui se veut *a priori* évolutive, de constater au contraire la permanence du cadre intellectuel dans lequel le débat sur la juridicité du droit international a émergé il y a maintenant plus de trois siècles. Il est en effet frappant de constater que des auteurs venus de pays, d'époques et de traditions juridiques différents ont presque systématiquement appréhendé la question de la nature juridique du droit international à travers le prisme unique de sa sanction. C'est précisément cet état de fait – sinon incompréhensible, à tout le moins curieux car non strictement justifié du point de vue de la science du droit – contre lequel s'éleva Prosper Weil lors de son cours général donné à l'Académie de droit international de La Haye au début des années 90, dans lequel il appelait à « rompre le couple diabolique obligation-sanction »²¹. Rappelant, comme au demeurant Anzilotti avant lui²², que la normativité du droit n'est pas fonction de son effectivité, Prosper Weil souligna que pas plus que la règle de droit ne perd son caractère juridique parce qu'elle est violée²³, elle ne perdrait ce même caractère dans l'hypothèse où sa violation resterait dépourvue de sanction. Selon l'auteur,

« [l]a sanction n'est pas consubstantielle à l'obligation. Dans nombre de systèmes nationaux, il n'existe pas de moyen de contraindre l'Etat à exécuter ses »

¹⁹ Anders Vilhelm Lundstedt et Karl Olivecrona ont ainsi affirmé qu'il ne saurait y avoir de droit sans un appareil coercitif dont l'existence, empiriquement vérifiée, permettrait d'attester son caractère réellement contraignant : voy. par exemple LUNDSTEDT (A. V.), *Superstition or Rationality in Action for Peace ?* Londres : Longmans Green & Co., 1925, 239 p. ; OLIVECRONA (K.), *Law as a fact*, Londres : Stevens & Sons, 1971, 2nd éd, p. 68 et s. Olivecrona dénonce particulièrement « *the voluntaristic fallacy* », en estimant que, comme le droit naturel avant lui, le volontarisme ne permet de résoudre la question du fondement du droit international qu'en ayant recours à une forme de mystification (p. 84).

²⁰ De ce point de vue, Olivier de Frouville – comme au demeurant Bobbio lui-même – souligne que Kelsen est indubitablement un représentant du courant objectiviste puisqu'il estime que l'Etat, pas plus que l'individu, ne saurait être libre dans l'état de nature dans la mesure où il est nécessairement contraint par la nécessité. Aussi, la liberté de l'Etat, sa souveraineté en un mot, ne préexisterait pas au droit : elle n'existerait au contraire qu'en tant qu'elle est consacrée par le droit et ne pourrait par conséquent en aucun cas lui servir de fondement (DE FROUVILLE (O.), *op. cit.*, p. 112 ; BOBBIO (N.), ZOLO (D.), « Hans Kelsen, the Theory of Law and the International Legal System : A Talk », *EJIL*, 1998, vol. 9, pp. 355-367).

²¹ WEIL (P.), « Le droit international en quête de son identité. Cours général de droit international public », *RCADI*, 1992-VI, vol. 237, p. 53.

²² Anzilotti affirmait en effet dans son cours de droit international que les normes juridiques « affectent un devoir être dont la valeur est indépendante du fait que ce devoir est ensuite réalisé ou non » (ANZILOTTI (D.), *Cours de droit international*, vol. 1, Paris : Sirey, 1929, p. 43). Dans le même sens, voy. encore par exemple QUADRI (R.), « Le fondement du caractère obligatoire du droit international », *RCADI*, 1952-I, vol. 80, pp. 583-631.

²³ Par un raisonnement *a contrario* particulièrement efficace, l'auteur démontre même que la normativité juridique renferme en son sein, en tant que présupposé justifiant la nécessité de la règle de droit, l'hypothèse de la violation du droit (WEIL (P.), *op. cit.*, pp. 52-53).

obligations : on n'utilise pas la force publique contre la force publique. Les cours constitutionnelles et les tribunaux administratifs sont parfois aussi dépourvus de moyens physiques de faire respecter leurs jugements par l'Etat que ne le sont les tribunaux internationaux. Mettra-t-on pour autant en doute la juridicité du droit constitutionnel ou du droit administratif ? »²⁴.

C'est dans cette perspective de déconstruction de la relation non-nécessaire – ce terme étant ici entendu en son sens philosophique – entre norme juridique et sanction que le travail de Norberto Bobbio sur la fonction promotionnelle du droit peut tout particulièrement intéresser le juriste internationaliste. Non que Bobbio renie à cette occasion la pertinence même de la sanction dans le droit : on verra dans les développements à venir qu'il lui accorde même au contraire, dans son acception positive, une importance déterminante. Mais en se concentrant sur la fonction d'encouragement du droit, plutôt que sur sa fonction de protection et/ou de répression, il devait lui retirer *de facto* son caractère (certes discutable) de « clause opérante » de la norme juridique. Là où l'existence d'une sanction paraissait conditionner, pour nombre d'auteurs, le caractère juridique d'une norme alors destinée à interdire ou à réprimer tel comportement, la sanction n'est plus chez Bobbio qu'une technique parmi d'autres par laquelle l'on pourra encourager tel comportement. Le philosophe italien insistera sur ce point :

« À mon sens, écrit-il, le caractère exclusif attribué à [la sanction] dépend du fait que les juristes prennent exclusivement en compte la technique du découragement et sont, par conséquent, amenés à ne voir que l'expression la plus diffuse et efficace dans les ordres juridiques traditionnels, c'est-à-dire précisément la sanction négative. Lorsque l'on se place également du point de vue de la technique de l'encouragement, il apparaît évident qu'elle repose sur des expédients différents : répondre favorablement à un comportement réalisé, c'est-à-dire précisément la sanction positive, et faciliter un comportement qui doit encore s'accomplir »²⁵.

Norberto Bobbio ne se contente d'ailleurs pas de démontrer qu'il existe, à côté de la sanction, d'autres techniques, telle la facilitation, permettant à la norme juridique d'atteindre son but : prenant le contrepied des théories précédemment évoquées, il souligne que la sanction est loin d'être une technique infaillible qui servirait toujours efficacement les buts visés par le droit. S'il ne fait selon lui guère de doute que la sanction négative est particulièrement adaptée à la recherche du *statu quo*, c'est-à-dire en un mot à un objectif de conservation sociale, il note en revanche qu'elle est relativement décevante lorsqu'il s'agit au contraire d'impulser un changement dans le comportement des destinataires. L'auteur montre par exemple que face à un comportement obligatoire, le droit peut se contenter de sanctionner négativement les actes effectués en violation de l'obligation – le châtement sert alors une fonction de conservation – ou à l'inverse récompenser les actes « superconformes », c'est-à-dire ceux qui non seulement ont conduit au respect de l'obligation mais encore à son dépassement. Dans ce dernier cas, la récompense ne vise pas à la conservation du *statut quo* mais bien plutôt à encourager le changement des comportements²⁶. Si la sanction positive paraît donc bien mieux adaptée que la traditionnelle sanction négative pour promouvoir l'innovation, elle est cependant elle-même moins efficace de ce point de vue que la technique de la facilitation : parce que la sanction – même positive – intervient toujours *a posteriori*, c'est à dire une fois le comportement réalisé, et avec le doute que cela laisse planer sur sa mise en œuvre effective, elle est moins efficace

²⁴ *Ibid*, p. 54.

²⁵ BOBBIO (N.), *De la structure à la fonction. Nouveaux essais de théorie du droit*, Paris : Dalloz, 2007, pp. 55-56.

²⁶ *Ibid*, pp. 58-59.

pour initier un changement de comportement que les mesures de facilitation, qui « *précède[nt] ou accompagne[nt] le comportement que l'on entend encourager* »²⁷.

