



HAL
open science

Reconsidérer les discours de légitimation des Etats sur les mesures de réaction à l'illicite adoptées par les tiers : quel espace pour la dialectique du constitutionnalisme global ?

Daniel Ventura

► To cite this version:

Daniel Ventura. Reconsidérer les discours de légitimation des Etats sur les mesures de réaction à l'illicite adoptées par les tiers : quel espace pour la dialectique du constitutionnalisme global ?. 2024. hal-04248210

HAL Id: hal-04248210

<https://hal.science/hal-04248210>

Preprint submitted on 18 Oct 2023

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.

RECONSIDERER LES DISCOURS DE LEGITIMATION DES ÉTATS SUR LES MESURES
DE REACTION A L’ILLICITE ADOPTEES PAR LES TIERS :
QUEL ESPACE POUR LA DIALECTIQUE DU CONSTITUTIONNALISME GLOBAL ?

Daniel VENTURA

Maître de conférences en droit public à l’Université Côte d’Azur

Institut de la Paix et du Développement

Laboratoire de droit international et européen (UPR 7414)

Résumé — Les mesures de réaction à l’illicite adoptées par des États non lésés et justifiées par des motifs « d’intérêt général » divisent profondément la communauté des États. Cet antagonisme se déploie dans un espace juridique non seulement peu réglementé mais encore rétif aux discours de légitimation qui chercheraient à emporter la conviction que la légitimité ou l’illégitimité de ces mesures se déduit du droit positif plutôt que de principes éthiques. Les discours des États sont nourris de postures politiques qui non seulement renforcent l’antagonisme mais accentuent le statu quo normatif tout en faisant obstacle à la cristallisation d’un différend juridique objectif. Ce constat autorise une prise de recul de la part de la doctrine internationaliste pour reconsidérer l’apport de ces discours au débat juridique. Par hypothèse, le différend juridique latent concernant le conditionnement du pouvoir des États dans l’ordre international par un certain nombre de valeurs traduites en principes juridiques, la dialectique du « constitutionnalisme global », en tant qu’outil analytique, est utile à la rationalisation juridique de ce différend. Cette hypothèse heuristique peut être vérifiée dans la pratique, notamment à l’aune des travaux onusiens sur l’état de droit au niveau national et international. Elle autorise à repositionner le dialogue entre les États et à substituer à l’antagonisme insurmontable en l’état une opposition juridique à même de cristalliser un différend juridique objectif.

Abstract — *States are deeply divided over the legitimacy of measures adopted in response to unlawful conduct by non-injured States and motivated by so-called “general interest motives”. However, this antagonism does not give rise to any genuine formal discourse of legal legitimisation of the validity or invalidity of the measures under international law. On the contrary, a misleading dialogue, which is mainly carried out in various United Nations forums, remains fuelled by ethical and political postures and reinforces the antagonism between states as much as it accentuates the normative status quo. It obstructs the crystallisation of the deep-seated legal dispute between States over the conditioning of State power in the international order by a certain number of values translated into legal principles. By hypothesis, the dialectic of “global constitutionalism”, as a tool of legal analysis, serves the legal rationalisation of this dispute. This heuristic hypothesis can be verified in practice. It allows repositioning the dialogue between states and replacing an insurmountable antagonism by a legal opposition that, if not surmountable, can at least be rationalised as an objective legal dispute.*

SOMMAIRE : – I. Un antagonisme insurmontable en l’état. – A. La coexistence pacifique des États au cœur d’une opposition dogmatique. – 1. Les marqueurs d’opposition. – 2. Les marqueurs d’adhésion. – B. Les droits fondamentaux et « valeurs » de l’ordre international au cœur d’une opposition stérile. – II. Une hypothèse heuristique : l’apport de la dialectique du « constitutionnalisme global » aux discours de légitimation juridique. – A. Un outil essentiellement pertinent – B. Un outil spécifiquement pertinent – III. Un différend juridique en puissance. – A. Un cadre propice à l’épanouissement de la dialectique constitutionnaliste : les travaux onusiens sur l’état de droit. – 1. Le dialogue sur l’état de droit au niveau national. – 2. Le dialogue sur l’état de droit au niveau international. – B. Quelques perspectives de réorientation des discours

« Nous sommes préoccupés par le fait que certains membres du Conseil et d’autres États Membres profitent de ce débat pour critiquer et délégitimer les sanctions imposées par des États Membres à titre individuel, certains allant jusqu’à prétendre que ces sanctions sont illégales. Les États-Unis rejettent catégoriquement cette position. Il est bien établi que les sanctions imposées par des États Membres ou des groupes d’États Membres sont conformes au droit international ».

Représentant des États-Unis, 8962^{ème} séance du Conseil de sécurité, 7 février 2022, S/PV.8962

« Les sanctions unilatérales sont extrêmement néfastes. Il est préoccupant de constater qu’un petit nombre de pays n’ont non seulement pas réussi à réduire leurs sanctions unilatérales, mais qu’au contraire, ils les appliquent frénétiquement tous azimuts. Ils semblent en être dépendants comme d’une drogue. [...] Il est indéniable que les sanctions unilatérales vont à l’encontre des objectifs et des principes consacrés par la Charte des Nations Unies, qu’elles n’ont aucun fondement en droit international et qu’elles sont une manifestation concrète de l’hégémonisme et des rapports de force. Nous appelons la communauté internationale à se donner la main pour résister ensemble à de tels actes illégaux ».

Représentant de la Chine, 8962^{ème} séance du Conseil de sécurité, 7 février 2022, S/PV.8962

Les discours des États revendiquant la validité ou l’invalidité au regard du droit international des mesures de réaction à l’illicite adoptées par des tiers illustrent-ils une démarche rationnelle de légitimation juridique ou bien ne formalisent-ils qu’un authentique rapport de puissance et de domination dans lequel la validité juridique formelle cède le pas devant l’exaltation volontaire de valeurs conflictuelles ?

Les enjeux de cette interrogation ne seraient pas aussi vifs si l’antagonisme viscéral qui oppose États opposés et États en faveur de telles mesures unilatérales de réaction à l’illicite traduisait un différend juridique clair et objectivement défini. Cet antagonisme se déploie pourtant dans un espace juridique non seulement peu réglementé mais encore rétif aux discours de légitimation formels et techniques qui chercheraient à emporter la conviction que la validité ou l’invalidité de ces mesures se déduit du droit positif plutôt que de l’éthique. En ce domaine, faiblesse normative et controverse politique se conjuguent comme autant de vents cisailants qui ne sont pas étrangers à un certain état de la *realpolitik* contemporaine¹, inadapté à la normalisation consensuelle des conduites, et où les principes généraux de coexistence pacifique « cohabitent avec les expressions les plus classiques des relations de force »². Ce constat est renforcé par le rôle modique joué par les organes internationaux de règlement des différends en la matière qui demeurent très largement étrangers à cette controverse, limités par une compétence qui les empêche en la matière de se prononcer de manière systématique sur des questions juridiques fondamentales de droit international général, relatives par exemple aux titres de compétence, à la portée des principes d’égalité souveraine et de non-ingérence ou bien encore à la pertinence d’invoquer des normes *erga omnes* pour justifier des mesures unilatérales adoptées par des tiers³.

Cette contribution s’inscrit dans le cadre du programme de recherche « Ordre et désordre international » porté par l’auteur et hébergé en 2023-2024 sous les auspices de la Chaire UNESCO « Paix et Développement par le Droit », sous la responsabilité du Professeur Jean-Christophe Martin. L’auteur tient à remercier la Pr. Evelyne Lagrange pour son aide et ses conseils avisés, ainsi que les membres du Centre de droit international de l’Université Libre de Bruxelles pour avoir accepté que les travaux ici reproduits y soient présentés et discutés.

¹ Sur le rôle joué par la *realpolitik* dans la faiblesse des normes de droit international en matière de mesures coercitives unilatérales, voir C. CAI, « China’s position and practice concerning unilateral sanctions » in C. BEAUCILLON (dir.), *Research Handbook on Unilateral and Extraterritorial Sanctions*, Cheltenham, EE. Elgar, 2021, pp. 70 et s.

² G. DEVIN, M. LOUIS, *Sociologie des relations internationales*, Paris, La Découverte, 2023, 5^{ème} édition, p. 82.

³ Tout au plus la Cour internationale de Justice est-elle compétente pour apprécier la validité des mesures unilatérales fondées sur les « intérêts vitaux de sécurité » fondées sur des clauses d’exception de traité bilatéraux d’amitié et de

Le positionnement juridique des États est d’autant plus équivoque que les « mesures de réaction à l’illicite adoptées par les tiers » ne sont ici qu’une catégorie doctrinale, neutre et englobante, qui agrège un ensemble hétéroclite de moyens de pression, de « *confrontational means* ’ of enforcement of international human rights and fundamental principles of international law »⁴ dont les formes, les objectifs, les cibles, les bases normatives ou bien encore les motifs invoqués à leur soutien rendent vaine toute tentative de réduction à une unique catégorie juridique homogène⁵. Leur dénomination multiple ajoute encore à la confusion. Les États qui les mettent en œuvre les dénommeront volontiers « sanctions internationales » ou « mesures restrictives » quand les États qui s’y opposent préféreront l’appellation de « mesures coercitives unilatérales ». Tout au plus ont-elles en commun d’être mises en œuvre par des États non lésés sur le fondement d’une évaluation subjective et unilatérale d’une situation qui justifie à leurs yeux d’y recourir. Elles se distinguent alors en bloc des mesures collectives décidées par des organes internationaux habilités à répondre au comportement d’États qui se seraient soumis à leur compétence ou bien des individus et personnes morales qui en auraient la nationalité.

Dans ce contexte d’effervescence du recours anarchique aux mesures de réaction à l’illicite adoptées par des tiers – en particulier des mesures de restrictions commerciales et financières mises en œuvre par les États occidentaux – les discours qui relaient le positionnement unilatéral des États jouent un rôle essentiel dans l’entreprise de rationalisation juridique du phénomène.

Ce constat préliminaire appelle une précision. Il serait pour le moins naïf en effet de plaider pour une objectivation des discours de légitimation juridique des États en la matière. De toute évidence, le discours d’un État sur le contenu du droit positif demeure toujours grevé de considérations politiques plus ou moins explicites, auxquelles s’ajoutent les biais cognitifs plus ou moins inconscients de ses porte-voix, à plus forte raison dans des domaines résistant à toute entreprise de normalisation juridique. Un discours positiviste sur le contenu du droit international, même formel, technique et légaliste, ne sera jamais authentiquement neutre, sans arrière-pensées dogmatiques et axiologiques. Le constat a fort bien été décrit par Olivier Corten, s’appuyant en ce sens sur les travaux de Max Weber relatifs à la fonction de légitimation du droit dans le discours justificatif. Selon l’auteur, le droit international positif fournit aux États « un corps technique de règles dont la rationalisation donne une impression de neutralité axiologique qui vise à occulter les rapports entretenus avec les intérêts en présence »⁶.

Cela dit, dans le domaine particulier des mesures de réaction à l’illicite adoptées par des tiers, la neutralité axiologique ne semble résolument pas être au centre des préoccupations des États partisans comme opposés au déploiement de telles mesures. Les discours en la matière ne sont ni formels, ni techniques ou légalistes. Ils dénotent au contraire une tendance à la « déformalisation du discours légaliste » au profit de l’éthique et de la morale comme source de légitimation du comportement d’États interventionnistes ou opposés à

commerce mais y compris en ce domaine, elle ne saurait se prononcer sur la validité de telles mesures au regard du principe coutumier de la non-intervention. Voir en ce sens : CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d’Amérique)*, fond, arrêt, CIJ Rec. 1986, p. 14, § 245. La Cour a également pu être saisie sur le fondement d’un traité bilatéral d’amitié et de commerce par l’Iran dans l’affaire des *Plate-formes pétrolières* introduite en 1992 puis dans les affaires *Certains avoirs iraniens* en 2016 et *Violations alléguées du traité d’amitié, de commerce et de droits consulaires de 1955* en 2018.

⁴ Voir en ce sens R. WOLFRUM, « Solidarity and Community Interests: Driving Forces For the Interpretation and Development of International Law », *Recueil des Cours de l’Académie de droit international*, 2021, vol. 416, p. 386.

⁵ Voir en particulier C. BEAUCILLON, « An introduction to unilateral and extraterritorial sanctions : definitions, state of practice and contemporary challenges » in C. BEAUCILLON (dir.), *Research Handbook on Unilateral and Extraterritorial Sanctions*, *op.cit.*, pp. 1-17. Voir également le Rapport de la Rapporteuse spéciale sur les effets négatifs des mesures coercitives unilatérales sur l’exercice des droits de l’homme, Alena Douhan, « Mesures coercitives unilatérales : notion, types et qualification », 8 juillet 2021, A/HRC/48/59, 21 p.

⁶ O. CORTEN, *Droit, force et légitimité dans une société internationale en mutation*, *Revue interdisciplinaire d’études juridiques*, n°37, 1996, n°37, p. 71, in O. CORTEN, *Le discours du droit international pour un positivisme critique* (CERDIN), Paris, 2009, p. 96.

l’interventionnisme⁷. De manière plus inquiétante encore, les discours antagonistes nourris de postures éthiques semblent avoir pour dessein principal de prolonger un conflit politique sur le plan juridique sans jamais chercher à établir objectivement la nature du différend juridique sous-jacent, renforçant alors l’antagonisme entre États et à son tour le statu quo normatif. En ce sens, politistes⁸, sociologues⁹, et historiens¹⁰ s’accordent sur les rapports de force asymétriques et idéologiques que véhiculent ces mesures. Le constat n’échappe d’ailleurs pas à l’analyse lucide du juriste. À la posture selon laquelle les « mesures d’intérêt général de réaction à l’illicite » s’insèrent dans « l’exercice anarchique d’une fonction de police internationale ‘décentralisée’ au service d’un contentieux objectif de la légalité internationale », Denis Alland précise immédiatement que « se profile rien moins que la question de la reconnaissance juridique d’une politique de puissance à vocation dominatrice »¹¹. Les États opposés à ces mesures ne le disent pas autrement, voyant dans leur mise en œuvre le fruit des dérives d’une domination occidentale déclinante qu’ils transposent sur le plan juridique par un vibrant réquisitoire axé tout entier autour du principe d’égalité souveraine des États. Les États en faveur des mesures y opposent une logique de légitimation idéologique d’une certaine « norme démocratique » à laquelle ils confèrent une fonction de « contrainte axiologique »¹². Ils déploient alors une passerelle fragile entre l’exaltation de valeurs jugées en péril et une compatibilité au droit international toujours postulée, mais très largement injustifiée au regard du droit positif. Le rapport de force témoigne en d’autres termes d’une opposition fondamentale de vues subjectives sur l’« ordre international » et sur ce que constituent des motifs « légitimes » de défense de l’« intérêt général » d’une certaine « communauté internationale ».

