

Université de Montréal

L'égalité souveraine : entre fiction et outil juridiques

**Par
Léa Bou Karam**

Faculté de droit

**Mémoire présenté à la Faculté des études supérieures
en vue de l'obtention du grade de Maitrise en droit (LL.M.)**

**Août 2009
© Léa Bou Karam, 2009**

**Université de Montréal
Faculté des études supérieures**

**Ce mémoire intitulé :
L'égalité souveraine : entre fiction et outil juridiques**

**présenté par :
Léa Bou Karam**

a été évalué par un jury composé des personnes suivantes :

**Suzanne Lalonde
président-rapporteur**

**Isabelle Duplessis
directrice de recherche**

**Renée-Claude Drouin
membre du jury**

Sommaire

L'idée d'une égalité souveraine apparaît en même temps que le système international multilatéral. Bien que l'égalité souveraine soit consacrée explicitement dans la *Charte des Nations Unies*, le principe reste indéfini. Cette étude propose une définition de l'égalité souveraine en trois facettes : l'égalité formelle, l'égalité législative et l'égalité existentielle.

Suite à l'examen des trois dimensions de l'égalité souveraine, une conception stricte de l'égalité souveraine ne peut être soutenue puisque toutes les facettes sont atteintes d'une relativité soit par la légalisation de l'hégémonie, par la bifurcation de l'ordre juridique international, la représentation inégale au sein des institutions multilatérales ou par l'anti-pluralisme. Bref, l'examen de chacune des facettes du principe de l'égalité souveraine démontre que l'égalité souveraine est une fiction juridique. Le principe de l'égalité souveraine peut difficilement être justifié par rapport à la réalité de la société internationale. Il demeure néanmoins utile, ne serait-ce que pour freiner le pouvoir des Grandes Puissances et se poser comme un idéal à atteindre.

Mots clés : colonialisme, droit international, égalité souveraine, fragmentation, inégalité, légalisation de l'hégémonie, pluralisme, souveraineté, volontarisme

Abstract

The idea of sovereign equality emerged along with the multilateral international system. Although sovereign equality is explicitly entrenched in the *United Nations Charter*, a definition remains lacking. This study proposes a three dimensional definition of sovereign equality: formal equality, legislative equality and existential equality.

Following an in-depth examination of its three dimensions, a strong conception of sovereign equality cannot be sustained because of legalised hegemony, bifurcation of the international legal order, unequal representation within multilateral institutions and anti-pluralism. Hence, the study of each dimension of sovereign equality shows that sovereign equality is a mere legal fiction. It can hardly be justified in light of the reality of international society. Nevertheless, the principle is still relevant for the purpose of restraining the prerogatives of the Great Powers and remains an ideal to achieve.

Keywords: colonialism, fragmentation, inequality, international law, legalised hegemony, pluralism, sovereign equality, sovereignty, voluntarism

Légende

AG : Assemblée générale des Nations Unies

C.I.J. : Cour internationale de justice

CNU : Charte des Nations Unies

CS : Conseil de sécurité des Nations Unies

É.-U. : États-Unis d'Amérique

GBM : Groupe de la Banque mondiale

GP : Grandes Puissances

NU : Nations Unies

OIG : Organisation internationale gouvernementale

OMC : Organisation mondiale du commerce

SdN : Société des Nations

Remerciements

Mes premiers mots de remerciements vont à ma directrice de recherche, madame Isabelle Duplessis, pour m'avoir conduit au seuil de mon esprit et incité à pousser mes limites depuis mes débuts en droit international. J'exprime toute ma gratitude pour sa patience, sa disponibilité, son soutien et ses encouragements qui ont dépassés de très loin le cadre restreint de la rédaction de ce mémoire.

Ensuite, je tiens à remercier madame Hélène Dumont pour ses conseils et bons mots durant mes études de maîtrise. Merci à monsieur Don Orth pour la qualité de ses enseignements et les discussions enrichissantes.

Merci à mes chers amis, Véronique Bacha, Monica Barrera, Serge Ghorayeb, Liliane Moussa, Daria Rebecka, Nadine Saadé, Carrie Staton et Marwa Samhat pour leurs soutiens durant mes études de maîtrise.

Je désire également remercier tout particulièrement M^e Mélanie Deshaies pour son amitié précieuse, pour son appui inconditionnel tant durant mes premiers pas professionnels que pendant la rédaction de ce mémoire et qui a supporté mes crises existentielles.

J'exprime toute ma gratitude à Natasa Ralevic qui a généreusement accepté de relire et de corriger les coquilles de ce mémoire.

Finalement, à mon frère, Elie, mes parents, Hélène et Antoine, et mes beaux-parents, Gaetan Bouchard et Nouhad Abou Chedid, sans qui ce mémoire n'aurait pas vu le jour.

Mes études de maîtrise ont bénéficié du soutien du Ministère des relations internationales du Québec, de l'Office Québec-Amériques pour la Jeunesse, du Fonds M^e Jules Deschênes et de la Faculté de droit de l'Université de Montréal.

Les points de vue exprimés dans ce mémoire n'engagent que l'auteur et ne reflètent pas la position du Gouvernement du Canada.

À ma mère, pour la liberté accordée et son exemple de courage

Table des matières

<i>Sommaire</i>	<i>i</i>
<i>Abstract</i>	<i>ii</i>
<i>Légende</i>	<i>iii</i>
<i>Remerciements</i>	<i>iv</i>
<i>Table des matières</i>	<i>vi</i>
<i>Introduction</i>	<i>1</i>
<i>Chapitre préliminaire Le principe de l'égalité souveraine</i>	<i>5</i>
Section I. Sur les traces historiques d'un principe cardinal	6
1. L'égalité souveraine et les traités de Westphalie	6
2. Les perspectives naturaliste et positiviste de l'égalité souveraine	9
3. L'évolution du principe à l'ère du multilatéralisme	13
4. La consécration juridique de l'égalité souveraine dans la <i>Charte des Nations Unies</i> ..	18
Section II. Définition et éléments constitutifs	21
1. L'égalité souveraine selon l'Assemblée Générale en 1970	22
2. Les catégories de l'égalité souveraine	25
<i>Chapitre I L'égalité formelle : les droits et devoirs égaux</i>	<i>28</i>
Section I. Les inégalités factuelles des Grandes Puissances	28
Section II. Le principe des droits et devoirs égaux des États	33
Section III. L'égalité formelle : une relativité acceptée	37
1. Les compensations en droit international public	38
2. La légalisation de l'hégémonie : une tension entre les GP et l'égalité formelle	40
<i>Chapitre II L'égalité législative : la participation sur un pied d'égalité au processus d'élaboration du droit international</i>	<i>49</i>
Section I. Le pouvoir horizontal et le volontarisme	50
Section II. Les normes universelles : une acceptation volontariste	55

Section III. La tension entre les Grandes puissances et l'égalité législative : les outils juridiques à leur portée lors de la (trans)formation du droit international public	62
1. Dans le cadre des relations conventionnelles	65
A. Un assouplissement au volontarisme : la théorie du consentement	65
B. Les techniques de bifurcations de l'ordre juridique international.....	70
2. Dans le cadre des relations institutionnelles multilatérales	81
A. Un assouplissement au volontarisme : la majorité.....	81
B. Une représentation inégale lors de la formation du droit.....	84
3. Dans le cadre des relations coutumières	90
 Chapitre III L'égalité existentielle : le droit à la différence.....	93
 Section I. L'égalité existentielle comme garantie du pluralisme	95
 Section II. La tension entre les Grandes Puissances et l'égalité existentielle...	97
1. Les fondements de l'ordre juridique international.....	98
A. Le caractère anti-pluraliste du droit international.....	99
B. L'application universelle du droit international.....	102
2. Les modifications de l'ordre interne.....	105
A. La souveraineté : une faculté	105
B. Les organisations internationales gouvernementales instrumentalisées	109
 Section III. L'anti-pluralisme par la théorie de l'exceptionnalisme	115
1. Les démocraties libérales : les membres en règles	116
2. La théorie du changement : un momentum pour une mise en œuvre de l'anti-pluralisme.....	120
 Conclusion.....	123
 Bibliographie	128

Introduction

L'étude de l'égalité souveraine en est une d'ordre général mais soulève les passions par ses contradictions. Ce principe a fait l'objet de vives critiques, notamment dans les années soixante du XX^e siècle. On lui a essentiellement reproché son caractère fictif. De fait, l'égalité souveraine est une fiction juridique. Malgré son caractère fictif, elle est une des bases politiques et juridiques de l'organisation du monde tel que nous le connaissons. Or, la place de premier choix au sein de l'ordre juridique international accordée à une fiction juridique est suprenante mais ô combien intéressante. Déconstruite, l'égalité souveraine « englobe deux notions distinctes mais complémentaires : la souveraineté et l'égalité »¹. Les valeurs ou principes, comme l'égalité, qui fondent le droit international ne se confondent pas nécessairement avec lui. « Ils sont, et c'est déjà beaucoup, inclination, tension ou orientation vers ce que doit être le droit. Mais ces principes doivent être historiquement "réalisés" pour que le droit qui en découle jouisse d'une vigueur effective dans son milieu social. »²

Aujourd'hui, la domination des relations internationales par les États-Unis d'Amérique et autres Grandes Puissances sur le plan économique, politique et militaire est peu contestée. Cette suprématie est une flagrante inégalité *de facto* qui pèse sur les autres États. Le principe de l'égalité souveraine semble ainsi se poser en adversaire à cette inégalité *de facto*; l'égalité *de jure* constitue un frein à l'inégalité *de facto*³. Les études de relations internationales démontrant l'inégalité factuelle des États sont nombreuses et tentent d'examiner le problème de préséance entre les États souverains⁴. Au lieu d'examiner la question de la manière

¹ *R. c. Hape*, [2007] 2 R.C.S. 292 au para. 41.

² Mario Prost, « Discours sur le fondement, l'unité et la fragmentation du droit international : À propos d'une utopie paresseuse » (2006) 39:2 Rev. B.D.I. 621 à la p. 655.

³ Alain Pellet, « Le droit international à l'aube du XXI^e siècle (La société internationale contemporaine – Permanences et tendances nouvelles) » (1997) 1 C. euro-méditerranéens Bancaja D.I. 51 à la p. 55.

⁴ David A. Lake, *Hierarchy in International Relations*, Ithaca, Cornell University Press, 2009.

dont l'ordre est créé entre des États souverains et égaux, nous désirons remettre en question le caractère de cette égalité. Nous nous intéresserons donc au principe organisateur du droit international de l'égalité souveraine pour en proposer une critique.

Ainsi, notre recherche consiste à démontrer que le principe fondamental en droit international public de l'égalité souveraine étatique dans sa forme absolue ne correspond pas à la réalité du droit international ou à la conduite des États. Comme l'explique Alain Pellet en reprenant l'expression du courant marxiste: « And it is quite clear that in the international society, if States are equal, some are « more equal » than the others »⁵. Bien que l'égalité souveraine soit clairement consacrée dans divers instruments internationaux en tant que pierre cardinale du droit international public, notre étude tentera d'expliquer que ce concept n'est pas absolu.

Notre étude débutera donc, dans un chapitre préliminaire, en examinant les origines du principe de l'égalité souveraine. Une fois la consécration du principe posée dans les instruments juridiques internationaux, nous nous tournerons vers la définition du principe. En effet, nous sommes d'avis que l'égalité souveraine comprend trois dimensions. La première étant l'« égalité formelle » et signifie que les États ont les mêmes droits et obligations dans les conditions fixées par le droit international. Ensuite, l'« égalité législative » consiste en l'obéissance des États au droit international par volontarisme et la participation sur un pied d'égalité au processus d'élaboration du droit international. Finalement, l'« égalité existentielle » est le fait pour les États d'avoir un droit à la différence au sein de la société internationale. En examinant les incongruités de chacune des dimensions de l'égalité souveraine, nous explorerons le rôle ou la situation des Grandes Puissances.

⁵ Alain Pellet, « The Normative Dilemma: Will and Consent in International Law » (1988-1989) 12 *Austl. Y.B. Int'l L.* 22 à la p. 42 [Pellet, « The Normative Dilemma »].

Le chapitre premier traitera ainsi des inégalités factuelles et des compensations en droit international. Étant donné que le droit international « is *both* an instrument of power and an obstacle to its exercise »⁶, nous aborderons les asymétries qui se posent entre une conception absolue de l'égalité souveraine et la consécration juridique de l'hégémonie⁷. Le droit international est parfois manié par les Grandes Puissances afin d'imposer leurs volontés aux petites et moyennes puissances ou encore pour maintenir leurs positions supérieures.

Comme Rousseau expliquait : « [l]e plus fort n'est jamais assez fort pour être toujours le maître, s'il ne transforme sa force en droit et l'obéissance en devoir »⁸. Or, il est primordial pour les États d'être sur un pied d'égalité lors de la formation du droit international. L'égalité législative regroupe deux dimensions différentes : celle du volontarisme et la représentation égale lors de la formation du droit international. Lors des études de ces deux dimensions dans le chapitre deuxième, nous nous pencherons sur le rôle particulier des GP en lien avec chacune d'entre elles. Ce rôle permet aux GP de modifier le droit international selon leurs volontés et pour leurs intérêts.

Une fois le droit international modifié selon les intérêts des GP, nous examinerons les normes qui en découlent et qui concordent avec celles-ci. L'« égalité

⁶ Nico Krisch, « International Law in Times of Hegemony: Unequal Power and the Shaping of the International Legal Order » (2005) 16 E.J.I.L. 369 à la p. 371.

⁷ Il y a deux façons de définir le terme « hégémonie » : la première réfère à une forme simple de domination frontale. Cette domination est une domination coercitive et militaire. La deuxième façon est une adaptation de la formulation d'Antonio Gramsci, un penseur marxiste du XX^e siècle, pour qui l'hégémonie est une structure d'idées qui accompagne la domination frontale et la « naturalise ». Tom B. Bottomore, *A Dictionary of Marxist Thought*, 2e éd., Oxford, Blackwell Publishing, 1991 à la p. 230 : « Its full development as a Marxist concept can be attributed to Gramsci. » ; Michael W. Apple, *Cultural and Economic Reproduction in Education*, London, Routledge & Kegan Paul, 1982 à la p. 86 : « Gramsci took Marx and Engels' concept of 'hegemony' in civil society and made it a central theme of his own version of the functioning of the capitalism system. »

⁸ Jean-Jacques Rousseau, *Du contrat social; ou, principes du droit politique*, livre I, c. III, dans *Oeuvres complètes*, Paris Gallimard, coll. La Pléiade, 1964 à la p. 354.

existentielle » est, selon nous, un droit à la différence : les États ont le droit de choisir la manière d'être et d'agir dans le respect du droit international. Le chapitre troisième, en traitant de la facette de l'égalité existentielle, examinera la question de la liberté accordée quant à l'indépendance des États. La souveraineté est un pouvoir de coercition que certains (les politiciens) posent sur leurs sujets, c'est la face interne de la souveraineté. Mais la souveraineté est également un critère juridique qui crée une entité qui jouit de l'autorité publique et qui forme un État distinct dans la famille des États, c'est la face externe de la souveraineté⁹. Dans l'affaire de l'Île de Palmas¹⁰, l'arbitre Max Hubert explique qu'un État est souverain lorsqu'il est indépendant et qu'il exerce la compétence exclusive des fonctions étatiques sur une partie du globe, sans aucun supérieur. Mais qu'arrive-t-il lorsque le droit international renferme des normes qui briment cette liberté accordée quant à l'autonomie étatique? Ou que l'autonomie est une caractéristique définie selon des critères subjectifs qui soutiennent les intérêts des Grandes Puissances (ci-après « GP »)? Comme l'explique Koskenniemi,

[c]'est en effet parce que la politique semble inévitablement dégénérer en une lutte pour promouvoir certains intérêts au détriment d'autres que les droits ont été introduits pour protéger les plus faibles. Mais si l'on accepte que les droits ne sont pas détachables de leur contexte et donc déterminés en fonction de compromis sociaux et politiques, alors cette image de droits apolitiques est trompeuse. Les droits ne sont que l'expression d'une politique parmi d'autres.¹¹

La notion de la souveraineté n'est pas conçue dans un vide contextuel. Les contours de l'autonomie furent principalement tracés à l'ère du colonialisme. Or,

⁹ Bernard Gilson, *The Conceptual System of Sovereign Equality*, Leuven, Peeters, 1984 à la p. 53: « All attempts at defining sovereignty disclose that it has two sides, one municipal and one international ».

¹⁰ *Île de Palmas (États-Unis d'Amérique c. Pays-Bas)* (1928), 11 R.S.A. 829 (Nations Unies), (Arbitre : Max Hubert). Dans cette affaire, les États-Unis et les Pays-Bas disputaient de qui relèvait le territoire de l'Île de Palmas. Les États-Unis alléguaient que l'île faisait partie de l'archipel des Philippines, et donc du territoire souverain des États-Unis. Les États-Unis ont plaidé le droit de découverte, à titre d'État successeur à l'Espagne qui aurait découvert cette île au XVI^e siècle, pour démontrer la souveraineté américaine sur ces lieux. Pour sa part, les Pays-Bas prétendaient avoir exercé la souveraineté sur ces lieux dès 1677 (occupation effective). L'arbitre Max Hubert devait déterminer qui, de l'Espagne ou des Pays-Bas, avait le meilleur type de souveraineté avant 1898.

¹¹ Martti Koskenniemi, *La politique du droit international*, Paris, Editions Pedone, 2007 à la p. 214 [Koskenniemi, *La politique*].

se posera la question de la place réservée au pluralisme en droit international et du rôle joué par les GP.

Chapitre préliminaire Le principe de l'égalité souveraine

L'égalité souveraine est une des bases du droit international public et agit comme un principe structurel (ou plutôt structurant) de la société internationale¹². L'égalité souveraine est consacrée de façon expresse à l'article 2(1) de la *Charte des Nations Unies*¹³ (ci-après « CNU »). Étant primordial, c'est le premier principe de l'énumération de l'article 2 et un principe fondateur de l'Organisation des Nations Unies. Souvent pris pour acquis, il est peu ou mal défini. Or nous tenterons, dans ce chapitre préliminaire, de poser les balises théoriques et historiques du principe de l'égalité souveraine dans l'ordre juridique international. Celui-ci étant entendu comme le système juridique qui « comprend l'ensemble des règles qui déterminent les droits et obligations respectifs des États dans leur relations réciproques »¹⁴.

Afin de tracer les contours théoriques et pratiques de ce principe, nous traiterons, tout d'abord, de son histoire et du moment de sa consécration dans l'ordre juridique international (Section I). Un examen de la définition de l'égalité souveraine et de ses éléments constitutifs s'imposera par la suite (Section II). L'égalité souveraine est un principe fondamental dans l'ordre juridique international, mais il n'entraîne pas nécessairement dans les faits des droits et devoirs égaux pour tous les États¹⁵. La pratique internationale soulève donc

¹² Georges M. Abi-Saab, « Cours général de droit international public » (1987) 207 R.C.A.D.I. 328 aux pp. 330, 333; Marcelo G. Kohen, « Article 2 Paragraphe 1 » dans Jean-Pierre Cot, Mathias Forteau et Alain Pellet, dir., *La Charte des Nations Unies: commentaire article par article*, 3^e éd., Paris, Economica, 2005, 399 à la p. 401.

¹³ *Charte des Nations Unies*, 26 juin 1945, R.T. Can. 1945 n° 7, art. 2(1).

¹⁴ Jean-Maurice Arbour, *Droit international public*, 4^e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2002 à la p. 1.

¹⁵ Edwin De Witt Dickinson, *The Equality of States in International Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1920 à la p. 4.

certains défis dans l'application de ce principe qu'il convient d'examiner sous le thème des inégalités factuelles (Section III).

Section I. Sur les traces historiques d'un principe cardinal

Notre étude commence par la constatation de l'inexistence de l'égalité souveraine dans la pratique des États et traités de paix de Westphalie de 1648 (sous-section 1). Ensuite, nous examinerons les doctrines de l'école du droit naturel qui posera les premières bases de l'égalité souveraine (sous-section 2). Nous suivrons l'évolution du principe à partir du Congrès de Vienne de 1815 jusqu'à la fin de la Deuxième Guerre mondiale (sous-section 3), pour finalement aboutir à sa consécration expresse dans la *Charte des Nations Unies*¹⁶ de 1945 (sous-section 4).

1. L'égalité souveraine et les traités de Westphalie

L'égalité souveraine est un concept intimement lié à la notion plus large de souveraineté¹⁷. C'est Jean Bodin en France (1530-1596) avec *Les six livres de la République* qui introduit la notion fondamentale de souveraineté¹⁸. Selon Bodin : « La souveraineté est la puissance absolue et perpétuelle d'une République »¹⁹ et n'est limitée que par « la loy de Dieu & de nature »²⁰. Bien que Bodin s'attarde peu à l'aspect externe de la souveraineté, il est d'avis que la souveraineté n'implique pas une égalité entre les souverains²¹.

¹⁶ *Charte des Nations Unies*, *supra* note 13.

¹⁷ Robert W. Tucker, *The Inequality of Nations*, New York, Basic Books, 1977 à la p. 8 : « Equality was an attribute of sovereign states. » *Contra* Dickinson, *supra* note 15 à la p. 56 : « the idea of state equality did not come into the law of nations through the doctrine of sovereignty. It came through theories of natural law, natural equality, and the state of nature [...] The doctrine of sovereignty was offered later as an analytical explanation and justification: it was never an historical reason for the origin of the principle. »

¹⁸ Arbour, *supra* note 14 à la p. 11.

¹⁹ Jean Bodin, *Les six livres de la République*, Livre premier, Lyon, Jean de Tournes, 1579 à la p. 89.

²⁰ *Ibid.* à la p. 90.

²¹ China Miéville, *Between Equal Rights: A Marxist Theory of International Law*, Leiden, Brill, 2005 à la p. 185.

Le principe de l'égalité souveraine serait plutôt une création doctrinale²² qui, selon plusieurs²³, a pris naissance avec la Paix de Westphalie le 24 octobre 1648²⁴, naissance du droit international moderne. Ainsi, ces auteurs admettent que les traités de Westphalie sont à l'origine de plusieurs concepts en droit international public dont le principe de l'égalité souveraine malgré l'emploi de la force qui entourait la conclusion des traités afin d'acquérir des territoires dits égaux²⁵.

Toutefois, à la lecture des deux traités qui constituent la Paix de Westphalie, à savoir, le *Traité de Münster*²⁶ et le *Traité d'Osnabrück*²⁷, nous constatons une forme d'inégalité frappante dans un de leurs objectifs principaux, à savoir un règlement territorial²⁸. Comme l'explique Leo Gross, la division territoriale prévue dans ces deux traités « must be secured by appropriate provisions such as those

²² Dickinson, *supra* note 15 aux pp. 5, 231-233, 247-248, 334.

²³ Hannis Taylor, *A Treatise in International Public Law*, Chicago, Callaghan, 1901 à la p. 98; Charles Dupuis, *Le principe de l'équilibre et le concert européen de la paix de Westphalie à l'acte l'Algesiras*, Paris, Parrin, 1909 à la p. 20; Lassa Oppenheim, *International Law*, vol. 1, 2^e éd., Londres, Oxford University Press, 1912 au para. 44 (I) à la p. 62 [Oppenheim, *International Law*, 2^e éd.]; John N. Figgis, *Studies of Political Thought From Gerson to Grotius, 1414-1615*, 2^e éd., Cambridge, 1956 à la p. 160; Stéphane Beaulac, *The Power of Language in the Making of International Law. The Word Sovereignty in Bodin and Vattel and the Myth of Westphalia*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2004 à la p. 70 qui explique que les *Traités de Westphalie* représentent « a mythical reality, unsupported by history – associated with the sovereign equality of states. »

²⁴ La Paix de Westphalie mit fin à la Guerre de trente ans entre, d'une part, le Saint-Empereur romano-germanique et, d'autre part, la France et la Suède.