Le droit international n'ignore manifestement pas cet état de fait : dès la fin du 19^{ème} siècle, et alors que s'impose doucement l'idée d'une limitation du recours à la force, les Conventions de La Haye sur le règlement pacifique des différends entre Etats se concentrent sur la mise en place de mesures visant non pas à interdire la guerre – au vrai, celles-ci n'auraient eu que peu de chances d'être acceptées par des Etats qui la considéraient encore très majoritairement comme un droit fondamental découlant de leur souveraineté – mais visant plutôt à faciliter la discussion et la recherche de solutions pacifiques entre les Etats en litige. Qu'il s'agisse du recours aux bons offices ou à la médiation, que les Puissances étrangères au conflit s'engagent à offrir de leur propre initiative²⁸, qui ne peut jamais être interprété comme un acte inamical de leur part²⁹ et qui n'est jamais obligatoire³⁰ ; qu'il s'agisse encore de l'institution des commissions d'enquête expressément chargées de « *faciliter la solution de ces litiges en éclaircissant, par un examen impartial et consciencieux, les questions de fait* »³¹ ou enfin de la création de la Cour permanente d'arbitrage, liste d'arbitres « *compétente pour tous les cas d'arbitrage* »³², « *accessible en tout temps* » et vouée à « *faciliter le recours immédiat à l'arbitrage pour les différends qui n'ont pu être réglés par la voie diplomatique* »³³, il ne fait guère de doute que ces mesures avaient pour but, en facilitant le recours aux divers mécanismes de règlement pacifique des différends, de parvenir à limiter l'usage de la force dans les relations interétatiques. Au vu de la réitération régulière par la suite de cet objectif, qui après le Pacte de la Société des Nations et le Pacte Briand-Kellog, culminera avec l'interdiction quasi-absolue du recours à la force consacrée un demi-siècle plus tard à l'article 2§4 de la Charte des Nations Unies, au vu également de l'institutionnalisation progressive du règlement pacifique des différends entre Etats, il semble incontestable aujourd'hui que les mesures de facilitation contenues dans les Conventions de La Haye ont permis d'impulser avec succès chez les Etats un changement de comportement de grande ampleur. La même logique a été suivie lors de l'adoption en 1957 du statut de l'Agence internationale de l'Energie atomique : s'il n'était alors guère envisageable d'interdire purement et simplement le développement de l'énergie nucléaire – cela était particulièrement vrai en pleine guerre froide mais l'est manifestement toujours aujourd'hui – il était en revanche possible d'essayer d'orienter ce développement vers des activités pacifiques. Ainsi, le statut de l'Agence comporte diverses mesures visant à faciliter le développement des activités nucléaires civiles : l'AIEA se doit « *[d]'encourager et de faciliter dans le monde entier le développement et l'utilisation pratique de l'énergie atomique à des fins pacifiques [...]* »³⁴, et à cette fin elle peut « *pourvoir [...]* à la fourniture des produits, services, équipements et installations qui sont nécessaires au développement et à l'utilisation pratique de l'énergie atomique à des fins pacifiques, notamment à la production d'énergie électrique ainsi qu'à la recherche [...] »³⁵ et « *favoriser l'échange de renseignements scientifiques et techniques [...]* »³⁶ dans ce domaine. Si le retour récent du spectre de la guerre nucléaire dans le conflit opposant les Etats-Unis à la Corée du Nord pourrait de prime abord faire douter de l'efficacité des mesures de facilitation précitées, le très faible nombre d'Etats ayant acquis ou

²⁷ *Ibid*, p. 56.

²⁸ Article 3 de la Convention de La Haye de 1899 et de la Convention de La Haye de 1907.

²⁹ *Id.*

³⁰ Article 6 de la Convention de La Haye de 1899 et de la Convention de La Haye de 1907.

³¹ Article 9 de la Convention de La Haye de 1899 et de la Convention de La Haye de 1907.

³² Article 21 de la Convention de La Haye de 1899 et 42 de la Convention de La Haye de 1907.

³³ Article 20 de la Convention de La Haye de 1899 et 41 de la Convention de La Haye de 1907.

³⁴ Article 3 A§1 du Statut de l'AIEA.

³⁵ Article 3 A§2 du Statut de l'AIEA.

³⁶ Article 3 A§3 du Statut de l'AIEA.

cherché à acquérir l'arme nucléaire depuis 1957³⁷, la « *culture mondiale d'opposition aux essais nucléaires* »³⁸ qui s'est développée au fil des années ainsi que l'adoption l'été dernier d'une convention internationale visant à interdire totalement le développement du nucléaire militaire³⁹ sont sans aucun doute plus représentatifs des succès enregistrés au cours des dernières décennies par l'AIEA.

En mettant l'accent sur la diversité des fonctions du droit et sur l'adéquation des moyens aux fonctions, Bobbio rejoint donc Prosper Weil qui affirma, quelques décennies plus tard en parlant du droit international, qu' « *un système juridique, une institution, une règle donnée ne sont pas bons ou mauvais selon qu'ils s'approcheraient plus ou moins d'un modèle idéal, mais selon qu'ils remplissent plus ou moins efficacement les fonctions qui sont les leurs dans un environnement social donné* »⁴⁰. En montrant que l'ordre juridique interne, jusque-là souvent donné en modèle à un ordre international décrié pour ses insuffisances, a recours dans une proportion sans cesse croissante aux techniques de facilitation, les travaux de Norberto Bobbio permettent sans nul doute de repenser le rôle de la sanction en droit et en relativisant sa place, de relativiser le schisme même entre droit interne et droit international. Leur apport à la discussion sur la juridicité du droit international ne s'arrête toutefois pas là : les réflexions de Bobbio sur la fonction promotionnelle du droit permettent encore d'appréhender une autre difficulté aujourd'hui largement invoquée par les détracteurs du droit international, en l'occurrence celle de l'absence de centralisation de la contrainte dans l'ordre international.

B. L'absence de pouvoir de contrainte centralisé

Si le débat autour de la nature du droit international se focalisait initialement sur la problématique de la sanction des normes, entendue essentiellement en rapport à son existence, il ne tarda toutefois pas à se prolonger dans le champ de son effectivité. Tout d'abord, parce que certains ont fait valoir que, dès l'origine, l'ordre international n'ignorait pas toute forme de sanction : qu'il s'agisse de la nullité des actes illicites, assurée par la non-reconnaissance et l'inopposabilité de ces actes aux autres Etats, qu'il s'agisse encore des mécanismes de la responsabilité internationale, de l'institution des représailles (à laquelle se substitue aujourd'hui celle des contre-mesures), ou même du discrédit social qui frappe l'auteur d'une violation du droit international, l'ordre juridique international, disaient ces auteurs, avait de tout temps reposé sur des sanctions qui, bien que spécifiques aux enjeux et besoins de la société des Etats, n'en demeuraient pas moins réelles⁴¹. Ensuite parce que le développement sans précédent du droit international induit au cours du siècle dernier par les deux guerres mondiales devait aboutir à un rapprochement évident de la structure de l'ordre international et des ordres internes : ainsi, Antonio Truyol y Serra estimait-il il y a plus de trente ans déjà que l'on pouvait trouver dans l'ordre international « *un succédané de la législation interne, formé par les accords que l'on désigne du nom de traités-lois, en principe multilatéraux, de plus en plus*

³⁷ Seuls six Etats ont effectivement acquis la bombe nucléaire depuis la création de l'AIEA en 1957 : la France, la Chine, l'Inde, le Pakistan, Israël et dernièrement, la Corée du Nord. L'Irak et l'Iran ont quant à elles cherché à l'obtenir mais sans y être encore parvenues pour l'heure.

³⁸ L'affirmation est celle du Secrétaire général des Nations Unies, António Guterres : voy. à cet égard <http://www.un.org/apps/newsFr/storyF.asp?NewsID=40186> (consulté le 11 octobre 2017).

³⁹ Voy. le traité sur l'interdiction des armes nucléaires conclu le 7 juillet 2017.

⁴⁰ WEIL (P.), *op. cit.*, p. 55.

⁴¹ WEIL (P.), *ibid.*, pp. 56-57 ; D'AMATO (A.), « The coerciveness of international law », *German Yb. of Int'l Law*, 2009, vol. 52, pp. 437-460 ; D'AMATO (A.), « Is international law really law ? », *NW Univ. L. Rev.*, 1984-1985, vol. 79, pp. 1293-1314.

nombreux dans les matières les plus diverses »⁴². Il n'est pas douteux non plus d'affirmer que l'ordre juridique international est aujourd'hui doté d'une forme de pouvoir judiciaire, qui trouve à s'incarner tant dans la Cour internationale de Justice que dans les multiples juridictions permanentes spécialisées créées à partir de la fin du siècle dernier. Enfin, le système de sécurité collective mis en place par la Charte de San Francisco a permis la formulation du principe – dont la valeur coutumière est aujourd'hui incontestable⁴³ – d'interdiction du recours à la force entre Etats et créé un organe unique, le Conseil de sécurité, chargé d'assurer une véritable fonction de police en la matière et de faire exécuter, au besoin par la force, les décisions de la Cour internationale de Justice⁴⁴. Sans épuiser la problématique de la sanction en droit international, ces éléments devaient en tout cas rendre plus délicat à défendre le point de vue selon lequel il n'existerait aucune sanction de la méconnaissance par les Etats de leurs obligations dans l'ordre juridique international.

C'est donc désormais principalement sous l'angle de l'effectivité de la sanction qu'est le plus souvent appréhendée la question de la juridicité du droit international. Faute de centralisation de la sanction dans l'ordre international, c'est en effet dans la mise en œuvre de la contrainte que réside aujourd'hui le schisme entre l'ordre juridique international et les ordres internes. Alors que la sanction des violations est centralisée et institutionnalisée au plan interne, échappant ainsi très largement aux vellétés diverses et variées des individus auxquels elle s'applique, elle paraît au contraire dépendante des Etats en droit international, qu'il s'agisse des Etats directement intéressés par la violation ou même d'Etats tiers. Ainsi, le juge international, qui ne bénéficie que rarement d'une compétence obligatoire, voit-il aujourd'hui encore son intervention subordonnée à l'accord préalable des Etats. Pareillement, l'intervention du Conseil de sécurité est toujours assujettie à l'existence d'un consensus politique entre ses membres, qu'il agisse sur le fondement du chapitre VII ou non, y compris dans la mise en œuvre de l'article 94 de la Charte des Nations Unies au cas où serait méconnue une décision de la CIJ. Il en va de même de l'adoption par l'Assemblée générale d'une résolution exhortant l'Etat récalcitrant au respect de ses obligations. Ces organes étant des organes de nature politique, leur intervention n'est évidemment jamais exempte des considérations d'opportunité qui animent les Etats qui les composent. Enfin, l'efficacité des pressions diplomatiques, de l'exception d'inexécution et des contre-mesures dépend essentiellement de l'équilibre des forces prévalant à un moment « T » entre l'Etat qui souhaite les mettre en œuvre et celui qui en sera le destinataire.