En définitive, ce sont moins les considérations politiques et arrières-pensées dogmatiques des États qui inquiètent que l’impossible cristallisation d’un différend juridique clairement identifiable dans le discours ou, pour le dire autrement, d’un différend juridique dont l’existence peut être « établie objectivement » et qui ouvre la voie à une entreprise pertinente de rationalisation juridique¹³.

La littérature internationaliste joue un rôle déterminant à ce titre. Elle peut alternativement œuvrer à dissiper les antagonismes politiques des États par référence à un discours de légitimation de type « légal-rationnel » pour reprendre les termes de Weber ; ou bien relayer le positionnement idéologique d’un certain groupe d’État en lui donnant les attributs d’une posture juridique. Spécifier par exemple dans l’introduction d’une étude juridique dédiée à la validité des « *unilateral sanctions* » que les « *smart* » ou « *targeted sanctions* » en sont exclues du champ « *since they are ordinarily permitted activities in international relations* » (sont mentionnées *inter alia* la levée de l’agrément d’un diplomate, mais également et plus problématiquement, le gel des avoirs d’individus) est un postulat non démontré qui relaie un positionnement idéologique favorable à ces mesures en lui donnant les attributs d’une posture juridique, ici la permissivité supposée d’un comportement¹⁴. On retrouve des biais identiques dans la posture inverse, consistant à relayer le discours des États opposés aux mesures en estompant les lignes entre d’une part, un plaidoyer juridique

⁷ O. CORTEN, « Les ambiguïtés de la référence au droit international comme facteur de légitimation. Portée et signification d’une déformalisation du discours légaliste » in O. CORTEN, B. DELCOURT (dir.), *Droit, légitimation et politique extérieure. L’Europe et la guerre du Kosovo*, actes du colloque du 10 décembre 1999, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 223-260, tel que reproduit in O. CORTEN, *Le discours du droit international pour un positivisme critique*, CERDIN, Paris, Pedone, coll. Doctrine(s), 2009, pp. 105-138.

⁸ Voir par exemple : R. NEPHEW, *The Art of Sanctions*, Col. Univ. Press, 2017, 232 p.

⁹ Voir, déjà, D.A. BALDWIN, « The Sanctions Debate and the Logic of Choice », *International Security*, vol. 24, n°3, 1999, pp. 80-107.

¹⁰ N. MULDER, *The Economic Weapon – The Rise of Sanctions as a Tool of Modern Warfare*, New Haven, Yale Univ. Press, 2022, 448 p.

¹¹ D. Alland, « Les mesures de réaction à l’illicite prises par l’Union européenne motif pris d’un certain intérêt général », *Rivista di diritto internazionale*, 2022, vol. 105, n° 2, p. 374.

¹² Sur l’appropriation et l’utilisation par les États occidentaux d’une certaine « norme démocratique » comme outil de domination dans les relations internationales, voir par exemple E. VANSPRANGHE, « La relation contrariée entre souveraineté et démocratie au prisme des approches critiques du droit international » in D.E. KHAN, E. LAGRANGE, S. OETER, C. WALTER (dir.), *Democracy and Sovereignty : Rethinking the Legitimacy of Public International Law*, Leiden, Boston, Brill Nijhoff, 2022, pp. 119-141.

¹³ Selon la position classique de la Cour internationale de Justice : *Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie, première phase, avis consultatif*, CIJ Rec. 1950, p. 74.

¹⁴ S.P. SUBEDI (dir.), *Unilateral Sanctions in International Law*, Oxford, Hart Publishing, 2021, p. 11 et sous note 30.

enraciné dans une partialité axiologique revendiquée¹⁵ ; et d’autre part un exercice de rationalisation juridique qui se voudrait « neutre »¹⁶. Sommes-nous exempts de tels biais ? Pourquoi préférer déclarer que « le gel des avoirs est progressivement devenu un symbole de l’émergence d’un ordre public international décentralisé fondé sur la sauvegarde du droit international des droits de l’homme » plutôt que le symbole des dérives de l’hégémonie idéologique occidentale, si ce n’est en vertu de biais plus ou moins conscients¹⁷ ? Denis Alland relève très justement qu’une fois mis au premier plan « l’impensable objection » contre la condamnation de certains comportements « assignés au monde indiscutable des valeurs objectives », « on occulte la question autrement centrale de la *maîtrise de la qualification*, qui demeure quant à elle immergée dans les rapports de force intersubjectifs »¹⁸. Cette distanciation bienvenue vis-à-vis des discours de légitimation fondés sur une certaine éthique de « l’intérêt général » permet à l’auteur de conclure qu’« accoutumés que nous sommes à l’esprit si vastement ‘sanctionnateur’ de notre temps et indifférents aux tensions politiques qu’il engendre, nous finirons par admettre – ou ne pas voir – que la proportion des réactions licites puisse diminuer au bénéfice de véritables contre-mesures dites ‘d’intérêt général’ de plus en plus fréquentes et ce, au détriment du respect du droit international »¹⁹.

Il se déduit donc de l’interrogation d’ouverture un questionnement proprement épistémologique pour le juriste internationaliste : en l’absence de droit positif clair et face aux stratégies discursives des États, une prise de recul n’est-elle pas nécessaire par rapport à la fonction de légitimation ou de délégitimation juridique que ces discours prétendent produire vis-à-vis des mesures de réaction à l’illicite adoptées par les tiers ?

L’étude des postures de légitimation ou de délégitimation tenues par les États est le point de départ de cette distanciation par rapport à un antagonisme insurmontable en l’état (1). L’identification objective d’un différend juridique en est la ligne d’arrivée (3). L’apport de cette contribution consiste à considérer la dialectique du « constitutionnalisme global » comme le véhicule adapté à cette fin, à titre d’outil d’analyse pertinent du phénomène (2). Cette contribution postule en effet, à titre d’hypothèse heuristique, que les discours antagonistes des États masquent un différend juridique profond sur le rôle du droit international dans sa double capacité à contenir d’une part le pouvoir des États d’exercer des activités de puissance publique justifiées par la défense de certaines valeurs et destinées à produire des effets en dehors de leurs territoires ; et à garantir d’autre part aux individus qui subissent les effets de ces mesures les droits légitimes que leurs propres institutions nationales ne peuvent plus leur garantir utilement. De ce point de vue, la controverse juridique profonde concerne tout entier la « réorganisation structurelle du milieu international en fonction de valeurs traduites en principes juridiques », ce que la dialectique constitutionnaliste entend précisément appréhender à titre d’outil d’analyse²⁰. La dialectique constitutionnaliste permet ainsi d’envisager l’opposition des États

¹⁵ Voir en ce sens, le plaidoyer d’Alexandra Hofer pour une réinterprétation de la coercition économique en tant que forme de recours illicite de la force au sens de l’article 2 § 4 de la Charte des Nations Unies : A. HOFER, « Violence at a distance : correcting international law’s short-sighted vision of economic coercion », à paraître in K. KINGHAM, *Routledge Handbook on the Political Economy of Sanctions*, (Routledge), juin 2023, disponible en accès libre SSRN : <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4488573>. Selon A. Hofer, « *By drawing attention to the violence that so-called ‘targeted’ sectoral sanctions cause not only to the target but also to civilian populations, this chapter has aspired to demonstrate the absurdity of the limited interpretation of violence in international law* », p. 9.

¹⁶ Au soutien de son plaidoyer en faveur de l’invocation de l’article 2 § 4, Alexandra Hofer reprend à son compte le constat objectif d’un auteur selon lequel il n’existe pas de norme coutumière prohibant le recours à la contrainte économique en droit international. Elle ajoute que « *with the exception of countermeasures, there is no limit to the amount of pain a sanctioner may impose on the target* » (*Ibid.*, p. 3) suggérant ainsi que la proposition émise à l’endroit de l’article 2 § 4 pallierait l’absence totale de normes de droit positif à même de limiter la compétence de sanctionner. Seul le principe général de proportionnalité est mentionné, bien qu’il soit jugé « *indeterminate and difficult to assess* » (*ibid.*, p. 4).

¹⁷ D. VENTURA, « Le gel des avoirs d’individus dans l’ordre juridique international : caractérisation et qualification d’une voie d’exécution en mutation », *Revue générale de droit international public*, 2022, n°2, pp. 247-280, p. 250.

¹⁸ D. ALLAND, « Les mesures de réaction à l’illicite prises par l’Union européenne motif pris d’un certain intérêt général », *op.cit.*, p. 404.

¹⁹ Selon Denis Alland, « une étude statistique menée au cas par cas incluant [...] la pratique étatique conduirait probablement à la conclusion que la plupart des mesures de réaction à l’illicite en défense d’un intérêt théoriquement distinct de ceux propres à qui les adopte (puisque « autre que lésé ») demeurent pour l’instant largement dans le champ de la rétorsion ». *Ibid.*, p. 405.

²⁰ Voir en ce sens, E. LAGRANGE, « Constitution, constitutionnalisation, constitutionnalismes globaux – Et la compétence dans tout cela ? », *Jus Politicum*, n°20-21, juillet 2018, pp. 309.

comme un différend juridique latent mais véritable qu’Edgard Morin qualifierait peut-être d’« unité dialogique », c’est-à-dire une « unité complexe entre deux logiques [...] complémentaires, concurrentes et antagonistes qui se nourrissent l’une de l’autre, se complètent mais aussi s’opposent et se combattent »²¹. Elle peut être ainsi considérée comme un outil adéquat de substitution d’un dialogue juridique utile à une confrontation juridiquement stérile.

I. Un antagonisme insurmontable en l’état

Les discours des États, qu’ils soutiennent ou s’opposent aux mesures de réaction à l’illicite adoptées par des tiers, révèlent un antagonisme insurmontable en l’état. L’asymétrie à la fois qualitative et quantitative des discours n’est pas étrangère à ce constat. Les États opposés développent un discours diffusé collectivement et annuellement à l’Assemblée générale des Nations Unies, au Conseil des droits de l’homme²², individuellement ou au sein de coalitions plus ou moins larges d’États. Leurs discours politiques se doublent par ailleurs d’argumentaires juridiques substantiellement limités mais néanmoins formellement développés. Par contraste, les discours des États en faveur de ces mesures sont non seulement rares, se limitant à quelques déclarations éparses et jamais collectives – à l’exception de celles de l’Union européenne – mais encore brefs et pauvres juridiquement dans la mesure où ils substituent à une logique de justification une logique politique d’affirmation.

Au-delà de ces éléments contextuels déjà déterminants, l’antagonisme devient insurmontable par le cloisonnement des arguments relatifs à la coexistence pacifique d’États souverains dans l’ordre international d’une part (A) et de ceux qui concernent l’épanouissement des droits de l’homme, de la démocratie ou de l’état de droit dans les ordres juridiques internes d’autre part (B). Cette étanchéité enferme les États dans une opposition stérile et frontale, qui s’interdit tout dialogue utile sur le contenu véritable du différend juridique latent.

A. La coexistence pacifique des États au cœur d’une opposition dogmatique

Le discours d’opposition aux mesures de réaction à l’illicite se fonde en grande partie sur une lecture dogmatique des principes de souveraineté et de coexistence pacifique des États, dans la mesure où la simple possibilité qu’ils entrent en conflit avec la garantie des droits individuels y est inexistante (1). Le discours d’adhésion aux mesures ne pallie pas cet écueil et se borne à postuler leur conformité au regard du droit international (2).

1. Les marqueurs d’opposition

Les États opposés aux mesures étudiées enracinent leurs discours dans le champ lexical de la toute-puissance occidentale et de sa domination incontrôlable. Les mesures seraient autant d’« armes » visant à mettre à pieds les États visés en tirant parti de la puissance économique et monétaire de l’État à l’origine des

²¹ E. MORIN, *La Méthode 2 – La vie de la vie*, Paris, Le Seuil, 2008, p. 243.

²² Voir en ce sens les résolutions annuelles de l’Assemblée générale « droits humains et mesures coercitives unilatérales » (par exemple, la Résolution A/RES/77/214 adoptée le 15 décembre 2022) ou bien les résolutions biennales « Mesures économiques unilatérales utilisées pour exercer une pression politique et économique sur les pays en développement » (par exemple, la résolution A/RES/76/191 adoptée le 17 décembre 2021) ; Voir encore les résolutions annuelles du Conseil des droits de l’homme « Les effets négatifs des mesures coercitives unilatérales sur l’exercice des droits de l’homme » (A/HRC/RES/49/6 adoptée le 31 mars 2022).

mesures²³, aux fins de « procurer des avantages concurrentiels aux entreprises des pays occidentaux »²⁴. Fruits d’une « politique de puissance », d’une « loi de la jungle » substituée à la règle de droit²⁵, elles seraient encore un instrument d’aliénation confinant au « terrorisme économique »²⁶ ou bien a minima un instrument fourbe, motivé par de faux prétextes²⁷, que la démarche paraisse crédible²⁸ ou non²⁹ de la part de l’État visé.

L’argumentaire juridique qui se superpose à ce discours ne se départit jamais de sa visée politique. L’emploi de l’expression « mesure coercitive unilatérale », qui est la seule employée par les États qui y sont opposés, l’illustre lourdement. L’expression agrège sans distinction toute forme de mesures économiques financières ou commerciales unilatérales, considérées dans leur ensemble comme contraires au droit international et n’ayant d’autres motifs, de la part de l’État qui les met en œuvre, que de « contraindre un autre État à lui subordonner l’exercice de ses droits souverains et pour en tirer un avantage quelconque », reprenant en ce sens l’article 32 de la Charte des droits et devoirs économiques des États adoptée par l’AGNU en 1974³⁰. Partant, les discours opposés aux mesures consistent en particulier à les présenter comme grossièrement incompatibles avec un « *UN-based international system* »³¹, composé d’autant de « règles stables et de principes de droit international »³² constituant ensemble une « norme fondamentale de droit international » censée garantir la coexistence pacifique des États³³. Les mesures de réaction à l’illicite adoptées par des tiers ne seraient donc rien d’autre que des modes non pacifiques de règlement des différends³⁴.