²⁵ Carl Schmitt, *The Nomos of the Earth in the International Law of the Jus Publicum Europaeum*, New York, Telos Press Publishing, 2003, c. 5 "Land-Appropriation as a Constitutive Process of International Law" à la p. 80 [Schmitt, *The Nomos of the Earth*]. Notons qu'il est possible d'apprendre d'une œuvre sans cautionner les choix existentiels et politiques de l'auteur en raison de son affiliation aux idées nazistes.

²⁶ *Traité de Münster*, 24 octobre 1648, en ligne : Acta Pacis Westphalicae <<http://www.pax-westphalica.de/index.html>>.

²⁷ *Traité d'Osnabrück*, 24 octobre 1648, en ligne : Acta Pacis Westphalicae <<http://www.pax-westphalica.de/index.html>>.

²⁸ *Traité de Münster*, *supra* note 26, art. 69-78, 79 : «Pour une plus grande validité desdites cessions & aliénations, l'Empereur & l'Empire en vertu de la présente transaction dérogent expressément à tous & chacuns décrets, constitutions, statuts & coutumes des Empereurs ses prédécesseurs & de l'Empire Romain»; *Traité d'Osnabrück*, *ibid.*, art. X : « Sa Majesté Impériale pour ce sujet, du consentement des Electeurs, Princes & Etats de l'Empire, & particulièrement des intéressés, cède à la-dite Sérénissime Reine, à ses futurs héritiers & successeurs, les Rois & au Royaume de Suède, en vertu de la présente Transaction, les Provinces suivantes de plein droit en Fief perpétuel & immédiat de l'Empire ».

which gave France a right to intervene when necessary in order to vindicate the principle of the sanctity of treaties »²⁹. Ces traités consacrent la maxime « partager pour protéger »³⁰ et Dickinson décrit la relation entre, d'une part, les États protégés et, d'autre part, les États protecteurs comme en étant une « of protection or of tutelage »³¹. En effet, le protectorat, établi dans les deux traités qui constituent la Paix de Westphalie, est un moyen de diviser la souveraineté étatique entre sa face interne et externe³² : les droits reliés à la face externe de la souveraineté relèvent du ressort du « protecteur » alors que les droits reliés à la face interne de la souveraineté relèvent en théorie de la compétence du « protégé »³³. Dans les traités de Westphalie de 1648, les États protégés³⁴ sont incapables de se libérer des États protecteurs et garants des traités, notamment la France et la Suède³⁵, par l'exercice de leur propre volonté puisque les traités de

²⁹ Leo Gross, « The Peace of Westphalia, 1648-1948 » (1948) 42 A.J.I.L. 20 à la p. 21.

³⁰ Dupuis, *supra* note 23 à la p. 22.

³¹ Dickinson, *supra* note 15 à la p. 247.

³² Nous reviendrons sur les deux faces de la souveraineté dans le Chapitre I, Section I.

³³ Charles H. Alexandrowicz, *The European-African Confrontation: A Study in Treaty Making*, Leiden, Sijthoff, 1973 à la p. 62; Antony Anghie, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005 à la p. 87 [Anghie, *Imperialism, Sovereignty*].

³⁴ Voir par ex. *Traité de Münster*, *supra* note 11, art. 64: « Que les Etats de l'Empire s'assemblent dans l'espace de six mois à compter de la date des ratifications de la Paix, & delà en avant toutes les fois que l'utilité ou la nécessité publique le requerra; [...] Que l'on y traite aussi [...] de la reformation de la police & de la Justice, & de la taxe des Espices qui se payent à la Chambre Imperiale, de la maniere de bien former & instruire les Deputez ordinaires de ce qui peut estre de l'utilité publique, du vray devoir des Directeurs dans les Colleges de l'Empire, & d'autres semblables affaires, qui n'ont pû estre icy vuïdées. »; Thomas M. Franck, *The Power of Legitimacy Among Nations*, New York, Oxford University Press, 1990 à la p. 113: « The notion of the sovereign equality of states may be said to have made its debut in modern Western civilization, with the Peace of Westphalia. Even thereafter, both in colonial and other non-Western societies, quite different principles – manifested by hegemony, tributary and vassal status, imperial dominion and spheres of influence – long continued to hold sway. » [Franck, *Power of Legitimacy*].

³⁵ L'exécution des traités de Westphalie est garantie par la France et la Suède, étant les deux grandes puissances signataires des traités. Voir *Traité de Münster*, *supra* note 11, art. 1 : « [...] Et que cette Paix & amitié s'observe & se cultive sincerement & serieusement, en sorte que les parties procurent l'utilité, l'honneur, & [...] d'un bon & fidele voisinage de tout l'Empire Romain avec le Royaume de France, & du Royaume de France avec l'Empire Romain. »; *Traité d'Osnabrück*, *supra* note 27, art. I : « [...] Paix sera observée & cultivée si sincèrement & si sérieusement, que chaque Partie procure l'utilité, l'honneur & l'avantage l'une de l'autre; & qu'ainsi de tous côtés on voye renaître & reflourir le bon & fidèle voisinage & un attachement inviolable pour entretenir cette Paix & Amitié entre tout l'Empire Romain & le Royaume de Suède, & réciproquement entre le Royaume de Suède & l'Empire Romain. »; Dickinson, *supra* note 15 à la p. 247.

Münster et d'Osnabrück sont dits perpétuels³⁶. L'État « protecteur » peut ainsi agir pour l'État « protégé », alors que l'État « protégé » devait être en mesure d'agir par et pour lui-même s'il y avait une situation de véritable égalité souveraine. En bref, les Traités de Westphalie contiennent une forme de tutelle et cette institution juridique consacre clairement une inégalité³⁷. Nous sommes en désaccord avec maints auteurs pour établir la naissance du principe de l'égalité souveraine en 1648.

2. Les perspectives naturaliste et positiviste de l'égalité souveraine

Certains sont d'avis qu'Hugo Grotius est le premier, partant du droit naturel, qui a posé les balises du principe de l'égalité souveraine de façon rationnelle³⁸. L'école du droit naturel a pour postulat que « l'existence et la permanence de certaines valeurs universelles » permettent la déduction de règles de droit découlant de « la théologie, la morale, de la justice et de la droite raison »³⁹. Par analogie, Grotius a déduit que puisque toutes les personnes sont égales devant la loi, les États sont également égaux devant le droit international⁴⁰. Il considère la notion d'égalité souveraine comme étant fondamentale en droit international car elle pose les fondements de l'égalité devant la loi (« rule of law »). Néanmoins, le système

³⁶ *Traité de Münster, Ibid.* art. 112; *Traité d'Osnabrück, supra* note 27, art. XVII, al. 2 : « Pour plus grande force & sûreté de tous & chacun de ces Articles, cette présente Transaction sera désormais une Loi perpétuelle & une Pragmatique Sanction de l'Empire ».

³⁷ Anghie, *Imperialism, Sovereignty, supra* note 33; Franck, *Power of Legitimacy, supra* note 34 à la p. 113: « Until recently, the empires of Western Europe operated on a system of capitulatory regimes and tutelage over "protectorates". The rights and duties of states accorded by the European rule-system were restricted to "civilized" states, which arbitrarily excluded most of Africa and Asia. »

³⁸ Taylor, *supra* note 23 aux pp. 75, 98; Figgis, *supra* note 23 aux pp. 190, 216, 220, 242; Franck, *Power of Legitimacy, supra* note 34 à la p. 113.

³⁹ Arbour, *supra* note 14 à la p. 13.

⁴⁰ Athena Debbie Efrain, *Breaking the Images and Mirages of the Doctrine of Sovereign Equality in International Governmental Organizations : in Pursuit of Functional and Legitimate Decision-Making*, thèse de doctorat en droit, Université de Montréal, University Microfilms International, 1998 à la p. 58; Hugo Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix*, t. 2, trad. de Jean Barbeyrac, Caën, Presses de l'Université de Caën, 1724 à la p. 56.

établi par Grotius n'examine pas la question de l'égalité de capacité juridique⁴¹, ni celle de l'égalité législative ou de l'égalité existentielle. La définition de l'égalité souveraine dans le système de Grotius est rudimentaire et incomplète. En gros, Grotius prend pour acquis le principe de l'égalité⁴².

Ainsi, à l'instar de Dickinson et plusieurs autres auteurs, il apparaît difficile d'attribuer à Grotius la conception des balises théoriques de l'égalité souveraine⁴³. Selon Dickinson, Grotius a bien posé le principe de souveraineté mais non celui de l'égalité souveraine. La théorie de la souveraineté, telle qu'expliquée par Grotius, était trop imprécise pour donner naissance à une notion complète d'égalité souveraine⁴⁴. Kooijmans abonde dans le même sens et refuse d'accorder la paternité de la notion d'égalité souveraine à Grotius. Il penche plutôt pour Vitoria⁴⁵. Robert A. Klein refuse également d'accorder la paternité de la création de la notion d'égalité souveraine à Grotius pour l'attribuer plutôt à Vattel⁴⁶. Quant à Goebel, remontant aux Épicuriens du temps des Romains de la Rome antique, en passant par le Moyen-âge, il en vient à la conclusion que la consécration théorique du principe l'égalité souveraine doit être accordée à Leibniz.⁴⁷

Dans la foulée de Grotius, plusieurs publicistes comme Hobbes, Pufendorf, Vattel, ont établi chacun à leur façon les bases du principe.⁴⁸ Le principe de l'égalité

⁴¹ Dickinson, *supra* note 15 à la p. 35.

⁴² Grotius, *supra* note 40 à la section 2, para. 1; Dickinson, *Ibid.* et à la p. 54 : « It is incredible that Grotius [...] could have considered the principle of state equality as of fundamental consequence and have left it with such uncertain support. »

⁴³ Dickinson, *supra* note 15 à la p. 34; Julius Goebel, *The Equality of States : a Study in the History of Law*, New York, Columbia University Press, 1923 à la p. 2: « Grotius never applied the theory of natural equality to the theory of separate states and that there was nothing in his conception of international society that made the equality of states an essential principle. »

⁴⁴ Dickinson, *Ibid.* à la p. 56. Allant dans le même sens, Miéville, *supra* note 21 à la p. 189.

⁴⁵ Pieter Hendrik Kooijmans, *The Doctrine of the Legal Equality of States. An Inquiry into the Foundations of International Law*, 1964 à la p. 62.

⁴⁶ Robert A. Klein, *Sovereign Equality Among States: The History of an Idea*, Toronto, University of Toronto Press, 1974 à la p. 6.

⁴⁷ Goebel, *supra* note 43 à la p. 88.

⁴⁸ Dickinson, *supra* note 15 aux pp. 68-99. Allant dans le même sens, Miéville, *supra* note 21 aux pp. 189-192.

souveraine est né suite à un mélange d'application de la philosophie politique et juridique hobbesiennes aux relations internationales tel qu'imaginé par Pufendorf⁴⁹. « Hobbes and Pufendorf both of whom had a considerable share in elaborating this principle [l'égalité souveraine] in the natural law conception of international law. »⁵⁰ Or, Pufendorf s'appuie sur la base théorique de la souveraineté telle que développée par Hugo Grotius⁵¹. Toutefois, contrairement à Grotius, il ne prend pas pour acquis l'égalité souveraine comme une donnée de la souveraineté⁵². Empruntant aux concepts d'« état de Nature » et de « personnalité de l'État »⁵³ de Hobbes, il est d'avis que les États sont dans un « état de Nature », mais rajoute, contrairement à Hobbes, que la « loi de la nature » place les États dans une « égalité naturelle »⁵⁴. Ainsi, les États sont égaux par leur nature à l'instar des individus dans la sphère interne⁵⁵. Ensuite, ce mélange d'application de la philosophie politique et juridique hobbesiennes fut explicité par Vattel⁵⁶.

Puisque les hommes sont naturellement égaux ; et que leurs droits et leurs obligations sont les mêmes, comme venant également de la Nature, les Nations composées d'hommes, et considérées comme autant de personnes libres qui vivent ensemble dans l'état de Nature, sont naturellement égales, et tiennent de la Nature les mêmes obligations et les mêmes droits. La puissance ou la faiblesse ne produisent à cet égard,

⁴⁹ Goebel, *supra* note 43 à la p. 2: « It is Pufendorf to whom we are to look for the development of this notion, for it is alleged to have been the logical outcome of Pufendorf's application to international relations of the philosophy of Hobbes. »

⁵⁰ *Ibid.* à la p. 83.

⁵¹ Dickinson, *supra* note 15 à la p. 79, Allant dans le même sens, Evgeny Pashukanis, « International Law » dans Piers Beirne et Robert Sharlet, dir., *Pashukanis: Selected Writings on Marxism and Law*, Londres, Academic Press, 1980, 167 à la p. 177, en ligne : Université de l'Illinois à Urbana-Champaign < <http://home.law.uiuc.edu/~pmaggs/pashukanis.htm> > [Pashukanis, « International Law »].

⁵² Dickinson, *ibid.* Allant dans le même sens, Miéville, *supra* note 21 à la p. 191.

⁵³ Goebel, *supra* note 43 à la p. 83.

⁵⁴ Tel que cité dans Dickinson, *supra* note 15 à la p. 81.

⁵⁵ Thomas Hobbes, *Leviathan*, éd. par John C. A. Gaskin, New York, Oxford University Press, 1998 c. XIII à la p. 82 : « Nature hath made men so equal in the faculties of body and mind as that, though there be found one man sometimes manifestly stronger in body or of quicker mind than another, yet when all is reckoned together the difference between man and man is not so considerable as that one man can thereupon claim to himself any benefit to which another may not pretend as well as he. For as to the strength of body, the weakest has strength enough to kill the strongest, either by secret machination or by confederacy with others that are in the same danger with himself.»

⁵⁶ Dickinson, *supra* note 15 à la p. 98.

aucune différence. Un Nain est aussi bien un homme, qu'un Géant : Une petite République n'est pas moins un État souverain que le plus puissant Roïaume.⁵⁷ Suivant Vattel, le plus petit des États a le même statut que les GP. Donc, l'égalité formelle des États est une qualité intrinsèque découlant de la personnalité internationale des États⁵⁸. Cette conception de l'égalité souveraine suppose que l'égalité est un droit naturel.

Au XVIIIe siècle, les thèses positivistes⁵⁹ prennent le relais en ce qui concerne la consécration théorique de l'égalité souveraine. Selon cette école, dans l'état de nature, le droit n'existe pas. C'est plutôt grâce à la création de la société que le droit s'est formé : le droit est construit socialement et il est posé par l'État. Certains, comme Martens⁶⁰, feront donc découler l'égalité souveraine de la nature de la société internationale⁶¹. Cette dernière proposition est une version plus moderne de la proposition de l'école du droit naturel dont le raisonnement est essentiellement similaire : un État est égal aux autres États car il est membre de la société des nations, société plongée dans un « état de nature »⁶². En bref, on ne regarde plus l'État du point de vue de l'« être » au sens ontologique, mais plutôt comme membre d'une société⁶³. Rousseau explique « qu'au lieu de détruire l'égalité naturelle, le pacte fondamental substitue au contraire une égalité morale et légitime à ce que la nature avait pu mettre d'inégalité physique entre les hommes,

⁵⁷ Emer de Vattel, *Le droit des gens, ou, Principes de la loi naturelle, appliqués à la conduite & aux affaires des nations & des souverains*, Amsterdam, E. van Harrevelt, 1775, c. préliminaire à la § 18.

⁵⁸ Oppenheim, *International Law*, 2^e éd., *supra* note 23 à la p. 168; Henry W. Halleck, *International Law, or Rules Regulating the Intercourse for States in Peace and War*, New York, Nostrand, 1861 à la p. 97; Taylor, *supra* note 23 à la p. 322.

⁵⁹ Sur la scène internationale, le positivisme juridique se traduit par l'idée que les normes juridiques internationales sont le fruit des actes de volonté des États et de procédés de création du droit extériorisés et préétablis à cette fin. Anghie, *Imperialism, Sovereignty*, *supra* note 33 aux pp. 32 et ss.

⁶⁰ Frédéric de Martens, *Traité de droit international*, vol. 1, Paris, Chevalier-Marescq, 1883-1887 à la p. 380.

⁶¹ Robert Phillimore, *Commentaries Upon International Law*, vol. 1, 3^e éd., Londres, 1879-1889 à la p. 216.

⁶² Henry Wheaton, *Elements of International Law*, Boston, Little, Brown and Co., 1866 à la p. 92.

⁶³ Dickinson, *supra* note 15 à la p. 111.

et que, pouvant être inégaux en force ou en génie, ils deviennent tous égaux par convention et de droit »⁶⁴.

3. L'évolution du principe à l'ère du multilatéralisme

Au XIXe siècle, l'auteur Thomas J. Lawrence démontre qu'historiquement la doctrine de l'égalité n'a pas été suivie dans les affaires européennes lorsque l'objet est d'une grande importance pour les États. Selon lui, ce qui s'est réellement passé, c'est que quelques États, qualifiés de « Grandes Puissances », se sont réunis et ont formé un concert des Nations pour l'administration des affaires internationales de l'Europe.⁶⁵ Non seulement ont-elles traité des affaires qui les concernent, mais également de celles relevant d'autres États qui n'étaient pas, par ailleurs, admis dans le concert européen. Ces petits États, exclus du directoire européen, « have been obliged to acquiesce in the conclusions of the concert, whether agreeable to themselves or not »⁶⁶. Ainsi, au Congrès de Vienne de 1815⁶⁷, les GP⁶⁸ qui correspondent aux vainqueurs contre Napoléon raffinent la règle suivant laquelle les États faibles devraient être assujettis aux États qui sont plus forts. Les États les plus puissants imposent donc des règles qui leurs sont avantageuses. « They declared themselves responsible for peace because they were the strongest. »⁶⁹ « The great powers are the leaders of the family of nations, and every progress of the law of nations during the past is the result of their hegemony »⁷⁰. Par exemple,

⁶⁴ Rousseau, *supra*, note 8 au t. I, c. IX.

⁶⁵ Thomas J. Lawrence, *Essays on Some Disputed Questions in Modern International Law*, Cambridge, Deighton, Bell and Co., 1885 à la p. 226 tel que cité dans Frederick Charles Hicks, « The Equality of States and the Hague Conference » (1908) 2:3 A.J.I.L. 530 aux pp. 547-548 [Lawrence, *Essays*].

⁶⁶ Hicks, *ibid.*

⁶⁷ Le Congrès de Vienne de 1815 mettait fin aux conquêtes de Napoléon et proposait une nouvelle organisation pour l'Europe.

⁶⁸ La Grande-Bretagne, la Prusse, la Russie, l'Autriche, la France, le Portugal, l'Espagne (qui a refusé de signer par protestation contre la non-restitution de certains territoires italiens à l'Espagne) et la Suède sont les signataires de l'*Acte final du Congrès de Vienne*, 9 juin 1815, en ligne : Université de Perpignan, Matériaux juridiques et politiques, <<http://mjp.univ-perp.fr/traites/1815vienne.htm>>.

⁶⁹ Klein, *supra* note 46 à la p. xv.

⁷⁰ Hicks, *supra* note 65 à la p. 548.

les Pays-Bas plus puissants que certains États, prirent en charge l'organisation et le contrôle de certains territoires. Dans l'Acte final du congrès, l'article 72 prévoit que

S. M. le Roi des Pays-Bas, en réunissant sous sa souveraineté les pays désignés dans les articles 66 et 68, entre dans tous les droits et prend sur lui toutes les charges et tous les engagements stipulés relativement aux provinces et districts détachés de la France dans le Traité de paix conclu à Paris le 30 mai 1814.⁷¹

Ainsi, dans la pratique, l'égalité souveraine n'est toujours pas une règle appliquée en 1815 face aux petits États⁷² et pour reprendre la fameuse expression du courant marxiste en l'adaptant aux circonstances⁷³ : certains États sont plus égaux que d'autres. « European Concert means nothing more nor less than the agreement of the six great powers. »⁷⁴ Cette hiérarchie juridique découle clairement de la mission d'une commission créée le 10 décembre 1814 par les 8 signataires du *Traité de Paris* de 1814. Cette commission était chargée de déterminer « des principes à établir pour régler le rang entre les couronnes, et tout ce qui en est une conséquence »⁷⁵. Elle présumait que le pouvoir des ministres ou représentants étatiques établissait le pouvoir des États et catégorise trois classes de puissances. Des doutes quant à cette classification furent soulevés et on l'abandonna. Les plénipotentiaires « confined themselves to determining the rank of the

⁷¹ *Acte final du Congrès de Vienne*, *supra* note 68, art. 72.

⁷² Gerry Simpson, *Great Powers and Outlaw States: Unequal Sovereigns in the International Legal Order*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004 à la p. 109 [Simpson, *Great Powers*].

⁷³ Karl Marx, *Kritik des Gothaer Programms*, 1875, MESW 3:19 : « I have dealt more at length with the 'undiminished proceeds of labour', on the one hand, and with 'equal right', and 'fair distribution', on the other, in order to show what a crime it is to attempt, on our Party again, as dogmas, ideas which in a certain period had some meaning but have now become obsolete verbal rubbish, while again perverting, on the other, the realistic outlook, [...] by means of ideological nonsense about right and other trash so common among the democrats and French socialists », tel que cité dans Christine Sypnowich, *The Concept of Socialist Law*, Oxford, Clarendon Press, 1990 à la p. 87. Friedrich Engels, *Socialisme utopique et socialisme scientifique*, Paris, 1880 au c. 1: « Nous savons aujourd'hui que ce règne de la raison n'était rien d'autre que le règne idéaliste de la bourgeoisie; que la justice éternelle trouva sa réalisation dans la justice bourgeoise; que l'égalité aboutit à l'égalité bourgeoise devant la loi; que l'on proclama comme l'un des droits essentiels de l'homme. » en ligne : < <http://www.marxists.org/francais/marx/80-utopi/utopi-0.htm>>.

⁷⁴ Lawrence, *Essays*, *supra* note 65 à la p. 226 tel que cité dans Hicks, *supra* note 65 aux pp. 547-548.

⁷⁵ James Lorimer, *The Institutes of the Law of Nations: A Treatise Of The Jural Relations Of Separate Political Communities*, Edinburgh, W. Blackwood and sons, 1883-1884, vol. 1 à la p. 173.

diplomatic agents of crowned heads »⁷⁶. D'ailleurs, il est intéressant de noter que lors des délibérations du Congrès de Vienne, Robert Stewart, vicomte Castelreagh et représentant de Grande-Bretagne, déclara « the secondary Powers may protest against [la proposition de Charles-Guillaume, baron de Humboldt et représentant de la Prusse], if recorded to their humiliation in the face of humiliation »⁷⁷. Ainsi, on se souciait déjà du sort réservé à la dignité étatique et de son importance pour les États les plus faibles⁷⁸.