C'est à nouveau la structure de l'ordre international qui est ici pointée du doigt : s'il est indéniable, le rapprochement susmentionné avec les ordres internes n'a manifestement pas suffi à tarir les doutes liés au caractère intrinsèquement décentralisé de la société des Etats. L'accent mis sur les rapports de force qui président à la sanction des violations du droit international a abouti, chez les auteurs les plus radicaux, à une résurgence des thèses négatrices de sa juridicité : à la suite d'Austin et de Thomas Hobbes, qui affirmait déjà en son temps « *covenants without*

⁴² TRUYOL Y SERRA (A.), « Théorie du droit international public. Cours général », *RCADI*, 1985-IV, vol. 173, p. 118. Dans le même sens, D'AMATO (A.), *International Law : Process and Prospect*, New York : Transnational Publishers, 1995, 2^{ème} éd., pp. 1-26.

⁴³ La valeur coutumière de l'interdiction formulée à l'article 2§4 de la Charte des Nations Unies a en effet été reconnue par la CIJ dans son arrêt célèbre en l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* de 1986 (*Rec.* 1986, §188 notamment).

⁴⁴ L'article 94§2 de la Charte des Nations Unies se lit en effet comme suit : « *Si une partie à un litige ne satisfait pas aux obligations qui lui incombent en vertu d'un arrêt rendu par la Cour, l'autre partie peut recourir au Conseil de sécurité et celui-ci, s'il le juge nécessaire, peut faire des recommandations ou décider des mesures à prendre pour faire exécuter l'arrêt* ».

the swords, are but words [...] »⁴⁵, Raymond Aron écrit ainsi au milieu des années 60 que le droit international constitue une « politique de puissance » au sein de laquelle « l'absence d'un Etat supérieur aux sujets du droit international tend à effacer le caractère proprement juridique des obligations auxquelles les Etats seraient soumis »⁴⁶. Alfred Zimmermann le décrit quant à lui comme « a decorous name for a convenience of the chancelleries »⁴⁷ tandis que Thomas M. Franck le considère plus globalement comme un outil stratégique de politique internationale, qui peut être manié dans un sens ou dans l'autre selon les besoins des Etats, et qui n'aurait guère que l'apparence du droit⁴⁸.

D'autres auteurs, plus modérés, ne déniaient pas par principe toute juridicité au droit international mais la conçoivent essentiellement comme une qualité « en devenir » pour un ordre juridique lui-même en construction. Fort de sa théorie pure qui présente le droit comme un ordre de contrainte, Kelsen viendra par exemple affirmer que « [l]e droit international général présente [...] les caractéristiques d'un ordre juridique primitif »⁴⁹. S'il ne remet pas en cause l'existence de mécanismes de sanction au sein de l'ordre international, il souligne en revanche les ressemblances que celui-ci présente avec l'ordre juridique médiéval du point de vue de la mise en œuvre de la contrainte, en raison notamment de son caractère décentralisé et coordinatif. En analysant l'ordre international au travers de sa théorie pure du droit, laquelle « a été conçue à partir d'une réflexion sur le droit étatique et étendue, par la suite, au droit international »⁵⁰, Kelsen confirme bien sûr que le modèle des ordres internes, dans lesquels la sanction des violations est centralisée, institutionnalisée et opérationnalisée au besoin par la force, constitue à ses yeux un critère fondamental de la juridicité⁵¹. Il sera suivi sur ce point par nombre d'auteurs éminents, de Paul Guggenheim⁵² à Roberto Ago⁵³, en passant par Louis Cavaré⁵⁴ ou encore Jean-Pierre Cot⁵⁵. Hersch Lauterpacht affirmera quant à lui, toujours dans une perspective évolutive, le caractère non pas primitif mais « imparfait » de l'ordre juridique international. Il écrira ainsi que « [l]e droit international ne peut faire partie du droit qu'autant que ses imperfections actuelles sont considérées comme passagères (...). Dès qu'elles sont considérées comme permanentes, le droit international disparaît complètement de l'horizon du droit »⁵⁶.

Si certains se sont élevés contre les thèses susmentionnées, et notamment contre la vision d'un

⁴⁵ HOBBS (T.), *Leviathan*, Chapitre 17.

⁴⁶ ARON (R.), *Guerre et paix entre les Nations*, Paris : Calman Lévy, 1962, p. 691.

⁴⁷ Cité par BRIERLY (J. L.), *The Outlook for International Law*, Oxford : Oxford University Press, 1944, p. 13.

⁴⁸ FRANCK (T. M.), « Dulce et Decorum Est : The strategic Role of Legal Principles in the Falkland War », *AJIL*, 1983, vol. 77, p. 122.

⁴⁹ KELSEN (H.), « Théorie générale du droit international public », *RCADI*, 1932-IV, vol. 42, p. 131.

⁵⁰ VIRALLY (M.), *Le droit international en devenir : Essais écrits au fil des ans*, Genève : Graduate Institute Publications, 2015, p. 71.

⁵¹ Pour une présentation exhaustive de la position kelsénienne relative à l'exigence d'opérationnalisation de la sanction par le recours à la force, voy. RIGAUX (F.), « Kelsen et le droit international », *RBDI*, 1996, n°2, p. 393 et s. ; HERRERA (C. M.), *La philosophie du droit de Hans Kelsen. Une introduction*, Presses de l'Université de Laval, 2004, p. 34 et s.

⁵² GUGGENHEIM (P.), *Traité de droit international public*, tome 1, 1953, Librairie de l'Université, Georg & Cie, p. 22 et s.

⁵³ AGO (R.), *Scienza giuridica e diritto internazionale*, Milan : Giuffrè, 1950, p. 106, note 2.

⁵⁴ CAVARE (L.), *Le droit international public positif*, tome 2, Paris : Pedone, 1969, p. 322.

⁵⁵ COT (J.-P.), « La bonne foi et la conclusion des traités », *RBDI*, 1968, n°4, p. 141.

⁵⁶ LAUTERPACHT (H.), *Règles générales du droit de la paix*, *RCADI*, 1937-IV, vol. 62, p. 119.

ordre international primitif⁵⁷, rares sont les auteurs pourtant qui appréhendent aujourd'hui la problématique de la juridicité du droit international indépendamment de la question de la centralisation de la contrainte⁵⁸. Cette exigence se justifie en effet principalement à deux égards lorsqu'est en cause le recours à la sanction négative : tout d'abord, de par l'atteinte qu'implique une telle sanction aux situations individuelles, il paraît toujours délicat d'imaginer qu'elle puisse être mise en œuvre par n'importe qui dans n'importe quelles conditions, sans autres garanties pour celui qui en est le destinataire ; la centralisation de la contrainte permet alors de rationaliser, d'encadrer et de légitimer la sanction imposée. Ensuite – et c'est cette seconde dimension qui est le plus souvent mise en avant par la doctrine – la sanction négative ne saurait admettre, de par la logique de conservation de l'ordre établi qui la sous-tend, une mise en œuvre aléatoire ; la centralisation de la contrainte est alors un gage de systématisation de la réaction à l'illicite, rendant celle-ci plus fiable, plus efficace aux fins de conférer un caractère véritablement impératif à la norme qu'elle sanctionne. Cependant, comme les auteurs précités n'ont eu de cesse de le souligner, la souveraineté de l'Etat semble interdire – à tout le moins en l'état actuel des choses – toute centralisation réelle de la contrainte dans l'ordre international. Il en résulte une situation assez paradoxale : du fait du caractère souverain de l'Etat, toute sanction qui lui est infligée est nécessairement dotée d'une portée symbolique et pratique importante, ce qui devrait justifier un besoin d'autant plus fort de rationalisation et de systématisation de la contrainte ; dans le même temps pourtant, le caractère souverain de l'Etat constitue un obstacle largement irrésistible à toute centralisation de la contrainte dans l'ordre international et favorise de fait une sanction incertaine, globalement difficilement prévisible des violations du droit international.

Face à ce casse-tête, les travaux de Norberto Bobbio sur la fonction promotionnelle du droit paraissent particulièrement intéressants : outre qu'ils invitent à penser en dehors du cadre traditionnel du droit protecteur-répressif, ils développent une vision de la sanction qui, parce qu'elle n'est pas limitée au concept de châtement, conduit à remettre en cause l'idée selon laquelle la centralisation de la contrainte constituerait une condition *sine qua non* de la juridicité du droit international. Car en effet, si cette exigence existe, elle paraît spécifiquement liée à la forme négative que revêt la sanction et s'il est indéniable que « *le courant dominant chez les juristes, qui remonte à Austin, considère que l'on ne peut véritablement parler de sanctions qu'en référence aux sanctions négatives* »⁵⁹, il n'y a là rien d'évident. Dénonçant une conception excessivement réductrice de la sanction en droit, Bobbio note que la sociologie a quant à elle toujours retenu au contraire une conception extensive de la sanction, correspondant tant au châtement – ou sanction négative – qu'à la récompense – ou sanction positive⁶⁰. En dépit du peu d'intérêt qu'elle suscite d'ordinaire chez les juristes, cette conception duale de la sanction n'est d'ailleurs pas totalement inconnue du droit : Jhering rappelle ainsi que les sociétés antiques accordaient une place très importante aux sanctions positives, le droit romain

⁵⁷ Voy. notamment à cet égard VIRALLY (M.), « De la prétendue "primitivité" du droit international » in *Le droit international en devenir. Essais écrits au fil des ans*, Paris : PUF, 1990, p. 91 et s. ; WEIL (P.), « Le droit international en quête de son identité. Cours général de droit international public », *RCADI*, 1992-VI, vol. 237, p. 54 et s. ; KOLB (R.), « Le droit international est-il un droit primitif ? », *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 2000, vol. 55, pp. 101-114.