²³ Voir en particulier les observations de l’Iran et de la Syrie en réponse au questionnaire de la Rapporteuse Spéciale Alena Douhan « *UCM-Study on the notion, characteristics, legal status, and targets of unilateral sanctions* », 29 janvier 2021, disponible en ligne : <<https://www.ohchr.org/en/calls-for-input/call-submissions-ucm-study-notion-characteristics-legal-status-and-targets>>.

²⁴ Voir en ce sens la position de la Russie in « Mesures économiques unilatérales utilisées pour exercer une pression politique et économique sur les pays en développement », Rapport du Secrétaire général, A/76/310, 30 août 2021.

²⁵ Conférence de presse du 20 mars 2023 tenue par le porte-parole du ministère des Affaires étrangères chinois, disponible en ligne :

<https://www.mfa.gov.cn/fra/xwfw/fyrth/lxjzdh/202303/t20230322_11046955.html>.

²⁶ Voir en ce sens la position de l’Iran exprimée in A/76/310, *op.cit.*, 30 août 2021.

²⁷ L’Assemblée générale condamne depuis 2015 les mesures coercitives mises en œuvre « sous de faux prétextes ». Voir A/RES/69/180 (2015), § 3, et toutes les résolutions ultérieures. Le document final de la dernière Ministérielle du Mouvement des États non alignés condamne encore, à propos des sanctions unilatérales, le fait que « *the rich and powerful countries continue to exercise an inordinate influence in determining the nature and direction of international relations, including economic and trade relations, as well as the rules governing these relations, under the pretext of “Democracy”, “Human Rights” and “Anti-Terrorism”* », *Final document*, Bakou, 5-6 juillet 2023, NAM 2023/CoB/Doc.1, § 8.

²⁸ Cuba considèrerait par exemple « inacceptable » que les États-Unis « manipulent » encore en 2021 la lutte contre le financement du terrorisme en perpétuant leurs mesures sous ce motif et jugeait que ce prétexte avait pu être tourné en ridicule, face à la réalité de la situation. Il est notable que Cuba n’est inscrite sur aucune des listes du GAFI relatives aux juridictions soumises à surveillance renforcée. Voir la Déclaration du représentant de Cuba devant l’AGNU, à l’occasion du projet de résolution A/75/L.97 « Nécessité de lever le blocus économique, commercial et financier imposé par les États-Unis d’Amérique à Cuba » finalement adoptée par 184 États, les votes contre des États-Unis et d’Israël et l’abstention du Brésil, de la Colombie et de l’Ukraine. Voir le Procès-verbal de la 85^{ème} séance plénière de la 75^{ème} session de l’AGNU, A/75/PV.85, p. 20.

²⁹ Dans le cadre des sanctions américaines visant la Chine en réponse à la répression des mouvements démocratiques d’Hong Kong, le porte-parole du Ministère des Affaires étrangères chinois pouvait affirmer que « *supporting media freedom is just a false pretense used by the US to serve its true agenda of destabilizing Hong Kong* ». Il ne s’agit plus alors de contester le bien-fondé du motif invoqué mais d’y opposer un mobile, un « *hidden agenda* » qui correspondrait mieux à la réelle volonté de l’État à l’origine des mesures. Voir en ce sens le communiqué en date du 30 décembre 2021 disponible sur le site de l’ambassade de Chine aux États-Unis : <http://us.china-embassy.gov.cn/eng/fyrth/202112/t20211230_10477568.htm>.

³⁰ Voir en ce sens, A/RES/77/214, « droits humains et mesures coercitives unilatérales », 15 décembre 2022, en particulier son préambule et paragraphe 16.

³¹ Voir en ce sens la position de l’Iran exprimée in A/76/310, *op.cit.*, 30 août 2021.

³² Voir les observations de la Syrie en réponse au questionnaire de la Rapporteuse Spéciale Alena Douhan « *UCM-Study on the notion, characteristics, legal status, and targets of unilateral sanctions* », 29 janvier 2021, disponible en ligne : <<https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/UCM/ReportHRC48/States/submission-syrian-arab-republic.pdf>> (nous traduisons).

³³ Voir par exemple la réponse du Venezuela au questionnaire de la Rapporteuse Spéciale Alena Douhan « *UCM-Study on the notion, characteristics, legal status, and targets of unilateral sanctions* », 29 janvier 2021, *op.cit.*

³⁴ Ce point est particulièrement saillant dans les réponses données par la Syrie, l’Iran et le Venezuela au questionnaire de la Rapporteuse Spéciale Alena Douhan, *op.cit.* Voir également la Déclaration politique de Mexico des Chefs d’États et de gouvernements des États membres de la Communauté d’États latino-américains et caraïbes (CELAC), 18 septembre 2021, § 20, disponible en ligne :

<<https://www.gob.mx/presidencia/documentos/political-declaration-of-mexicocity-celac-2021?tab=>>.

D’aucuns rattachent ce complexe de règles à une certaine vision de l’*international rule of law*, à l’instar de la Chine dont le discours sur l’invalidité des « mesures coercitives unilatérales » dans leur ensemble se fonde sur les « cinq principes de la coexistence pacifique »³⁵ qui structurent sa vision de l’état de droit au niveau international³⁶. C’est encore une certaine vision de l’« état de droit » réduite aux principes déduits de l’égalité souveraine des États qui nourrit le discours juridique du Mouvement des États non alignés pour rejeter la validité de telles mesures³⁷. Cette représentation de l’état de droit est ainsi délestée de toute considération de garantie des droits humains et exclusivement articulée autour de la stabilité des rapports entre États³⁸. L’état de droit fait ici écho à « l’importance essentielle » de la Charte des Nations Unies pour favoriser « le règne du droit parmi les nations » – « *rule of law among nations* » – tel que mentionné dans la « Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies »³⁹. Il ne s’agit alors que d’une simple déclinaison du projet onusien fondé sur l’égalité souveraine des États ; un système institutionnel de sécurité collective ; des mécanismes centralisés de règlement des différends et un droit international codifié et prévisible⁴⁰. Comme le note Olivier Corten, cet « état de droit » n’est qu’« une manière d’exprimer, parfois en les reliant, des règles déjà existantes par ailleurs », sans qu’il n’ait ici une valeur juridique ajoutée. Il constitue en ce sens un « outil rhétorique de légitimation » d’un argumentaire juridique opposé à l’unilatéralisme et ancré dans un droit international de la coexistence, prévisible et indépassable⁴¹.

L’ancrage juridique du discours opposé à ces mesures s’observe encore dans la place attribuée au principe de sécurité juridique, que les États qui mettent en œuvre les mesures entraveraient en « dépossédant » ceux qui les subissent de leurs droits légitimes à ce qu’ils soient respectés par tous⁴². C’est encore la sécurité juridique qui entre en jeu lorsqu’il est allégué que les États mis en cause camoufleraient les violations des droits légitimes des États visés dans une « fausse légalité », fondée sur des concepts non juridiques qui violent par conséquent la souveraineté nationale et le droit des peuples à l’autodétermination⁴³. Le Président chinois exhorte en ce sens les États « [to] *oppose bending international law* », au nom d’une « *rule of law* » dévoyée⁴⁴. Plus explicite encore, le récent « Concept de politique étrangère » de la Russie intègre dans son chapitre dédié à la *rule of law* la priorité de « s’opposer aux tentatives de substituer, revoir et interpréter de façon arbitraire

³⁵ Les cinq principes sont le respect mutuel de l’intégrité territoriale et de la souveraineté, la non-agression mutuelle, la non-ingérence mutuelle dans les affaires intérieures, l’égalité et les avantages réciproques, et la coexistence pacifique. On les retrouve énoncés au paragraphe 12 du préambule de la Constitution de 1982 (version consolidée au 11 mars 2018).

³⁶ Voir en ce sens les références faites à la *rule of law* dans le discours du Président chinois prononcé à l’occasion du sixième anniversaire des « Cinq principes de la coexistence pacifique » le 28 juin 2014, disponible en ligne : <https://www.fmprc.gov.cn/mfa_eng/wjdt_665385/zyjh_665391/201407/t20140701_678184.html> .

³⁷ Le document final de la dernière Ministérielle du Mouvement des États non alignés (Bakou, 5-6 juillet 2023, NAM 2023/CoB/Doc.1) regorge de références croisées à la *rule of law*, la lutte contre les mesures unilatérales et les principes généraux de la coexistence pacifique. Voir par exemple, dans le contexte de la lutte contre la criminalité transnationale organisée le paragraphe 1299. Dans le contexte plus général du développement des États non alignés, voir les §§ 8, 11 et 31.1 lus conjointement avec le § 31.2.

³⁸ Sur les dimensions formelle et substantielle de l’état de droit, voir notamment, G. CAHIN, « Reconstruction et construction de l’État en droit international », *RCADI*, vol. 411, 2020, pp. 400-405.

³⁹ Déclaration inscrite dans la Résolution 2625(XXV) du 24 octobre 1970 de l’Assemblée générale des Nations Unies.

⁴⁰ Voir en ce sens J. VON BERNSTORFF, « The Decay of the International Rule of Law Project (1990-2015) », in H. KRIEGER, G. NOLTE, A. ZIMMERMANN, *The International Rule of Law: Rise or Decline?*, Oxford, OUP, 2019, pp. 33-55, en particulier pp. 35-41.

⁴¹ Voir le rapport général d’O. CORTEN sur « L’État de droit en droit international : Quelle valeur juridique ajoutée ? » in SFDI, *L’État de droit en droit international*, Colloque de Bruxelles, Paris, Pedone, 2009, pp. 1-40, voir en particulier p. 30 et p. 40.

⁴² Déclaration du Représentant de la République islamique d’Iran s’exprimant au nom du groupe des États non alignés devant la sixième commission de l’AGNU (77^{ème} session), « The Rule of Law at the National and International Levels »(Agenda Item 84), 6 Octobre 2022, p. 2 et p. 4. Une position similaire est exprimée par le Représentant du Venezuela, s’exprimant au nom de dix-neuf États réunis sous la bannière du « Group of Friends in Defense of the Charter of the United Nations ». Les déclarations sont disponibles en ligne : <https://www.un.org/en/ga/sixth/77/rule_of_law.shtml>.

⁴³ Réponse du Venezuela au questionnaire de la Rapporteuse Spéciale Alena Douhan « *UCM-Study on the notion, characteristics, legal status, and targets of unilateral sanctions* », 29 janvier 2021, disponible en ligne : <<https://www.ohchr.org/en/calls-for-input/call-submissions-ucm-study-notion-characteristics-legal-status-and-targets>>.

⁴⁴ Discours du Président chinois prononcé à l’occasion du sixième anniversaire des « Cinq principes de la coexistence pacifique » le 28 juin 2014, *op.cit.*

les principes du droit international » tels qu’ils ressortent de la Charte des Nations Unies et de la Déclaration sur les relations amicales et la coopération du 24 octobre 1970⁴⁵.

L’argumentaire évoque encore parfois les règles de compétence qui structurent l’architecture classique, « westphalienne », d’un ordre international organisé autour du principe de liberté de l’État et donc d’une délimitation stricte des sphères de validité des actes accomplis par les pouvoirs constitués de l’ordre juridique interne. Le discours sur la compétence est très orthodoxe, centré sur l’illicéité des mesures qui excèdent la compétence territoriale ou personnelle de l’État⁴⁶. Dans ce schéma, les mesures extraterritoriales dites « secondaires » ne peuvent que violer les « *generally accepted rules of international law governing the jurisdiction of States under international law and consequently [be] unlawful* »⁴⁷. Le discours ne s’aventure jamais au-delà en cherchant par exemple à déminer tout fondement de compétence qui résulterait de l’invocation de la défense de certaines valeurs. Tout au plus la Syrie, faisant peu de cas de la situation des droits de l’homme dans son propre pays, invoque-t-elle la théorie du contrat social pour considérer que toute forme de sanctions ne peut intervenir qu’en réponse à la violation des normes acceptées par l’ensemble d’un groupe donné, de sorte que les mesures soient injustifiables en l’absence de tels « *legal ties* » entre l’autorité qui sanctionne et les cibles des mesures⁴⁸.

En définitive, les « mesures coercitives unilatérales » sont jugées « contraires au droit international, au droit international humanitaire, à la Charte des Nations Unies et aux normes et principes régissant les relations pacifiques entre États »⁴⁹. Leurs auteurs sont ainsi placés dans une posture d’entités responsables devant « s’acquitter des obligations et responsabilités » que leur imposent les instruments internationaux violés, y compris la cessation du fait international illicite et la mise en œuvre de garanties de non-répétition⁵⁰.

Cette conception classique de la structuration du pouvoir dans l’ordre international, qui s’appuie sur des principes généraux figés, devrait susciter en retour des discours juridiques éclairés, fondés sur des interprétations distinctes de la Charte des Nations Unies, ou bien sur une analyse dynamique de l’évolution des titres de compétence. En somme, tout invite à opposer une contradiction implacable sur le sens et la portée des principes juridiques invoqués. Il n’en est rien.

2. Les marqueurs d’adhésion

Les États favorables aux mesures de réaction à l’illicite adoptées par des tiers se gardent bien de sortir de l’ambiguïté à leurs dépens en s’enfermant dans une stratégie juridique hasardeuse dont ils seraient éventuellement comptables dans un prétoire.

La stratégie principale – s’il en est une – consiste à élever la validité au regard du droit international des « sanctions internationales » ou « mesures restrictives » au rang de postulat⁵¹, en misant sur la performativité

⁴⁵ Concept de la Politique étrangère de la Fédération de Russie, 31 mars 2023, § 23.1, traduction non officielle disponible sur le site du Kremlin : <https://mid.ru/en/foreign_policy/fundamental_documents/1860586/?lang=fr>.