Les conférences internationales de La Haye de 1899 et 1907 marquèrent une autre étape importante dans la construction du principe de l'égalité souveraine. Ces conférences posent de nouveaux défis quant à la perplexante question de l'égalité souveraine sur le plan pratique. Il y a une affirmation du principe de l'égalité souveraine sur le plan politique lors de ces deux rencontres⁷⁹. Le système d'arbitrage de la conférence contient d'ailleurs une clause explicite sur l'égalité souveraine⁸⁰. Léon Bourgeois, chef de la délégation française, déclara lors de la Conférence de 1899 :

Messieurs, entre les nations il en sera de même qu'entre les hommes. Les institutions internationales comme celle-ci seront la garantie des faibles contre les forts. Dans les conflits de la force, quand il s'agit de mettre en ligne les soldats de chair et d'acier, il y a des grands et des petits, des faibles et des forts. Quand dans les deux plateaux de la balance il s'agit de jeter des épées, une peut être plus lourde et l'autre plus légère. Mais lorsqu'il s'agit d'y jeter des idées et des droits, l'inégalité cesse et les droits du plus petit et du plus faible pèsent dans la balance d'un poids égal aux droits des plus grands.⁸¹

⁷⁶ *Ibid.*, à la p. 174.

⁷⁷ R.-U., Great Britain Foreign Office, *Peace Handbooks No. 153*, Londres, 1920, ann. III tel que cité dans Genevieve Peterson, « Political Inequality at the Congress of Vienna » (1945) 60:4 Pol. Sci. Q. 532 à la p. 536.

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ L'invitation du Tsar Nicholas II de Russie à la Première Conférence de La Haye datée du 17 avril 1899 se lisait ainsi : "My Government trusts that the _____ Government will associate itself with the great humanitarian work to be entered upon under the auspices of His Majesty the Emperor of All the Russias, and that it will be disposed to accept this, invitation, and to take the necessary steps for the presence of its representatives at The Hague on the 18th May, next, for the opening of the conference, at which *each power*, whatever may be the number of its delegates, *will have only one vote*. [nos italiques]" tel que cité Hicks, *supra* note 65 à la p. 537.

⁸⁰ Dickinson, *supra* note 15 à la p. 180 ; Henry Bonfils, *Manuel de droit international public (droit des gens) : destiné aux étudiants des Facultés de droit et aux aspirants aux fonctions diplomatiques et consulaires*, 6^e éd., Paris, A. Rousseau, 1912 à la § 278.

⁸¹ Léon Bourgeois, *Pour la société des nations*, Paris, Eugène Fasquelle, 1910 aux pp. 124-125.

Durant la Conférence de 1907, 42 États sont représentés, dont 18 États d'Amérique latine faisaient leur première apparition à une assemblée internationale⁸². Comme le Secrétaire d'État des États-Unis, Elihu Root, le suggère, ces États « were attending with the rights of equal sovereign states »⁸³. Mais que faut-il alors entendre par « égalité des États »? « En un mot, les États ont droit au respect de leur *dignité morale*, de leur *personnalité physique* et de leur *personnalité politique* [italiques dans le texte]. »⁸⁴ Ainsi, au tournant du XX^e siècle, les GP sont plus sensibles aux États plus faibles et on se rapproche d'une consécration explicite du principe de l'égalité souveraine.

Suite à la Première Guerre mondiale, les Puissances alliées et victorieuses créèrent en 1919, par le *Pacte de la Société des Nations*⁸⁵, la Société des Nations (ci-après « SdN ») : une organisation internationale gouvernementale à vocation universelle qui est étroitement liée au règlement de la paix⁸⁶. À cette époque, il est difficile de concevoir une égalité souveraine puisque l'ère était caractérisée par la colonisation et un système des mandats pour certaines nations⁸⁷. Le contrôle de ces territoires se faisait à travers la Commission permanente des mandats créée le 29 novembre 1920 par une résolution du Conseil de la SdN⁸⁸. La Commission, mécanisme administratif de supervision et subordonnée au Conseil de la SdN⁸⁹, recevait et examinait les rapports annuels soumis par les États mandataires⁹⁰ et donnait « son avis au Conseil sur toutes questions relatives à l'exécution des mandats »⁹¹. En

⁸² Klein, *supra* note 46 à la p. 54.

⁸³ Elihu Root, *Latin America and the United States*, Cambridge, Harvard University Press, 1917 aux pp. 3, 12.

⁸⁴ Robert Piédelièvre, *Précis de droit international public ou droit des gens*, vol. 1, Paris, Pichon, 1895 à la p. 245.

⁸⁵ *Pacte de la Société des Nations*, partie I du *Traité de paix entre les Puissances Alliées et l'Allemagne*, 28 juin 1919, 112 U.K.F.S. 113; (1919) 13 : Supp. 3 A.J.I.L. 157.

⁸⁶ *Pacte de la Société des Nations*, *supra* note 85, préambule.

⁸⁷ *Ibid.*, art. 1, 22.

⁸⁸ Georges Ottlik, dir., *Annuaire de la Société des Nations 1920-1927*, Genève, Librairie Payot, 1927 à la p. 429; Anghie, *Imperialism, Sovereignty*, *supra* note 33.

⁸⁹ Quincy Wright, *Mandates Under the League of Nations*, Chicago, University of Chicago Press, 1930.

⁹⁰ *Pacte de la Société des Nations*, *supra* note 85, art. 22 al. 7.

⁹¹ *Ibid.*, art. 22 al. 9.

raison de l'existence seule de ce régime de mandats, contrôlé par la SdN, il est difficile de voir une réelle égalité souveraine entre les colonies et les puissances coloniales.

Entre les États membres de la SdN, les dispositions qui se rapprochent le plus d'une énonciation du principe de l'égalité souveraine sont les articles 3(4), 4(6) et 10 :

3. (4) Chaque Membre de la Société ne peut compter plus de trois Représentants dans l'Assemblée et ne dispose que d'une voix.

4. (6) Chaque Membre de la Société représenté au Conseil ne dispose que d'une voix et n'a qu'un Représentant.

10. Les Membres de la Société s'engagent à respecter et à maintenir contre toute agression extérieure l'intégrité territoriale et l'indépendance politique présente de tous les Membres de la Société.

Les articles 3(4) et 4(6) consacrent que chaque membre dispose d'une voix à l'Assemblée générale (ci-après « AG ») et d'une au Conseil de sécurité (ci-après « CS ») : cette formule de « un membre/un vote » est un premier pas vers l'égalité souveraine dans sa facette formelle, puisqu'entre les membres de la SdN les inégalités factuelles cèdent le pas lors d'un vote. Les membres de la SdN ont un droit de vote égal devant le droit. Quant à l'article 10, malgré l'énonciation des critères de l'indépendance politique qui n'est qu'une facette de l'égalité souveraine dans sa facette existentielle, ceci confirme que l'égalité souveraine n'est toujours pas un principe appliqué et respecté sur la scène internationale. Au début du XX^e siècle, elle n'est donc pas un fondement de la première organisation internationale à vocation universelle chargée du maintien de la paix et de la sécurité internationales. D'ailleurs, dans le Traité de paix de Versailles de 1919⁹², traité qui contient le Pacte, le préambule prévoit une distinction entre les « puissances principales »⁹³ et les « puissances »⁹⁴. Ainsi, il n'y a pas de consécration juridique explicite de l'égalité souveraine. Suite à l'échec inéluctable de la SdN après le

⁹² *Traité de paix entre les Puissances Alliées et l'Allemagne*, *supra* note 85.

⁹³ Nommément, les États-Unis d'Amérique, la Grande-Bretagne, la France, l'Italie et le Japon.

⁹⁴ Nommément, la Belgique, la Bolivie, le Brésil, la Chine, Cuba, l'Équateur, la Grèce, le Guatemala, Haïti, le Hedjaz, l'Honduras, la Libéria, le Nicaragua, le Panama, le Pérou, la Pologne, le Portugal, la Roumanie, l'État Serbe-Croate-Slovène, le Siam, la Tchécoslovaquie et l'Uruguay.

déclenchement de la Deuxième Guerre mondiale, les relations internationales se tournent vers la création de l'ONU.

4. La consécration juridique de l'égalité souveraine dans la *Charte des Nations Unies*

Adoptée dès 1945 à la Conférence de San Francisco, la *Charte des Nations Unies*⁹⁵ s'impose en tant que texte normatif et fondateur de l'organisation internationale à vocation universelle dont la mission est le maintien de la paix et de la sécurité internationales⁹⁶. L'article 2(1) de la Charte prévoit que « [l]'Organisation est fondée sur le principe de l'égalité souveraine de tous ses Membres ». Ainsi, l'égalité souveraine est consacrée expressément, toutefois, « [p]our certains des États réunis à San Francisco, il n'y avait pas « égalité souveraine » au sein des Nations Unies »⁹⁷. Puisque les États membres ne seraient pas traités de la même manière. Malgré son caractère intrinsèquement fondamental, le principe de l'égalité souveraine était contesté lors des négociations de San Francisco et il le demeure présentement.

L'Assemblée générale est l'organe plénier des Nations Unies (ci-après « NU ») et son système de vote est fondé sur le principe « un État/une voix »⁹⁸, alors que le Conseil de sécurité est un organe restreint dont les pouvoirs et fonctions sont prévus aux articles 24 et suivants de la CNU. « [A]près avoir posé le principe de l'interdiction de la force dans les relations internationales, on organise l'idée de la sécurité collective autour du Conseil de sécurité de l'ONU. »⁹⁹ Toute question de substance soumise au CS peut faire l'objet d'un veto de l'un des 5 membres permanents qui correspondent aux GP dans notre cas de figure¹⁰⁰. En principe, il

⁹⁵ *Charte des Nations Unies*, *supra* note 13.

⁹⁶ *Ibid.*, art. 1(1).

⁹⁷ Kohen, *supra* note 12 aux pp. 402-403.

⁹⁸ *Charte des Nations Unies*, *supra* note 13, art. 18(1).

⁹⁹ Arbour, *supra* note 14 à la p. 600.

¹⁰⁰ *Charte des Nations Unies*, *supra* note 13, art. 27(3).

n'y a pas de nomination permanente dans les organes restreints. Toutefois pour contrebalancer un principe de l'égalité juridique absolu, les 5 Grands ont exigés une légalisation de l'hégémonie comme condition d'adhésion à l'ONU¹⁰¹. C'est ainsi qu'on leur accorda une permanence *de jure* au sein du CS¹⁰². D'ailleurs, seuls les 5 Grands ont ce statut au sein du CS vu la règle interdisant la permanence *de facto*¹⁰³.

C'est ainsi, que lors des débats à San Francisco, un délégué a estimé que les mots *égalité souveraine* « sont plutôt ironiques »¹⁰⁴ puisque les États membres ne seraient pas traités de la même manière. Certains États, comme l'Équateur, étaient d'avis que le manque d'équilibre entre les pouvoirs de l'AG et ceux du CS constituait « une violation sérieuse du principe d'égalité souveraine »¹⁰⁵. La Turquie proposait, quant à elle, en vertu du principe de l'égalité souveraine, que le pouvoir de contrôle sur des questions touchant au maintien de la paix et la sécurité échoit à l'AG¹⁰⁶. D'autres États, par contre, ne remettaient pas en cause les pouvoirs accordés aux GP au sein de CS, les estimant simplement plus réalistes que le principe énoncé à l'article 2(1). Par exemple, lors des propositions à Dumbarton Oaks en 1944 en vue de créer les NU, les Pays-Bas ont estimés que les « privilèges » et « inégalités » accordés aux GP au sein du CS étaient « en opposition avec le principe d'égalité souveraine » même s'il fallait les accepter¹⁰⁷. Le même son de cloche se fit entendre du côté de la Belgique¹⁰⁸.

Ainsi, les GP insistaient sur une perpétuation réelle de leur domination et d'une mainmise sur le droit de veto au sein du CS, alors que les petites et moyennes

¹⁰¹ Pour l'histoire des débats sur l'adoption de la *Charte des Nations Unies*, *supra* note 13, voir Klein, *supra* note 46 aux pp. 117 et s.

¹⁰² *Charte des Nations Unies*, *supra* note 13, art. 23(1).

¹⁰³ *Ibid.*, art. 23(2).

¹⁰⁴ NU, *Documents de la Conférence des Nations Unies sur l'Organisation Internationale*, San Francisco, 1945, t. 4 à la p. 307 [NU, *Documents*].

¹⁰⁵ *Ibid.* aux pp. 545-546, et pour la même critique concernant le droit de veto *ibid.* à la p. 551.

¹⁰⁶ *Ibid.* à la p. 672.

¹⁰⁷ *Ibid.* aux pp. 456-458.

¹⁰⁸ *Ibid.* à la p. 474.

puissances insistaient sur l'inclusion du principe de l'égalité souveraine. Finalement, après de longues négociations et suite à un compromis, ces deux propositions seront retenues.

L'adoption de la *Charte des Nations unies* résulte en 1945 du compromis. D'une part, les petites et les moyennes nations reconnaissent la responsabilité spéciale des grandes puissances dans la gestion du monde par l'attribution institutionnelle de cinq sièges permanents au Conseil de sécurité aux puissances victorieuses. D'autre part, l'égalité participation de tous les États membres de l'Organisation est assurée à l'Assemblée générale, protégeant ainsi l'existence des petites et moyennes puissances contre l'engloutissement par les grandes. L'égalité souveraine garantit de manière générale une architecture internationale pluraliste, une société composée d'États souverains et indépendants, chacun protégé dans sa différence par les règles de non intervention et d'intégrité territoriale.¹⁰⁹

Puisque la coutume internationale est considérée comme une source primaire de règles en droit international public¹¹⁰, est-ce que, en 1945, l'article 2(1) de la CNU correspondait à une codification d'une norme coutumière? Certains auteurs rejettent cette idée. Selon eux, le principe a été transposé d'une époque où les organisations internationales gouvernementales (ci-après « OIG ») n'existaient pas vers celle des OIG. Ils soutiennent que le principe n'aurait pas du être extrapolé dans l'ère des OIG¹¹¹. Nous sommes d'avis qu'un changement de contexte socio-historique n'est pas un élément déterminant pour conclure à l'inexistence d'une

¹⁰⁹ Isabelle Duplessis, « Le vertige et la *soft law* : réactions doctrinales en droit international » (2007) Hors-série R.Q.D.I. 245 à la p. 256 [Duplessis, « *soft law* »].

¹¹⁰ *Statut de la Cour internationale de Justice*, 26 juin 1945, R.T. Can. 1945 n° 7, art. 38(1)(b).

¹¹¹ Efraim, *supra* note 40 à la p. 92: « The problem here is that –contrary to the views held by many international legal scholars who claim that this article “restates” the customary law principle of SE [sovereign equality]- Article 2(1) of the UN Charter is not a restatement of the principle as expressed in international law but rather a misstatement of it. It misstates international law because the centuries-old principle of SE emerged with the genesis of modern international law and was intended to be employed within the then current structure of the world community. In the sixteenth century, seventeenth and eighteenth centuries IOs [international organisations] did not exist. In fact, NGOs [non governmental organisations] and IGOs [international governmental organisations] did not emerge in the international legal system until the nineteenth century, and only proliferated in the twentieth century. Therefore, they were never engaged vis-à-vis the doctrine of SE. » L'importance pour l'auteur de conclure que l'égalité souveraine n'avait pas de statut coutumier en 1945 est capitale: *ibid.*, à la p. 91 : « I postulate that one of the most significant defects of the UN is its misinterpretation of SE and its alleged application as one its founding principles. Albeit well intentioned, the UN founders erred by including the principle of SE as one of the UN's constitutive principles. They erred again when they attempted to apply SE in a different context than that for which it was intended and they erred once more when they did not recognize that SE is not a functional principle within international institutions. »

norme coutumière internationale; les normes sont susceptibles de s'adapter à différents contextes. D'ailleurs, l'ère des OIG n'a pas changé drastiquement le visage de la communauté internationale ni n'a fait table rase des principes la constituant : les OIG sont essentiellement des organisations qui promeuvent la coopération entre les États. Bref, l'existence ou non des OIG n'est pas un élément à considérer pour établir l'existence d'une coutume.

Il faut plutôt chercher l'existence d'une fondation réelle du principe de l'égalité juridique au moment de la création des OIG. La constitution d'une norme coutumière internationale requiert un aspect matériel qui consiste en une pratique uniforme, généralisée et constante et un aspect psychologique, communément appelé *opinio juris*, qui est une conviction du caractère obligatoire de la pratique par l'existence d'une règle de droit¹¹². D'après les débats qui ont eu lieu à Dumbarton Oaks et à San Francisco en vue d'adopter la CNU, il ne semblait pas avoir une *opinio juris* sur l'existence du principe de l'égalité souveraine. Quant à la pratique uniforme et prolongée, nous verrons un peu plus loin dans notre étude, qu'elle n'existait pas. Par conséquent, en 1945, il n'y avait pas de règle coutumière qui prévoyait une égalité souveraine.

Section II. Définition et éléments constitutifs

Suite aux débats doctrinaux, nous désirons dans les prochaines sections, voir ce que le principe de l'égalité souveraine comporte. Une première indication est donnée avec la résolution interprétative 2625 de l'AG des NU de 1970¹¹³. Cette résolution aide à y voir plus clair et nous procéderons pour cette raison à son

¹¹² *Plateau continental de la Mer du Nord (République fédérale d'Allemagne c. Danemark ; République fédérale d'Allemagne c. Pays-Bas)*, Arrêt, [1969] C.I.J. rec. 3 au para. 77 [*Plateau continental de la Mer du Nord*].

¹¹³ *Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies*, Rés. AG 2625 (XXV), Doc. off. AG NU, 25^e sess., supp. n° 28, Doc. NU A/8082 (1970) 131 à la p. 134 [*Résolution 2625*].

analyse (sous-section 1). Les éléments constitutifs du principe de l'égalité souveraine peuvent être divisés en différentes dimensions. Suite à une étude des propositions divisant l'égalité souveraine en différentes dimensions, nous aboutissons à trois composantes de l'égalité souveraine: l'égalité formelle, l'égalité législative et l'égalité existentielle (sous-section 2).

1. L'égalité souveraine selon l'Assemblée Générale en 1970

À partir de 1945, une première consécration expresse du principe de l'égalité juridique se trouve à l'article 2(1) de la CNU : « L'Organisation est fondée sur le principe de l'égalité souveraine de tous ses Membres ». À San Francisco, le Président de la Conférence s'exprima ainsi:

the four ideas that are incorporated in the term "sovereign equality" : (1) that states are juridically equal; (2) that each state enjoys the right inherent in full sovereignty; (3) that the personality of the state is respected, as well as its territorial integrity and political independence; (4) that the state should, under international order, comply faithfully with its international duties and obligations.¹¹⁴

Cette liste d'éléments est reprise par certains auteurs¹¹⁵, mais en 1970, l'AG de l'ONU, par une résolution à caractère interprétatif, donnait quant à elle une indication plus précise de la définition du principe de l'égalité souveraine contenu à l'article 2(1) de la CNU. La *Déclaration relative aux principes du droit international* énumère les éléments qui comportent le principe de l'égalité souveraine de façon détaillée:

Tous les États jouissent de l'égalité souveraine. Ils ont des droits et des devoirs égaux et sont des membres égaux de la communauté internationale, nonobstant les différences d'ordre économique, social, politique ou d'une autre nature.

En particulier, l'égalité souveraine comprend les éléments suivants :

- a) Les États sont juridiquement égaux;
- b) Chaque État jouit des droits inhérents à la pleine souveraineté;
- c) Chaque État a le devoir de respecter la personnalité des autres États;
- d) L'intégrité territoriale et l'indépendance politique de l'États sont inviolables;
- e) Chaque État a le droit de choisir et de développer librement son système politique, social, économique et culturel;

¹¹⁴ NU, *Documents*, *supra* note 104 à la p. 70.

¹¹⁵ Kohen, *supra* note 12 à la p. 407.

- f) Chaque État a le devoir de s'acquitter pleinement et de bonne foi de ses obligations internationales et de vivre en paix avec les autres États.^{115.1}

Cette résolution clarifie, en raison de son caractère déclaratoire, la portée et le contenu de l'article 2(1) de la CNU. Comme l'explique la Cour internationale de justice (ci-après « C.I.J. ») :

La Cour rappellera que les résolutions de l'Assemblée générale, même si elles n'ont pas force obligatoire, peuvent parfois avoir une valeur normative. Elles peuvent, dans certaines circonstances, fournir des éléments de preuve importants pour établir l'existence d'une règle ou l'émergence d'une *opinio juris*. Pour savoir si cela est vrai d'une résolution donnée de l'Assemblée générale, il faut en examiner le contenu ainsi que les conditions d'adoption; il faut en outre vérifier s'il existe une *opinio juris* quant à son caractère normatif. Par ailleurs des résolutions successives peuvent illustrer l'évolution progressive de l'*opinio juris* nécessaire à l'établissement d'une règle nouvelle.¹¹⁶

Ainsi, une résolution peut avoir une double fonction : 1- elle est la preuve de l'existence d'une coutume internationale au moment de l'adoption de la résolution ou 2- son adoption est un élément additionnel démontrant une *opinio juris*. Pour établir la valeur normative d'une résolution, suivant les enseignements de la C.I.J., il faut regarder le contenu de la résolution et ensuite les conditions d'adoption de la résolution.

La *Déclaration relative aux principes du droit international*¹¹⁷ prévoit à l'alinéa 17 de son préambule que « le développement progressif et la codification des principes ci-après : [...] f) Le principe de l'égalité souveraine des États [...] contribueraient à la réalisation des buts des Nations Unies ». Ensuite, au paragraphe 3, la résolution explique que « [l]es principes de la Charte qui sont inscrits dans la présente Déclaration constituent des principes fondamentaux du droit international ». Ainsi, la résolution 2625 est une résolution déclaratoire ou interprétative¹¹⁸. Une « résolution déclaratoire de droit affirme une règle de droit

^{115.1} *Résolution 2625*, supra note 113.

¹¹⁶ *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, Avis consultatif, [1996] C.I.J. rec. 226 au para. 70; une vision similaire a été défendue dans *Texaco-Calasiatic c. Gouvernement libyen*, sentence arbitrale au fond du 19 janvier 1977, (1977) 104 J.D.I. 350 (arbitre : J.-R. Dupuy).

¹¹⁷ *Résolution 2625*, supra note 113.

¹¹⁸ Blaine Sloan, « General Assembly Resolutions Revisited (Forty Years Later) » (1987) 58 B.Y.I.L. 39 à la p. 69: « If all, or nearly all, of the members of the United Nations say that this is

existante »¹¹⁹. Elle a la même force obligatoire que le traité puisque « the Charter is binding on its members as a treaty and its principles are binding on all States as general international law. Authentic interpretation would have obligatory force equal to the Charter itself and authoritative interpretations would carry almost the same weight »¹²⁰.

Ensuite, suivant les enseignements de la C.I.J., il faut examiner les conditions d'adoption de la résolution. « Quand elle [la résolution déclaratoire] est adoptée sans vote négatif ni abstention, elle crée une présomption que son texte contient un énoncé correct de la norme. »¹²¹ L'adoption de la *Déclaration relative aux principes du droit international* s'est déroulée sans vote, la résolution fut adoptée par consensus. Toutefois, si l'on examine les discussions entourant l'adoption du texte citant les éléments de l'égalité souveraine, le Comité spécial des principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États¹²² a trouvé un consensus sur la portée du principe de l'égalité souveraine¹²³.