⁵⁸ Citons parmi ceux-ci, outre Prosper Weil, Herbert Hart et Santi Romano : HART (H. L. A.), *Le concept de droit*, Bruxelles : Facultés universitaires St Louis, 2005, p. 235 et s. ; ROMANO (S.), *L'ordre juridique*, Paris : LGDJ, 1975, p. 16 et p. 40 et s.

⁵⁹ BOBBIO (N.), *De la structure à la fonction. Nouveaux essais de théorie du droit*, Paris : Dalloz, 2007, p. 61.

⁶⁰ *Ibid*, p. 47.

faisant par exemple traditionnellement correspondre au droit pénal un droit « primal », c'est-à-dire un droit des primes et des récompenses⁶¹. Kelsen lui-même ne nie pas l'existence des sanctions positives en droit, bien qu'il considère qu'elles « *ne jouent dans ces systèmes qui fonctionnent comme des ordres de contrainte qu'un rôle tout à fait subordonné* »⁶².

Nonobstant cette affirmation du maître autrichien, il semble bien que la sanction positive ait un vrai rôle à jouer, tant dans l'ordre interne de l'Etat-providence contemporain comme le démontre Bobbio dans ses écrits⁶³, que dans l'ordre juridique international qui nous intéresse plus particulièrement ici. Le marché international du carbone mis en place en 1997 par le Protocole de Kyoto illustre les possibilités ouvertes dans ce cadre par le recours aux sanctions positives : pour obtenir des 38 pays les plus industrialisés du monde qu'ils réduisent de 5% leurs émissions de gaz à effet de serre par rapport au niveau des émissions de 1990, le Protocole a en effet créé un marché d'échange des quotas d'émission de carbone qui permet aux pays n'ayant pas utilisé l'intégralité de leurs droits d'émission de les revendre à ceux qui, eux, auront dépassé les leurs⁶⁴. Les pays les plus vertueux peuvent ainsi tirer un avantage économique de leur comportement « superconforme » tandis que ceux qui polluent plus qu'ils ne l'auraient dû sont pénalisés financièrement par leur inobservation des quotas. Si ce système, qui repose donc tant sur la sanction négative que sur la sanction positive – les deux types de sanction s'articulant ici dans une logique de complémentarité – n'a pas encore pu à ce jour déployer tous ses effets⁶⁵, d'autres mécanismes tels le Fonds pour l'environnement mondial ou le Fonds pour la conservation des zones humides créé en 1990 dans le cadre de la Convention de Ramsar font également appel aux sanctions positives, en mettant notamment en place des incitations financières à destination des pays en développement⁶⁶. Dans un tout autre domaine, l'Accord de Vienne du 14 juillet 2015 sur le nucléaire iranien montre une fois encore assez clairement l'intérêt de la récompense en droit international : là où les sanctions négatives de toutes sortes (embargo économique, militaire et sur les matières premières, y compris les métaux précieux, gel des avoirs financiers du pays et des individus prenant part de près ou de loin au programme nucléaire iranien etc...) imposées conjointement à l'Iran pendant près d'une décennie par le Conseil de sécurité de l'ONU, les Etats-Unis et l'Union européenne avaient échoué à faire cesser les activités d'enrichissement d'uranium menées par le pays – et au-delà les avaient même à vrai dire encouragées – la perspective d'une levée graduelle des sanctions internationales et des retombées économiques positives qui s'ensuivraient pour le pays a amené l'Iran à accepter en 2015, pour une durée variable allant de 10 à 20 ans selon les différentes

⁶¹ JHERING (R. von), *L'évolution du droit*, Paris : Chevalier-Maresq et Cie, 1901, p. 182. Voy. également sur ce droit des primes à Rome FEBBRAJO (A.), « *Pene e ricompense come problemi di politica legislativa* » in *Diritto premiale e sistema penale*, Milan : Giuffrè, 1983, pp. 97-119.

⁶² KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, Paris : LGDJ, 1999, p. 47.

⁶³ BOBBIO (N.), *De la structure à la fonction... op. cit.*, pp. 52-53.

⁶⁴ Ce mécanisme résulte pour l'essentiel de la combinaison des articles 3 et 6 du Protocole de Kyoto.

⁶⁵ Plusieurs raisons conjoncturelles semblent expliquer, entre autres, cet état de fait : d'abord, les Etats-Unis, qui comptent comme l'un des plus gros émetteurs de gaz à effet de serre au monde, se sont retirés du Protocole ; ensuite, les Etats de l'Annexe B ont dû mettre en place des outils pour évaluer leurs émissions actuelles et prévoir l'évolution de leurs émissions futures, ce qui a manifestement pris un certain temps ; enfin, il a fallu attendre 2015 pour que la conformité des pays de l'Annexe B soit évaluée. Sur cette question, voy. par exemple DELBOSC (A.), DE PERTHUIS (C.), *Les marchés du carbone expliqués*, rapport de la Mission Climat de la Caisse des dépôts présenté au Bureau du Pacte mondial des Nations Unies, juillet 2009, p. 13.

⁶⁶ RICHARD (V.), « Le financement international de la mise en œuvre des conventions environnementales » in MALJEAN-DUBOIS (S.) (dir.), *L'outil économique en droit international et européen de l'environnement*, Paris : La Documentation française, 2002, p. 455 et s.

activités visées, une limitation de ces mêmes activités et un contrôle poussé, par l'intermédiaire de l'AIEA, du développement des infrastructures nucléaires iraniennes⁶⁷.

Le recours régulier aux sanctions positives en droit international ne devrait cependant pas surprendre dès lors que l'on réalise que celles-ci s'accommodent plutôt bien, à la différence des sanctions négatives, du caractère naturellement décentralisé de l'ordre juridique international. Dans la mesure où la récompense ne porte atteinte ni à la situation ni aux droits de l'Etat⁶⁸, l'on ne voit aucune raison en effet pour laquelle elle ne pourrait être accordée par les Etats eux-mêmes, chacun sur la base de son propre jugement et de sa capacité à s'obliger conventionnellement ou même à travers une promesse unilatérale de récompense ; non seulement cela est conforme au fonctionnement traditionnel de l'ordre international, dans lequel l'Etat est l'interprète naturel du droit et le juge de droit commun du respect par chaque Etat de ses obligations, mais l'on sait également, dans l'hypothèse où les Etats s'obligeraient par le biais d'une promesse, que celle-ci donne naissance à des obligations dont les Etats ne peuvent se défaire impunément, du moins pas sans remettre en cause la confiance que leur portent les autres Etats puisque la promesse se rattache très directement au principe de bonne foi⁶⁹. De même, dans la mesure où la récompense ne vise pas à maintenir l'ordre établi mais à initier au contraire une évolution, un changement dans le comportement de ses destinataires, son efficacité ne saurait évidemment s'apprécier que sur un temps relativement long, ce qui lui confère de fait une bien meilleure compatibilité que la sanction négative avec le fonctionnement quelque peu erratique de la société internationale. L'on soulignera d'ailleurs à cet égard que parce que la sanction positive met en jeu une récompense plutôt qu'un châtement, elle présente également naturellement moins de risques de mettre en danger les relations entre les Etats concernés et pourrait de ce fait être davantage épargnée par les aléas de la politique internationale.

En remettant en cause la vision d'une sanction qui, en droit, ne pourrait prétendument se décliner que sous la forme d'un châtement, en montrant aussi que les mêmes ordres internes qui servent généralement de mètre-étalon à la doctrine utilisent de plus en plus fréquemment les sanctions positives, les travaux de Norberto Bobbio sur la fonction promotionnelle du droit contribuent indubitablement à renouveler le débat sur la juridicité du droit international et à relativiser les conséquences qu'emporte à cet égard la décentralisation de l'ordre international. Au-delà, la théorie de la fonction promotionnelle du droit constitue encore, comme le montreront les développements à venir, un outil original pour s'interroger sur la structure de

⁶⁷ Sur cet accord et le problème durable du nucléaire iranien au Moyen-Orient, voy. par exemple le Rapport d'information du Sénat français du 7 juillet 2015 : <https://www.senat.fr/rap/r15-022/r15-0221.pdf> (consulté le 24 octobre 2017) ou encore RAVENEL (B.), « La crise autour du programme nucléaire iranien. L'accord de Vienne : un vent nouveau mais... », *Confluences Méditerranée*, vol. 94, no. 3, 2015, pp. 119-131.