⁴⁶ Voir en ce sens les réponses de la Russie (question 2) et de la Syrie (question 5) au questionnaire de la Rapporteuse spéciale Alena Douhan, disponibles en ligne : <<https://www.ohchr.org/en/calls-for-input/call-submissions-ucm-study-notion-characteristics-legal-status-and-targets>>.

⁴⁷ Réponse de l’Iran au questionnaire de la Rapporteuse Spéciale Alena Douhan, *op.cit.*

⁴⁸ Réponse de la Syrie au questionnaire de la Rapporteuse Spéciale Alena Douhan, *op.cit.*, sous question 3.

⁴⁹ Voir par exemple, A/RES/77/214, « droits humains et mesures coercitives unilatérales », 15 décembre 2022, en particulier son préambule.

⁵⁰ Résolution A/RES/77/214 adoptée le 15 décembre 2022, §§ 1, 2 et 14.

⁵¹ Par exemple, selon la Commission européenne, les « sanctions européennes » sont « *fully in line with international law* ». Site internet de la Commission européenne : <https://finance.ec.europa.eu/eu-and-world/sanctions-restrictive-measures_en>. Voir également le *EU Commission Guidance note on the provision of humanitarian aid in compliance with EU restrictive measures (sanctions)*, 30 juin 2022, p. 20, disponible en ligne : <https://finance.ec.europa.eu/system/files/2022-07/220630-humanitarian-aid-guidance-note_en.pdf>.

de l’affirmation, quitte à susciter toutes formes d’interrogations en retour⁵². La structure argumentative du discours est par conséquent relativement invariable et faible juridiquement. Plutôt que de s’aventurer sur le terrain glissant d’un fondement juridique textuel ou coutumier dérivé des principes généraux de la Charte qui justifierait le recours à des « sanctions », le discours consiste avant tout à énoncer qu’elles répondent à des violations préexistantes du droit international que l’Union européenne, par exemple, « *cannot ignore and fail to respond* »⁵³. La position est reprise au mot près par les États membres dans leurs propres déclarations⁵⁴. On la retrouve également dans le discours d’États extérieurs à l’Union⁵⁵.

On pourrait en déduire que le discours promet, en creux, la validité des « *third-parties countermeasures* », en considérant – de manière très discutable – que les mesures d’intérêt général adoptées par les tiers entrent dans la catégorie des réactions intrinsèquement licites que tout État pourrait déclencher dans l’hypothèse de violations de normes *erga omnes* mentionnées dans les articles 48 paragraphe 1 et 54 des Articles de la Commission du droit international sur la responsabilité des États pour faits internationalement illicites⁵⁶. Cette justification n’est toutefois jamais développée dans le discours officiel des États dont l’objet se limite à présenter l’antécédence, couplée à la gravité des violations du droit international attribuées aux États visés, comme la cause essentielle de la validité des mesures qui y répondent⁵⁷. Dans le discours même de l’Union européenne, les mesures seraient dès lors « acceptables dans certaines circonstances » qu’elle définit puis intègre dans son ordre juridique avant de s’y référer au soutien de son postulat⁵⁸.

Voir encore, de manière notable, la Réponse de la Délégation permanente de l’UE auprès du bureau genevois des Nations Unies à la Communication de la Rapporteuse spéciale sur les effets négatifs des mesures coercitives unilatérales sur l’exercice des droits de l’homme, AL OTH 106/2022, 12 décembre 2022, disponible en ligne : <<https://spcommreports.ohchr.org/TMResultsBase/DownloadFile?gId=37290>>.

⁵² L’ancien Rapporteur spécial sur les effets négatifs des mesures coercitives unilatérales sur l’exercice des droits de l’homme a pu questionner ce que l’Union européenne entendait par la conformité au regard du « *public international law in general* », l’invitant à préciser la nature des règles qu’elle estime ne pas violer, tout en suggérant qu’une conduite conforme au droit international et en particulier aux règles du Chapitre VI de la Charte des Nations Unies relatives au règlement pacifique des différends justifierait plutôt de s’engager à abolir de telles mesures. Conseil des droits de l’homme, Rapport du Rapporteur spécial sur les effets négatifs des mesures coercitives unilatérales sur l’exercice des droits de l’homme concernant sa mission auprès de l’Union européenne, 17 juillet 2018, § 13, disponible en ligne : <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G18/215/81/PDF/G1821581.pdf?OpenElement>>

⁵³ Commission européenne, *Sanction Unit*, « general issue of the compatibility of EU sanctions with international legal standards », Lettre adressée à Alena Douhan, 3 novembre 2021, p. 1, disponible en ligne :

<<https://spcommreports.ohchr.org/TMResultsBase/DownloadFile?gId=36702>> ; voir également la réponse de la Délégation permanente de l’UE auprès du Bureau genevois des Nations Unies à la Communication, AL OTH 106/2022, *op.cit.*, p. 1 : « *Sanctions are a key instrument at the EU’s disposal to notably counter breaches of international law* ».

⁵⁴ Voir par exemple les réponses du Danemark et de l’Irlande au questionnaire de la Rapporteuse Spéciale Alena Douhan, *op.cit.* : « *Sanctions are a key instrument at the EU’s disposal in countering breaches of international law* ».

⁵⁵ Selon l’Ukraine, « les sanctions restent également importantes pour rétablir le respect du droit international. Aujourd’hui, il n’y a pas de sanctions qui vont à l’encontre du droit international » (Procès-verbal de la 64^{ème} séance plénière de la 74^{ème} session de l’Assemblée générale des Nations Unies, A/74/PV.64, 11 septembre 2020, dans le cadre des travaux sur la Résolution A/RES/74/306, Action globale et coordonnée face à la pandémie de maladie à coronavirus (COVID-19), voir p. 10). Voir encore, la position de la Suisse selon laquelle « les mesures de ce type sont permises selon les principes juridiques universels du droit international », sans autre justification. « Rapport du Contrôle parlementaire de l’administration à l’intention de la Commission de gestion du Conseil des États », 9 novembre 2017, p. 1831, disponible en ligne : <<https://www.parlament.ch/centers/documents/fr/bericht-gpk-s-2017-11-09-f.pdf>>.

⁵⁶ Sur les enjeux de cette qualification juridique et leur impraticabilité, voir notamment A. HOFER, « Unilateral sanctions as a challenge to the law of state responsibility » in C. BEAUCILLON, (dir.), *Research Handbook on Unilateral and extraterritorial Sanctions*, Cheltenham, EE. Elgar, 2021, en particulier pp. 193-195.

⁵⁷ La réponse apportée par le représentant américain au Conseil des droits de l’homme de l’ONU à l’ancien Rapporteur spécial Idriss Jazairy au sujet des sanctions touchant le Venezuela en constitue sans aucun doute l’illustration la plus éloquente. En deux phrases, celui-ci « *categorically rejects the insinuation that U.S. sanctions against persons in the Maduro regime violate the human rights of people in Venezuela* » avant d’ajouter immédiatement, sans plus de justifications : « *Under President Nicolas Maduro, the Venezuelan government has deliberately and repeatedly violated human rights and fundamental freedoms, including through the use of violence, repression, and criminalization of demonstrations* » : Lettre en date du 22 août 2017, disponible en ligne : <<https://spcommreports.ohchr.org/TMResultsBase/DownloadFile?gId=33670>>.

⁵⁸ Voir la position de l’Union européenne dans le Rapport du SGNU, « Mesures économiques unilatérales utilisées pour exercer une pression politique et économique sur les pays en développement », A/76/310, 30 août 2021, p. 21 : « de telles mesures économiques unilatérales sont acceptables dans certaines circonstances, en particulier si elles sont nécessaires pour combattre le terrorisme et la prolifération des armes de destruction massive ou pour assurer le respect des droits

Une seconde stratégie argumentative consiste pour nombre d’États à rappeler qu’elles n’ont pas de portée « extraterritoriale », par comparaison avec les régimes de mesures américains. Les mesures européennes ne créent pas en effet d’obligations à la charge d’opérateurs économiques en dehors du territoire de l’État considéré, si ce n’est en vertu d’un lien de nationalité généralement accepté – ce qui constitue déjà une forme d’extraterritorialité...⁵⁹. Suffit-il pour autant de distinguer la portée des « sanctions » européennes et américaines pour échapper au grief d’« extraterritorialité » *illicite*⁶⁰ ? Si les mesures unilatérales européennes n’ont pas d’application extraterritoriale au sens propre du terme⁶¹, leurs effets recherchés sont extraterritoriaux, tout autant que leurs incidences déstabilisatrices collatérales. La mesure de leur licéité au regard du facteur de l’« extraterritorialité » est ainsi parfaitement spéculative et en tout état de cause non établie en droit positif.

Les éléments de discours sur l’extraterritorialité ne vont pas au-delà de cette condamnation de principe des mesures américaines. Elle s’accompagne au mieux, dans le cas de l’Union européenne, de références à sa « loi de blocage » censée paralyser les effets des législations extraterritoriales américaines sur le territoire de l’Union et dont les effets sont plus symboliques que pratiques si l’on en croit la passivité de nombreux États occidentaux face aux entreprises qui adoptent un comportement dit de « surconformité ».

En somme, ni l’argument fondé sur la gravité du comportement à l’origine des mesures, ni celui de l’absence alléguée d’extraterritorialité ne constituent des réponses pertinentes aux arguments tirés de l’incompatibilité des « mesures coercitives unilatérales » au regard des principes de souveraineté et de non-ingérence dans les affaires intérieures. En adoptant une posture sans ancrage juridique clair, le discours « occidental » prête naturellement le flanc à la critique d’un « *bending international law* », tout en se refusant de formuler une critique constructive du référentiel « westphalien » qui lui est opposé.

B. Les droits fondamentaux et « valeurs » de l’ordre international au cœur d’une opposition stérile

La nature politique des discours de légitimation des États est tout aussi visible dans la place qui est donnée aux droits fondamentaux internationalement garantis ainsi qu’à certaines valeurs telles que celles liées aux « objectifs de développement durable ».

Les États opposés aux mesures insistent sur leurs effets néfastes sur la réalisation des droits dans les États visés. Les mesures seraient « criminelles », voire des « outils génocidaires »⁶² utilisés dans le cadre d’une « guerre à la santé publique »⁶³. Les résolutions de l’Assemblée générale sont plus mesurées mais voient néanmoins dans les mesures autant d’« entraves » à la « pleine réalisation des droits de l’homme » ainsi qu’au

humains, de la démocratie, de la primauté du droit et de la bonne gouvernance ». Dans une lettre adressée à la Rapporteuse spéciale sur les effets négatifs des mesures coercitives unilatérales, le Service européen de l’action extérieure rattache directement ces circonstances aux objectifs poursuivis par la politique étrangère et de sécurité commune tels qu’énoncés à l’article 21 du Traité instituant l’Union européenne. Voir la lettre datée du 3 novembre 2021, disponible en ligne : <<https://spcommreports.ohchr.org/TMResultsBase/DownloadFile?gId=36702>>.

⁵⁹ Voir en ce sens la position de l’Union européenne in A/76/310, 30 août 2021, *Mesures économiques unilatérales utilisées pour exercer une pression politique et économique sur les pays en développement*, Rapport du Secrétaire général, p. 21. Voir également, Commission européenne, *Sanction Unit*, « general issue of the compatibility of EU sanctions with international legal standards », Lettre adressée à Alena Douhan, 3 novembre 2021, *op.cit.*, p. 2.

⁶⁰ Sur les formes et les degrés d’extraterritorialité des mesures coercitives unilatérales de l’Union, voir C. BEAUCILLON, « The European Union’s position and practice with regard to Unilateral and extraterritorial sanctions » in C. BEAUCILLON (dir.), *Research Handbook on Unilateral and extraterritorial Sanctions*, Cheltenham, EE. Elgar, 2021, en particulier pp. 120-123.

⁶¹ L’application extraterritoriale des sanctions supposerait, à la manière des sanctions dites « secondaires » d’élargir le champ des destinataires de l’obligation d’exécution à des entités qui ne présentent pas – ou très peu – de lien de rattachement avec le territoire de l’État. Sur la distinction entre « application extraterritoriale » et « effets extraterritoriaux », voir encore B. STERN, « Une tentative d’élucidation du concept d’application extraterritoriale », *RQDI*, 1986, vol. 3, pp. 49-78.

⁶² Voir les observations de l’Iran en réponse au questionnaire de la Rapporteuse Spéciale Alena Douhan, *op.cit.*

⁶³ Voir les observations de la Syrie en réponse au questionnaire de la Rapporteuse Spéciale Alena Douhan, *op.cit.*

« droit des personnes et des peuples au développement »⁶⁴. Au nombre des droits invoqués sont généralement cités le droit à la vie, le droit à l’éducation, à la santé... L’Iran invoque la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées ou bien les articles 11 et 12 du PIDESC qui garantissent *inter alia* le droit à un niveau de vie suffisant, le droit d’être à l’abri de la faim, le droit de jouir du meilleur état de santé physique et mentale. Il faut y ajouter le droit à un procès équitable⁶⁵. Sont encore abondamment cités nombre de droits de solidarité dépourvus de valeur juridiquement contraignante dans le contexte des « objectifs de développement durable » adoptés en 2015 dans le Programme de développement durable à l’horizon 2030.

À ces griefs s’ajoute encore une critique féroce des mécanismes d’exemption censés garantir que les mesures ne bloquent pas la fourniture d’aide humanitaire y compris les biens et denrées de première nécessité. Un argument répandu consiste à accuser les États occidentaux d’instrumentaliser ces exemptions pour se dédouaner des violations des droits de l’homme dont ils sont accusés et donc de leur responsabilité, aussi bien juridique que morale⁶⁶. Tantôt « théoriques », « inexistantes ou inapplicables »⁶⁷, tantôt « futiles »⁶⁸, les exemptions auraient toutes pour point commun de servir de prétextes pour justifier une pratique illicite.