Le Comité, réuni à New York du 8 mars au 25 avril 1966, a constaté que

[m]embers generally agreed with the contents of the consensus text on the principle concerning sovereign equality of States adopted by the 1966 Special Committee, which was a slightly expanded version of the text adopted by the 1964 Special Committee. Some Members, however, wished that additional points had been covered in the formulation.¹²⁴

the law, as in the case of interpretative resolutions, it would require strong evidence of conflicting practice to maintain the contrary. »

¹¹⁹ Arbour, *supra* note 14 à la p. 65.

¹²⁰ Sloan, *supra* note 119 à la p. 140.

¹²¹ Arbour, *supra* note 14 à la p. 65.

¹²² Comité établi et soumis à la Sixième Commission de l'Assemblée Générale des Nations Unies, voir *Examen des principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats conformément à la Charte des Nations Unies*, Rés. AG 2103 (XX), Doc. off. AG NU, 20^e sess., supp. n° 14, Doc. NU A/6014 (1966) 91.

¹²³ NU, « Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Co-operation Among States » (1966) Y.B.U.N. 901 à la p. 902 [NU, « Principles » 1966]. Il faut remonter jusqu'en 1966 car « [a]t its 1966 session, the Special Committee had approved texts on: [...] the principle of sovereign equality of States. » dans NU, « Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Co-operation Among States » (1970) Y.B.U.N. 785 à la p. 786.

¹²⁴ NU, « Principles » 1966, *ibid.* à la p. 908.

La *Déclaration relative aux principes du droit international* apparaît donc comme une codification de la coutume internationale¹²⁵ au moment de l'adoption de la résolution. Ceci dit, une évolution du principe n'est pas exclue.

2. Les catégories de l'égalité souveraine

Comme toute norme coutumière internationale, le contenu l'égalité souveraine n'est pas nécessairement confinée à un moment précis sans possibilité d'évolution. Simpson explique que l'égalité souveraine, un principe qui régit le système interétatique, a encore aujourd'hui un contenu indéterminé :

To that extent it operates to define the relationship between states and their standing in international organizations. However, the principle also forms the backdrop to a series of rights (e.g. the rights of self-defence, the right to regulate the behaviour of its own nationals) and immunities (the immunity from exercise of another state's jurisdiction in its territory). Though these general delimitations and descriptions may be uncontroversial, the precise content of this equality is less determinate.¹²⁶

Ainsi, nous tenterons de délimiter les différentes dimensions de l'égalité souveraine, sans toutefois vouloir circonscrire les droits et immunités qui en découlent.

Les catégories d'égalité découlant du principe de l'égalité souveraine varient selon les auteurs. Par exemple, pour Dickinson, le principe de l'égalité, lorsqu'il prend ancrage dans le droit international public, fait référence à deux principes juridiques¹²⁷. Tout d'abord, au principe de l'égalité devant le droit, connu sous la formule « equal before the law », se trouvant dans plusieurs constitutions nationales et traités internationaux sur les droits de l'Homme¹²⁸. Ensuite, il fait

¹²⁵ *Résolution 2625, supra* note 113, préambule, al. 17; Mark Eugen Villiger, *Customary International Law and Treaties*, 2^e éd., La Haye, Martinus Nijhoff Publishers, 1997 à la p. 125: « In the case of *codification*, the rules in the resolution set forth existing customary rules. Sometimes, the resolution expressly declares this to be the case. [citant la *Résolution 2625, supra* note 113] ».

¹²⁶ Simpson, *Great Powers, supra* note 72 à la p. 39.

¹²⁷ Dickinson, *supra* note 15 à la p. 3.

¹²⁸ Notamment dans *Charte canadienne des droits et libertés*, art. 15(1), partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11; U.S. Const. amend. XIV; *Constitution de la République française*, 4 octobre 1958, art. 1 [telle que modifié par l'article 1^{er} de la loi constitutionnelle n° 2003-276, 28 mars 2003]; *Loi fondamentale de la République fédérale d'Allemagne*, 23 mai 1949, BGBI. S. 1, [dernier

appel au principe de l'égalité de la capacité juridique des États. L'égalité des États ne veut pas nécessairement dire que tous ont les mêmes droits, mais plutôt qu'ils sont tous capables d'acquiescer des droits, d'ester en justice et de conclure des traités¹²⁹.

L'approche de Kohen est différente : il reprend essentiellement les 4 éléments énoncés lors des négociations en vue de l'adoption de la CNU à San Francisco : « 1. les États souverains sont uniquement soumis au droit international, 2. ils disposent de la même personnalité juridique internationale, 3. ils ont les mêmes droits et obligations, dans les conditions fixées par le droit international, 4. ils participent tous au processus d'élaboration du droit international sur un pied d'égalité »¹³⁰.

Finalement, selon une approche différente, Simpson divise l'égalité souveraine en trois catégories : une égalité formelle, une égalité législative ainsi qu'une égalité existentielle¹³¹. Pour Simpson, d'abord, l'égalité formelle est une égalité devant le droit : « *in judicial settings* states have equality in the vindication and 'exercise of rights' »¹³². Ensuite, l'égalité législative regroupe « two different dimensions of the law-making process »¹³³. La première dimension est celle du volontarisme : un État n'est lié qu'aux normes auxquelles il a consenti. La deuxième dimension est une représentation égale dans les OI, ainsi que lors de la formation et l'application de la coutume internationale et des traités. Enfin, l'égalité existentielle « is defined as a right to exist (territorial integrity), the right to choose the manner of existence

amendement le 28 août 2006, BGBl. I S. 2034], art. 3; *Constitution de la République italienne*, art. 3; *Constitution du Royaume de Suède*, art. 9; *Constitution de la Fédération de Russie*, art. 19; *Déclaration universelle des droits de l'Homme*, Rés. A.G. 217A, Doc. off. AG NU, 3^e sess., supp. n° 13, Doc. NU A/810, art. 25(2); *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 19 décembre 1966, 999 R.T.N.U. 171, R.T. Can. 1976 n° 47, art. 26.

¹²⁹ Dickinson, *supra* note 15 à la p. 4.

¹³⁰ Kohen, *supra* note 12 à la p. 407.

¹³¹ Simpson, *Great Powers*, *supra* note 72 à la p. 26.

¹³² *Ibid.* à la p. 43.

¹³³ *Ibid.* à la p. 48.

(political independence) and the right to participate in the international system as a consequence of the first two rights »¹³⁴.

Ayant à l'esprit les différentes possibilités de circonscrire les éléments du principe de l'égalité souveraine, nous sommes d'avis que la proposition de Simpson de classer les éléments constitutifs en 3 catégories est la plus exhaustive. Elle mérite néanmoins certaines modifications. La première catégorie de Simpson, l'égalité formelle, sera que les États ont des droits et obligations égales devant le droit. Ainsi, ce que nous appelons « égalité formelle » spécifie pour les États les mêmes droits et obligations dans les conditions fixées par le droit international¹³⁵, alors que Simpson restreint l'égalité formelle des États à l'exercice des droits devant une instance judiciaire. Ensuite, l'« égalité législative » consisterait en la soumission au droit international par volontarisme¹³⁶ et la participation sur un pied d'égalité au processus d'élaboration du droit international¹³⁷. L'« égalité existentielle » est le fait pour les États d'avoir un droit à la différence : ils ont le droit de choisir la manière d'être et d'agir dans le respect du droit international.

Lorsqu'on reprend les éléments de la résolution 2625, une référence à l'égalité législative est omise. « Les États sont juridiquement égaux »¹³⁸ est le premier élément de l'égalité souveraine expressément nommé dans la résolution 2625 et fait partie de l'égalité formelle. Les autres éléments, font tous partie de la catégorie de l'égalité existentielle. Or, la seule dimension à laquelle la résolution 2625 ne fait pas référence est l'égalité législative¹³⁹.

¹³⁴ *Ibid.* à la p. 54.

¹³⁵ Kohen, *supra* note 12 à la page 407.

¹³⁶ *Ibid.* ; Le volontarisme peut être défini ainsi Louis LeFur, *État fédéral et Confédération d'États*, Paris, Édition Panthéon, 2000 à la p. 443 : « la souveraineté est la qualité de l'État de n'être obligé ou déterminé que par sa propre volonté dans les limites du principe supérieur du droit et conformément au but collectif qu'il est appelé à réaliser »

¹³⁷ *Ibid.*

¹³⁸ *Résolution 2625, supra* note 113.

¹³⁹ Simpson, *Great Powers, supra* note 72 à la p. 42.

Chapitre I L'égalité formelle : les droits et devoirs égaux

Malgré certaines inégalités matérielles et procédurales (Section I), il n'en demeure pas moins que les États ont, en principe, des droits et devoirs égaux, c'est ce qu'on appelle « égalité formelle ». L'égalité formelle est une égalité devant le droit (Section II). Cette égalité n'est pas absolue ou tout azimut; c'est une égalité conditionnée par le droit international. Le système juridique international reconnaissait parfois certains droits et obligations à des États plus puissants que les autres. Cette forme d'inégalité est intégrée au droit international et conforte le caractère relatif de l'égalité formelle (Section III).

Section I. Les inégalités factuelles des Grandes Puissances

Si le principe de l'égalité souveraine fait partie du système juridique international, cela n'exclut pas l'existence de disparités factuelles ni la présence possible d'un État qui domine sur le plan factuel. L'arène internationale est relativement pluraliste et est composée de différents États qui sont concrètement inégaux. Les inégalités factuelles sont inévitables et créent des situations inégales¹⁴⁰, mais ces inégalités factuelles ne sont pas nécessairement une atteinte au principe de l'égalité souveraine.

When international lawyers speak of sovereign equality they refer to a form of juridical equality rather than material or substantive equality. This is not to say that international law is indifferent to these material equalities or that there are not legal institutions designed to mitigate such inequalities. Indeed, the question of distribution is a pressing one at the international level. However, sovereign equality refers to the distribution of a bundle of immunities, rights and privileges capable of being exercised at the level of law.¹⁴¹

Nous sommes d'avis que le principe de l'égalité souveraine ne vise pas à effacer les inégalités de faits entre les États. L'égalité souveraine est une fiction juridique¹⁴², créée pour la cohérence du système juridique international, qui ne

¹⁴⁰ Gilson, *supra* note 9 aux pp. 61-62.

¹⁴¹ Simpson, *Great Powers*, *supra* note 72 à la p. 39.

¹⁴² Isabelle Duplessis, *La représentation moderne de la souveraineté. Simultanéité de l'idée du droit international et négation de sa normativité*, thèse de doctorat en droit, Université de

viser pas le règlement des questions reliées exclusivement aux inégalités de faits. « L'égalité juridique des États, on le voit, n'est donc pas l'égalité sociale ou effective, et ne doit pas être confondue avec elle »¹⁴³. Comme le souligne Charles De Visscher, « le droit ne progresse qu'à la condition de ne pas s'abuser sur les réalités qu'il s'applique à ordonner »¹⁴⁴. En ce début du XXI^e siècle, « [t]he fact remains that the United States is *the* superpower of the moment. This is not just in the military and strategic area but also, and perhaps especially, in the economic sphere »¹⁴⁵. Selon certains, la qualification de GP d'un État n'est pas une question juridique, mais plutôt une question d'influence politique ou de ce qu'ils appellent l'hégémonie politique des GP¹⁴⁶. D'autres, sont plutôt d'avis que les GP sont juridiquement supérieures aux petites puissances¹⁴⁷. Ainsi, il convient de traiter le pouvoir politique des GP en explorant certaines inégalités *de facto*. Les inégalités factuelles ont une influence sur la sphère juridique et démontrent que les États ne sont pas égaux *de facto*. Le *soft power* est une théorie énoncée par Joseph Nye en 1990 dans *Bound to Lead*¹⁴⁸ et reprise en détail en 2004 dans *Soft Power*¹⁴⁹. L'auteur définit le *soft power* comme étant la capacité d'attraction, de séduction, exercée par un modèle culturel, une idéologie et des institutions internationales, qui font que les autres s'inscrivent dans le cadre déterminé par celui qui dispose de

Montréal, University Microfilms International, 1998 à la p. 153 [Duplessis, *La représentation moderne de la souveraineté*].

¹⁴³ Piédelièvre, *supra* note 84 à la p. 244.

¹⁴⁴ Charles de Visscher, *Théories et réalités en droit international public*, Paris, Pedone, 1970 à la p. 132. Voir aussi, George Abi-Saab, « Wars of National Liberation and the Geneva Conventions and the Protocols » (1979) 165 R.C.A.D.I. 354 à la p. 363: « For law in general, including international law, cannot afford to ignore for too long generalized and recurrent social phenomena, at the risk of losing its tenuous hold on social reality and eventually becoming irrelevant. »

¹⁴⁵ Pierre-Marie Dupuy, « The Place and Role of Unilateralism in Contemporary International Law » (2000) 11 E.J.I.L.19 à la p. 21.

¹⁴⁶ Lassa Oppenheim, *International Law: A Treatise*, 7^e éd., London, Longmans, 1948 à la §117: « It is a question of political and economic influence, not of law, whether a state is or is not a Great Power » [Oppenheim, *International Law*, 7^e éd.].

¹⁴⁷ Taylor, *supra* note 23 à la § 69 : « But such rights and such equality have always been enjoyed *sub modo*, that is, subject to the irresistible power vested by the conventional or higher law in a committee composed of the representatives of a few of the greater states acting in behalf of the whole »; Lorimer, *supra* note 75, vol. 1 à la p. 171 et s.

¹⁴⁸ Joseph S. Nye, *Bound to Lead: The Changing Nature of American Power*, New York, Basic Books, 1990.

¹⁴⁹ Joseph S. Nye, *Soft Power: The Means to Success in World Politics*, New York, Public Affairs, 2004.

ce pouvoir¹⁵⁰. Le *soft power* compléterait la puissance traditionnelle de contrainte militaire et économique (*hard power*) et serait aujourd'hui la forme de puissance ayant le plus d'importance. Le délégué du Pérou M. Belaunde, lors des négociations à San Francisco, en vue d'adopter la CNU, déclara que « we ought to respect the United State not only because it is a political power, because it is a territory, but chiefly because the United States represents moral values »¹⁵¹. Le *soft power* est une capacité à faire accepter comme universelle une vision du monde particulière afin que la domination de celui qui la produit soit acceptée plus facilement car considérée comme légitime.

La coercition est une composante de toute société, incluant l'internationale, et, évidemment, la « volonté » des petits États est moins « libre » que celle des États puissants¹⁵². Toutefois,

[n]o State and no group of States exert an absolute domination on the others, even if there can be no doubt that the “West” (the OECD countries) [is] [sic] largely predominant in contemporary international society. This predominance has certainly been reinforced recently; nevertheless, these States must first co-exist and compromise with one another, and secondly take the existence and relative power of other countries into consideration.¹⁵³

Ainsi, même si les États-Unis demeurent l'un des États les plus puissants, ils ne sont pas libre de faire ce que bon leur semble¹⁵⁴. Nye explique que « in a world where borders are becoming more porous than ever to everything from drugs to infectious diseases to terrorism, we are forced to work with other countries behind their borders and inside ours [...] we are not only bound to lead, but bound to

¹⁵⁰ Selon Nye, les sources du soft power sont aux nombres de trois : 1- la culture, 2- les valeurs politiques – lorsqu'elles sont respectées à l'interne et à l'externe, 3- la politique extérieure – lorsqu'elle est vue comme légitime et possédant l'autorité morale. *Ibid.* à la p. 11.

¹⁵¹ NU, *Documents*, *supra* note 104 à la p. 67.

¹⁵² Pellet, « The Normative Dilemma », *supra* note 5 à la p. 42.

¹⁵³ *Ibid.* à la p. 46.

¹⁵⁴ Joseph S. Nye, *The Paradox of American Power*, New York, Oxford University Press, 2002; voir Michael J. Kelly, « Bush Foreign Policy 2001-2003: Unilateralist Theory in a Multilateralist World, and the Opportunity for Change Offered by Iraq, The Policy Analysis » (2003) 2 Wash. U. Global Stud. L. Rev. 221

cooperate.»¹⁵⁵ Toutefois, la coopération est plus aisée si les autres États adoptent la même idéologie que les É-U.

Certaines inégalités *de facto* ont une conséquence sur le plan juridique. Plusieurs inégalités factuelles démontrent que les États ne sont pas égaux. Les États sont inégaux à plusieurs égards : leur surface territoriale, leur productivité économique, leur ressources naturelles, leur population, leur position géo-stratégique, leur stabilité politique, etc¹⁵⁶. Ces inégalités *de facto* rattrapent parfois la fiction juridique et posent de sérieuses questions quant à l'application pratique du droit à l'égalité souveraine. C'est ce qu'expliquait Koskenniemi :

cet idéal, dont nous avons hérité, à savoir un ordre mondial basé sur la primauté du droit, dissimule le fait que tout conflit social doit être résolu par des moyens politiques. Et que, même s'il existe un discours juridique commun aux internationalistes, ce discours repose, *pour des raisons internes à l'idéal même*, sur des principes politiques qui demeurent inévitablement contestés entre États [italiques dans le texte].¹⁵⁷

Or, les États ferment les yeux sur les inégalités factuelles afin de promouvoir une fiction juridique pour des raisons de cohérence du système juridique international.

Dès les Conférences de La Haye, les critiques ont dénoncé l'idée d'égalité souveraine comme étant une fiction ou une insulte à l'encontre des GP¹⁵⁸ : « To place certain small states on an equal footing with the Great Powers “would involve the subjugation of the higher civilization by the lower, and would inevitably condemn the more advanced peoples to moral and intellectual regression.” »¹⁵⁹

Dans le pire, le sourire moqueur de ses détracteurs rappellera que, si tant est qu'un tel principe existe [le principe de l'égalité souveraine], alors il faut constater que certains États sont plus « égaux » que d'autres. Les plus modérés parmi ces derniers

¹⁵⁵ Nye, *ibid.* à la p. xiv.

¹⁵⁶ Simpson, *Great Powers*, *supra* note 72 à la p. 39.

¹⁵⁷ Koskenniemi, *La politique*, *supra* note 11 à la p. 56; Martti Koskenniemi, *From Apology to Utopia; the Structure of International Legal Argument*, Helsinki, Finnish Lawyers' Pub. Co., 1989.

¹⁵⁸ Le principe de l'égalité souveraine fut dénoncé, notamment par le London Times dont le titre éditorial était « The Hague Fiasco » *Times* (19 octobre 1907). Pour d'autres exemples de titres de journaux voir, Hicks, *supra* note 65; Klein, *supra* note 46 aux pp. 58 et s.

¹⁵⁹ Klein, *supra* note 46 à la p. 59.

invoqueront pour le moins l'existence indéniable, dans le monde d'aujourd'hui, d'un *primus inter pares*.¹⁶⁰
 « Bien éloignées de l'égalité des livres, la vie publique ne nous montre qu'inégalités »¹⁶¹ et c'est pour raison qu'il ne faudrait pas parler de l'égalité souveraine en des termes absolus.

Si, juridiquement, deux États ont les mêmes droits et ont la même capacité juridique de les faire valoir, en pratique, l'incapacité d'un État d'exercer son droit le vide de son essence¹⁶². Or, les petites puissances sont incapables de faire valoir leurs droits sur le même pied d'égalité que les GP¹⁶³. C'est cette incapacité d'exercer son droit qui nous pousse à abonder dans le sens de la maxime marxiste : si certains États sont égaux, certains sont « plus égaux que les autres »¹⁶⁴. Par exemple, il y a des inégalités matérielles et procédurales lors des conférences multilatérales¹⁶⁵. Derrière l'image miroitée de la participation universelle, l'ambassadeur Pinto du Sri Lanka souligne quelques problèmes auxquels les petits États, en l'occurrence les pays regroupés dans le mouvement non-aligné font néanmoins face:

The advanced industrialized countries come to the conference in a much higher state of preparedness than do their developing countries' partners. Years ahead in the relevant technological and scientific knowledge; equipped with facilities and manpower more than adequate to the task of analysis of issues, formulation of options and the planning of strategies, equipped also with the means of rapid communication with policy-makers at the capital, the industrialised countries present a formidable image to the Group of 77. Most States of the Group 77, and the exceptions are few, are able to respond only through their representations by high quality diplomatic or legal personnel for whom the conference is just one of many varied assignments¹⁶⁶.

La participation des petites puissances n'est pas effective pour plusieurs raisons. Notamment, leurs intérêts ne sont pas articulés, ils sont parfois divergents, ils ne

¹⁶⁰ Kohen, *supra* note 12 à la page 399.

¹⁶¹ Antoine Pillet, « Recherches sur les droits fondamentaux des États » (1898) 5 R.G.D.I.P. aux pp. 70-71 cité dans Dickinson, *supra* note 15 à la p. 133.

¹⁶² Simpson, *Great Powers*, *supra* note 72 à la p. 47.

¹⁶³ *Ibid.* à la p. 45.

¹⁶⁴ Marx, *Kritik des Gothaer Programms*, *supra* note 73; Engels, *Socialisme utopique et socialisme scientifique*, *supra* note 73; Sypnowich, *The Concept of Socialist Law*, *supra* note 73.

¹⁶⁵ *Ibid.* à la p. 43.

¹⁶⁶ Christopher W. Pinto, « Modern Conference Technique : Insights from Social Psychology and Anthropology » dans Ronald St. J. Macdonald et Douglas M. Johnston, *The Structure and Process in International Law*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1983, 305 à la p. 315.

parlent pas de la même voix, etc. En bref, il y a un manque d'homogénéité et de cohérence de leurs positions¹⁶⁷. En outre, « on ne saurait demander à des États minuscules d'être toujours à même de recruter parmi leurs nationaux des législateurs, des administrateurs et des jurisconsultes très savants et très expérimentés pour siéger dans les Assemblées internationales »¹⁶⁸. Malheureusement, « [i]nternational law offers no guarantee against inequitable results arising from inequality of power »¹⁶⁹.

Un autre exemple d'incapacité est qu'en cas de violation de ses droits, un État est libre de choisir le moyen de pression pour faire respecter ses droits. Toutefois, quant à l'utilisation des représailles « a major state lets it be known that it will meet injury with the threat of, or the direct use of force, a small state merely offers passive resistance or is compelled to concede »¹⁷⁰. Or, « [t]hese dubious benefits of formal equality are not enjoyed at all by those nations which have not developed capitalist civilization and which engage in international intercourse not as subjects, but as objects of the imperialist states' colonial policy »¹⁷¹. Bien que ce passage de Pashukanis traite du colonialisme, l'idée générale à retenir est la suivante: bien que deux États aient des droits égaux, ils ont un accès différent aux moyens coercitifs susceptibles de les faire respecter sur un pied d'égalité¹⁷².

Section II. Le principe des droits et devoirs égaux des États

¹⁶⁷ Pemmaraju Sreenivasa Rao, « Multiple International Judicial Forums : A Reflexion of the Growing Strength of International Law or its Fragmentation? » (2004) 29 Mich. J. Int'l L. 929 à la p. 930.

¹⁶⁸ Duplessix, *La loi des nations; projet d'institution d'une autorité internationale législative, administrative et judiciaire, projet de code de droit international public*, Paris, Larose & Tenin, 1906 à la p. 22 cité dans Hicks, *supra* note 65 aux pp. 554-555.

¹⁶⁹ Klein, *supra* note 46 à la p. 7.

¹⁷⁰ Vladimir E. Grabar, *The Basis of Equality between States in Modern International Law*, vol. 1, Moscow, Publishing of the Ministry of Foreign Affairs, 1912 aux pp. 330-331.

¹⁷¹ Pashukanis, « International Law », *supra* note 51 à la p. 178.