⁶⁸ *A contrario*, Jean Carbonnier a pu considérer quant à lui que le refus d'une récompense constituait une forme de contrainte comparable à la traditionnelle sanction négative. Il écrit ainsi que « la récompense contraint parce que la privation de récompense fait mal » (CARBONNIER (J.), *Sociologie juridique*, Paris : PUF, 2004, 2^{ème} éd., p. 330). L'on demeure cependant dubitatif face à un tel raisonnement : s'il serait sans doute un peu simpliste de considérer que les biens, gratifications et autres récompenses que d'aucun n'a jamais connus ne peuvent lui manquer, il est en tout cas indéniable que la déception ressentie en pareil cas, pour désagréable qu'elle soit, ne porte pas en elle-même atteinte à la situation préalable de l'intéressé. C'est là la différence majeure avec le châtement qui, lui, consiste à retirer à autrui une prérogative, liberté ou droit, dont l'intéressé avait effectivement la jouissance préalable.

⁶⁹ Sur le lien entre promesse et bonne foi, cf. par exemple SUY (E.), *Les actes juridiques unilatéraux en droit international public*, Paris : LGDJ, 1962, 290 p.

l'ordre international et sur la décentralisation elle-même : s'il est certes usuel d'entendre que le droit international pâtit du caractère décentralisé de la société des Etats, l'on peut raisonnablement se demander, au regard de l'utilisation qui y est faite des normes promotionnelles, si ce caractère décentralisé est effectivement à déplorer.

II. La théorie de la fonction promotionnelle du droit et la structure de l'ordre juridique international

Les normes promotionnelles présentent, on l'a vu, de nombreux atouts lorsqu'il s'agit de pallier les difficultés traditionnelles – absence de sanction et, lorsqu'elle existe, absence d'effectivité de la sanction – soulevées par les auteurs à l'encontre du droit international. Mais les travaux de Norberto Bobbio permettent encore de questionner un présupposé évident qui sous-tend l'ensemble du débat sur la juridicité du droit international : celui de l'absence supposée de structure qu'impliquerait le caractère décentralisé de l'ordre juridique international. Utilisées afin de favoriser la coexistence pacifique entre les Etats, les normes promotionnelles soulignent au contraire l'interdépendance nécessaire qui résulte pour ceux-ci du caractère décentralisé de l'ordre juridique international (A.). Et employées afin de poursuivre tous autres buts envisagés par le droit international, les normes promotionnelles mettent cette fois principalement en exergue la volonté de coopération des Etats dans le cadre d'une interdépendance alors pleinement assumée par eux (B.).

A. Le recours aux normes promotionnelles aux fins de la coexistence pacifique entre Etats

La théorie de Norberto Bobbio sur la fonction promotionnelle du droit repose, nous l'avons dit, sur la mise en corrélation de deux éléments des ordres internes : la fonction de l'Etat et la fonction du droit. Elle se fonde à cet égard sur une observation de Genaro R. Carriò, qui constatait au milieu des années 60 qu'à l'Etat libéral classique, entité à la fonction globalement restreinte au maintien de l'ordre public, correspondait sur le plan du droit « *des techniques limitées poursuiv[ant] des finalités également limitées* »⁷⁰ tandis que l'Etat-providence, dont le rôle bien plus large et complexe appelait une intervention accrue dans la société, ne pourrait quant à lui faire face aux défis qui l'attendaient sans une diversification des fonctions (et par conséquent aussi des techniques) du droit. Le droit étant, dans l'ordre interne, un instrument au service de l'Etat et de sa politique, les fonctions de celui-ci renseignent logiquement sur le rôle de celui-là et inversement. Bobbio devait bientôt théoriser ce lien et souligner les conséquences qui en découlaient sur le plan des techniques du droit, en mettant en lumière l'association presque naturelle des sanctions négatives à l'Etat libéral tandis que le recours toujours plus important aux normes et sanctions positives caractériserait, lui, l'Etat-providence⁷¹. Cependant, pour cohérente et sensée qu'elle soit dans les ordres internes qui l'ont vue naître, cette analyse semble contredite lorsqu'elle est transposée dans l'ordre juridique international.

En effet, si l'on suit la logique de Carriò et la théorie subséquente mise au point par Bobbio, une société reposant sur des bases très largement libertaires, telle que la société des Etats, est nécessairement dotée d'un droit aux fonctions limitées : l'ordre juridique international prônant la liberté comme principe de fonctionnement, la règle de droit – c'est-à-dire l'interdiction ou l'obligation imposée aux Etats – y constitue par nature l'exception, une exception qui ne saurait

⁷⁰ CARRIÒ (G. R.), « Sul concetto di obbligo giuridico », *Revista di filosofia*, 1966, vol. 57, p. 149.

⁷¹ BOBBIO (N.), *op. cit.*, pp. 54-55.

guère se justifier qu'au regard d'un besoin minimal de coexistence entre ces derniers. C'est au demeurant ainsi que le droit international a longtemps été conçu, comme l'illustre de manière éclatante cette affirmation de la CPJI dans son arrêt célèbre rendu dans l'entre-deux guerres en l'affaire du Lotus :

« Le droit international régit les rapports entre des Etats indépendants. Les règles de droit liant des Etats indépendants procèdent donc de la volonté de ceux-ci, volonté manifeste dans des conventions ou dans des usages acceptés généralement comme consacrant les principes de droit et établis en vue de régler la coexistence de ces communautés indépendantes [...] Les limitations de l'indépendance des Etats ne se présument donc pas [...] »⁷².

Mais là où, dans les ordres internes, ce droit du « maintien de l'ordre public » se traduit en principe, selon Bobbio, par le recours à des normes et sanctions presque exclusivement négatives, il repose dans l'ordre international sur des normes qui visent au contraire régulièrement à encourager l'adoption par les Etats de tel ou tel comportement de nature à favoriser le maintien de relations paisibles entre eux⁷³.

Il en va ainsi des conventions de La Haye de 1899 et de 1907 qui comportent, ainsi que souligné plus tôt, de nombreuses dispositions visant à faciliter le recours aux mécanismes de règlement pacifique des différends, mais aussi du traité conclu en 1960 par l'Inde et le Pakistan en vue d'organiser leur utilisation paisible et commune des eaux de l'Indus, lequel vient mettre en place une commission paritaire permanente « *to establish and maintain co-operative arrangements for the implementation of this Treaty [and] to promote co-operation between the Parties in the development of the waters [...] »⁷⁴. Dans le même sens, les traités SALT I et II conclus respectivement en 1972 et 1979 entre les Etats-Unis et l'Union soviétique en vue de limiter le développement des armes stratégiques par les deux Etats, prévoient que les parties auront recours à la Commission consultative permanente instituée par le traité sur la limitation des systèmes antimissiles balistiques « *to promote the objectives and implementation of the provisions of this Interim Agreement »⁷⁵. Cette commission est notamment chargée « [to] consider questions concerning compliance with the obligations assumed and related situations which may be considered ambiguous »⁷⁶ ou « [to] consider, as appropriate, possible proposals for further increasing the viability of this Treaty [...] »⁷⁷. Le traité CECA, entré en vigueur en 1952, visait quant à lui à promouvoir la paix entre la France et l'Allemagne en amenant les deux Etats à renoncer au contrôle des matières premières – charbon et acier – qui se trouvaient à la base de leurs industries militaires respectives, en échange de quoi serait créé un marché**

⁷² CPJI, *Affaire du Lotus*, arrêt du 7 septembre 1927, Série A, n°10, pp. 18-19.

⁷³ L'on précisera que cette remarque ne vaut que depuis que le droit international ne se limite plus simplement à réagir, *a posteriori* et dans une logique de normalisation, aux perturbations affectant les relations entre Etats mais vise également à les limiter *a priori*. En effet, si l'on s'en tient s'agissant du droit international aux très nombreux traités de paix conclus par les Etats aux XV^{ème}, XVI^{ème}, XVII^{ème} et XVIII^{ème} siècles – dont l'usage voulait qu'ils soient automatiquement suspendus en cas de guerre et seulement éventuellement réactivés à l'issue de celle-ci en fonction du souhait exprimé par les ex-belligérants – il paraît clair que les conventions entre Etats n'avaient pas pour objet d'assurer le maintien de relations paisibles entre eux mais visaient beaucoup plus simplement à tirer les conséquences *a posteriori*, dans les relations entre les ex-belligérants, de la guerre qui les avait opposés. Sur ce point, voy. par exemple LE BOEUF (R.), *Le traité de paix en droit international public*, thèse, 2014, Université Paris Ouest Nanterre La Défense, 726 p.

⁷⁴ Article 8§4 du Traité de 1960 sur les eaux de l'Indus.

⁷⁵ Article 6 du traité SALT I et 17 du traité SALT II.

⁷⁶ Article 17§2 SALT II.

⁷⁷ *Ibid.*

commun exempté de droits de douane qui favoriserait leur redressement économique rapide⁷⁸. Dans le même ordre d'idée, l'on rappellera encore le traité de Vienne du 14 juillet 2015 qui, comme mentionné précédemment, repose sur la limitation par l'Iran de ses activités d'enrichissement d'uranium en échange d'une levée progressive des sanctions internationales pesant sur le pays.