Les justifications fournies en réponse par les États en faveur des mesures peuvent sembler inadaptées. Il en va des déclarations si évidentes qu’elles en deviennent contreproductives – soutenir par exemple que les mesures « ne sont en aucun cas destinées à porter atteinte aux économies et aux efforts de développement des pays en développement »⁶⁹. Il en va encore de celles qui se limitent à brandir l’existence d’un mécanisme d’exemption pour nier tout effet défavorable sur les populations, sans s’attarder sur les effets réels de ces exemptions ou bien sur la manière dont le mécanisme s’applique aux biens et services connexes à l’aide humanitaire qui sont notoirement complexes à définir et mettre en œuvre⁷⁰.

Dans le cas de l’Union européenne, le discours de justification s’attarde démesurément sur les garanties procédurales qui découlent du droit à un recours effectif des individus listés plutôt que sur la garantie des droits de l’homme dont devraient bénéficier les populations affectées par les effets collatéraux des mesures économiques sectorielles⁷¹. La simple existence d’un mécanisme d’exemption peut même inciter l’État qui est à l’origine des mesures à imputer leurs conséquences négatives au comportement de l’État ciblé qui devient alors accusé d’être non coopératif avec les entités qui chercheraient en vain à user des exemptions⁷². Ce

⁶⁴ A/RES/77/214, §1. Les résolutions du Conseil des droits de l’homme de l’ONU évoquent quant à elles des « violations » (voir par exemple, A/RES/HRC/49/6, préambule et §§ 8, 20, 31).

⁶⁵ Voir les observations du Guyana en réponse au questionnaire de la Rapporteuse Spéciale Alena Douhan, *op.cit.*, § 3.

⁶⁶ Voir la position de l’Iran dans le Rapport du Secrétaire général, « Mesures économiques unilatérales utilisées pour exercer une pression politique et économique sur les pays en développement », A/76/310, 30 août 2021 : « En fait, les exceptions des États-Unis sur le commerce humanitaire et leur mécanisme de paiement pour la livraison de biens humanitaires servent à décliner toute responsabilité morale et juridique ». Selon la Syrie encore, « les États susmentionnés formulent des allégations contraires à l’éthique quant à l’existence d’exceptions et d’exemptions qui permettent de continuer à répondre aux besoins médicaux, nutritionnels et humanitaires des citoyens des pays visés par les mesures coercitives ». Voir la position de la Syrie in A/76/310, 30 août 2021, *op.cit.*

⁶⁷ Voir les observations de la Syrie en réponse au questionnaire de la Rapporteuse Spéciale Alena Douhan, *op.cit.*

⁶⁸ Voir la déclaration du Représentant de la Fédération de Russie dans le Procès-verbal de la 64^{ème} séance plénière de la 74^{ème} session de l’Assemblée générale des Nations Unies, A/74/PV.64, 11 septembre 2020, dans le cadre des travaux sur la Résolution A/RES/74/306, « Action globale et coordonnée face à la pandémie de maladie à coronavirus (COVID-19) », voir p. 14.

⁶⁹ Voir la position de l’Union européenne in A/76/310, 30 août 2021, *op.cit.*

⁷⁰ Dans sa réponse au questionnaire de la Rapporteuse spéciale, l’Australie « *does not agree with claims that autonomous sanctions have adverse consequences for ordinary civilians. For example, the existence of autonomous sanctions has not prevented the Australian Government from providing humanitarian funding and essential emergency goods such as personal protective equipment to countries to assist with their COVID-19 response* ». Disponible en ligne : <<https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/UCM/ReportHRC48/States/submission-australia.pdf>>

⁷¹ Voir en ce sens la position de l’Union européenne in A/76/310, 30 août 2021, *op.cit.*

⁷² Voir en ce sens la position de la Suisse vis-à-vis de son mécanisme de paiement pour la livraison de biens humanitaires en Iran et les griefs émis à l’encontre de ce dernier face aux pénuries de médicaments : lettre adressée à la Rapporteuse spéciale sur les effets négatifs des mesures coercitives unilatérales en date du 6 avril 2023, disponible en ligne : <<https://spcommreports.ohchr.org/TMResultsBase/DownloadPublicCommunicationFile?gId=27802>>.

Voir dans le même sens et dans les mêmes circonstances la réponse de la Suède vis-à-vis des circonstances dans lesquelles l’Iran bloquerait à sa douane les médicaments acheminés avec le concours de l’UNICEF. Lettre du Ministère des affaires étrangères de Suède en date du 9 décembre 2022. Disponible en ligne : <<https://spcommreports.ohchr.org/TMResultsBase/DownloadFile?gId=37281>>.

renversement des valeurs témoigne de la nécessité d’encadrer par le droit international les activités « déterritorialisées » dont les effets, qu’ils soient prévus ou inattendus, ont le potentiel de causer de graves atteintes aux droits de la personne humaine en l’absence de cadres constitutionnels nationaux appropriés. En l’occurrence, la substitution du pouvoir de sanction des autorités nationales par celui d’autorités étrangères peut placer les individus touchés dans une situation d’incapacité absolue de faire valoir leurs droits violés devant les institutions nationales auxquelles ils se rattachent. Il suffit pour s’en convaincre d’observer combien le Règlement de blocage de l’Union européenne qui est pourtant sensé prémunir les entreprises européennes contre le risque d’avoir à s’acquitter d’une sanction pécuniaire américaine ne joue pas lui-même effectivement ce rôle⁷³. De ce point de vue, les mesures de réaction à l’illicite adoptées par des États tiers ont le potentiel de nuire gravement à la garantie des droits et à travers elle, à l’état de droit au niveau national.

En l’état actuel, ni les discours relatifs à la coexistence pacifique des États, ni ceux qui concernent la garantie des droits ne sont construits d’une manière à emporter la conviction que les mesures sont valides ou invalides au regard du droit international positif. Plus fondamentalement, c’est l’absence de toute interaction entre l’invocation d’un droit interétatique figé et du droit international de la personne humaine qui forge une opposition stérile du point de vue de la production du droit international. Les éléments superficiels qui ressortent de cette opposition semblent pourtant masquer une confrontation profonde sur l’étendue et les formes de l’intégration dans le droit général de la coexistence pacifique des normes relatives à la garantie des droits humains et au contrôle des activités de l’État dans l’ordre juridique interne. Ce constat, qu’il convient de substantier, autorise, au moins à titre d’hypothèse heuristique, à envisager l’apport de la dialectique du « constitutionnalisme global » aux discours de légitimation juridique des mesures de réaction à l’illicite adoptées par des tiers.

II. Une hypothèse heuristique : l’apport de la dialectique du « constitutionnalisme global » aux discours de légitimation juridique

Il peut paraître déroutant au premier abord de considérer la dialectique du « constitutionnalisme global » comme une méthode utile à une quelconque entreprise de rationalisation d’un différend juridique objectif. Ses détracteurs n’y voient en effet qu’un projet normatif partial, exaltant une vision occidentale et libérale de la pensée juridique derrière une prétendue société internationale qui partagerait des valeurs constitutionnelles communes⁷⁴. Ses promoteurs insistent au contraire sur l’« outil analytique » empirique et neutre que cette dialectique offre pour le raisonnement juridique⁷⁵. C’est en cette qualité d’outil analytique que cette dialectique est essentiellement pertinente pour ramener sur le terrain de la rationalité juridique une controverse qui concerne à un titre ou un autre la transformation de l’ordre juridique international par des valeurs puisant leur source dans les ordres constitutionnels internes (A). C’est en cette qualité encore que cette dialectique est spécifiquement pertinente dans le contexte de la rationalisation des discours sur les mesures de réaction à l’illicite adoptées par des tiers (B).

A. Un outil essentiellement pertinent

⁷³ Qu’il nous soit permis de renvoyer sur ce point à des travaux antérieurs : D. VENTURA, « Contemporary blocking statutes and regulations in the face of unilateral and extraterritorial sanctions » in C. BEAUCILLON (dir.), *Research Handbook on Unilateral and Extraterritorial Sanctions*, E. Elgar Publishing, 2021, 512 p., pp. 221-238.

⁷⁴ Voir en ce sens l’analyse de Jean d’Aspremont des argumentaires les plus critiques vis-à-vis du constitutionnalisme global : J. D’ASPREMONT, « International Legal Constitutionalism, Legal Forms, and the Need for Villains », in A.F. LANG et A. WIENER (dir.), *Handbook on Global Constitutionalism*, Londres, Elgar, 2017, pp. 155-169, également disponible dans sa version SSRN : *ACIL Research Paper 2016-15*, disponible en ligne : < https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2836930>.

⁷⁵ A. PETERS, « Le constitutionnalisme global : crise ou consolidation ? », *Jus Politicum*, vol. 19, 2018, p. 60.

La dialectique du constitutionnalisme global est un cadre de pensée ancré dans le réel et dont l’ambition n’est pas d’opposer un droit idéaliste, réputé déconnecté des réalités souveraines de l’ordre international, à un droit réputé établi et fossilisé dans la souveraineté de l’État⁷⁶. Ici comme ailleurs, « certaines confrontations semblent à première vue stériles »⁷⁷. Ces confrontations appellent ici deux séries de commentaires.

Il est possible, en premier lieu, d’isoler l’outil analytique du projet normatif tant décrié. En tant qu’outil, la dialectique du constitutionnalisme global est utile à l’étude du phénomène de « réorganisation structurelle du milieu international en fonction de valeurs traduites en principes juridiques »⁷⁸. Or, ce phénomène est incontestablement à l’œuvre et peut être décrit objectivement pour ce qu’il est : un mouvement de réimportation dans l’ordre international des principes constitutionnels internes d’état de droit, de droits de l’homme et de démocratie, entendus en tant que principes visant à « compenser » les problèmes d’échelle globale issus de la mondialisation et qui ici concurrencent, ou là neutralisent, les fonctions constitutionnelles traditionnelles des États⁷⁹. Ces problèmes d’échelle globale sont extrêmement divers. Ils peuvent concerner une certaine « gouvernance » privée mondialisée prenant le pas d’activités régaliennes classiques, qu’elles soient militaires, financières, relatives à la santé voire à l’élaboration des lois... Ils peuvent encore intéresser les activités d’États puissants dont les conséquences transfrontières – voulues comme imprévues – laissent les populations ou les États touchés dans une situation de vulnérabilité que leurs normes et institutions internes ne peuvent à elles seules pallier. C’est précisément le cas des mesures de réaction à l’illicite adoptées par des tiers et qui sont motivées par la lutte contre les violations universelles du droit international des droits de l’homme, les atteintes à la démocratie ou à l’État de droit. Entendu comme tel, l’outil que constitue la dialectique du « constitutionnalisme global » est utile à l’appréhension des phénomènes peu réglementés en droit international et dont les enjeux concernent la réimportation dans l’ordre international des principes constitutionnels internes qui justifiaient un phénomène similaire jusqu’ici géographiquement situé dans les limites d’un ordre constitutionnel donné. Le projet constitutionnaliste global décrit alors la multitude de processus simultanés de « micro-constitutionnalisation » sectorielle *dans* l’ordre international, aisément identifiables et peu contestables⁸⁰. Ces processus concernent par exemple des réformes institutionnelles d’organisations internationales, la création ou la réforme de mécanismes internationaux de contrôle, de sanction et plus généralement d’« *accountability* », ou encore la prise en compte par des juridictions internationales ou régionales du droit international des droits de l’homme comme limite d’ordre public à l’action des sujets de droit international. Evelyne Lagrange nous met ainsi en garde de ce que l’observation empirique d’« épiphénomènes localisés » doit être envisagée ni plus ni moins comme un travail descriptif sectoriel qui ne saurait être confondu avec l’observation d’un phénomène global qui sous-estimerait par exemple « la résistance de l’infrastructure westphalienne »⁸¹. C’est précisément en cette qualité d’« épiphénomène localisé » que la dialectique du constitutionnalisme global semble pouvoir être mobilisée pour appréhender les mesures étudiées.

⁷⁶ Comment, de ce point de vue, ne pas souscrire à l’opinion d’Anne Peters selon laquelle « *idealistic scholarship could commit the crime of omission. By wasting energy for illusionary projects, scholars omit to work on nitty gritty, pragmatic, feasible legal constructs. However, I submit that any work of modest refinement and improvement of the law benefits from exposure to other scholars’ grand designs, and be it only in order to stimulate more exacting analysis* » : A. PETERS, « The Rise and Decline of the International Rule of Law and the Job of Scholars » in H. KRIEGER, G. NOLTE, AND A. ZIMMERMANN (dir.), *The International Rule of Law, Rise or Decline?*, Oxford, OUP, 2019, p. 63.

⁷⁷ M. ALTWEGG-BOUSSAC, « Le constitutionnalisme global, quels espaces pour la discussion ? », *Jus Politicum*, n°19, janvier 2018, p. 15.

⁷⁸ Voir en ce sens, E. LAGRANGE, « Constitution, constitutionnalisation, constitutionnalismes globaux – Et la compétence dans tout cela ? », *Jus Politicum*, n°20-21, juillet 2018, pp. 309.

⁷⁹ Sur la « trinité constitutionnaliste » que représentent les principes d’état de droit, de démocratie et de droits de l’homme, voir en particulier M. KUMM, A. LANG, J. TULLY AND A. WIENER, « How large is the world of global constitutionalism? », *Global Constitutionalism*, 2014, n°3, p. 3.

⁸⁰ Nous renvoyons ici encore à l’étude de Jean d’Aspremont, *ACIL Research Paper 2016-15, op.cit.*, en particulier pp. 7-8.

⁸¹ E. LAGRANGE, « Constitution, constitutionnalisation, constitutionnalismes globaux... », *op.cit.*, p. 319.

Le second commentaire est que le « constitutionnalisme global » est un projet qui est plus que jamais « dompté », façonné, repris à son compte, non seulement par une doctrine non occidentale⁸², mais encore par les États non occidentaux eux-mêmes, conscients que l’élan constitutionnaliste de transformation graduelle de l’ordre juridique international au regard de certaines valeurs constitutionnelles d’origine interne est un terrain d’affrontements idéologiques et juridiques qui ne peut rester sans résistance. Un exemple caractéristique l’illustre tout à fait : la promotion annuelle au sein de l’Assemblée générale des Nations Unies d’un « ordre international démocratique et équitable » par un groupe hétéroclite de cent vingt à cent trente États et rejeté systématiquement par la cinquantaine d’États occidentaux membres des Nations Unies⁸³. Ces résolutions promeuvent « l’interdépendance de la démocratie, du développement et du respect des droits de l’homme » dans l’ordre international. À cette fin, elles plaident par exemple pour la consolidation d’institutions internationales « transparentes, démocratiques, justes et comptables de leurs actes », et établissent un va-et-vient entre l’épanouissement d’une « mondialisation pleinement équitable et profitable à tous » et « la nécessité de voir consacrer et respecter l’état de droit par tous aux niveaux national et international ». Toute l’ingéniosité de ces résolutions, de ce « *code for resistance by the developing world against perceived Western domination and intervention* »⁸⁴ réside précisément dans l’appropriation d’un langage constitutionnaliste réputé occidental pour en revendiquer une portée, parfois un sens distinct, dans l’ordre international comme dans les ordres internes.