¹⁷² Miéville, *supra* note 21 à la p. 140.

L'égalité formelle est la composante de l'égalité souveraine qui saute aux yeux lorsqu'on lit l'élément chapeau de l'égalité souveraine dans la résolution 2526 de 1970 : « Tous les États jouissent de l'égalité souveraine. Ils ont des droits et des devoirs égaux et sont membres égaux de la communauté juridique, nonobstant les différences d'ordre économique, social, politique ou d'une autre nature [nos soulèvements] »¹⁷³. Le premier élément de l'égalité souveraine expressément nommés par la résolution 2625 évoque l'égalité formelle : « Les États sont juridiquement égaux »¹⁷⁴.

L'« égalité formelle » est le fait pour les États d'avoir les mêmes droits et obligations dans les conditions fixées par le droit international¹⁷⁵. Or, il y a deux éléments à considérer dans cette définition : 1- les États ont les mêmes droits et obligations et 2- ces droits et obligations sont soumis aux conditions fixées par le droit international. Dès lors, cette forme d'égalité n'est pas absolue : elle est soumise au droit international et à ses nombreuses exceptions.

Obviously, the concept of legal equality embraces the notion of equality before the law. This is implicit in the creation of true international legal order. It means that the law will be applied to all legal subjects irrespective of real differences in power. It does not mean that every legal subject has identical rights and duties.¹⁷⁶

De façon générale, en raison de l'égalité formelle, toutes les normes d'application générale lient et obligent de façon identique les États¹⁷⁷. Une norme coutumière

¹⁷³ Résolution 2625, *supra* note 113.

¹⁷⁴ *Ibid.*

¹⁷⁵ Kohen, *supra* note 12 à la page 407.

¹⁷⁶ Klein, *supra* note 46 à la p. 7.

¹⁷⁷ Opinion dissidente du j. Weeramantry, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, *supra* note 116 à la p. 526 : « Il y a, dans l'ordre juridique international actuel, des inégalités structurelles mais le fond du droit international - le corpus de normes et de principes en quoi il consiste - s'applique également à tous. L'égalité de l'ensemble des sujets de droit dans le cadre d'un même ordre juridique est une condition essentielle de l'intégrité et de la légitimité de cet ordre juridique. La règle vaut pour le groupe de principes qui constituent le corpus du droit international. Il ne saurait encore y avoir un droit pour les puissants et un droit pour les autres. Une telle formule ne serait acceptable dans aucun ordre interne; elle ne l'est pas davantage dans l'ordre international, qui repose sur la notion d'égalité ».

d'application générale¹⁷⁸, hormis le cas de l'objecteur persistant¹⁷⁹, est une norme applicable à l'ensemble des États de façon égale¹⁸⁰. Par exemple, la norme coutumière relative à l'interdiction de l'utilisation de la force dans les relations internationales¹⁸¹ est d'application générale et vaut tant pour un petit État que pour une GP.

Quant aux normes *jus cogens*¹⁸², il est bien établi par la majorité de la doctrine¹⁸³ qu'elles sont, avant tout, des normes coutumières¹⁸⁴. Il est possible pour un traité de les énoncer¹⁸⁵, mais pour que la norme de *jus cogens* s'applique à l'ensemble des États elle doit être une norme coutumière d'application générale. Or, ce sont des normes coutumières d'application générale avec une caractéristique particulière. Selon une approche innovatrice, le professeur Kolb explique que le *jus cogens* serait une technique juridique qui vise à maintenir l'unité et l'intégrité d'un régime juridique en interdisant sa fragmentation normative en régimes

¹⁷⁸ Arbour, *supra* note 14 à la p. 41 : « Le droit international général est l'ensemble des règles qui s'appliquent uniformément à l'ensemble des États. Le droit international particulier se réfère à l'état du droit entre deux États ou plusieurs États d'une région donnée ».

¹⁷⁹ *Affaire des pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)*, [1951] C.I.J. rec. 116 à la p. 131 : « De toute manière, la règle des dix milles apparaît comme inopposable à la Norvège, celle-ci s'étant toujours élevée contre toute tentative de l'appliquer à la côte norvégienne. »; Jonathan I. Charney, « The Persistent Objector Rule and the Development of Customary International Law » (1985) 56 B.Y.I.L. 1.

¹⁸⁰ Nous ne pouvons dire la même chose pour les traités puisqu'un traité a toujours un effet relatif : *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, (1980) 1155 R.T.N.U. 354; [1980] R.T. Can. n° 37, art. 34. Toutefois, les dispositions d'un traité s'appliqueront entre les États parties à ce traité de façon égale.

¹⁸¹ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, [1986] C.I.J. rec. 1 [Nicaragua].

¹⁸² *Convention de Vienne sur le droit des traités*, *supra* note 180, art. 53. Voir Chapitre II, section II, ci-dessous, pour une analyse de la question.

¹⁸³ Voir notamment Godefridus J. H. van Hoof, *Rethinking the Sources of International Law*, Deventer (Netherlands), Kluwer Law and Taxation Publishers, 1983 à la p. 157; Christos L. Rozakis, *The Concept of Jus Cogens in the Law of Treaties*, New York, North-Holland Publisher Compagny, 1976 aux pp. 73 et s. *Contra* Thomas M. Franck, « Fairness in the International Legal and Institutional System » (1993) 240 R.C.A.D.I. 1 aux pp. 57-61 [Franck, « Fairness »].

¹⁸⁴ Andreas Zimmermann, « Sovereign Immunity and Violations of International Jus Cogens – Some Critical Remarks » (1994) 16 Mich. J. Int'l L. 433 à la p. 438: « all the rules of *jus cogens* themselves form part of customary international law. »

¹⁸⁵ Voir par ex. *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, 9 décembre 1948, 78 R.T.N.U. 277, R.T.Can. 1949 n° 27 (entrée en vigueur : 12 janvier 1951).

restreints¹⁸⁶. Pour ce faire, les normes de *jus cogens* ne sont pas susceptibles de dérogation conventionnelle¹⁸⁷ et sont applicables à l'ensemble des États également. Ainsi, tous les États sont soumis également au droit international public général et ils doivent respecter leurs obligations et devoirs internationaux de façon identique.

Toutefois, les normes coutumières d'application générale ne forment pas la totalité du *corpus juris* du droit international public. Bien au contraire, ces normes ne sont que la pointe de l'iceberg normatif. La C.I.J. explique qu'« [i]l ne faut pas rechercher dans le droit international coutumier un corps de règles détaillées »¹⁸⁸. Or, la grande majorité des normes internationales est formée de coutumes particulières ou régionales et, de plus en plus, de normes conventionnelles. Ces normes brillent par leurs effets relatifs : elles ne sont applicables qu'aux États concernés par les normes coutumières et, dans le cas des traités, aux États qui y ont formellement consenti. Une fois les normes admises, elles sont d'application égale à tous les États concernés ou parties à la convention et ces derniers y sont soumis de façon égale. Donc, il n'y a pas d'atteinte au concept de l'égalité formelle puisqu'il y a une application égale entre les États concernés par la norme.

Finalement, cette application générale est balisée par une autre particularité : l'égalité des droits et obligations s'applique *dans les conditions fixées par le droit*¹⁸⁹. Cette limitation de l'égalité formelle est le respect du droit international.

¹⁸⁶ Robert Kolb, *Théorie du ius cogens international. Essai de relecture du concept*, Genève, Presses Universitaires France, 2001 à la p. 25.

¹⁸⁷ *Ibid.*

¹⁸⁸ *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine (Canada c. États-Unis d'Amérique)*, [1984] C.I.J. rec. 246 au para. 111 [*Délimitation golfe du Maine*].

¹⁸⁹ La C.I.J. a développé ce raisonnement dans l'*Affaire du Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne c. Malte)*, [1985] C.I.J. rec. 13 au para. 54 : « Si, par exemple, les États avaient adopté le principe d'une répartition de plateau strictement proportionnelle à la longueur des côtes (ce que la Cour ne croit pas qu'ils aient fait), leur consentement à cette règle n'aurait pas violé le principe d'égalité souveraine entre eux. Ensuite, il est évident que l'existence d'un titre égal *ipso jure* et *ab initio* des États côtiers n'implique pas l'égalité de l'étendue de leur plateau, quelles que soient les conditions à l'intérieur de la zone ; il n'est donc pas possible d'exclure a priori la prise en compte

L'égalité formelle signifie que les États sont également protégés par le droit quant à la jouissance de leurs droits et sont également compétents pour remplir leurs obligations¹⁹⁰. Mais cette égalité « is deemed not inconsistent with the idea of grouping states into classes each of which the law regards differently »¹⁹¹. Cette forme d'égalité accepte que le droit distingue des situations différentes et accorde, en conséquence, des droits et obligations différents à deux États. « Ce que cette égalité de droits et obligations veut signifier est, une fois encore, que la simple inégalité de fait ne donne pas automatiquement une justification à davantage ou à moins de droits et obligations »¹⁹². Toutefois, il n'est pas exclu « pour les États de s'accorder des traitements différents entre eux »¹⁹³ et c'est ce que la limitation *dans les conditions fixées par le droit* veut insinuer.

Section III. L'égalité formelle : une relativité acceptée

L'égalité souveraine conçue de façon absolue est limitée par la relativisation de son aspect formel. L'égalité formelle est, de par définition, relative : elle s'applique *dans les conditions fixées par le droit*. En traitant de la légalisation de l'hégémonie des GP, Simpson explique que « formal equality is a device established by the powerful in order to underwrite and prolong their power »¹⁹⁴. Nous aborderons donc les questions des compensations en droit international public (sous-section I) et de la légalisation de l'hégémonie des GP (sous-section II) pour démontrer la relativité de la première composante de l'égalité souveraine, soit l'égalité formelle.

de la longueur des côtes comme circonstance pertinente. Le principe de l'égalité des États n'a par conséquent aucun rôle particulier à jouer en ce qui concerne le droit applicable. »

¹⁹⁰ Goebel, *supra* note 43 à la p. 2: « equality before the law ».

¹⁹¹ *Ibid.*

¹⁹² Kohen, *supra* note 12 aux pp. 408-409.

¹⁹³ *Ibid.* à la p. 409.

¹⁹⁴ Simpson, *Great Powers*, *supra* note 72 à la p. vii.

1. Les compensations en droit international public

Le droit prévoit parfois des traitements différenciés parmi ses sujets et ce phénomène est très répandu en droit international¹⁹⁵. « De la même manière que l'on trouve dans les ordres internes parfois des situations dites de « discrimination positive », dans l'ordre international les « inégalités compensatrices » visent à remédier aux injustices causées par les inégalités de fait. »¹⁹⁶ Comme nous l'avons vu précédemment, l'égalité souveraine accepte des inégalités sur le plan factuel¹⁹⁷. Elle n'est donc pas un empêchement à ce que le droit distingue entre les situations et accorde, en l'occurrence, des droits et obligations différents. En effet, le DIP reconnaît souvent des inégalités de faits et établit des régimes différents en vue de ces dissimilitudes factuelles. Par exemple, dans le droit international de la mer, il y a une reconnaissance des États géographiquement désavantagés (enclavés) mais qui se voient octroyer d'autres avantages en compensation¹⁹⁸. Un autre exemple est celui du droit international économique qui établit un régime plus flexible pour les États en développement¹⁹⁹. L'idée d'inégalité compensatrice établit un régime

¹⁹⁵ Kohen, *supra* note 12 à la p. 409.

¹⁹⁶ *Ibid.*

¹⁹⁷ Voir *supra* Chapitre I, Section I.

¹⁹⁸ Voir par ex. *Convention des Nations Unies sur le droit de la mer*, 10 décembre 1982, 1834 U.N.T.S. 3., 21 I.L.M. 1245 (1982), art. 69-70.

¹⁹⁹ *Accord sur la mise en oeuvre de l'Article VI de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994, Annexe 1 A de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 15 avril 1994, 1869 R.T.N.U. 426 (entrée en vigueur : 1er janvier 1995), art. 15 : « Il est reconnu que les pays développés Membres devront prendre spécialement en considération la situation particulière des pays en développement Membres quand ils envisageront d'appliquer des mesures antidumping conformément au présent accord. Les possibilités de solutions constructives prévues par le présent accord seront explorées préalablement à l'application de droits antidumping lorsque ceux-ci porteraient atteinte aux intérêts essentiels de pays en développement Membres »; *Accord sur les subventions et les mesures compensatoires, Annexe 1 A de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, ibid.*, art. 27.1 et 27.2(a) :

27.1 Les Membres reconnaissent que les subventions peuvent jouer un rôle important dans les programmes de développement économique des pays en développement Membres.

27.2 La prohibition énoncée au paragraphe 1 a) de l'article 3 ne s'appliquera pas:

a) aux pays en développement Membres visés à l'Annexe VII ;

On peut également penser au traitement spécial et différentiel qui est un traitement spécial accordé aux pays en développement et une exception à la notion de la nation la plus favorisée dans les

différencié au profit des États subissant un préjudice ou un désavantage. Toutefois, « la simple inégalité de fait ne donne pas automatiquement une justification à davantage ou à moins de droits et obligations »²⁰⁰.

Dès 1935, la Cour permanente de Justice internationale expliquait que « [l]’égalité en droit exclut toute discrimination; l’égalité en fait peut, en revanche, rendre nécessaires des traitements différents en vue d’arriver à un résultat qui établisse l’équilibre entre des situations différentes »²⁰¹. La Cour accepte que parfois des traitements différents soient applicables à des États, mais refuse que ces traitements soient justifiés par des motifs discriminatoires comme une différence entre les systèmes politiques, économiques ou sociaux, pour n’en nommer que quelques-uns. Bien au contraire, la Cour propose des traitements différenciés entre les États pour rétablir un certain équilibre et pour compenser une inégalité factuelle. Quelques années plus tard, la C.I.J. explique que l’équité et l’égalité ne sont pas des concepts qui se confondent. « L’équité n’implique pas nécessairement l’égalité »²⁰² et l’inverse s’avère aussi vrai.

Un exemple récent de cette distinction entre équité et égalité est la délimitation maritime de la mer Noire entre la Roumanie et l’Ukraine, lors de l’application de la *Convention sur le droit de la mer*²⁰³. La C.I.J. réitère alors ses jugements

Accords de l’OMC, par ex. *Accord sur l’Agriculture, Annexe 1 A de l’Accord de Marrakech instituant l’Organisation mondiale du commerce*, 15 avril 1994, 1869 R.T.N.U. 426 (entrée en vigueur : 1er janvier 1995), art. 15:

1. Etant donné qu’il est reconnu qu’un traitement différencié et plus favorable pour les pays en développement Membres fait partie intégrante de la négociation, un traitement spécial et différencié en matière d’engagements sera accordé conformément à ce qui est indiqué dans les dispositions pertinentes du présent accord et énoncé dans les Listes de concessions et d’engagements.
2. Les pays en développement Membres auront la possibilité de mettre en oeuvre les engagements de réduction sur une période pouvant aller jusqu’ à 10 ans. Les pays les moins avancés Membres ne seront pas tenus de contracter des engagements de réduction. »

²⁰⁰ Kohen, *supra* note 12 aux pp. 408-409.

²⁰¹ *Écoles minoritaires en Albanie*, (1935), Avis Consultatif, C.P.J.I. (sér. A/B) n° 64 à la p. 19.

²⁰² *Plateau continental de la Mer du Nord*, *supra* note 112 au para. 91.

²⁰³ *Convention des Nations Unies sur le droit de la mer*, *supra* note 198, art. 73, 84.

précédents²⁰⁴ et déclare que « [l]’objet de la délimitation est en effet de parvenir à un résultat équitable et non une répartition égale des espaces maritimes »²⁰⁵. La

Cour

doit « examiner s’il existe des facteurs appelant un ajustement ou un déplacement de cette ligne afin de parvenir à un ‘résultat équitable’ »²⁰⁶. Dans la jurisprudence de la Cour, depuis les affaires relatives au *Plateau continental de la mer du Nord*, de tels facteurs sont habituellement qualifiés de circonstances pertinentes²⁰⁷. Ils ont pour fonction de permettre à la Cour de s’assurer que la ligne d’équidistance provisoire, tracée, selon la méthode géométrique, à partir de points de base déterminés sur les côtes des parties, n’est pas, à la lumière des circonstances particulières de l’espèce, perçue comme inéquitable. Si tel était le cas, la Cour devrait ajuster la ligne afin de parvenir à la ‘solution équitable’ prévue au paragraphe 1 de l’article 74 et au paragraphe 1 de l’article 83 de la CNUDM.²⁰⁸

Ces « inégalités compensatrices » ne sont pas irréconciliables avec le principe de l’égalité souveraine et ne sont pas des exceptions à proprement parler. « Le principe de l’égalité souveraine n’est toutefois pas concerné par ces traitements privilégiés ou par la consécration des « inégalités compensatrices » sur le plan normatif. »²⁰⁹ Ainsi, des normes différentes s’appliquent à des États dissemblables²¹⁰. Toutefois, l’objectif de l’égalité souveraine veut que les normes qui s’appliquent aux mêmes États s’appliquent de manière égale à ces États²¹¹. Les États qui sont régis par les mêmes normes devraient être soumis à ces normes de manière égale.

2. La légalisation de l’hégémonie : une tension entre les GP et l’égalité formelle

²⁰⁴ *Plateau continental de la Mer du Nord*, supra note 112 au para. 18 ; *Délimitation maritime dans la région située entre le Groenland et Jan Mayen (Danemark c. Norvège)*, [1993] C.I.J. rec. 67 au para. 64.

²⁰⁵ *Affaire relative à la délimitation maritime en mer Noire (Roumanie c. Ukraine)*, Arrêt, C.I.J., 23 février 2009, non-publiée, au para. 111, en ligne : <<http://www.icj-cij.org/>> [*Délimitation maritime en mer Noire*].

²⁰⁶ *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria)*, [2002] C.I.J. rec. 441 au para. 288.

²⁰⁷ *Plateau continental de la Mer du Nord*, supra note 112 au para. 53.

²⁰⁸ *Délimitation maritime en mer Noire*, supra note 205 au para. 155.

²⁰⁹ Kohen, supra note 12 à la page 409.

²¹⁰ Simpson, *Great Powers*, supra note 72 à la p. 44.

²¹¹ Arthur Watts, « The International Rule of Law » (1993) 56 *German Y.B. Int’l L.J.* 15 à la p. 31.

L'égalité juridique doit aussi être pondérée dans la pratique par le principe de la légalisation de l'hégémonie. « It is not merely that the stronger states have influence proportionate to their strength; but that custom has given them what can hardly be distinguished from a legal right to settle certain questions as they please, the smaller states being obliged to acquiesce in their decisions »²¹². Gerry Simpson définit la légalisation de l'hégémonie comme étant

the existence within an international society of a powerful elite of states whose superior status is recognised by minor powers as a political fact giving rise to the existence of certain constitutional privileges, rights and duties and whose relations with each other are defined by adherence to a rough principle of sovereign equality.²¹³

Il y a donc quatre éléments²¹⁴ qui composent la légalisation de l'hégémonie des GP: 1-il faut une base constitutionnelle ou juridique à la domination de certaines Puissances; 2- il y a une forme stricte d'égalité souveraine qui existe entre les GP; 3- les GP agissent de concert pour atteindre leurs objectifs dans l'ordre international; 4- la légalisation de l'hégémonie est imposée par les GP et acceptée par consentement des autres États. Notons que le phénomène de la légalisation de l'hégémonie ne se présente que dans le contexte de la société internationale puisque les GP sont définis par le système juridique international²¹⁵. Une manifestation contemporaine emblématique de cette légalisation est le statut des membres permanents du Conseil de Sécurité²¹⁶.

²¹² Lawrence, *Essays*, *supra* note 65 à la p. 226, tel que cité dans Hicks, *supra* note 65 aux pp. 547-548.

²¹³ Simpson, *Great Powers*, *supra* note 72 à la p. 68.

²¹⁴ *Ibid.* aux pp. 67-68.

²¹⁵ *Ibid.*

²¹⁶ Pour les autres manifestations, la légalisation de l'hégémonie des GP peut se traduire par le vote proportionnel au sein des organisations internationales et les exigences de vote aux États indispensables à l'accomplissement de la mission de l'organisation internationale. Par exemple, le vote pondéré et le système de gestion de la Banque Mondiale, voir *Agreement on the International Bank of Reconstruction and Development*, 1945, 2 R.T.N.U. 162, art. 5(3)(a) : « Each member shall have two hundred fifty votes plus one additional vote for each share of stock held. »; *Agreement on the Association of International Development*, 1960, 439 R.T.N.U. 270, art. 6(3) : « Each original member shall, in respect of its initial subscription, have 500 votes plus one additional vote for each \$5,000 of its initial subscription ». Paul W. Kahn, « American Hegemony and International Law: Speaking Law to Power: Popular Sovereignty, Human Rights, and the New International Order » (2000) 1 Chi. J. Int'l L. 1 à la p. 11: « American political power was also reflected in the most important international financial institution created at the time »; Anghie, *Imperialism, Sovereignty*, *supra* note 33 aux pp. 245 et s. fait une excellente étude sur l'utilisation des institutions économiques comme l'Organisation mondiale du commerce, la Banque mondiale et le Fond monétaire international par les Grandes Puissances.

a) Le 1^{er} élément : une dominance *de jure*

Il faut, en premier lieu, une base constitutionnelle ou juridique à la domination de certaines Puissances. Leur supériorité doit être reflétée dans des normes juridiques et dans des institutions internationales d'une époque particulière. Ainsi, en droit international, la reconnaissance *de jure* d'un État est doublée d'une reconnaissance *de jure* de cet État comme étant une GP.²¹⁷ La légalisation de l'hégémonie est reflétée dans la CNU, plus spécifiquement aux articles 23(1) et 27(3)²¹⁸. La supériorité des membres permanents du CS est reflétée, en premier, dans l'organisation structurelle de l'ONU. L'ONU est composée de six organes principaux²¹⁹ et comprend un organe plénier, un Secrétariat et des organes restreints²²⁰. L'Assemblée générale (« AG ») est l'organe plénier. Indépendamment de son absence de pouvoir de décision et sauf exceptions²²¹, l'AG est un forum où tous les sujets peuvent être débattus²²². Le Secrétariat des NU est quant à lui un organe non interétatique dit intégré, où s'affairent des fonctionnaires internationaux. Il « jouit d'une autonomie certaine, mais il est

²¹⁷ Joseph Markus, *Grandes puissances, petites nations et le problème de l'organisation internationale*, Neuchâtel, Éditions de la Baconnière, 1947 à la p. 144.

²¹⁸ *Charte des Nations Unies*, *supra* note 13, art. 23(1) : « Le Conseil de sécurité se compose de quinze Membres de l'Organisation. La République de Chine, la France, l'Union des Républiques socialistes soviétiques, le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, et les États-Unis d'Amérique sont membres permanents du Conseil de sécurité. Dix autres Membres de l'Organisation sont élus, à titre de membres non permanents du Conseil de sécurité, par l'Assemblée générale qui tient spécialement compte, en premier lieu, de la contribution des Membres de l'Organisation au maintien de la paix et de la sécurité internationales et aux autres fins de l'Organisation, et aussi d'une répartition géographique équitable »; *Charte des Nations Unies*, *ibid.*, art. 27(3) : « Les décisions du Conseil de sécurité sur toutes autres questions [que celles de procédure] sont prises par un vote affirmatif de neuf de ses membres dans lequel sont comprises les voix de tous les membres permanents, étant entendu que, dans les décisions prises aux termes du Chapitre VI et du paragraphe 3 de l'Article 52, une partie à un différend s'abstient de voter. »

²¹⁹ Les six organes de l'Organisation des Nations Unies sont « une Assemblée générale, un Conseil de sécurité, un Conseil économique et social, un Conseil de tutelle, une Cour internationale de Justice et un Secrétariat », *Charte des Nations Unies*, *ibid.*, art. 7(1).