Il ne s'agit là bien sûr que de quelques exemples parmi tant d'autres qui illustrent le recours aux normes promotionnelles – facilitations comme récompenses – aux fins d'encourager des comportements favorisant la coexistence paisible des Etats. Néanmoins, ces exemples suffisent à constater qu'il ne semble pas y avoir, dans l'ordre international, d'incohérence logique à recourir à des normes promotionnelles pour mettre en œuvre le but – certes complexe à atteindre mais indubitablement limité à l'échelle des fonctions que peut se voir assigner un ordre juridique – que représente le maintien de relations paisibles entre les Etats. C'est qu'en l'absence d'une entité supérieure aux Etats, et donc en l'absence d'une quelconque doctrine politique qui orienterait comme dans les ordres internes la fonction du droit, la théorie de Norberto Bobbio sur la fonction promotionnelle du droit renseigne moins en l'espèce sur le lien entre fonction du droit et fonction de l'Etat (ou plus exactement ici, de l'ordre juridique international) que sur celui existant entre fonction du droit et structure de l'ordre juridique international : il apparaît en effet que les normes promotionnelles constituent, pour les raisons détaillées plus avant⁷⁹, un palliatif presque naturel – et relativement convaincant d'ailleurs – face au caractère décentralisé de la société des Etats. En conséquence, si la fonction du droit international demeure initialement limitée, le recours aux normes de facilitation et de récompense paraît néanmoins logique pour assurer son effectivité dans le cadre d'une société internationale intrinsèquement décentralisée.

Arrivé à ce point, d'aucuns pourraient être tentés de tenir la théorie de Norberto Bobbio pour fautive, tout au moins partiellement : mise au jour dans les ordres internes, celle-ci n'aurait alors pas réussi à passer l'épreuve – souvent périlleuse il faut bien l'avouer⁸⁰ – de la confrontation avec l'ordre international. À notre sens, cela serait cependant une erreur car loin d'invalider les constatations du juriste italien, cette confrontation permet au contraire d'en affiner la portée. Les ordres internes ne souffrant pas les mêmes questionnements que l'ordre international relativement à leur structure, Norberto Bobbio se sera assez logiquement concentré dans le cadre de ses travaux sur l'évolution – effectivement notable – de la fonction de l'Etat au cours du XX^{ème} siècle et sur les conséquences qu'a pu emporter cette évolution du point de vue de la fonction et des techniques du droit⁸¹. Mais ultimement, au-delà de la fonction, c'est pourtant bien de la structure de l'Etat (et plus largement de la société) qu'il est question dans la théorie

⁷⁸ Voy. à cet égard le préambule et l'article 2 du traité CECA.

⁷⁹ *Supra*, partie I B.

⁸⁰ Il suffit pour s'en convaincre de rappeler les critiques adressées, entre autres par Michel Virally, à Hans Kelsen lorsque celui-ci a souhaité étendre l'application de sa théorie pure du droit – conçue elle aussi au regard des caractéristiques et du fonctionnement des droits internes – au champ du droit international : voy. par exemple VIRALLY (M.), *La pensée juridique*, Paris : LGDJ, 2010, p. 2 et s. ; VIRALLY (M.), *Le droit international en devenir : Essais écrits au fil des ans*, Genève : Graduate Institute Publications, 2015, p. 71 et s. Pierre-Marie Dupuy soulignera au demeurant le rôle particulier que joue d'ordinaire le droit international dans la construction d'une théorie générale du droit : à propos de Santi Romano, il écrira ainsi que « [c]omme chez beaucoup de théoriciens, la réflexion sur le droit international occupe un moment clé de sa réflexion ; c'est elle qui lui permet de tester ses thèses [...] » (DUPUY (P.-M.), « L'unité de l'ordre juridique international : Cour général de droit international public », *RCADI*, 2002, vol. 297, p. 71).

⁸¹ Cela est d'autant plus vrai que l'auteur a précisément choisi, comme il l'affirme lui-même, de se concentrer dans le cadre de ses travaux sur une approche fonctionnaliste du droit, en expliquant que celle-ci a été largement délaissée au profit d'une approche structuraliste à la suite des travaux de Hans Kelsen : BOBBIO (N.), *De la structure à la fonction...* p. 89 et s.

de la fonction promotionnelle du droit : le passage de l'Etat libéral à l'Etat-providence n'a pas seulement emporté comme conséquence une vision renouvelée du rôle de l'Etat à l'égard de ses sujets mais a également conduit à repenser, dans le sens d'une plus grande interdépendance, les relations que ces derniers entretiennent les uns avec les autres. Que l'on se place alors dans un ordre interne caractéristique du modèle de l'Etat-providence, ou même dans l'ordre juridique international, il paraît évident que le recours aux normes promotionnelles traduit une situation d'interdépendance forte entre les sujets de l'ordre considéré. Que celle-ci soit liée à une doctrine politique particulière, marquée par la volonté d'inscrire la solidarité au cœur du rôle de l'Etat et d'organiser l'ordre juridique aux fins d'y faire participer chacun de ses sujets, ou qu'elle résulte au contraire du caractère intrinsèquement décentralisé de la société des Etats importe peu : dans un cas comme dans l'autre, c'est parce que chacun des sujets de l'ordre considéré est dépendant des autres pour sa survie ou le maintien de sa condition qu'il trouve un intérêt à se conformer à tel ou tel comportement prescrit par le droit, quand bien même ce serait sous la forme de simples mesures d'encouragement non contraignantes.

Ainsi donc, si la théorie de la fonction promotionnelle du droit a pour effet, lorsqu'elle est transposée dans l'ordre international, de souligner le caractère intrinsèquement décentralisé de la société des Etats, elle n'aboutit certes pas en revanche à cautionner les conclusions que tire d'ordinaire une partie de la doctrine à cet égard et que l'on a d'ores et déjà pointées du doigt, à tout le moins partiellement, plus avant⁸². En effet, outre les difficultés liées à la mise en œuvre pratique de la sanction des violations du droit international, nombre d'auteurs ont tiré du caractère décentralisé de l'ordre international l'idée que celui-ci serait *de facto* soumis à un fonctionnement anarchique. C'est notamment le cas de Georg Jellinek, qui affirmait en son temps que « *la norme juridique passe à l'arrière-plan parce que l'Etat est supérieur à tout principe juridique [...] le droit international existe pour les Etats et non les Etats pour le droit international* », en conséquence de quoi « *la communauté des Etats présente une nature purement anarchique* »⁸³. Certains auteurs soutiennent même que le concept « d'ordre juridique international » ne constituerait souvent qu'un leurre utilisé pour masquer cette réalité : Denis Alland dénonce ainsi « *[l]'avantage non-dit de l'ordre juridique* » qui « *suggère, de façon équivoque certes, mais économique aussi car non discursive, et la juridicité et la systématité* » et permet ce faisant « *[d]'esquiver la question du fondement du droit international public* »⁸⁴. Auguste Comte soulignait pour sa part que le concept « d'ordre » pouvait renvoyer à deux réalités : l'agencement nécessaire – ce terme étant entendu ici en son sens philosophique – des choses ou, à défaut, le commandement arbitraire supposé les ordonner « artificiellement ». La confusion entre ces deux acceptions de l'ordre serait alors le propre des « *sociétés juridiques et métaphysiques où, les affaires sociales n'étant pas régies par les lois de la nécessité, l'on procède par décrets juridiques volontaires et arbitraires* »⁸⁵. Et la société des Etats se trouverait bien entendu dans ce dernier cas.

L'apport de la théorie de la fonction promotionnelle du droit réside alors dans sa capacité à remettre en cause ces assertions : loin de confirmer une absence de structure de la société des Etats, les travaux de Norberto Bobbio permettent en réalité de souligner la cohérence inhérente à l'ordre juridique international. En l'absence d'organe de centralisation du pouvoir et de la

⁸² *Supra*, partie I B. En outre, voy. également sur ce point, HEGEL (G. W. F.), *Philosophy of right*, Oxford : Clarendon Press, 1949, pp. 212-214 ; DE LACHARRIERE (G.), *La politique juridique extérieure*, Paris : Economica, 1983, p. 183 et s.

⁸³ JELLINEK (G.), *L'Etat moderne et son droit – Partie I*, Paris : V. Giard et E. Brière, 1911, pp. 562-564.

⁸⁴ ALLAND (D.), « De l'ordre juridique international », *Droits*, 2002/1, n°35, p. 86. Dans le même sens, voir encore JOUANNET (E.), « Regards sur un siècle de doctrine française de droit international », *AFDI*, 2000, vol. 46, pp.1-47.