De ces deux séries de commentaires se dégage l’intuition que la dialectique du « constitutionnalisme global » a tout d’une méthode séduisante – et pourquoi pas utile – pour recentrer sur le terrain de la rationalité juridique une controverse qui concerne à un titre ou un autre cette réorganisation structurelle du milieu international. N’est-ce pas précisément le cas des mesures de réaction à l’illicite adoptées par des tiers ?

B. Un outil spécifiquement pertinent

Si Anne Peters souligne le risque de dévaluer le concept de « constitutionnalisme global » en l’appliquant trop rapidement à toute norme ou tout mécanisme de droit international encadrant le pouvoir des États, il est néanmoins indéniable que les accusations réciproques de violations du droit international, en soutien ou en opposition aux mesures de réaction à l’illicite adoptées par des tiers, alimentent une controverse qui s’inscrit immédiatement dans ce cadre de pensée⁸⁵.

En effet, derrière les discours de façade, l’opposition des États se cristallise autour de l’étendue de l’exercice légitime du pouvoir de l’État : dans l’ordre juridique international d’abord puisque ces mesures reposent sur la prétention indicible selon laquelle les compétences de l’État ne sont plus uniquement envisageables par référence aux liens qui les unissent à la souveraineté territoriale de l’État mais à un certain nombre de normes ou valeurs fondamentales de portée universelle ; dans les ordres juridiques internes ensuite puisque les motifs qui président à l’adoption des mesures répondent à la violation supposée de normes juridiques censées être garanties aussi bien dans l’ordre juridique de l’État visé que dans celui de l’État à

⁸² Voir par exemple, S. BHANDARI, *Global Constitutionalism and the Path of International Law: Transformation of Law and State in the Globalized World*, Leiden, Brill, 2016, pp. 1-52. Voir également, sur ce sujet, les contributions de l’ouvrage collectif dirigé par T. SUAMI, A. PETERS, D. VANOVERBEKE, M. KUMM (dir.), *Global Constitutionalism from European and East Asian Perspectives*, Cambridge, CUP, 2018, 623 p.

⁸³ Voir en ce sens la Résolution A/RES/77/215 de l’AGNU, « Promotion d’un ordre international démocratique et équitable », adoptée le 15 décembre 2022.

⁸⁴ H. CHARLESWORTH, « International Legal Encounters with Democracy », *Global Policy*, 2017, vol. 8, supp. 6, p. 35.

⁸⁵ Anne Peters insiste, par exemple, sur le fait que « judicial review and a diminished role for state consent could be descriptively analysed and normatively propagated without introducing the concept of ‘constitutionalism’ », A. PETERS, « conclusions » in J. KLABBERS, A. PETERS, G. ULFSTEIN, *The Constitutionnalization of International Law*, Oxford, OUP, 2009, p. 345.

l’origine des mesures. La controverse juridique profonde oppose ainsi les États sur le rôle du droit international dans sa double capacité,

- à contenir en le délimitant le pouvoir des États d’exercer des activités de puissance publique justifiées par la défense de certaines valeurs et destinées à produire des effets en dehors de leurs territoires ;
- à garantir dans le même temps aux individus qui subissent les effets de ces mesures les droits légitimes qu’ils ne peuvent plus faire valoir utilement devant leurs propres institutions nationales.

De ce point de vue, admettre ou rejeter le principe de la validité des mesures de réaction à l’illicite adoptées par les tiers revient dans les deux cas à prendre position sur une évolution sans précédent des rapports entretenus entre l’ordre juridique international et les ordres juridiques internes. Il n’est à l’évidence pas nouveau que le premier conditionne par ses normes l’exercice de certains pouvoirs de l’État au sein des seconds, ce dont attestent nombre de conventions internationales en matière de droits de l’homme. Il est toutefois révolutionnaire d’imaginer que celui-ci valide l’habilitation de ceux-là à devenir les garants universels de la bonne application de normes « constitutionnelles » – comme les droits de l’homme, la démocratie ou l’état de droit – par le recours à des moyens coercitifs. C’est pourtant précisément ce que postulent les États partisans de ces mesures lorsqu’ils sanctionnent les atteintes à la démocratie ou bien à l’état de droit dans un États tiers (par exemple, le rejet des résultats d’élections libres, un changement inconstitutionnel de régime, des réformes institutionnelles jugées contraires à l’état de droit, des pratiques de corruption généralisée...) ou bien encore les atteintes aux droits et libertés individuelles internationalement garanties. Ces mesures s’inscrivent en creux dans la perspective de l’épanouissement – et corrélativement, pour les États opposés, du rejet – d’une certaine conception des droits de l’homme, de la démocratie et de l’état de droit qui ne serait ni nationale ni même internationale mais bien universelle.

Encore convient-il que les États revendiquent, et admettent, le caractère latent du dialogue constitutionnaliste que leurs discours respectifs invitent à mener... La proposition serait certainement naïve si les États, partisans comme détracteurs des mesures, ne s’étaient pas déjà emparés de ce cadre de pensée. Or, les États même opposés aux mesures étudiées admettent très largement que des « fragments constitutionnels » dispersés mais reliés entre différents ordres et niveaux d’ordres juridiques puissent limiter le pouvoir de l’État dans des domaines qui lui étaient traditionnellement exclusifs⁸⁶. Il suffit pour le constater de se détourner un instant du seul référentiel des mesures de réaction à l’illicite adoptées par les tiers pour voir combien cette dialectique est déjà présente sur d’autres terrains controversés et combien cela ouvre des perspectives crédibles d’esquisse d’un dialogue utile et pourquoi pas fécond sur les mesures étudiées. De nombreux travaux entrepris par les États dans leur ensemble abordent en effet, à un titre ou à un autre, la question de l’intégration dans l’ordre juridique international de certaines normes d’origine interne relatives à l’état de droit, à la démocratie et aux droits de l’homme.

Ces travaux témoignent ici de la versatilité des États qui peuvent tour à tour éluder toute dimension constitutionnaliste de leurs discours sur les mesures de réaction à l’illicite adoptées par les tiers, puis la rendre parfaitement explicite dans d’autres catégories de travaux plus consensuels et programmatiques sur la garantie des droits humains et l’égalité de droits, l’indépendance de la justice, la stabilité et le renforcement des institutions voire des services publics en général et même, les conditions de participation de la société civile aux processus de gestion des affaires publiques. L’étude exhaustive de ces travaux permettrait sans doute d’affiner et de crédibiliser les suggestions ici émises, mais nuirait à la clarté du propos qui n’a d’autre ambition, ici, que de nourrir une heuristique sur la pertinence de la dialectique constitutionnaliste dans le contexte du dialogue des États sur les mesures de réaction à l’illicite adoptées par les tiers. À cette fin, il est possible de s’accommoder des seuls travaux menés depuis plus de quinze ans à la sixième Commission de l’Assemblée générale des Nations Unies sur « l’état de droit aux niveaux national et international », compte tenu des liens

⁸⁶ Pour reprendre la théorie des « fragments constitutionnels » de Gunther Teubner : G. TEUBNER, *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism in the Globalization*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 52.

que ces travaux entretiennent avec la controverse sur la validité des mesures de réaction à l’illicite adoptées par les tiers⁸⁷.

III. Un différend juridique en puissance

Les travaux menés à la sixième Commission de l’Assemblée générale des Nations Unies sur « l’état de droit aux niveaux national et international » recourent les enjeux juridiques de la controverse sur les mesures de réaction à l’illicite adoptées par des tiers tout en participant très directement de la dialectique constitutionnaliste globale. Ils renforcent le bien-fondé de l’hypothèse selon laquelle cette dialectique est utile pour la détermination du différend juridique qui oppose les États vis-à-vis des mesures de réaction à l’illicite adoptées par des tiers (A). Ces constats autorisent à entrebâiller seulement certaines perspectives juridiques de réorientation du discours (B).

A. Un cadre propice à l’épanouissement de la dialectique constitutionnaliste : Les travaux onusiens sur l’état de droit

Les travaux sur « l’état de droit aux niveaux national et international » menés à la sixième Commission de l’Assemblée générale des Nations Unies s’inscrivent dans une démarche de dialogue sur l’enrichissement progressif du droit international public par référence aux normes et principes qui visent traditionnellement à limiter le pouvoir de l’État dans l’ordre interne. Ils tranchent résolument avec la politique onusienne adoptée au sortir de la guerre froide en faveur d’une « culture démocratique » libérale considérée comme modèle sans alternative dont le droit à des élections libres serait le fondement même⁸⁸. À cette logique d’imposition d’une certaine vision libérale de la démocratie – Stefan Oeter parle en ce sens de « *constitutional transplants* » dans un pays donné⁸⁹ – se substitue ici un dialogue dans lequel les concepts de démocratie, d’état de droit et de droits humains s’entendent comme autant de valeurs équivoques qui convergent néanmoins toutes dans le dessein de « rétablir la confiance publique » et de « repenser le contrat social, à la base même des rapports entre l’individu, la collectivité et l’État »⁹⁰. Ainsi, les travaux de la sixième Commission admettent que des représentations partiellement divergentes de l’État de droit ne s’opposent pas à l’épanouissement d’un état de droit « universellement observé et institué aux niveaux national et international »⁹¹. Ce changement de mentalité illustre le constat établi en doctrine selon lequel « le constitutionnalisme comme système idéal et mode de gouvernance n’est plus l’apanage exclusif des États occidentaux » mais qu’il existe bel et bien un

⁸⁷ Voir notamment la résolution A/RES/61/39 adoptée le 4 décembre 2006 ainsi que la « Déclaration de la réunion de haut niveau de l’Assemblée générale sur l’état de droit aux niveaux national et international » inscrite dans la résolution A/RES/67/1 adoptée le 24 septembre 2012.

⁸⁸ Rapport du Secrétaire général Boutros Boutros-Ghali, « Appui du système des Nations Unies aux efforts déployés par les gouvernements pour promouvoir et consolider les démocraties nouvelles ou rétablies », A/50/332, 7 août 1995. Des marqueurs clairs de cette idéologie se retrouvent encore ici ou là dans le discours de certains États qui renvoient explicitement à la conception universaliste et consensuelle de la *Rule of law* développée par Friedrich Hayek, à l’origine de l’économie de marché des démocraties libérales. Voir par exemple la déclaration du représentant de la Slovénie devant la sixième commission de l’AGNU (77^{ème} session), *The Rule of Law at the national and international levels*, Agenda item 84, octobre 2022, disponible en ligne :

<https://www.un.org/en/ga/sixth/77/pdfs/statements/rule_of_law/07mtg_slovenia.pdf>.

⁸⁹ S. OETER, « Democracy – Fundamental Building-Block of the International Order? » in D.E. KHAN, E. LAGRANGE, S. OETER, C. WALTER (dir.), *Democracy and Sovereignty*, op.cit., p. 21.

⁹⁰ Rapport du Secrétaire général des Nations Unies, « Renforcement et coordination de l’action des Nations Unies dans le domaine de l’état de droit », 26 juillet 2021, A/76/235, § 3.

⁹¹ Voir en ce sens le quatrième paragraphe du préambule de la Résolution 76/117 adoptée le 9 décembre 2021 sur l’« état de droit aux niveaux national et international ».

« constitutionnalisme extra-occidental » qui n’est pas nécessairement identique au constitutionnalisme occidental mais dont peut néanmoins émerger un dialogue utile et fédérateur⁹².

Les travaux sur l’État de droit poursuivent deux objectifs enchevêtrés qui recourent immédiatement certains enjeux juridiques de la controverse sur les mesures unilatérales de réaction à l’illicite. Le premier d’entre eux concerne l’état de droit au niveau national et concerne la fonction « compensatrice » du droit international public, palliant les insuffisances du droit constitutionnel interne face aux activités de gouvernance mondialisée ayant le potentiel d’affecter les libertés individuelles dans l’ordre juridique interne⁹³. Il en va justement des mesures de réaction à l’illicite adoptées par des États tiers qui sont une parfaite illustration de telles activités affectant les libertés individuelles.

Le second objectif concerne l’état de droit au niveau international et ambitionne de retranscrire ce principe d’origine interne dans l’ordre international afin d’y forger des notions propres d’« état de droit » et de « démocratie » au sein desquelles une communauté d’États effectivement égaux en droits et dans leur soumission aux règles du droit international accepteraient par exemple la primauté du droit et le règlement juridictionnel obligatoire de leurs différends. Ici encore, l’anarchie qui caractérise l’appréciation ou la contestation des mesures de réaction à l’illicite adoptées par des États tiers est symptomatique de comportements ayant vocation à être abordés au titre des travaux sur l’état de droit au niveau international.

Le dialogue entretenu sur l’état de droit, tant au niveau national (1) qu’international (2), et que ce soit à chaque fois dans sa dimension substantielle – le modèle d’état de droit promu – ou bien dans sa dimension formelle – les conditions de sa réalisation – illustre l’unité dialectique ou « dialogique » appelée de nos vœux, entre des logiques qui se rejettent, se tolèrent et se nourrissent l’une l’autre en même temps, les invitant naturellement à se confronter et être dépassées. Ce dialogue fécond invite les États à le prolonger en y intégrant explicitement les mesures unilatérales de réaction à l’illicite adoptées par des tiers.