²²⁰ Arbour, *supra* note 14 à la p. 727.

²²¹ *Charte des Nations Unies*, *supra* note 13, art. 18(2).

²²² Arbour, *supra* note 14 à la p. 727.

destiné à des besoins administratives »²²³. Finalement, le CS est l'organe restreint qui ne comprend que certains États seulement mais qui se retrouvent également à l'AG²²⁴. Généralement, il n'y a pas de nomination permanente dans les organes restreints, mais les GP de 1945, lors des négociations en vue d'adopter la CNU, ont acquis une permanence *de jure* au sein du CS²²⁵. La CNU légalise leur puissance de façon permanente au sein du CS. L'Histoire nous apprend qu'une puissance ne l'est pas éternellement²²⁶ et que le statut d'un État peut changer avec le temps. Néanmoins, en légalisant leur situation de pouvoir, les 5 Grands ont perpétué juridiquement leur puissance dans le temps²²⁷.

La permanence au sein d'un organe restreint est en soi une particularité, mais est-ce là uniquement ce qui rend les 5 Grands supérieurs juridiquement? Nous sommes d'avis que c'est plutôt cette permanence cumulée de deux éléments, nommément, les pouvoirs importants du CS et que toute décision du CS touchant à une question de substance peut faire l'objet d'un veto de l'un des 5 membres permanents²²⁸, qui rend les 5 Grands juridiquement supérieurs. Les pouvoirs et fonctions du CS sont exhaustifs et sont limités, mais c'est à lui que revient la compétence principale dans la notion de maintien de la paix et de la sécurité internationales²²⁹. « [A]près avoir posé le principe de l'interdiction de la force dans les relations internationales, on organise l'idée de la sécurité collective autour du Conseil de sécurité de l'ONU tout en réservant le droit de légitime défense individuelle ou collective de ses États membres »²³⁰. Cependant, dès la fin de la Deuxième Guerre mondiale, la scène internationale a constaté des limites inhérentes au fonctionnement du CS. Considérant la règle selon laquelle toute

²²³ René-Jean Dupuy, « État et organisation internationale » dans René-Jean Dupuy, dir., *Manuel sur les organisations internationales*, 2^e éd., Boston, Martinus Nijhoff, 1998, 13 à la p. 17.

²²⁴ *Ibid.*

²²⁵ *Charte des Nations Unies*, *supra* note 13, art. 23(1).

²²⁶ Wilhelm G. Grewe, *The Epochs of International Law*, Berlin, Walter de Gruyter, 2000.

²²⁷ Duplessis, « *soft law* », *supra* note 109 à la p. 257.

²²⁸ *Ibid.*, art. 27(3).

²²⁹ *Ibid.*, art. 24.

²³⁰ Arbour, *supra* note 14 à la p. 600.

décision touchant une question de substance du CS peut faire l'objet d'un veto²³¹ de l'un des cinq membres permanents, ceci a, tel que démontré par le passé, conduit « à une paralysie totale de ce dernier »²³². « This “veto” seems to undermine the coherence of the general principle of “sovereign equality” established in article 2. The non-veto-endowed states appear to be deprived of their formal equality »²³³. Donc,

cinq États se sont vu, en raison de leur importance, attribuer un siège permanent, c'est-à-dire de la qualité de représentants inamovibles. Ce privilège se double de la garantie qui leur est faite de ne jamais risquer de se voir imposer une décision à laquelle ils ne souscriraient pas à l'unanimité (droit de veto)²³⁴

et se triple par les grands pouvoirs accordés à cet organe restreint sur des questions importantes. Nous avons donc démontré le premier élément, à savoir, la consécration juridique de la supériorité des GP dans la Charte des NU.

b) Le 2^e élément : égalité souveraine stricte

En deuxième lieu, il faut une forme d'égalité souveraine qui existe entre les GP²³⁵. « Except insofar as it contributed to maintaining an equilibrium among themselves, the Great Powers ignored any principle of equality. »²³⁶ L'égalité souveraine entre les GP est un élément nécessaire pour faciliter leur coopération. Paradoxalement, la légalisation de l'hégémonie, qui est un phénomène applicable dans les relations entre les États et les GP, cesse de valoir entre les GP pour réintégrer le cadre de l'égalité formelle. Le fonctionnement même d'une légalisation hégémonique requiert une égalité souveraine stricte, c'est-à-dire une égalité entre les GP sur toutes les dimensions de l'égalité souveraine²³⁷. « In fact, hegemony appears to require the fiction of equality (albeit extended only to the

²³¹ *Charte des Nations Unies*, *supra* note 13, art. 27(3).

²³² *Arbour*, *supra* note 14 à la p. 600.

²³³ *Franck*, *Power of Legitimacy*, *supra* note 34 à la p. 176.

²³⁴ *Dupuy*, *supra* note 248 à la p. 17.

²³⁵ *Simpson*, *Great Powers*, *supra* note 72 à la p. 108.

²³⁶ *Klein*, *supra* note 46 à la p. 8.

²³⁷ *Simpson*, *Great Powers*, *supra* note 72 à la p. 109.

hegemons themselves) in order to sustain it. »²³⁸ Cette égalité est importante pour la coopération et surtout pour maintenir une cohésion interne du groupe des GP. Il ne faut pas que le statut d'une GP soit remis en cause par les autres GP²³⁹. En d'autres mots, le phénomène de la légalisation de l'hégémonie est dépendant d'une égalité entre les GP afin de maintenir une harmonie en leur sein. « [L]e droit de veto a pour première raison d'être d'assurer l'équilibre entre ses détenteurs, c'est-à-dire entre grandes puissances »²⁴⁰. Toute forme ou tentative d'hierarchisation entre les GP leur est dangereuse²⁴¹.

c) Le 3^e élément : une domination concertée

En troisième lieu, il faut que les GP agissent de concert pour atteindre leurs objectifs dans l'ordre international. En effet, les GP ont un intérêt et des pouvoirs sur l'ensemble du système international²⁴². Il peut y avoir des différends entre elles, mais la simple possibilité d'avoir une action commune de leur part doit toujours être envisageable²⁴³. La légalisation de l'hégémonie implique une capacité d'exploitation de leur « preponderance in relation to the rest of international society by [...] joint action, as is implied by the idea of a great power concert »²⁴⁴. Ils sont une coalition d'États qui utilisent des processus juridiques et institutionnels. S'il n'y a pas d'action collective avec une forme de validation institutionnelle, les autres États membres risquent d'y voir une forme de domination brutale et la légitimité de l'action sera bafouée. Les États les plus puissants pourraient se présenter en seuls juges de ce qu'exige l'humanité: le droit serait, à nouveau, entièrement soumis à la force et à l'intérêt national de quelques-uns. Lors du Congrès de Vienne de 1815, bien qu'il y avait des GP, il n'y a pas eu

²³⁸ *Ibid.* à la p. 110.

²³⁹ *Ibid.* à la p. 108.

²⁴⁰ Michel Virally, *L'Organisation mondiale*, Paris, Armand Collin, 1972 à la p. 103.

²⁴¹ Charles Fenwick, *International Law*, 2^e éd., New York, D. Appleton-Century, 1934 à la p. 156.

²⁴² Simpson, *Great Powers*, *supra* note 72 à la p. 68.

²⁴³ *Ibid.* à la p. 71.

²⁴⁴ Hedley Bull, *The Anarchical Society: A Study of Order in World Politics*, London, Macmillan, 1977 tel que cité dans Simpson, *Great Powers*, *ibid.* à la p. 73.

de légalisation de leur hégémonie. « They were the greatest powers in the system but they did not act responsibly in order to maintain the system through some sort of concert. »²⁴⁵

Aujourd'hui, l'action collective des GP est exemplifiée par le processus d'adoption des résolutions du CS. Une résolution du CS qui ne concerne pas uniquement des questions procédurales²⁴⁶ est adoptée seulement lorsque les membres permanents votent affirmativement ou s'abstiennent de voter²⁴⁷. Une résolution est désormais rédigée et négociée par les GP avant d'être soumise au vote lors d'une séance du CS. Il y a trois situations qui peuvent alors se présenter. La première situation est lorsque la résolution est adoptée unanimement par le vote des GP, dans ce cas, elles parlent d'une même voix. La deuxième situation est lorsqu'il y a un différend qui n'est pas d'une gravité capitale. Dans ce cas, une des GP s'abstiendra de voter et la résolution sera adoptée. La dernière situation est lorsqu'un différend d'importance survient. Lorsque les GP ne s'entendent pas sur un point et ne parlent pas de la même voix, la résolution, dans la plupart des cas, ne sera pas soumise au vote²⁴⁸. Il ne faut pas perdre de vue que « the Great Powers could act unilaterally, but only if they could make a clear case for self-defence under Article 51 of the *Charter of the United Nations*, and yes, they could act collectively, [...] but only if they secured the votes in the Security Council (including those of non-permanent members) »²⁴⁹. Ainsi, la domination concertée des GP n'exclut pas une action unilatérale si les conditions de ladite action sont rassemblées.

²⁴⁵ Simpson, *Great Powers*, *ibid.* à la p. 75 citant Carsten Holbraad, *Superpowers and International Conflicts*, Basingstoke, Macmillan, 1979 à la p. vii.

²⁴⁶ *Charte des Nations Unies*, *supra* note 13, art. 27(3).

²⁴⁷ *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, Avis Consultatif, [1971] C.I.J. rec. 16 au para. 22.

²⁴⁸ Par exemple, ce fut le cas pour l'intervention en Irak en 2002. Christine Gray, « From Unity to Polarization : International Law and the Use of Force against Iraq » (2002) 13 E.J.I.L. 1 à la p. 8; Ian Johnstone, « UN-US Relations after Iraq: The End of the World (order) As We Know It? » (2004) 15 E.J.I.L. 813.

²⁴⁹ Gerry Simpson, « Duelling Agendas: International Relations and International Law (Again) » (2005) 1 J. Int'l L. & Int'l Rel. 61 à la p. 65 [Simpson, « Duelling Agendas »].

d) Le 4^e élément : une domination simultanément imposée et acceptée

Finalement, il faut que la légalisation de l'hégémonie soit imposée par les GP et acceptée grâce au consentement des autres États. « Higher rank and special privilege were attributes of superior responsibility. »²⁵⁰ Les GP ont entrepris la gestion du monde et « they excluded the lesser states from any meaningful participation in their arrangements »²⁵¹. Les membres permanents du CS ont des devoirs plus grands étant donné qu'ils sont particulièrement responsables devant la communauté internationale du maintien de la paix et de la sécurité internationales²⁵². L'ONU a donc pour fondement une forme d'hégémonie *de jure* et une des raisons de cette consécration était la responsabilité spéciale des GP²⁵³. Or, la responsabilité du maintien de la paix et sécurité internationales est proportionnelle au pouvoir des GP²⁵⁴. Il y a une volonté de responsabilisation ainsi qu'une finalité d'implication des États qui font partie de l'organe restreint quant à une matière si importante. Il y a fort à parier qu'il serait illégitime de retrouver comme seuls membres au sein du CS des îles des Caraïbes. Bref, une matière aussi importante que la sécurité internationale doit impliquer ceux qui sont le plus aptes à la détruire ou la défendre. D'ailleurs, la légalisation de l'hégémonie était une condition pour que les 5 grands de l'époque adhèrent et demeurent au sein de l'ONU²⁵⁵. C'est la reconnaissance par les petites et moyennes Puissances qui a déterminé le statut des GP. Or, en 1945, lorsque les GP ont adhéré aux NU, les petits États ont expressément consenti à leur statut supérieur.²⁵⁶

²⁵⁰ Klein, *supra* note 46 à la p. 8.

²⁵¹ *Ibid.*

²⁵² Franck, *Power of Legitimacy*, *supra* note 34 à la p. 177 : « states bearing the greatest institutional responsibility should also have the greatest say in critical disputes ».

²⁵³ Simpson, *Great Powers*, *supra* note 72 à la p. 170.

²⁵⁴ Klein, *supra* note 46 à la p. 9.

²⁵⁵ Simpson, *Great Powers*, *supra* note 72 à la p. 192.

²⁵⁶ Klein, *supra* note 46 à la p. 8: « Whatever merit there may be in the argument, the idea of a concert of Great Powers having primarily responsibility for the maintenance of peace and security

« All states are equally entitled to be recognized as states, on the simple ground that they are states; but all states are *not* entitled to be recognized as *equal* states, simply because they are not equal states. »²⁵⁷ Ainsi, les États ont un « equal right of asserting their rights » si le droit international leur donne ce droit. La légalisation de l'hégémonie prouve que certains États ont des droits inégaux²⁵⁸. Malheureusement, « the formal acquisition of sovereignty and equality did not translate into the real power that the Third World States had hoped for. [...] The innovations and reforms of the UN period served in important ways to reproduce and reinstate the inequalities and power disparities that had characterized formal colonialism »²⁵⁹.

En souscrivant à la légalisation de l'hégémonie, l'abîme de l'égalité souveraine entre les GP et les autres États devient plus profond: la facette formelle de l'égalité souveraine souffre d'un relativisme éclatant. La menace de retrait de l'ONU par les GP a mis à bas l'aspiration des petits États à une participation juridique absolument égalitaire dans les affaires internationales, notamment avec l'exigence des GP de la légalisation de l'hégémonie au sein du CS. Mais, comme nous l'avons vu, la légalisation de l'hégémonie n'est possible que par l'entremise d'une action collective et concertée des GP. Autrement dit, un empire²⁶⁰ ou un État hégémonique²⁶¹ ne peut se présenter en seul juge de ce qu'exige l'humanité :

has never lost its hold on men's imagination. Thus, in 1945, when the Great Powers put themselves under the United Nations organization, small states expressly consented to their superior status. »

²⁵⁷ Lorimer, *supra* note 75, vol. 2 à la p. 260.

²⁵⁸ *Ibid.*, vol. 1 à la p. 171.

²⁵⁹ Anghie, *Imperialism, Sovereignty*, *supra* note 33 à la p. 199.

²⁶⁰ Nous pouvons définir un empire comme suit, Michael W. Doyle, *Empires*, Ithaca, Cornell University Press, 1986 à la p. 45: « a relationship, formal or informal, in which one state controls the effective political sovereignty of another political society. It can be achieved by force, by political collaboration, by economic, social or cultural dependence. Imperialism is simply the process or policy of maintaining an empire. » En d'autres mots, l'impérialisme est la pratique permettant de perpétuer le pouvoir d'un empire.

²⁶¹ Un hégémon, au niveau national, est un pouvoir sociopolitique qui existe et permet un « consentement spontané » de la population du fait de l'adhésion à une autorité intellectuelle et morale. Ce raisonnement s'applique *mutatis mutandis* au niveau international. Quintin Hoare et Geoffrey Nowell-Smith, *Selections From the Prison Notebooks of Antonio Gramsci*, New York,

l'exercice unilatéral du pouvoir dans l'ordre international par un seul État est, désormais, exclu. La relativisation de l'égalité formelle, facette de l'égalité souveraine, contribue à empêcher un hégémon d'exercer unilatéralement le pouvoir dans l'ordre international au profit de l'ensemble des GP.

Chapitre II L'égalité législative : la participation sur un pied d'égalité au processus d'élaboration du droit international

L'égalité législative est une facette importante puisque les États, étant souverains, sont régis par les règles du droit international. Il leur est primordial d'être sur un pied d'égalité lors de la formation du droit international. Or, nous poserons les balises théoriques de la facette législative de l'égalité souveraine. L'« égalité législative » est la soumission au droit international par le volontarisme²⁶² et la participation sur un pied d'égalité au processus d'élaboration du droit international²⁶³. L'égalité législative regroupe donc deux dimensions différentes: celle du volontarisme et la représentation égale lors de la formation du droit international²⁶⁴.

Les États ne connaissent pas d'autorité au-dessus d'eux et cette particularité de la scène internationale entraîne ce qu'on appelle le pouvoir horizontal. Ce pouvoir conforte le volontarisme qui est à la base de la formation du droit international

International Publishers, 1971 à la p. 12: Selon Gramsci, les intellectuels sont les « représentants » du groupe dominant et, donc, parlent pour l'hégémon : ils exercent ses fonctions sociales et ses politiques gouvernementales. Ces fonctions comprennent :

1. The "spontaneous" consent given by the great masses of the population to the general direction imposed on social life by the dominant fundamental group; this consent is "historically" caused by the prestige (and consequent confidence) which the dominant group enjoys because of its position and function in the world of production.

2. The apparatus of state coercive power which "legally" enforces discipline on those groups who do not "consent" either actively or passively. This apparatus is, however, constituted for the whole of society in anticipation of moment of crises of command and direction when spontaneous consent has failed.

²⁶² Kohen, *supra* note 12 à la p. 407.

²⁶³ *Ibid.*

²⁶⁴ Simpson, *Great Powers*, *supra* note 72 à la p. 48.

classique (Section I). Subséquemment, nous examinerons l'implication des normes soi-disant universelles et objectives, tel que les normes à caractère impératif ou de *jus cogens* et les obligations *erga omnes* ainsi que leurs conséquences sur la théorie volontariste (Section II). À l'instar de l'égalité formelle, les deux dimensions de l'égalité législative sont porteuses d'une relativité. L'analyse des conséquences sur le plan normatif de la théorie du consentement est un exemple intéressant de la relativité du volontarisme. Nous porterons ainsi un regard attentif sur plusieurs lieux de formation du droit international pour démontrer la relativisation du principe du volontarisme. Ce faisant, nous parviendrons à illustrer qu'il demeure que certains États sont « plus égaux que d'autres »²⁶⁵ lors de la formation des normes de droit international public (Section III).

Section I. Le pouvoir horizontal et le volontarisme

L'égalité souveraine est un « mere corollary of the ideas of independence and sovereignty »²⁶⁶. En tant que souverain, l'État jouit d'une autorité suprême sur un territoire et une population : aucun État ou organe ne lui est supérieur²⁶⁷. Pour reprendre les termes d'un père fondateur de la souveraineté étatique : « [l]a souveraineté est la puissance absolue et perpétuelle d'une République »²⁶⁸. Aujourd'hui, suivant la présentation de la plupart des auteurs, la souveraineté est un concept biface. Elle est composée de deux éléments complémentaires : un avers, ou face interne, qui est l'autonomie; et un revers, ou face externe, qui est l'indépendance²⁶⁹. Par l'autonomie, l'État jouit de la *summa potestas* : il exerce sur son territoire une juridiction suprême par rapport à ses composantes et monopolise la contrainte physique; bref, c'est l'exercice de son pouvoir vertical. Par

²⁶⁵ Marx, *Kritik des Gothaer Programms*, *supra* note 73; Engels, *Socialisme utopique et socialisme scientifique*, *supra* note 73; Sypnowich, *The Concept of Socialist Law*, *supra* note 73.

²⁶⁶ Goebel, *supra* note 43 à la p. 2.

²⁶⁷ Arbour, *supra* note 14 à la p. 259.

²⁶⁸ Jean Bodin, *supra* note 19 à la p. 89.

²⁶⁹ Arbour, *supra* note 14 à la p. 260; Marc St. Korowicz, *La souveraineté des États et l'avenir du droit international*, Pedone, Paris, 1945 aux pp. 45 et s.; Oppenheim, *International Law*, 7^e éd., *supra* note 146 à la §123; Wheaton, *supra* note 62 aux §§20-21.

l'indépendance, l'État bénéficie de la *suprema potestas* : il entretient des rapports directs avec les autres États et traite juridiquement avec chacun d'eux sur un pied d'égalité; bref, c'est l'exercice de son pouvoir horizontal²⁷⁰.

L'indépendance ainsi comprise n'est qu'au fond, que la condition normale des États d'après le droit international : elle peut être aussi bien qualifiée comme *souveraineté* (*suprema potestas*) ou *souveraineté extérieure*, si l'on entend par cela que l'État n'a au-dessus de soi aucune autorité, si ce n'est pas celle du droit international. [Italiques dans l'original]²⁷¹

Dans une thèse devenue classique, Louis LeFur a précisé que « la souveraineté est la qualité de l'État de n'être obligé ou déterminé que par sa propre volonté dans les limites du principe supérieur du droit et conformément au but collectif qu'il est appelé à réaliser »²⁷². Formulée à la fin du XIX^e siècle, cette définition dégage deux idées fondamentales : l'État souverain n'agit que selon sa propre volonté et cette volonté ne peut se manifester qu'à l'intérieur des règles du droit. « States recognize only one legal superior and that is international law itself. In addition states are said to be bound only by those rules to which they have agreed to be bound. »²⁷³ « Il y a là un paradoxe. D'une part, on affirme la souveraineté en des termes absolus et, d'autre part, on reconnaît la possibilité d'une soumission du souverain aux règles du droit international. »²⁷⁴ Ce paradoxe est illustré par les engagements internationaux. C'est par l'exercice de sa souveraineté que l'État s'engage sur la scène internationale : il restreint volontairement sa souveraineté à chaque fois qu'il conclut un traité²⁷⁵. Ainsi, c'est souverainement qu'il s'oblige et c'est souverainement qu'il devra respecter ses obligations²⁷⁶. Sans souveraineté, il

²⁷⁰ George Abi-Saab, « Permanent Sovereignty over Natural Resources and Economic Activities » dans Mohammed Bedjaoui, dir., *International Law : Achievements and Prospects*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1991, 597 à la p. 598.

²⁷¹ *Régime douanier entre l'Allemagne et l'Autriche* (1931), Avis consultatif, C.P.J.I. (sér. A/B) n° 41 au para. 3, juge Anzilotti, opinion individuelle.

²⁷² LeFur, *supra* note 136 à la p. 443.

²⁷³ Simpson, *Great Powers*, *supra* note 72 à la p. 28.

²⁷⁴ Karim Benyekhlef, « L'Internet: un reflet de la concurrence des souverainetés » (2002) 8 : 1 *Lex Electronica*, en ligne : *Lex Electronica* <<http://www.lex-electronica.org/articles/v8-1/benyekhlef.htm>>.

²⁷⁵ *Affaire du vapeur Wimbledon*, (1923), C.P.J.I. (sér. A) n° 1 à la p. 25.

²⁷⁶ Pour les engagements conventionnels, l'État doit respecter ses obligations par l'application du principe *pacta sunt servanda* codifié dans la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, *supra*

n'y a pas lieu de parler de volontarisme et « l'absence du volontarisme entraîne la dysfonction du droit international [traduction libre] »²⁷⁷. Or, le pouvoir horizontal conforte le volontarisme²⁷⁸. Le volontarisme « veut que les États soient assujettis à des règles obligatoires qu'ils auraient, selon une certaine analyse, librement acceptées, et qu'ils soient à la fois les auteurs et les destinataires des règles du droit international »²⁷⁹. D'ailleurs, il est sûrement préférable qu'une règle juridique ne soit pas adoptée plutôt que, étant adoptée, elle soit aussitôt violée par un État en mesure de résister à toute sanction sérieuse. C'est ce qu'exprimait Charles de Visscher lorsqu'il faisait remarquer que « le droit ne progresse qu'à la condition de ne pas s'abuser sur les réalités qu'il s'applique à ordonner »²⁸⁰.