⁸⁵ ALLAND (D.), *op. cit.*, p. 86.

force, l'utilisation de normes promotionnelles – facilitations comme récompenses – aux fins de favoriser la coexistence paisible des Etats montre à quel point ces derniers sont éminemment dépendants les uns des autres pour garantir leur survie respective. De cette interdépendance résulte alors inévitablement une structure pour l'ordre international : bien qu'il n'existe aucune instance capable d'imposer *ab initio* tel ou tel fonctionnement précis à la société des Etats, la nécessité pratique d'assurer cette coexistence pacifique entre Etats imprime à elle seule une organisation à la société internationale, qui se doit de respecter certains principes minimaux de fonctionnement pour maintenir la paix. Ce faisant, les travaux de Norberto Bobbio montrent indirectement qu'un ordre juridique décentralisé n'équivaut pas nécessairement à un ordre juridique privé de toute structure, ni de toute rationalité, comme l'affirmait Jellinek. Les doutes émis par les auteurs quant à l'utilisation du concept « d'ordre juridique international » semblent de fait devoir être écartés, d'autant plus que l'agencement des normes internationales en un tout cohérent répond bien, selon la distinction opérée par Auguste Comte, à une nécessité naturelle et non pas à une volonté arbitraire des Etats de régler leurs rapports. De même, à rebours des craintes généralement exprimées par les auteurs sur ce point, la théorie de la fonction promotionnelle du droit contribue à donner une lecture plus optimiste et modérée du lien entre effectivité du droit international et décentralisation de l'ordre juridique international : le recours aux normes promotionnelles montre que la société des Etats tire précisément de son caractère décentralisé une justification à l'existence du droit international et la plupart du temps, une raison suffisante pour les Etats de s'y conformer en dépit de leur souveraineté. Une fois encore, la théorie de la fonction promotionnelle du droit développée par le juriste italien rejoint donc, dans son application à l'ordre international, la position défendue par Prosper Weil en 1992 à l'occasion de son cours général à l'Académie de droit international de La Haye :

« Pour certains auteurs, l'existence d'un corpus juris régissant une société décentralisée et horizontale relève du miracle. Je dirais plutôt qu'elle relève de la nécessité. Ce n'est pas en dépit mais à cause de l'hétérogénéité des Etats dans une société de juxtaposition que le droit international a été créé et s'est développé. Si le droit international n'existait pas, il faudrait l'inventer »⁸⁶.

Si la théorie de Norberto Bobbio présente donc l'avantage, lorsqu'elle est transposée dans l'ordre juridique international, de montrer que cet ordre a toujours disposé d'une structure et d'une cohérence propres qui lui permettaient, en dépit de son caractère décentralisé, d'assurer la coexistence pacifique des Etats, l'on verra dans la dernière partie de cette étude qu'elle permet en outre de rendre compte d'un mouvement tendant, au cours des dernières décennies, à un renforcement de la structure de l'ordre international à la faveur d'une interdépendance toujours plus forte des Etats les uns à l'égard des autres.

B. Le recours aux normes promotionnelles aux fins de la coopération entre Etats

L'on a vu précédemment que, contrairement à ce que l'on pouvait escompter *a priori* de l'application à l'ordre juridique international de la théorie de Norberto Bobbio, le droit international faisait indubitablement appel à des techniques diversifiées – telles les normes promotionnelles – afin d'obtenir des Etats qu'ils adoptent un comportement favorisant le maintien de relations paisibles entre eux. Cependant, loin de se limiter au domaine de la coexistence pacifique entre Etats, les normes promotionnelles semblent aujourd'hui présentes dans la plupart des champs du droit international, de la protection des droits de l'Homme et de

⁸⁶ WEIL (P.), *op. cit.*, p. 36. Dans le même sens, voir encore ALLAND (D.), *Justice privée et ordre juridique international. Etude théorique des contre-mesures en droit international public*, Paris : Pedone, 1994, 503 p.

l'environnement au droit du commerce international à en passant par la lutte contre les pandémies.

Les instruments de protection des droits de l'Homme prévoient ainsi pour la plupart la création d'un organe dédié dont le but est de favoriser, à travers des mesures d'accompagnement et de facilitation, la mise en œuvre par les Etats de leurs obligations en la matière. L'on renverra entre autres à cet égard au Comité des droits de l'Homme institué dans le cadre du Pacte international sur les droits civils et politiques de 1966 : celui-ci reçoit les rapports que les Etats lui adressent périodiquement relativement à la situation des droits de l'homme sur leurs territoires respectifs et leur adresse en retour des recommandations pour leur permettre de l'améliorer, si nécessaire avec l'assistance des organes et institutions spécialisées des Nations Unies⁸⁷. Suivant une logique comparable, la Convention interaméricaine des droits de l'Homme institue, en son article 41, une commission chargée de « *promouvoir l'observation et la défense des droits de l'homme* » garantis au titre de la convention. À cette fin, ladite commission peut notamment « *recommander aux gouvernements [...] d'adopter des mesures progressives en faveur des droits de l'homme ainsi que des dispositions propres à promouvoir le respect de ces droits* »⁸⁸ ou encore aider les Etats en « *accord[ant] toute son attention aux consultations que [...] lui auront adressées les Etats membres sur des questions relatives aux droits de l'homme* »⁸⁹. Il en va encore de même dans le cadre de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples de 1981 qui crée, en son article 30, une Commission chargée « *de promouvoir les droits de l'homme et des peuples et d'assurer leur protection en Afrique* ». Pour ce faire, la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples peut, entre autres, « *formuler et élaborer, en vue de servir de base à l'adoption de textes législatifs par les gouvernements africains, des principes et règles qui permettent de résoudre les problèmes juridiques relatifs à la jouissance des droits de l'homme [...]* »⁹⁰.

L'on retrouve également un recours régulier aux normes de facilitation et de récompense dans le champ de la protection de l'environnement et de la biodiversité⁹¹. La Convention internationale pour la protection des végétaux de 1997 prévoit par exemple, en son article 11, la mise en place d'une Commission des mesures phytosanitaires qui, aux fins de « *promouvoir la pleine réalisation des objectifs de la présente convention* », devra par exemple « *suivre la situation en ce qui concerne la protection des végétaux dans le monde [...]* » et adopter « *toute recommandation qu'elle jugera utile* »⁹² à l'application par les Etats de la convention. Elle est secondée dans ce rôle d'accompagnement des Etats par les organisations régionales visées à l'article 9 de la convention, qui devront pour leur part « *promouvoir l'établissement et l'utilisation de normes internationales appropriées [...]* » et « *encourager une coopération interrégionale* » dans la lutte contre les organismes nuisibles⁹³. L'utilisation de récompenses est quant à elle privilégiée dans la Convention sur la diversité biologique adoptée en 1992 : emboîtant le pas aux mécanismes tels le Fonds pour l'environnement mondial ou le Fonds pour la conservation des zones humides que l'on évoquait plus tôt⁹⁴, la Convention sur la diversité biologique prévoit en effet, pour encourager les pays en développement à observer les normes

⁸⁷ Article 40 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966.

⁸⁸ Article 41b) de la Convention interaméricaine des droits de l'Homme.

⁸⁹ Article 41e) de la Convention interaméricaine des droits de l'Homme.

⁹⁰ Article 45 §1b de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples de 1981.

⁹¹ Pour une présentation plus détaillée des techniques d'incitation utilisées jusqu'à présent dans le champ de la protection de l'environnement et de la biodiversité, cf. MALJEAN-DUBOIS (S.) (dir.), *L'outil économique en droit international et européen de l'environnement*, Paris : La Documentation française, 2002, 513 p.

⁹² Article 11 §2a et g de la Convention pour la protection des végétaux.

⁹³ Article 9 §4a et b de la Convention pour la protection des végétaux.

⁹⁴ *Supra*, partie I B.

de protection qu'elle contient, la possibilité pour ceux-ci de bénéficier de la part des pays développés d'une aide financière ainsi que de transferts de technologies à des conditions très avantageuses⁹⁵.

Le recours aux normes promotionnelles s'observe par ailleurs dans le champ de la protection de la santé et de la lutte contre les pandémies, pour encourager les Etats à observer leurs obligations en la matière en dépit des coûts et plus largement des difficultés importantes auxquels cela les expose. Ayant rappelé que « *[l]e but de l'Organisation mondiale de la Santé [...] est d'amener tous les peuples au niveau de santé le plus élevé possible* »⁹⁶, la Constitution de l'OMS dispose ainsi en son article 2 que l'Organisation pourra entre autres choses « *aider les gouvernements [...] à renforcer leurs services de santé* », leur fournir « *une assistance technique appropriée* » ou encore « *favoriser [...] l'amélioration de la nutrition, du logement, de l'assainissement, des loisirs, des conditions économiques et de travail ainsi que de tous autres facteurs de l'hygiène du milieu* »⁹⁷. Enfin, en dépit de l'importance que revêtent traditionnellement pour les Etats les questions économiques et financières – dont on aurait pu penser qu'elle rendrait de fait largement inutile le recours aux normes promotionnelles – les techniques d'encouragement sont encore utilisées couramment dans le champ du commerce international : l'Accord de Marrakech de 1994 affirme ainsi en son article 3 que l'Organisation mondiale du Commerce « *facilitera la mise en œuvre, l'administration et le fonctionnement du présent accord et des Accords commerciaux multilatéraux et favorisera la réalisation de leurs objectifs [...]* ». L'OMC propose notamment toute une palette de possibilités – depuis les bons offices jusqu'au règlement quasi-juridictionnel accéléré des litiges – afin de résorber dans les délais les plus brefs toute mésestante susceptible d'entraver l'exécution par les Etats de leurs obligations commerciales, et fournit également aux pays en développement toute l'assistance juridique dont ils peuvent avoir besoin dans le cadre de la procédure⁹⁸. Quant au Fonds monétaire international, il facilite la bonne exécution des accords commerciaux internationaux en concourant à la stabilité des changes, en aidant « *à établir un système multilatéral de règlement des transactions courantes* »⁹⁹ et surtout, « *en mettant les ressources générales du Fonds temporairement à [disposition des Etats] leur fournissant ainsi la possibilité de corriger les déséquilibres de leurs balances des paiements sans recourir à des mesures préjudiciables à la prospérité nationale ou internationale* »¹⁰⁰.