1. Le dialogue sur l’état de droit au niveau national

Les discours sur l’état de droit au niveau national façonnent progressivement le contenu substantiel de la notion en droit international public. Indépendamment des divergences de visions ou de sensibilités que les États entretiennent vis-à-vis de cette notion équivoque, tous admettent la fonction « compensatrice » du droit international pour résoudre les failles contemporaines de l’état de droit au niveau national. Ce dialogue entre donc directement en résonance avec celui que pourraient tenir les États quant aux motifs justifiant l’imposition de mesures de réaction à l’illicite répondant à des violations de l’état de droit. Il en constitue en quelque sorte un dialogue préalable.

Les déclarations du groupe des « États nordiques »⁹⁴, des Pays regroupés sous l’acronyme « CANZ »⁹⁵, ainsi que de la Corée du sud⁹⁶, qui sont tous en faveur des mesures étudiées, mettent par exemple l’accent sur

⁹² Voir en ce sens les développements d’A. PETERS, « Le constitutionnalisme global : Crise ou consolidation », *Jus Politicum*, vol. 19, janvier 2018, pp. 68-69.

⁹³ Voir en ce sens les développements d’A. PETERS, « Le constitutionnalisme global : Crise ou consolidation », *Jus Politicum*, vol. 19, janvier 2018, pp. 63-64. L’auteur renvoie sur ce point à l’analyse de M. KUMM, « The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism: An Integrated Conception of Public Law », *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2013, n°20, p. 605-628.

⁹⁴ Déclaration du représentant de l’Islande, s’exprimant au nom du Danemark, de la Finlande, de l’Islande, de la Norvège et de la Suède devant la sixième commission de l’AGNU (77^{ème} session), *The Rule of Law at the national and international levels*, Agenda item 84, 6 octobre 2022, disponible en ligne :

<https://www.un.org/en/ga/sixth/77/pdfs/statements/rule_of_law/06mtg_nordic.pdf>.

⁹⁵ Déclaration du représentant de la Nouvelle-Zélande, s’exprimant au nom de l’Australie, du Canada et de la Nouvelle-Zélande, *ibid.*, 6 octobre 2022, disponible en ligne :

<https://www.un.org/en/ga/sixth/77/pdfs/statements/rule_of_law/06mtg_canz.pdf>.

⁹⁶ Déclaration du représentant de la Corée du Sud, *ibid.*, 7 octobre 2022, disponible en ligne :

<https://www.un.org/en/ga/sixth/77/pdfs/statements/rule_of_law/07mtg_rok.pdf>.

le rôle du droit international pour la protection de l’individu dans l’ordre interne, le soutien aux institutions judiciaires ou bien encore la confiance dans des institutions transparentes et comptables de leurs actes. Ces prises de positions ne sont pas incompatibles avec celles que l’on retrouve dans les discours d’États opposés aux mesures de réaction à l’illicite. Le Maroc, s’exprimant au nom du groupe des États africains, ou bien l’Iran, s’exprimant au nom du groupe des États non alignés, plaident pour que les Nations Unies offrent aux États une assistance technique « à la demande » pour renforcer l’état de droit au niveau national et se faisant, renforcent leur capacité de s’acquitter de leurs obligations internationales qui y sont relatives⁹⁷. On retrouve au titre de ces obligations la lutte contre la corruption ainsi que la transparence et l’accès à la justice, envisagés comme autant de leviers de développement économique et donc de lutte contre la pauvreté⁹⁸. La dimension « compensatrice » du droit international prévaut encore au sein du « groupe des amis de l’état de droit » qui réunit quant à lui des États partisans comme opposés aux mesures de réaction à l’illicite en en promouvant une vision consensuelle minimale, expurgée de toutes références à la démocratie ou bien aux droits de l’homme⁹⁹. Les références y sont faites à la « gouvernance prévisible » fondée sur des institutions fiables et comptables de leurs actes, au principe de « *fairness* » dans l’application prévisible du droit et donc à des principes généraux que nous qualifions de constitutionnels en ce qu’ils participent à ordonner dans une certaine mesure la coexistence des pluralismes des ordres juridiques nationaux¹⁰⁰.

De manière notable, les États du « Groupe des amis de la défense de la Charte des Nations Unies » qui réunit autour du Venezuela des États qui sont tous de virulents détracteurs des « mesures coercitives unilatérales », joignent à cet exercice des éléments qui concernent directement ces mesures¹⁰¹. Ils ne nient pas l’intérêt de discuter du rôle du droit international dans la détermination du contenu de l’« état de droit », à la fois pour favoriser la convergence et le renforcement mutuel des droits constitutionnels nationaux¹⁰², ou bien pour ancrer la primauté et la garantie du droit dans l’ordre international¹⁰³. Cela étant, ils considèrent que les « mesures coercitives unilatérales » ne participent d’aucune de ces deux dynamiques et jugent – à juste titre – que le forum annuel sur l’état de droit est tout à fait approprié pour le faire savoir. Ainsi, les variations minces mais réelles entre les discours qu’émettent ces États dans le contexte des « mesures coercitives unilatérales » et dans celui sur l’état de droit mettent précisément le doigt sur le nœud de la controverse, et démontrent combien celle-ci est enracinée dans la dialectique de l’état de droit au sens large du terme avant de l’être dans celle des principes de la Déclaration sur les relations amicales entre les États. La Syrie considère en ce sens que les effets pratiques des « mesures coercitives unilatérales » n’œuvrent pas à la promotion et la défense de

⁹⁷ Déclaration du représentant du Maroc, s’exprimant au nom du Groupe des États africains, *ibid.*, 7 octobre 2022, disponible en ligne :

<https://www.un.org/en/ga/sixth/77/pdfs/statements/rule_of_law/07mtg_african_group.pdf>. Voir également, la déclaration faite par l’Iran au nom du Mouvement des États non alignés *Ibid.*, 6 octobre 2022, disponible en ligne :

<https://www.un.org/en/ga/sixth/77/pdfs/statements/rule_of_law/06mtg_nam.pdf>.
⁹⁸ Voir la déclaration du représentant du Cambodge, s’exprimant au nom de l’Association des nations de l’Asie du Sud-Est, *ibid.*, disponible en ligne :

<https://www.un.org/en/ga/sixth/77/pdfs/statements/rule_of_law/06mtg_asean.pdf>

⁹⁹ Voir la déclaration du représentant de l’Autriche, s’exprimant au nom du « Group of friends of the rule of law » devant la sixième commission de l’AGNU (77^{ème} session), *The Rule of Law at the national and international levels*, Agenda item 84, 6 octobre 2022, disponible en ligne :

<https://www.un.org/en/ga/sixth/77/pdfs/statements/rule_of_law/06mtg_friends.pdf>.

¹⁰⁰ Le principe de l’état de droit au niveau interne intégrerait alors l’ordre juridique international dans une logique comparable à ce qu’Evelyne Lagrange qualifie de « pluralisme juridique [...] tempéré par des principes constitutionnels [...] propres [à l’ordre juridique international] ». E. LAGRANGE, « Constitution, constitutionnalisation, constitutionnalisme globaux », *op.cit.*, p. 313.

¹⁰¹ Voir en ce sens la déclaration du Venezuela, s’exprimant au nom du groupe des amis pour la défense de la Charte des Nations Unies, *Ibid.*, disponible en ligne :

<https://www.un.org/en/ga/sixth/77/pdfs/statements/rule_of_law/06mtg_charter_defense.pdf>.

¹⁰² Ce qui ressort notamment du fait que ces États souscrivent par ailleurs presque tous aux déclarations du groupe des États non alignés.

¹⁰³ Ce qui ressort explicitement de la déclaration du Venezuela s’exprimant au nom du groupe des amis pour la défense de la Charte des Nations Unies, *op.cit.*

l’état de droit dans l’ordre interne¹⁰⁴. Dans le même esprit, le Cameroun insiste sur le fait que l’absence de consensus en droit international public sur le contenu de l’état de droit dans l’ordre interne, au sujet duquel il n’existerait que « des faisceaux d’éléments y relatifs », interdirait que la notion « prêt[e] le flanc à la distribution des bons ou des mauvais points »¹⁰⁵.

Même minimale, cette incursion des « mesures coercitives unilatérales » dans le discours sur l’état de droit au niveau national ne pourrait pas être plus à propos. En effet, l’Union européenne¹⁰⁶, le Canada¹⁰⁷, ou encore l’Australie¹⁰⁸ revendiquent tous explicitement la défense des droits de l’homme et une certaine vision de l’état de droit au niveau national pour justifier leurs mesures unilatérales. Tous ont donc un intérêt immédiat à s’en justifier dans leurs discours produits devant la sixième Commission et à établir les passerelles qui s’imposent entre la promotion de l’état de droit et les moyens d’en garantir la mise en œuvre.

2. Le dialogue sur l’état de droit au niveau international

La situation n’est pas fondamentalement différente s’agissant de l’état de droit au niveau international. La très grande majorité des États favorables aux mesures unilatérales de réaction à l’illicite évoquent dans ce contexte le respect et la bonne foi dans l’application des principes de la Charte des Nations Unies en tant que pilier de l’ordre international, sous le contrôle de la Cour internationale de Justice dont les États devraient accepter la compétence obligatoire¹⁰⁹. Sans contester ces éléments, le Groupe des États d’Afrique, l’Inde ou encore le Brésil mettent en avant une « *people-centred approach to the rule of law* » à l’échelle internationale, qu’ils déclinent par une plus grande représentativité des pays en développement dans l’architecture institutionnelle multilatérale (Inde) et partant, une distribution et répartition de l’aide internationale plus efficace et qui tient compte des besoins individuels (Groupe des États africains) ou bien encore une réforme du conseil de sécurité (Inde, Brésil). Dans le même sens, le groupe des États non alignés, qui regroupe par

¹⁰⁴ Dans les mots du représentant de la Syrie, par exemple, « à l’heure actuelle, certains gouvernements cherchent à imposer des lois au niveau international par le biais de mesures coercitives unilatérales qui violent le droit international, sous prétexte d’instaurer l’état de droit et de promouvoir les droits de l’homme, alors même que ces mesures relèvent d’un terrorisme économique systématique visant certaines populations du monde » : Déclaration du représentant de la Syrie dans le cadre des travaux de la sixième commission de l’AGNU, Point 84 de l’ordre du jour : « L’état de droit aux niveaux national et international », A/C.6/77/SR.8, 7 octobre 2022, § 8.

Dans le même sens et dans le cadre des travaux sur la Résolution A/RÉS/74/306, voir le procès-verbal de la 64^{ème} réunion plénière, A/74/PV.64, 11 septembre 2020, p. 14 :

« When we look at the impact of these unilateral measures on the ability of the Syrian people to live a normal life, and when we consider the implications of these measures, it is difficult or indeed impossible to believe those who say that they are imposing those unilateral measures by way of a defence of human rights or to promote democracy ».

¹⁰⁵ Voir la déclaration du représentant du Cameroun devant la sixième commission de l’AGNU (77^{ème} session), *The Rule of Law at the national and international levels*, Agenda item 84, octobre 2022, disponible en ligne :

<https://www.un.org/en/ga/sixth/77/pdfs/statements/rule_of_law/07mtg_cameroon.pdf>.

¹⁰⁶ La Décision (PESC) 2020/1999 du Conseil du 7 décembre 2020 « concernant des mesures restrictives en réaction aux graves violations des droits de l’homme et aux graves atteintes à ces droits » (JO L 410I, p. 13) motive son pouvoir de mise en œuvre de mesures restrictives unilatérales par leur contribution à « l’action de l’Union pour consolider et soutenir la démocratie, l’état de droit, les droits de l’homme et les principes du droit international ».

¹⁰⁷ De manière significative, le premier « attendu » du préambule de la « Loi sur la justice pour les victimes de dirigeants étrangers corrompus (loi de Sergueï Magnitski) » (L.C. 2017, ch. 21) invoque « les droits de la personne » et « la primauté du droit » (*rule of law* dans la version anglaise) comme faisant « partie intégrante du droit international » et justifiant donc l’imposition de mesures coercitives unilatérales.

¹⁰⁸ La Loi australienne adoptée en décembre 2021 et qui amende l’*Autonomous Sanctions Act 2011* y intègre dans sa Section 3, au titre des motifs de mesures restrictives unilatérales les « *serious violations or serious abuses of human rights* » ainsi que les « *activities undermining good governance or the rule of law, including serious corruption* ». Voir le « *Autonomous Sanctions Amendment (Magnitsky-style and Other Thematic Sanctions) Act 2021, No. 128, 2021*, adopté le 7 décembre 2021, disponible en ligne :

<<https://www.legislation.gov.au/Details/C2021A00128>>.

¹⁰⁹ Voir en ce sens les déclarations précitées du groupe des états nordiques, du groupe des pays « CANZ », des États-Unis, du Royaume-Uni ou encore de la Corée du sud. Voir également le discours du représentant du Japon lors de la 8^{ème} séance de la sixième Commission de l’Assemblée générale sur « L’état de droit aux niveaux national et international », disponible en ligne :

<https://www.un.org/en/ga/sixth/77/pdfs/statements/rule_of_law/08mtg_japan.pdf>.

ailleurs les critiques les plus vocales des « mesures coercitives unilatérales », insiste sur l’égale opportunité des États de participer aux processus normatifs au niveau international ou bien encore sur le principe de règlement pacifique des différends comme facteur essentiel de respect des droits légitimes des États¹¹⁰.

Cette vision de l’État de droit au niveau international correspond peu ou prou à celle promue dans les résolutions annuelles de l’Assemblée générale dédiées à la promotion d’un « ordre international démocratique et équitable », au sein desquelles la notion de « démocratie » ne s’entend qu’au sein de l’ordre international comme synonyme d’égalité souveraine entre États et à laquelle s’attache un droit souverain d’établir son propre modèle d’état de droit, exempt de toute ingérence, et où l’action en faveur des pays en développement est déterminée en fonction de leurs besoins, qu’ils arrêtent et mettent seuls en œuvre¹¹¹.

Dans ce contexte, les États du « Groupe des amis de la défense de la Charte des Nations Unies » évoquent le fait que les « mesures coercitives unilatérales » affaiblissent considérablement la portée de l’état de droit au niveau international plutôt que l’inverse, dans la mesure où elles remettent en cause le principe d’égalité de droits¹¹², notamment par l’utilisation incontrôlée de la compétence universelle qui ne serviraient que les intérêts particuliers des États qui la mettent en œuvre¹¹³. D’autres encore relèvent qu’elles iraient à l’encontre des principes cardinaux de règlement pacifique des différends¹¹⁴ et qu’elles seraient tout simplement irréconciliables avec les mécanismes centralisés qui « structurent l’ordre westphalien encore en vigueur »¹¹⁵.