La volonté d'un État est-elle donc absolue? La nature volontariste du droit international est la conséquence logique de la souveraineté des États qui pose qu'un État a la plénitude des pouvoirs. Par contre, nous ne pouvons soutenir une lecture volontariste radicale. Certes, le droit international public est créé par la volonté de l'État. Toutefois, nous ne sommes pas en présence d'un volontarisme unilatéral, mais d'un processus plurilatéral. Un État seul ne crée pas de droit *international* par sa volonté isolée. Autrement dit, le droit international public ne

note 180, art. 26. L'État doit respecter ses engagements unilatéraux par l'application du principe *acta sunt servanda*, voir l'*Affaire du « Lotus »* (1927), C.P.J.I. (sér. A) n° 10 à la p. 18. Quant au respect des obligations coutumières par la théorie volontariste, Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962 à la p. 262, rejette l'idée que le principe *pacta sunt servanda* puisse servir de fondement au droit international car cette idée est maintenue par la fiction que la coutume repose sur un traité tacite. Selon Kelsen, la *Grundnorm* ou norme fondamentale du droit international est une norme supposée ou une hypothèse qui institue la coutume des États comme fait créateur. Kelsen, *ibid.* à la p. 425 « la norme fondamentale supposée du droit international est une norme qui fait de la coutume fondée par la conduite mutuelle des États un mode de création du droit ». Ainsi, la théorie du consentement a dû subir par ailleurs de véritables contorsions pour expliquer la coutume de façon plus ou moins satisfaisante. Voir par exemple : Hans Kelsen, « Théorie du droit international public » (1953-III) 84 R.C.D.A.I. 5; Serge Sur, « La coutume internationale. Sa vie, son œuvre » (1986) Droits 111.

²⁷⁷ Prosper Weil, « Towards Relative Normativity in International Law? » (1983) 77 A.J.I.L. 413 à la p. 420. Notons que ce n'est pas le droit international qui crée la souveraineté, mais c'est plutôt par l'exercice de sa souveraineté que l'État crée le droit international.

²⁷⁸ Bin Cheng, « Introduction to Subjects of International Law » dans Bedjaoui, *supra* note 270, 23 à la p. 33.

²⁷⁹ Jacques-Yvan Morin, « Droit et souveraineté à l'aube du XXI^e siècle » (1987) 25 A.C.D.I. 47 à la p. 48, tel que cité dans Benyekhlef, *supra* note 274.

²⁸⁰ Visscher, *supra* note 144 à la p. 132.

résulte pas exclusivement²⁸¹ de la volonté isolée d'un État, mais de la volonté commune des États²⁸².

La réponse des juristes est plus nuancée voire déchirée car ils savent bien que le droit ne peut naître et s'imposer de et sur l'absence d'une société. Enchaînés à cette condition *sine qua non* mais tout autant par la force théorique et pratique de la souveraineté, les juristes feront découler l'obligatorité des normes du droit international de la volonté ou du consentement exprès des États.²⁸³

Or, le principe de *pacta sunt servanda*²⁸⁴ est contraire au volontarisme unilatéral étatique : dès qu'un État s'engage par l'exercice de sa volonté unilatérale, il y a des obligations qui découlent indépendamment de cette volonté²⁸⁵. La volonté unilatérale d'un État ne peut pas le libérer de ses obligations internationales²⁸⁶. Si un État change de volonté unilatéralement, il sera tout de même contraint juridiquement de respecter sa parole²⁸⁷ : sa volonté ne s'exerce plus de façon absolue une fois qu'il s'est engagé.

²⁸¹ Quant aux actes unilatéraux, ce sont des actes juridiques créateurs d'obligations. Toutefois, une obligation implique 2 parties : un créancier et un débiteur. La présence d'un autre État ou d'une entité est une condition *sine qua non* pour la création d'une obligation: un État s'engage juridiquement et unilatéralement envers un autre État ou une entité. Voir, Arbour, *supra* note 14 à la p. 129 : « On peut facilement concevoir qu'un État puisse vouloir créer des obligations à sa propre charge et partant, un droit au bénéfice d'un État tiers : c'est notamment l'hypothèse de la promesse ou celle de la reconnaissance. »; Pellet, « The Normative Dilemma », *supra* note 5 à la p. 35. Pour un parallèle avec l'obligation en droit civil, l'obligation est composée de trois éléments : le créancier, le débiteur et une prestation, voir, Jean Pineau, Danielle Burman et Serge Gaudet, *Théorie des obligations*, 4^e éd., Montréal, Les Éditions Thémis, 2001 à la p. 2.

²⁸² Pellet, *ibid.* à la p. 34 : « But this is not State will – not even majority will, but communal will, in a very strict sense- the will of each and every party- not of one or a few or even many of them. »

²⁸³ Isabelle Duplessis, « Les fondements philosophiques et juridiques d'une communauté internationale », Conférence sur les Nécessités économiques et libertés politiques à l'heure de la mondialisation, Université du Québec à Montréal, 30 janvier 1999 [non publiée]. Transcription disponible en ligne : Chaire UNESCO d'étude des fondements philosophiques de la justice et de la société démocratique <http://www.unesco.chairephilo.uqam.ca/programme_hiver1999.htm#fondements> [Duplessis, « Les fondements philosophiques »].

²⁸⁴ Le principe *pacta sunt servanda* codifié à *Convention de Vienne sur le droit des traités*, *supra* note 180, art. 26.

²⁸⁵ Pellet, « The Normative Dilemma », *supra* note 5 à la p. 33.

²⁸⁶ *Convention de Vienne sur le droit des traités*, *supra* note 180, art. 54 : « L'extinction d'un traité ou le retrait d'une partie peuvent avoir lieu : a) Conformément aux dispositions du traité; ou b) A tout moment, par consentement de toutes les parties, après consultation des autres Etats contractants. »

²⁸⁷ *Convention de Vienne sur le droit des traités*, *supra* note 180, art. 54, 56-60.

Dans le cadre de la théorie volontariste et positiviste, comment expliquer les normes coutumières internationales, à savoir celles établies à partir d'une opinion et d'une pratique de l'ensemble des États? La C.I.J. explique que le droit international coutumier « comprend en réalité un ensemble restreint de normes propres à assurer la coexistence et la coopération vitale des membres de la communauté internationale »²⁸⁸. Dès lors, il y a une limitation à l'absolutisme de l'indépendance étatique et cette limite est la présence des autres États²⁸⁹. L'entrée d'un État dans la communauté internationale suppose inévitablement des conditions et des limites²⁹⁰. Donc, le simple fait de faire partie de la communauté internationale²⁹¹ confère des obligations et des limites indépendamment de la volonté unilatérale des États. « Such limits are held always to have been imposed by the community on the recognition of its members, but subject to development over time »²⁹². Bref, c'est la présence des autres États qui limite la volonté tous azimuts d'un État.

²⁸⁸ *Délimitation golfe du Maine*, *supra* note 188 au para. 111.

²⁸⁹ Quoc Dinh Nguyen, Patrick Dallier et Alain Pellet, *Droit international public*, 7^e éd., Paris, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 2002 à la p. 83 : « le concept de souveraineté ne peut recevoir un sens absolu et signifie seulement que l'État n'est subordonné à aucun autre mais qu'il doit respecter des règles minimales garantissant le même privilège à tous les autres. Tel est l'objet premier et le fondement du droit international moderne. »

²⁹⁰ David Beetham, *The Legitimation of Power*, Londres, Macmillan, 1991; Robert H Jackson, *Quasi-States: Sovereignty, International Relations and the Third World*, Cambridge, Cambridge University Press, 1993; Peter Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 7^e éd., Londres, Routledge, 1997.

²⁹¹ Bien que ce texte n'aborde pas l'interaction de la souveraineté et la communauté internationale, nous sommes d'avis que les deux termes ne sont pas nécessairement antinomiques. Voir Duplessis, « Les fondements philosophiques », *supra* note 283 : « Nous aimerions donc conserver l'idée de souveraineté et l'idée de communauté internationale tout en procédant à une relecture conjointe de ces deux termes. Au départ et par un simple renversement de perspective, l'idée de souveraineté ne saurait se penser sans celle de la communauté internationale car la souveraineté n'est pensable que par rapport à une individuation, à une singularisation. Cette individuation passe obligatoirement par la reconnaissance que les autres États donnent des pratiques politiques et institutionnelles d'une nation particulière. La communauté internationale agit à titre de condition indispensable puisqu'elle permet l'individuation et l'individualité des États. Cette individualité qui ne s'accomplit qu'en présence de l'Autre, sous le regard des autres. Face à l'altérité, l'État national réalise sa singularité, il prend conscience de sa condition d'acteur international. »

²⁹² Bruce Broomhall, *International Justice and the International Criminal Court : Between Sovereignty and the Rule of Law*, Toronto, Oxford University Press, 2003 à la p. 43.

Finalement, est-ce que la volonté d'un État s'exerce de façon absolue? Nous sommes d'avis que cette question doit recevoir une réponse négative. Il y a de multiples facteurs qui influencent cette volonté, notamment des facteurs politiques, économiques et sociaux. Par exemple, d'un point de vue purement volontariste, il serait possible pour l'ensemble des États d'abolir l'ONU. Toutefois, en pratique, cela ne se fera pas pour une panoplie de facteurs non-juridiques. Comme l'explique Broomhall :

While legal factors and international considerations play an increasing role in State making-decision, the very fact that key decision-making powers remain in State hands ensures an ongoing role for a range of extra-legal (diplomatic, economic, strategic and « purely political ») considerations.²⁹³

Section II. Les normes universelles : une acceptation volontariste

Il y a également des limites juridiques à l'exercice de la volonté d'un État, notamment par le développement de normes objectivement universelles comme des normes de *jus cogens* et des obligations *erga omnes*.²⁹⁴ Ainsi, quelle est l'implication des normes universelles et objectives, comme les normes de *jus cogens* et les obligations *erga omnes*, sur la théorie volontariste? Plusieurs auteurs prônent une universalisation et objectivisation²⁹⁵ des normes de droit international²⁹⁶. Selon eux, l'universalité normative est justifiée par des considérations éthiques et morales²⁹⁷. Cette universalité normative objective s'applique notamment par les obligations *erga omnes* et les normes de *jus cogens*.

²⁹³ *Ibid.* à la p. 60.

²⁹⁴ Simpson, *Great Powers*, *supra* note 72 à la p. 51.

²⁹⁵ Ce que nous entendons par une objectivisation des normes de droit international est une négation de la force obligatoire de normes applicables uniquement par la volonté subjective des États pour englober des considérations morales objectives.

²⁹⁶ Arbour, *supra* note 14 à la p. 36 : « le concept du *jus cogens* est destiné à servir de base à la constitution d'un ordre public international fondé sur une morale objective universelle qu'aucun État ne pourra transgresser »; Hilary Charlesworth et Christine Chinkin « The Gender of Jus Cogens » (1993) 15 :1 Hum. Rts. Q. 63 à la p. 63 : « it imports notion of universally applicable norms into the international legal process. »

²⁹⁷ Andrea Bianchi, « Human Rights and the Magic of Jus Cogens » (2008) 19:3 E.J.I.L. 491 à la p. 495; Bruno Simma et Philip Alston, « The Sources of Human Rights Law: Custom, Jus Cogens and General Principles », (1988–1989) 12 Aust. Y.B. Int'l L 82 à la p. 105 : « in which moral and humanitarian considerations find a more direct and spontaneous "expression in legal form" »; Leon Fuller, *The Morality of Law*, éd. rev., New Haven, Yale University Press, 1969.

Dans l'affaire *Barcelona Traction*, la C.I.J. décrit les obligations *erga omnes* comme étant applicables et qui sont dues à l'ensemble des États²⁹⁸. Si un État ne respecte pas des obligations *erga omnes*, ce n'est pas un État en particulier qui est lésé, c'est plutôt la communauté internationale toute entière qui le sera. Toutefois, la communauté internationale n'a pas une personnalité juridique propre et ne pourra pas poursuivre l'État fautif. De plus, le droit international public n'est pas prêt à reconnaître un droit de poursuite particulier lorsqu'il y a une violation à une obligation *erga omnes*²⁹⁹. Il faut toujours que l'État qui poursuit démontre un intérêt juridique³⁰⁰. Or, même s'il est théoriquement possible à un État, qui a subi un dommage, de poursuivre un État pour une violation à une obligation *erga omnes*, on se bute à des problèmes d'ordre pratique³⁰¹ : il n'y a pas de juridiction spécifique pour régler le différend, les États ne veulent pas engager des coûts judiciaires, il est difficile d'identifier les dommages subis, etc.

Les normes de droit international public général à caractère impératif sont dites des normes de *jus cogens*³⁰². L'article 53 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités* ne donne pas, en tant que tel, de définition³⁰³ des normes de *jus cogens* mais décrit leurs effets :

Est nul tout traité qui, au moment de sa conclusion, est en conflit avec une norme impérative du droit international général. Aux fins de la présente Convention, une norme impérative du droit international général est une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère.³⁰⁴

²⁹⁸ *Barcelona Traction Light and Power Company (Belgique c. Espagne)*, [1970] C.I.J. rec. 3 aux pp. 33-34.

²⁹⁹ *Affaire des Essais nucléaires (France c. Australie)*, [1974] C.I.J. rec. 253 aux pp. 269-270.

³⁰⁰ Weil, *supra* note 277 à la p. 441; *Barcelona Traction Light and Power Company (Belgique c. Espagne)*, *supra* note 298; *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, Avis consultatif, [1949] C.I.J. rec. 174 aux pp. 181-182.

³⁰¹ Broomhall, *supra* note 292 aux pp. 14-16, 43.

³⁰² Arbour, *supra* note 14 à la p. 35; Robledo Gomez, « Le jus cogens international : sa genèse, sa nature, ses fonctions » (1981) 172 R.C.A.D.I. 9.

³⁰³ Ulf Linderfalk, « The Effect of *Jus Cogens* Norms: Whoever Opened Pandora's Box, Did You Ever Think About the Consequences? » (2007) 18:5 E.J.I.L. 853 à la p. 854 : « In fact there is still no generally acceptable definition. »

³⁰⁴ *Convention de Vienne sur le droit des traités*, *supra* note 180, art. 53.

L'objectivisation des normes internationales, afin d'englober certaines considérations morales, est une négation de la force obligatoire de normes applicables uniquement par la volonté subjective des États. Or, de quelle manière, si c'est le cas, les obligations *erga omnes* ou normes de *jus cogens* échappent-elles au contrôle de l'État, et plus spécifiquement, à la théorie volontariste?

Il est bien établi par la majorité de la doctrine³⁰⁵ que les normes de *jus cogens* sont, avant tout, des normes coutumières. Comme Zimmermann l'explique: « all the rules of *jus cogens* themselves form part of customary international law »³⁰⁶. Il est possible pour un traité de les énoncer³⁰⁷, mais pour que la norme de *jus cogens* s'applique à l'ensemble des États, elle doit être une norme coutumière générale³⁰⁸. Cette prétention est renforcée par le fait qu'un traité a toujours un effet relatif³⁰⁹ alors que la coutume (sauf s'il y a un objecteur persistant) est une norme applicable à l'ensemble des États. Si les États acceptent que la norme s'applique à leur égard, la norme coutumière de *jus cogens* fera une brèche dans la souveraineté des États, comme le fera n'importe quelle norme de droit international public. Ainsi, le respect de la norme de *jus cogens* trouve application non pas en raison d'une hiérarchie matérielle³¹⁰ des normes, mais plutôt par le fait qu'une norme de *jus cogens* –interdiction du génocide– est une norme plus spécifique que le principe général et structurant l'ordre international de la souveraineté. Donc, une norme de *jus cogens* n'est pas antinomique avec la souveraineté. Bien que la norme de *jus cogens* pose une balise à la souveraineté, elle ne l'évince pas et est compatible.

³⁰⁵ Van Hoof, *supra* note 183 à la p. 157; Rozakis, *supra* note 183 aux pp. 73 et ss; Bianchi, *supra* note 297 à la p. 495. *Contra* Franck, « Fairness », *supra* note 183 aux pp. 57-61.

³⁰⁶ Zimmermann, *supra* note 184 à la p. 438.

³⁰⁷ Par ex. *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, *supra* note 185, art. 1.

³⁰⁸ Quant aux normes coutumières régionales ou bilatérales, ce sont des normes coutumières particulières et ont, à l'instar des traités, un effet relatif. Ces normes coutumières particulières ne sont applicables qu'aux États concernés. Or, notre raisonnement aux traités s'applique *mutatis mutandis* pour les normes coutumières particulières.

³⁰⁹ *Convention de Vienne sur le droit des traités*, *supra* note 180, art. 34.

³¹⁰ Nous entendons par une hiérarchie matérielle une hiérarchie en raison de la nature morale de la norme.

Toutefois, il y a une différence entre une norme coutumière ordinaire et une norme de *jus cogens*. Il est toujours possible de déroger à une norme coutumière par un traité par l'application du principe suivant lequel une norme récente prévaut sur une norme antérieure, tandis que pour déroger à une norme de *jus cogens*, il en faut une autre du même genre. Ainsi, une norme contenue exclusivement dans un traité bilatéral ne pourra pas y déroger. Donc, est-ce dans la limitation à un État de faire des traités contraires à la norme de *jus cogens* qu'on déroge à la souveraineté étatique? Nous sommes d'avis que oui, car l'État abandonne sa prérogative souveraine de conclure des traités spécifiques. Toutefois, l'État ne limite pas son autonomie de conclure des traités quant à leur contenu. « L'interdiction de dérogation correspond dans ce contexte à une *limitation du pouvoir juridique de créer des normes particulière* »³¹¹. Mais n'oublions pas que les États ont volontairement renoncé à conclure des traités particuliers en adoptant le principe de la norme de *jus cogens*. En effet, il n'y a pas un État qui a émis une réserve³¹² à l'article 53 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités* et il n'y a pas eu d'objecteur persistant sur le principe des normes de *jus cogens* (pour ceux qui ne sont pas signataires de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*). Donc, la renonciation de faire des traités contraires aux normes de *jus cogens* a été acceptée de façon volontaire : il y a une autolimitation du pouvoir normatif.

Notons que si les États se sont entendus sur le principe du *jus cogens*, leur désaccord refait surface quant à la procédure de détermination et dans l'application concrète de ces normes dites impératives. Plusieurs réserves ont été émises à l'article 66 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*³¹³. Désormais, le

³¹¹ Kolb, *supra* note 186 à la p. 96.

³¹² La France voulait, mais elle n'a pas signé la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, *supra* note 180, voir Bianchi, *supra* note 297; Olivier Deleau, « Les positions françaises à la Conférence de Vienne sur le droit des traités » (1969) 15 A.F.D.I. 7 aux pp. 14-20.

³¹³ *Convention de Vienne sur le droit des traités*, *supra* note 180, art. 66 : « Si dans les douze mois qui ont suivi la date à laquelle l'objection a été soulevée, il n'a pas été possible de parvenir à une solution conformément au paragraphe 3 de l'article 65, les procédures ci-après seront appliquées :

débat s'est déplacé de la reconnaissance du principe de normes impératives à la détermination de normes qui auront la qualification de *jus cogens*. C'est donc par l'abandon de l'État de conclure des traités spécifiques et par l'application d'une norme spécifique que les normes de *jus cogens* prévalent sur les autres normes : tout cela de façon volontaire par les États. Les normes de *jus cogens* ne sont donc pas opposées avec le volontarisme et ne sont pas une atteinte à l'égalité législative..

D'ailleurs,

le concept moderne de la souveraineté interdit au droit international tout potentiel normatif indépendant de la stricte volonté des sujets. Le droit se confond alors à une description sociologique ou à la codification des velléités et pratiques étatique. D'où les critiques adressées, à juste titre, au droit international à l'effet qu'il comporte une déficience normative inacceptable, en ce sens qu'il évince l'instance critique ou le devoir-être.³¹⁴

De plus, Duplessis rajoute que « la volonté des sujets de droit explique de façon exclusive le caractère contraignant des normes conventionnelles et coutumières et l'arrêt *Lotus* qui consacre ce principe cardinal dès 1927 semble, encore maintenant, indépassé »³¹⁵. En effet, selon la Cour permanente de Justice internationale :

Le droit international régit les rapports entre des États indépendants. Les règles de droit liant des États procèdent donc de la volonté de ceux-ci, volonté manifestée dans des conventions ou dans des usages acceptés généralement comme consacrant des principes de droit et établis en vue de régler la coexistence[sic] de ces communautés indépendantes ou en vue de la poursuite de buts communs.³¹⁶

« Il en résulte que, de nos jours, il est très difficile pour un internationaliste d'envisager, et donc de justifier une règle de droit qui serait en contradiction avec ce que les États pensent ou ce que les États veulent que le droit soit. »³¹⁷

a) Toute partie à un différend concernant l'application ou l'interprétation des articles 53 ou 64 peut, par une requête, le soumettre à la décision de la Cour internationale de Justice, à moins que les parties ne décident d'un commun accord de soumettre le différend à l'arbitrage;

b) Toute partie à un différend concernant l'application ou l'interprétation de l'un quelconque des autres articles de la partie V de la présente Convention peut mettre en oeuvre la procédure indiquée à l'Annexe à la Convention en adressant une demande à cet effet au Secrétaire général des Nations Unies. »

³¹⁴ Duplessis, « *La représentation moderne de la souveraineté* », *supra* note 142 à la p. iii.

³¹⁵ *Ibid.* aux pp. 190-191.

³¹⁶ *Affaire du « Lotus »*, *supra* note 276 à la p. 18; Arbour, *supra* note 14 à la p. 36.

³¹⁷ Koskenniemi, *La politique*, *supra* note 11 aux pp 78-79.

Nous sommes donc d'avis qu'il faudrait tempérer la position radicale voulant que les normes de *jus cogens* soient antinomiques avec la notion de volonté propre aux termes du volontarisme positiviste³¹⁸. D'emblée, les normes de *jus cogens* ne sont pas incompatibles de manière absolue avec la souveraineté étatique bien qu'elles l'atténuent comme toute norme de droit international public. D'ailleurs, la prohibition de l'emploi de la force et le principe de non-intervention sont deux principes reconnus comme étant des normes de *jus cogens* qui favorisent la souveraineté. Selon l'approche innovatrice du professeur Kolb, le *jus cogens* serait une technique juridique qui vise à maintenir l'unité et l'intégrité d'un régime juridique en interdisant sa fragmentation normative en régimes restreints³¹⁹. Pour ce faire les normes de *jus cogens* ne sont pas susceptibles de dérogation conventionnelle³²⁰. De plus, Kolb est d'avis que le *jus cogens* n'est pas limité aux normes d'ordre public qui protègent des intérêts sociaux ou moraux fondamentaux. Ainsi, les professeurs Kolb, Spinedi et Conforti sont d'avis que la « non-dérogeabilité », caractéristique des normes de *jus cogens*, ne coïncide pas nécessairement avec la nature « essentielle » des normes impératives, puisque la « non-dérogeabilité » n'est qu'une notion pour régir, au sein d'un système juridique, les règles de préséance des traités³²¹. Si les normes de *jus cogens* ne sont pas susceptibles de dérogations conventionnelles bilatérales, elles sont toujours susceptibles de dérogations coutumières ayant un caractère général³²². Ainsi, le

³¹⁸ William J. Aceves, « Relative Normativity: Challenging the Sovereignty Norm Through Human Rights Litigation », (2002) 25 Hastings Int'l & Comp. L. Rev. 261 à la p. 262.