Si elles ne prétendent pas à l'exhaustivité, ces quelques illustrations permettent en tout cas de lever le doute sur le champ d'application des normes promotionnelles dans l'ordre juridique international : aujourd'hui, il ne s'agit plus seulement grâce à elles de favoriser le maintien de relations paisibles entre les Etats mais plus largement de permettre la poursuite de buts divers et variés dans l'ordre international. Cette constatation peut, de prime abord, sembler contradictoire au regard de certaines de nos conclusions précédentes : l'on a souligné en effet plus avant que le recours à des mesures de facilitation et de récompense constituait un moyen d'assurer, au sein d'une société par nature décentralisée, l'effectivité d'un droit international dédié alors pour l'essentiel au maintien d'une coexistence pacifique entre Etats. Or, d'une part, le droit international a connu au cours du siècle dernier un développement sans précédent, par lequel il a cessé d'être une norme « d'exception », tout juste vouée à borner *a minima* la liberté

⁹⁵ Articles 20 et 16 de la Convention sur la diversité biologique respectivement.

⁹⁶ Article premier de la Constitution de l'OMS.

⁹⁷ Articles 2 c), d) et i) de la Constitution de l'OMS.

⁹⁸ Voy. à cet égard le Mémoire d'Accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends, tout particulièrement ses articles 4, 5, 6 et 24.

⁹⁹ Article 1§4 du Statut du Fonds monétaire international.

¹⁰⁰ Article 1§5 du Statut du Fonds monétaire international.

des Etats, pour devenir au contraire la clé de voute des relations internationales. Et d'autre part, l'ordre juridique international apparaît davantage centralisé aujourd'hui qu'il ne l'était initialement : s'il n'est sans doute pas possible de considérer qu'il posséderait aujourd'hui une structure parfaitement comparable à celle des ordres internes – les critiques évoquées plus tôt relativement aux rapports de force qui président à la sanction des violations du droit international ne laissent guère planer de doute sur ce point¹⁰¹ – l'on peut affirmer en revanche sans trop s'avancer que le degré d'intégration et de centralisation qui caractérise cet ordre est aujourd'hui bien plus important qu'il ne l'était au début du siècle dernier. Que l'on considère la création au lendemain de la seconde guerre mondiale d'un système de sécurité collective, la multiplication depuis les années 90 des juridictions internationales et plus largement, des organes de contrôle de l'application du droit international ; que l'on rappelle aussi l'émergence, à côté des normes visant traditionnellement à protéger les intérêts des Etats, d'autres normes consacrées à la défense de l'intérêt général voire, avec l'apparition du *jus cogens*, à la défense d'une forme d'ordre public international¹⁰², il paraît indéniable que l'ordre juridique international connaît depuis un certain temps un mouvement tendant à lui imprimer une certaine centralisation. Dès lors, le besoin de recourir aux normes de facilitation et de récompense dans ce cadre devrait être globalement jugulé et non pas étendu. Toutefois, la contradiction n'est qu'apparente et elle trouve facilement à s'expliquer lorsque l'on en revient aux conclusions auxquelles aboutissent les travaux de Norberto Bobbio relativement à l'interdépendance des sujets de l'ordre considéré.

Ainsi que souligné plus avant, la question de la centralisation de l'ordre international et celle de savoir s'il dispose d'une structure ne se recouvrent que partiellement : bien que décentralisé, l'on a montré que l'ordre juridique international avait néanmoins toujours été structuré¹⁰³. Il l'était initialement autour du besoin d'assurer une coexistence pacifique entre les Etats : en l'absence de centralisation de l'ordre international, ces derniers étaient naturellement dépendants les uns des autres pour garantir cette coexistence. C'est donc d'une interdépendance « subie » que résultait alors l'organisation, la structure, de l'ordre international. Aujourd'hui cependant, le droit international ne s'analyse plus seulement comme un droit de la coexistence pacifique entre Etats : au contraire, il s'illustre de manière croissante comme un instrument de coopération entre ces derniers sur des questions, telle la protection des droits de l'homme ou de la biodiversité, qui dépassent de très loin ce qui serait le plus souvent strictement nécessaire pour assurer la paix entre eux¹⁰⁴ – et ce, nonobstant la pratique du Conseil de sécurité, qui a parfois étendu à ces questions la qualification de menace à la paix¹⁰⁵. Si la norme internationale

¹⁰¹ *Supra*, partie I B.

¹⁰² Sur la notion d'ordre public dans le champ du droit international public, voy. par exemple DUPUY (R.-J.), « L'ordre public en droit international » in POLIN (R.), *L'ordre public*, Paris : PUF, 1996, pp. 103-116 ; DOMESTICI-MET (M.-J.), *Recherche sur le concept d'ordre public en droit international public*, thèse, 1979, Université de Nice, 1468 p.

¹⁰³ *Supra*, partie II A.

¹⁰⁴ S'ils ne soutiennent aucunement que la paix entre Etats dépendrait de ces questions, l'on doit souligner en revanche que certains auteurs, proches des courants jusnaturaliste ou sociologique, plaident depuis longtemps en faveur de l'extension du droit international à ces questions, lesquelles constitueraient, puisqu'elles intéressent directement la situation et les droits des individus, sa véritable finalité : voy. par exemple WESTLAKE (J.), *Chapters of the principles of international law*, Cambridge : Cambridge University Press, 1894, p. 78 ; DE LA PRADELLE (A.), « La question chinoise », *RGDIP*, 1901, pp. 339-340 ; BASDEVANT (J.), « L'action coercitive anglo-germano-italienne contre le Venezuela », *RGDIP*, 1904, p. 387 ; SCHELLE (G.), « Essai de systématique d'un droit international », *RGDIP*, 1923, p. 116 et s. ; RALSTON (J.), *Le droit international de la démocratie*, Paris : Brière, 1923, p. 166.

¹⁰⁵ L'on renverra notamment à cet égard aux résolutions adoptées dans le cadre du conflit en ex-Yougoslavie (voy. tout particulièrement les résolutions 757 et 770 de 1992, puis 808 et 827 de 1993) mais aussi à celles adoptées face

apparaît certes toujours comme une limitation à la liberté des Etats, elle constitue aussi un cadre sécurisant qui favorise le développement des relations internationales et la protection de certaines valeurs importantes pour les Etats, à titre individuel et régulièrement désormais aussi à titre collectif. L'intérêt des Etats ne réside donc plus seulement dans leur survie mais dans leur capacité à tisser des relations – fussent-elles politiques, économiques, financières ou autres – avec les Etats tiers. C'est pourquoi, alors même que l'ordre juridique international apparaît davantage centralisé aujourd'hui, le recours aux normes promotionnelles se développe : par le truchement du développement du droit international, l'interdépendance entre les Etats n'a probablement jamais été aussi forte qu'à l'heure actuelle, avec cette différence substantielle néanmoins qu'elle n'est plus tant subie que choisie par les intéressés. Cette interdépendance accrue des Etats les uns à l'égard des autres contribue à son tour à renforcer la cohérence et la structure de l'ordre juridique international : parce que les Etats ont aujourd'hui plus que jamais intérêt à préserver et développer leurs relations avec les Etats tiers, la probabilité qu'ils refusent de se conformer à leurs obligations diminue et ce, bien que l'ordre juridique international soit toujours formellement privé d'organe capable de centraliser une éventuelle réaction à l'illicite.

Si la théorie de la fonction promotionnelle du droit de Norberto Bobbio fournit donc des pistes de réflexion pour répondre aux difficultés récurrentes que pose la sanction des violations du droit international – utilisation des normes de facilitation pour briser le « couple infernal » obligation/sanction ou recours aux récompenses pour déjouer l'absence de centralisation de la contrainte – elle contribue surtout à jeter à bas l'idée erronée que l'effectivité du droit international dépendrait de la seule capacité de l'ordre international à contraindre les Etats. Loin de traduire une démarche désespérée, ou encore un pis-aller, le recours aux normes promotionnelles dans l'ordre juridique international apparaît au contraire comme un signe du bon fonctionnement de ce dernier : s'il ne dispose certes pas d'une structure comparable à celle des ordres internes, il n'en possède pas moins une organisation propre grâce à laquelle, comme le rappela fort justement Louis Henkin, « *almost all nations observe almost all principles of international law and almost all of their obligations almost all the time* »¹⁰⁶.

à la tragédie humanitaire qui devait frapper au début des années 90 la Somalie (résolution 794 du 3 décembre 1992) ou encore le Rwanda (résolutions 929 et 955 de 1994).

¹⁰⁶ HENKIN (L.), « International law : Politics, Values and Functions. Cours général de droit international public », *RCADI*, 1989-IV, vol. 216, p. 26.