Que l’on objecte ou que l’on adhère à ces arguments, ils illustrent les passerelles bienvenues qui peuvent être établies entre les discours de légitimation juridique des mesures unilatérales de réaction à l’illicite et la dialectique constitutionnaliste, à tout le moins dans le contexte de la promotion de l’état de droit aux niveaux national et international. De toute évidence, le dialogue sur la primauté du droit dans l’ordre international ainsi que sur la coexistence pacifique par le règlement juridictionnel des différends invite naturellement à questionner la place des mesures unilatérales de réaction à l’illicite dans l’ordre juridique international. En convenir ne suffira certainement pas à dissiper l’antagonisme entre États mais augure à tout le moins d’une réorientation bienvenue de leur dialogue.

B. Quelques perspectives de réorientation des discours

Il ne s’agit pas de nourrir un optimisme naïf quant à la capacité des États de surmonter un antagonisme aussi vif que celui lié aux mesures unilatérales de réaction à l’illicite adoptées par des tiers, en se contentant pour cela de suggérer que les États abordent le débat sous l’angle de la « réorganisation structurelle du milieu international en fonction de valeurs traduites en principes juridiques ». Aucun consensus ne se dégage en effet sur le contenu matériel de l’état de droit au niveau national comme international, et plus encore sur les moyens de sa garantie. Au mieux, certaines formes de convergences émergent quant au rôle « compensateur » que peut jouer le droit international dans la détermination de l’état de droit au niveau national, compte tenu des lacunes

¹¹⁰ Déclaration du représentant de l’Iran, s’exprimant au nom du groupe des États non alignés devant la sixième commission de l’AGNU (77^{ème} session), *The Rule of Law at the national and international levels*, Agenda item 84, 6 octobre 2022, disponible en ligne : <https://www.un.org/en/ga/sixth/77/pdfs/statements/rule_of_law/06mtg_nam.pdf>.

¹¹¹ Voir en ce sens la Résolution A/RES/77/215 de l’AGNU, « Promotion d’un ordre international démocratique et équitable », adoptée le 15 décembre 2022.

¹¹² Voir notamment les §§ 7 et 8 de la déclaration du Venezuela s’exprimant au nom du « Groupe des amis pour la défense de la Charte des Nations Unies », *op.cit.*

¹¹³ Déclaration du représentant de la Syrie dans le cadre des travaux de la sixième commission de l’AGNU, Point 84 de l’ordre du jour : « L’état de droit aux niveaux national et international », *op.cit.*, § 8.

¹¹⁴ Voir la déclaration du représentant du Nicaragua devant la sixième commission de l’AGNU (77^{ème} session), *The Rule of Law at the national and international levels*, Agenda item 84, octobre 2022, disponible en ligne : <https://www.un.org/en/ga/sixth/77/pdfs/statements/rule_of_law/07mtg_nicaragua.pdf>.

¹¹⁵ Voir en ce sens la déclaration du représentant du Cameroun devant la sixième commission de l’AGNU (77^{ème} session), *The Rule of Law at the national and international levels*, Agenda item 84, octobre 2022, disponible en ligne : <https://www.un.org/en/ga/sixth/77/pdfs/statements/rule_of_law/07mtg_cameroon.pdf>.

des institutions internes face aux activités de gouvernance mondialisées. D’autres formes de convergences – plus évidentes – concernent la centralité des buts et principes de la Charte des Nations Unies dans l’entreprise de promouvoir et faire respecter une certaine idée de l’état de droit au niveau international. Ces convergences n’impliquent aucune nouvelle obligation de droit positif pour les États¹¹⁶. Le principe de l’autonomie constitutionnelle des États ne semble en tout état de cause pas ébranlé par l’immixtion de la dialectique de la *rule of law* dans les débats sur l’avenir du droit international et ses rapports avec l’ordre juridique interne.

Toujours est-il que l’opportunité d’incorporer les discours des États sur les mesures de réactions à l’illicite aux débats sur l’état de droit aux niveaux national et international est non seulement justifié mais a encore le mérite de substituer à une opposition dogmatique stérile un cadre dialectique juridiquement utile, recentré autour des éléments objectivement identifiables d’un différend juridique plutôt que sur les divergences axiologiques et politiques profondes qui divisent en toute hypothèse les États. Il s’agit en d’autres termes de d’œuvrer à cristalliser une opposition juridique théoriquement surmontable. Cela suppose toutefois que les échanges entre États au sujet de l’état de droit laissent une place au moins aussi conséquente aux conditions de sa *réalisation* qu’à son contenu substantiel. Pour l’heure, ne sont au mieux évoqués que le rôle du Conseil de sécurité en matière de maintien de la paix et de la sécurité internationales ou bien celui des juridictions internationales pour la lutte contre l’impunité. Les mesures de réaction à l’illicite ne le sont jamais, à quelques exceptions marquantes que nous avons évoquées. Or, faire l’économie d’une discussion sur les conditions de réalisation de l’état de droit revient certainement à confondre état de droit et ordre juridique international, les deux se confondant alors dans l’obligation des États de respecter des règles juridiques visant à limiter leur pouvoir souverain originel¹¹⁷.

La question de l’encadrement par le droit international des moyens de garantie du respect de l’état de droit est délicate pour dire le moins. Un « état de droit » transposé dans l’ordre international au sens propre et fort du terme reviendrait à assumer que l’obligation de chaque État d’obéir au droit se double de voies de recours obligatoires, d’une véritable séparation des pouvoirs dans l’ordre international et, à terme, de « l’instauration d’une organisation politique unique et intégrée permettant d’assurer le règne du droit ». En somme, « rien moins que la disparition d’un ordre juridique spécifiquement international »¹¹⁸. Il n’est pas étonnant que cette perspective, même lointaine, soit tout à fait absente de l’ensemble des discours. Le prisme constitutionnaliste du droit international s’accommode à l’évidence de l’« horizontalité essentielle » d’un « système » international conçu par des États indépendants et qui « jamais ne se verticalisera »¹¹⁹. Tout l’enjeu est de savoir si dans le contexte d’États marqués du sceau d’inégalités de puissance, aux intérêts divergents et aux mobiles incertains, le phénomène de constitutionnalisation de l’ordre international peut s’accommoder de mesures qui ambitionnent – ou à tout le moins prétendent avoir cette ambition – d’assurer la garantie objective des droits individuels et des valeurs de l’état de droit tout en utilisant le même véhicule « westphalien », intersubjectif, que celui de l’institution la plus éloignée qui soit des préceptes de l’état de droit au niveau international : les « contre-mesures » ?

À supposer qu’un dialogue soit seulement possible sur l’opportunité de légitimer la mise en œuvre de certaines mesures de réaction à l’illicite justifiées par la défense des préceptes de l’état de droit, les États seraient alors amenés à discuter,

- d’une part de la nature des normes de droit international qui encadrent les prérogatives de l’État dans l’ordre juridique interne et dont la violation ouvrirait une faculté de mettre en œuvre des mesures de réaction à l’illicite ;

¹¹⁶ Voir déjà, en ce sens, O. CORTEN, « Rapport général – L’État de droit en droit international : Quelle valeur juridique ajoutée ? » in SFDI, *L’État de droit en droit international*, *op.cit.*, p. 33.

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 34.

¹¹⁸ *Ibid.*, pp. 35-36.

¹¹⁹ J. COMBACAU, « Le droit international : bric-à-brac ou système ? », *Archives de philosophie du droit*, t. 31, 1986, p. 105.

- d’autre part de la nature des garde-fous institutionnels à même de rendre acceptable, dans l’ordre international, l’exercice d’une telle compétence de garantie des principes de l’état de droit.

Du point de vue des normes pertinentes d’abord, le point de départ de la discussion ne saurait être dicté par la volonté de certains États occidentaux de mettre en œuvre à l’échelle universelle leur propre vision de l’état de droit – ce qui ressort t des textes européen, canadien ou australien cités plus haut. Ces comportements sont précisément ceux qui font l’objet des critiques les plus vives, instrumentalisant des motifs d’ordre public pour poursuivre des desseins d’ordre privé, par un mécanisme de justice tout aussi privée. L’efficacité du dialogue sur les mesures unilatérales de réaction à l’illicite suppose donc d’éliminer toute tentation de l’enfermer dans un débat sur les célèbres articles 48, paragraphe 1 et 54 des Articles de la Commission du droit international de 2001 sur la responsabilité internationale des États qui consacrent « le spectre hideux de la justice privée » dans le contexte des violations de normes d’ordre public¹²⁰. Le premier de ces articles admet la possibilité pour tout État autre que lésé par un fait internationalement illicite d’invoquer la responsabilité de l’État qui en est à l’origine si tant est que l’obligation violée revêt le caractère d’une norme *erga omnes*. Le second, tout en réservant la question de la validité des contre-mesures que les États autres que lésés seraient alors tentés d’adopter dans ce contexte, reconnaît timidement le droit de tout État « habilité en vertu de l’article 48, paragraphe 1 à invoquer la responsabilité d’un autre État, de prendre des mesures licites à l’encontre de ce dernier ». Appréhender de la sorte les mesures de réaction à l’illicite, en tant que « *third-party countermeasures* » donc, serait irréconciliable avec l’idée d’un « état de droit » au niveau international. Une perspective de dialogue moins clivante consisterait à questionner l’opposabilité à la communauté internationale des engagements unilatéraux des États pris envers leur population au sujet du respect de certains principes fondamentaux garantis par le droit international : l’incapacité pour la population d’un État de se retourner utilement contre le gouvernement pour faire valoir ses droits violés et garantis par le droit international peut-elle ouvrir un droit corrélatif, dans le chef de la communauté internationale, de sanctionner cette atteinte à l’état de droit ? Peut-on, en d’autres termes, considérer que les mesures de réaction à l’illicite adoptées par des tiers s’intègrent au débat sur la fonction « compensatrice » du droit international public, mais non pas en tant que phénomène affectant les libertés individuelles et devant à ce titre être compensé, mais en tant que phénomène participant justement à compenser ces mêmes atteintes aux libertés ?

En ce qui concerne les garde-fous institutionnels ensuite, un dialogue honnête doit être mené sur les moyens de rationaliser la mise en œuvre des mesures, de manière à les distinguer autant que possible des « contre-mesures » et des dérives que produisent les allégations unilatérales auto-appréciées et mal justifiées. Si comme l’indique Robert Kolb, « l’action de substitution individualiste est dans une certaine mesure un de ces nombreux pis-aller qu’il faut accepter »¹²¹, encore convient-il de limiter ce carcan inévitable à son strict nécessaire. Quelques éléments pertinents d’encadrement ressortent déjà de la pratique. Le Conseil des droits de l’homme prône par exemple la création au sein du système des Nations Unies d’un mécanisme « indépendant et impartial permettant aux victimes de mesures coercitives unilatérales de former des recours et de demander réparation, afin de promouvoir l’application du principe de responsabilité »¹²². Il s’agit par conséquent d’aller bien au-delà des mécanismes offerts aux seuls individus nommément visés devant les prétoires des États mettant en œuvre les mesures. Le Conseil des droits de l’homme prône également la collecte d’informations pertinentes qui aideraient à amener « les responsables des violations des droits de l’homme découlant de l’application de pareilles mesures [...] à répondre de leurs actes »¹²³. En amont de tout mécanisme d’établissement de la responsabilité ou de réparation des dommages, c’est encore la question du contrôle institutionnel objectif des mesures qui se pose avec acuité. Le dialogue des États sur l’état de droit au niveau international ne peut s’accommoder d’auto-appréciations discrétionnaires. Un dialogue utile pourrait porter a

¹²⁰ R. KOLB, « Le droit international comme corps de « droit privé » et de « droit public », *RCADI*, vol. 419, 2021, P. 323.

¹²¹ *Ibid.*, p. 350.

¹²² Conseil des droits de l’homme de l’ONU, « Les effets négatifs des mesures coercitives unilatérales sur l’exercice des droits de l’homme », A/HRC/RES/49/6, 31 mars 2022, § 18.

¹²³ *Ibid.*, § 20.

minima sur l’opportunité d’un hypothétique contrôle du bien-fondé des intérêts allégués, de la nécessité des mesures pour la défense de l’état de droit et de la proportionnalité de leurs effets au regard de leurs bénéfices attendus. Ce contrôle pourrait aisément être effectué par les « organes de traité » chargés d’évaluer la bonne application de différentes conventions internationales de protection des droits de l’homme (au premier titre desquels le Comité des droits de l’homme ou bien le Comité contre la torture). En ce sens, le Comité des droits de l’homme insiste déjà sur la nécessité pour l’ensemble des organes onusiens créés en vertu d’instruments relatifs aux droits de l’homme d’intégrer la question des « effets négatifs des mesures coercitives unilatérales » à leurs travaux, en particulier dans le cadre de l’Examen périodique universel¹²⁴.

Les quelques pistes de réorientation des débats esquissées dans ces propos conclusifs prêtent certainement déjà le flanc à la critique, qu’on les juge trop ambitieuses, vaines, originales ou banales. Elles n’ont d’autre ambition que de montrer toute la fertilité de discours ouverts à la pensée constitutionnaliste, acceptant d’envisager que les mesures de réaction à l’illicite soient appréhendées autrement qu’à l’aune de représentations dogmatiques du principe de souveraineté. Sans le moindre doute, la confrontation de points de vue sur le principe et le contenu de l’état de droit aux niveaux national et international, dans toutes ses dimensions, résonances, dissonances et imprécisions, peut se poursuivre et s’approfondir sur le plan des moyens de sa réalisation, en tenant compte pour cela de la place et de la portée des mesures unilatérales de réaction à l’illicite. Plus généralement et par induction, ce constat autorise à prendre au sérieux l’hypothèse selon laquelle la dialectique du « constitutionnalisme global » est pertinente pour recentrer sur le terrain de la rationalité juridique la controverse profonde qui divise les États à ce sujet.

¹²⁴ *Ibid.*, § 21.