³¹⁹ Kolb, *supra* note 186 à la p. 25 : « qui [jus cogens] constitue une simple technique juridique consubstantielle à l'idée de droit public dans les divers ordres juridiques s'étant succédés depuis l'Antiquité romaine, en somme une distinction d'un caractère formel (dérogabilité) très peu dramatique ». Allant dans le même sens Linderfalk, *supra* note 303 à la p. 854 : « In a purely technical sense, the *jus cogens* concept provides a technique for solving conflicts occurring between different rules of international law. » *Contra*: Bianchi, *supra* note 297 à la p. 495 : « To hold that jus cogens is nothing but a legal technique aimed at preserving the formal integrity of the system by characterizing as inderogable some of its procedural norms is tantamount to overlooking what the function performed by jus cogens was meant to be. »

³²⁰ Kolb, *ibid.*

³²¹ Eric Wyler, « From 'State Crime' to Responsibility for 'Serious Breaches of Obligations under Peremptory Norms of General International Law' » (2002) 13:5 E.J.I.L. 1147 à la p. 1156.

³²² Arbour, *supra* note 14 à la p. 35-39; Kolb, *supra* note 186.

caractère indérogable des normes impératives n'a pas pour objectif de régir la moralité de la communauté internationale³²³. Ce caractère est présent pour interdire des traités contraires à ces normes afin de régir la stabilité du système juridique international en interdisant le fractionnement des normes par la bilatéralisation ou, plus largement, la fragmentation du droit international.

Il y a une distinction à faire entre le *jus cogens* et les normes matérielles suprêmes (ordre public). Comme l'explique Kolb « [l']*ordre public* n'est pas égal au *ius cogens*. L'une et l'autre notion sont sur des plans juridiques nettement distincts : l'ordre public est une notion de droit matériel, le *ius cogens* est une technique juridique »³²⁴. Si des crimes internationaux sont reconnus comme des normes de *jus cogens* confortant l'aspect moral, il ne faut pas perdre de vue que le principe de non-intervention³²⁵, l'égalité souveraine³²⁶, les traités constitutifs des organisations internationales³²⁷ et la prohibition de l'emploi de la force dans les relations internationales³²⁸ en font également partie. Les normes de *jus cogens* priment sur les autres normes en raison d'une hiérarchie relative et non pas en raison d'une hiérarchie matérielle. En d'autres mots, les normes de *jus cogens* ont préséance sur les autres normes en raison de leur qualification de *lex specialis* et pas en raison des valeurs qu'elles sous-tendent. « C'est que le *ius cogens* n'est au fond qu'une

³²³ *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, Arrêt, (26 février 2007), C.I.J., en ligne : <<http://www.icj-cij.org>> au para. 147 : « Il en est ainsi même si les violations alléguées concernent des obligations relevant de normes impératives ou des obligations relatives à la protection des valeurs humanitaires essentielles ». Par ce passage, la C.I.J. reconnaissait que des « obligations relevant de normes impératives » comprennent autre chose que des « obligations relatives à la protection des valeurs humanitaires essentielles ».

³²⁴ Kolb, *supra* note 186 aux pp. 172 et s.

³²⁵ *Nicaragua*, *supra* note 181. Voir Linderfalk, *supra* note 303 à la p. 869 « For instance, using the principle of non-use of force as a point of departure, we may decide to confer on the prohibition on the use of force a *jus cogens* character, but not the exceptions to that same prohibition [...] we would then have to accept that whenever a state exercises a right of self-defence, or a right to resort to force pursuant to a decision of the UN Security Council taken under Article 42 of the UN Charter, it is in fact unlawfully derogating from the international *jus cogens*. »

³²⁶ *International Law Commission Report* (1966) 2 Y.B.I.L.C. 169 ; Martin Dixon, *Textbook on International Law*, London, Blakstone, 1990 à la p. 144.

³²⁷ Kolb, *supra* note 186, titre III.

³²⁸ Principe codifié à *Charte des Nations Unies*, *supra* note 13, art. 2(4); *Nicaragua*, *supra* note 181 à la p. 108; *Île de Palmas (États-Unis d'Amérique c. Pays-Bas)*, *supra* note 10.

technique juridique au service d'un intérêt public, et non un ordre fondamental de valeurs lui-même, ni d'ailleurs un concept voué exclusivement au service de la promotion juridique de telles valeurs d'ordres supérieurs. »³²⁹ « [E]n dehors même de l'emprise d'une souveraineté le plus souvent monadiquement conçue, certains standards communautaires guidaient l'agir et permettaient justement l'autonomie étatique³³⁰. Cependant ces standards communautaires, qui ont permis et renforcent toujours la souveraineté conçue monadiquement, amputent l'étendue d'une normativité indépendante de l'État. »³³¹ Rozakis est d'avis que « the international legal system remains basically horizontal with all rules of law in linear formation, side by side with the *jus cogens* norms »³³². La C.I.J. explique que « [c]e droit [international coutumier] comprend en réalité un ensemble restreint de normes propres à assurer la coexistence et la coopération vitale des membres de la communauté internationale »³³³. Bref, étant une technique juridique, les normes de *jus cogens* n'échappent pas de façon absolue au contrôle des États.

Section III. La tension entre les Grandes puissances et l'égalité législative : les outils juridiques à leur portée lors de la (trans)formation du droit international public

Suite à notre démonstration que le droit international n'échappe pas au contrôle des États, nous désirons explorer le rôle de la puissance des États lors de l'élaboration de normes internationales. Une GP possède-elle des outils juridiques lors de la formation et la détermination des normes de droit international? En principe, tous les États sont des membres égaux de la communauté juridique et puisqu'ils ont la même personnalité juridique, la ratification d'un ou l'*opinio juris*

³²⁹ Kolb, *supra* note 186 à la p. 208.

³³⁰ Pensons ici aux règles incontournables sur l'égalité souveraine et l'indépendance des États, la non-ingérence dans les affaires intérieures des États, l'interdiction de la menace ou de l'emploi de la force et la légitime défense.

³³¹ Duplessis, « Les fondements philosophiques », *supra* note 283.

³³² Rozakis, *supra* note 183 à la p. 22.

³³³ *Délimitation golfe du Maine*, *supra* note 188 au para. 111.

d'un État ne vaut pas moins que celle d'un autre. Ce principe est, d'ailleurs, énoncé dans la *Résolution 2526* de 1970: « Tous les États jouissent de l'égalité souveraine. Ils ont des droits et des devoirs égaux et sont membres égaux de la communauté juridique, nonobstant les différences d'ordre économique, social, politique ou d'une autre nature »³³⁴.

Toutefois, l'égalité souveraine dépasse une égalité devant le droit ou une égalité formelle. Selon Lawrence, un auteur important en droit international au début du XX^e siècle, elle inclut une « equality of influence, equality in the council, equality therefore in the judicial bench »³³⁵. Lawrence semble parler d'un autre « phenomenon that might be termed '(in)equality of influence »³³⁶. Nous ne désirons pas insister sur ce phénomène se rapportant essentiellement aux questions d'inégalité factuelle et qui, selon un certain degré, a des répercussions sur l'adoption de normes internationales. Suivant la doctrine positiviste/volontariste, que le droit international public soit influencé ou imposé par une puissance ne change en rien la qualité du droit international³³⁷ : une fois que le droit est posé, il se détache des motifs qui l'ont instauré et devient autonome. Une fois adopté, le droit international public légitimise les actions internationales qui en découlent. Ainsi, le droit est une source de légitimisation³³⁸. Le principe d'autonomie du droit fait qu'une norme n'est pas invalide pour cause d'injustice ou inégalité contrairement aux thèses jusnaturalistes. Ensuite, ce droit s'applique à tous les

³³⁴ *Résolution 2625*, *supra* note 113.

³³⁵ Thomas J. Lawrence, *International Problems and Hague Conferences*, London, Dent, 1908 à la p. 74.

³³⁶ Simpson, *Great Powers*, *supra* note 72 à la p. 49.

³³⁷ Simpson, « Duelling Agendas », *supra* note 249 à la p. 72; *Contra* Jan Klabbers, « The Relative Autonomy of International Law or The Forgotten Politics of Interdisciplinarity » (2005) 1 J. Int'l L. & Int'l Rel. 35 qui est plutôt d'avis que le droit international adopté suite à une influence des GP est d'une plus grande légitimité.

³³⁸ Par exemple, quant à l'invasion de l'Irak en 2003, parlant de la situation qui prévalait en Angleterre, Simpson, « Duelling Agendas », *supra* note 249 à la p. 72 : « But it is hard, as the Prime Minister has discovered, to persuade people that illegal wars are just and right. »; Franck, *Power of Legitimacy*, *supra* note 34.

États, et ce, par le truchement d'une « universalité formelle du droit international »³³⁹.

La conception marxiste du droit au début du XX^e siècle théorisait l'existence matérielle du droit international³⁴⁰ comme représentant les velléités étatiques et surtout celle des GP. Cette conception, qui puise dans les théories positivistes du droit, était dite la théorie « sociologique » du droit et « treated law as the product of conflict of interest, as the manifestation of state coercion »³⁴¹. Ainsi, la puissance d'un État a un rôle important lors de la formation du droit international. La puissance d'un État est une notion déterminante dans sa vie internationale et il est facilement concevable qu'une GP ait plus d'influence sur les normes qu'un petit État³⁴². « International law's relationship with dominant states is complex and multifaceted: sometimes it is instrumentalized, sometimes withdrawn from, most of the time reshaped, and often replaced with (or at least complemented by) domestic law. »³⁴³

Selon Simpson, « a strong commitment to legislative equality would deprive the Great Powers of any special role within the international legal order »³⁴⁴. Nous démontrerons que les outils juridiques des GP varient selon le lieu de formation normatif. En étudiant plusieurs lieux de formation du droit international, nous démontrerons qu'il demeure que certains États sont « plus égaux que d'autres »³⁴⁵ lors de la formation des normes de droit international public. Leur pouvoir juridique normatif est différent lors de la formation de normes conventionnelles (sous-section I) ou lors de l'adoption de décisions dans les OIG (sous-section II).

³³⁹ Emmanuelle Jouannet, « Universalism and Imperialism: The True-False Paradox of International Law? » (2007) 18 :3 E.J.I.L. 379 à la p. 387 [Jouannet, « Universalism »].

³⁴⁰ Miéville, *supra* note 21 à la p. 82.

³⁴¹ Evgeny Pashukanis, *Law and Marxism: A General Theory*, Londres, Ink Links, 1978 à la p. 53.

³⁴² Krisch, *supra* note 6; Yasuaki Onuma, « International Law in and with International Politics: The Functions of International Law in International Society » (2003) 14:1 E.J.I.L. 105.

³⁴³ Krisch, *ibid.* à la p. 407.

³⁴⁴ Simpson, *Great Powers*, *supra* note 72 à la p. 48.

³⁴⁵ Marx, *Kritik des Gothaer Programms*, *supra* note 73; Engels, *Socialisme utopique et socialisme scientifique*, *supra* note 73; Sypnowich, *The Concept of Socialist Law*, *supra* note 73.

Finalement, les GP ont un rôle important lors de la formation des normes coutumières (sous-section III).

1. Dans le cadre des relations conventionnelles

Puisque la volonté isolée d'un État ne peut former le droit international et que le droit international limite l'exercice absolue de la souveraineté des États, nous désirons explorer les dessous du processus de formation du droit international public dans les relations conventionnelles bilatérales ou multilatérales, et, plus précisément, le rôle juridique des GP lors de la formation de normes conventionnelles en regard de la théorie du consentement (A) et de la bifurcation ou de la fragmentation de l'ordre juridique international (B).

A. Un assouplissement au volontarisme : la théorie du consentement

Le traité bilatéral est un accord international conclu par deux sujets de droit international, alors qu'un traité plurilatéral ou multilatéral est un accord international impliquant plusieurs sujets de droit international³⁴⁶. Si les parties sont de puissances inégales, évidemment qu'une partie forte aura un plus grand pouvoir de négociation et pourra ainsi conclure un traité avec des avantages proportionnels à son pouvoir. En effet, « [b]ilateral treaties are thus a much easier tool to reflect and translate dominance than multilateral ones »³⁴⁷. Or, ce n'est pas une coïncidence que l'égalité souveraine apparait concrètement au XIX^e siècle lors de l'instauration des relations multilatérales³⁴⁸. Par exemple, à l'époque du colonialisme, lors d'une défaite militaire des petits États au profit des États européens,

³⁴⁶ Arbour, *supra* note 14 à la p. 77.

³⁴⁷ Krisch, *supra* note 6 à la p. 390.

³⁴⁸ *Supra*, c. préliminaire, section I.

it was principally by using force or threatening to use force that European states compelled non-European states to enter into 'treaties' which basically entitled the European powers to do whatever they pleased. Coercion and military superiority combined to create ostensibly legal instruments. Under positivist system, it was legal to use coercion to compel parties to enter into treaties which were then legally binding.³⁴⁹ The resulting 'unequal treaties' –unequal not only because they were the product of unequal power, but because they embodied unequal obligations- were humiliating to the non-European states, which sought to terminate such treaties at the earliest opportunity.³⁵⁰

Il était donc juridiquement possible d'utiliser la contrainte lors de la conclusion de traités. La force brute était tout à fait légale. Ainsi, lors de négociations, la partie la plus faible se pliait aux exigences des GP en donnant son consentement aux traités, d'où la vive critique de la théorie marxiste dénonçant le formalisme et l'inexistence de droits égaux entre deux États appartenant à des sphères différentes³⁵¹. À l'époque, les inégalités factuelles influençaient la formation du droit et, suite à cette influence -brutale-, les normes créées étaient considérées valides.

Aujourd'hui, un État ne peut pas en obliger un autre à exprimer sa volonté par l'usage de la force. Cette règle est codifiée dans la *Convention de Vienne sur le droit des traités*³⁵². Selon nous, la volonté et le consentement sont deux notions différentes, le consentement étant une manifestation de la volonté étatique. Selon Anghie,

consent [...] became a complete reversal of what it was supposed to mean. Consent rather than an expression of the will of the relevant party, was instead created in accordance with the exigencies of the situation [du colonialisme au XIX^e siècle]. What resulted, in effect, was a system of treaty making in which ideas of 'consent' acquired a peculiar and completely distorted form.³⁵³

³⁴⁹ Voir Gerrit Gong, *The Standard of 'Civilization' in International Society*, New York, Oxford University Press, 1984 à la p. 43.

³⁵⁰ Anghie, *Imperialism, Sovereignty*, supra note 33 à la p. 72 citant Gong, *ibid.* aux pp. 64-65.

³⁵¹ Marx, *Kritik des Gothaer Programms*, supra note 73; Engels, *Socialisme utopique et socialisme scientifique*, supra note 73; Sypnowich, *The Concept of Socialist Law*, supra note 73; Pashukanis, supra note 341 à la p. 53.

³⁵² *Convention de Vienne sur le droit des traités*, supra note 180, art. 52 : « Est nul tout traité dont la conclusion a été obtenue par la menace ou l'emploi de la force en violation des principes du droit international incorporés dans la Charte des Nations Unies. » Les règles spécifiques au consentement se retrouvent *Convention de Vienne sur le droit des traités*, art. 11-18.

³⁵³ Anghie, *Imperialism, Sovereignty*, supra note 33 à la p. 95.

Si un consentement peut être donné suite à l'exercice d'une contrainte, d'une erreur ou d'un dol, il n'en n'est pas de même de la volonté. Il y a ainsi, des « vices de consentement »³⁵⁴ et non des « vices de volonté ». La volonté implique un consentement libre et éclairé, mais un consentement n'implique pas nécessairement une volonté. Un consentement vicié par la contrainte, par exemple, n'impliquera pas une volonté. Comme l'explique Pellet, « by definition, will is free. But this is not necessarily the case for consent. Will does not equate with consent »³⁵⁵. Lorsqu'un État consent sous la contrainte, c'est précisément parce qu'il y a absence de volonté que le consentement est attaqué par tous et est cause de nullité absolue suivant la *Convention de Vienne sur le droit des traités* de 1969. La Commission du droit international, lors des discussions de 1966 sur le droit des traités menant à l'adoption de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, prévoyait une exception à la contrainte: « il découle logiquement que la contrainte n'est vice du consentement que si l'État qui l'a subie n'est pas un agresseur et que le traité imposé à un agresseur est un traité parfaitement valable, même s'il ne tient pas compte de la volonté de l'État auquel il est imposé »³⁵⁶. À l'inverse de la contrainte ou de la violence, le consentement vicié par l'erreur de fait ou le dol n'est attaqué que par l'État concerné (nullité relative). La nullité relative est applicable car le consentement exprime la volonté de l'État, bien que la volonté étatique fût exprimée sur des bases erronées. En bref, dans les cas de nullité absolue, il n'y a pas de volonté à proprement parler, alors que dans les cas de nullité relative, la volonté est présente mais elle est exprimée par un consentement sans connaissance de cause.

³⁵⁴ *Convention de Vienne sur le droit des traités*, *supra* note 180, art. 65(1) : « La partie qui, sur la base des dispositions de la présente Convention, invoque soit un vice de son consentement à être liée par un traité, soit un motif de contester la validité d'un traité, d'y mettre fin, de s'en retirer ou d'en suspendre l'application, doit notifier sa prétention aux autres parties. »

³⁵⁵ Pellet, « The Normative Dilemma », *supra* note 5 à la p. 41.

³⁵⁶ Commission du droit international, *Compte rendu analytique de la 853e séance*, Doc NU A/CN.4/SR.853, 853e séance, dans *Annuaire de la Commission du droit international*, 1966, vol. I(2), 17 mai 1966, au para. 42, en ligne : <http://untreaty.un.org/ilc/documentation/french/a_cn4_sr853.pdf> [Commission du droit international, *Compte rendu analytique de la 853e séance*].

Cette manière de conclure des traités par l'expression d'un consentement entrait-elle en contradiction de plein front avec le principe du volontarisme, puisque les petits États, malgré leur consentement, ne désiraient pas adhérer à ces traités mais y étaient plutôt forcés? Les critiques tiers-mondistes démontrent d'ailleurs que les petits États ne désiraient pas ces traités allant souvent contre leurs intérêts³⁵⁷. Il n'en est pas autrement : le consentement des petits États était vicié par l'utilisation de la force et de menaces, mais était-il légal? Un consentement peut exister sans qu'il soit nécessairement libre et éclairé. Souvent à l'époque du colonialisme, le consentement des petites ou moyennes Puissances était vicié par la force. Pourtant les traités qui en découlaient étaient parfaitement valides et avaient une force obligatoire pour les parties. « States do not want international law or, more exactly such and such a rule of international law, but even if their will is not free, they can consent to a rule not because they want it, but because they have no real choice. »³⁵⁸

Le consentement était une forme de variable de la volonté qui donnait une apparence de cohérence au système colonialiste³⁵⁹. Ce système juridique était dominé par un courant positiviste qui exigeait une forme de volonté³⁶⁰ pour la création de normes internationales. Ainsi, au fil du temps, il y a un passage du volontarisme vers le consensualisme pour des fins de cohérence de l'ordre juridique international positiviste. Le volontarisme étant une forme absolue et pure

³⁵⁷ Bhupinder S. Chimni, « The Past, Present and Future of International Law: A Critical Third World Approach » (2007) 8:2 Melbourne J. Int'l L. 499; Anghie, *Imperialism, Sovereignty*, *supra* note 33.

³⁵⁸ Pellet, « The Normative Dilemma », *supra* note 5 à la p. 41.

³⁵⁹ Anghie, *Imperialism, Sovereignty*, *supra* note 33 aux pp. 105-106: « Consent was not so much an expression of an independent will, then, as constructed according to the dictates of the colonial scramble; rather than being the stable foundation of the international legal system, in the non-European context it was a variable entity which could be ascribed the content which gave the system some semblance of coherence. »

³⁶⁰ Anghie, *Imperialism, Sovereignty*, *supra* note 33 à la p. 95: « What resulted, in effect, was a system of treaty making in which ideas of 'consent' acquired a peculiar and completely distorted form. Consent, of course, was the basis of positivist jurisprudence, and the science of jurisprudence, authorities such as Oppenheim argued, consisted precisely in determining whether such consent had led to the formation of certain rules, which would then be binding on the state which had so consented. »

de consentement libre et éclairé, alors que le consentement comporte plus de ramifications qui acceptait, notamment, l'existence d'un consentement vicié. La Commission du droit international dans son rapport annuel s'exprime ainsi : « Le consentement doit donc être un consentement librement donné. Comme dans le cas d'autres manifestations de volonté de l'État, il peut être tacite ou implicite »³⁶¹. Le consentement est donc une des manifestations de la volonté étatique, cette dernière étant un concept plus large que le consentement. Or, « will explains nothing in international law. It can be admitted that, for its part, consent, although certainly not the "basis" of international law, is a more convincing principle since it is not incompatible with at least a certain amount of coercion »³⁶². Ces atténuations du consentement transforment la réalité de la scène internationale basée sur le volontarisme tout en modifiant la distribution égale du pouvoir législatif des États.

D'ailleurs, il n'y a aucune allusion à la notion de « volonté » dans la *Convention de Vienne sur le droit des traités* alors que le mot « consentement » revient à 59 reprises³⁶³. Ce qui renforce notre prétention qu'il y a un passage du volontarisme vers une théorie du consentement. Koskenniemi explique que souvent les États, dans de nombreux différends³⁶⁴, ont invoqué tant l'argument du consensualisme que celui de la justice³⁶⁵ évincant, du coup, la question du volontarisme : « On retrouve l'opposition entre les théories du consentement et des principes de justice; et le résultat final est justifié par la recherche d'un « équilibre » entre les

³⁶¹ Commission du droit international, *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa trente et unième session (14 mai – 3 août 1979)*, Doc. off. AG NU, 38^e sess., Doc. NU A/34/10 (1979) à la p. 124. Le texte anglais est semblable: Shabtai Rosenne, dir., *International Law Commission's Draft Articles on State Responsibility: Part I, Articles 1-35*, Nations unies, Commission du Droit International, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1991, 313 à la p. 316 : « The consent must therefore be consent which is freely given. As in the case of other expressions of the will of the State, it may be tacit or implicit ».

³⁶² Pellet, « The Normative Dilemma », *supra* note 5 à la p. 41.

³⁶³ Dans la version anglaise de la Convention, on retrouve 62 fois le mot « consent » et on évince les mots « expression of the will ».

³⁶⁴ *Délimitation golfe du Maine*, *supra* note 188 aux pp. 305-307; *L'interprétation des déclarations de l'Algérie du 19 janvier 1981 (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, (1982) Tribunal irano-américain de réclamations, 62 I.L.R. 595 aux pp. 599-600 ; *Affaire des Essais nucléaires*, *supra* note 299 aux pp. 267-268.

³⁶⁵ Koskenniemi, *La politique*, *supra* note 11 aux pp. 81-85.

différentes considérations »³⁶⁶. Allant plus loin, Pellet affirme que: « [i]n fact, contrary to the traditional voluntarist views, there is no strict correspondence and possibly no correspondence at all, between will, obligation, and law »³⁶⁷. Suite à l'avènement de l'égalité souveraine au XIX^e siècle, le droit international évolue de la théorie du volontarisme vers celle du consentement. Pour enfin trouver, au XX^e siècle, une consécration explicite dans *Convention de Vienne sur le droit des traités* de 1969 de la théorie du consentement. Ainsi, les GP peuvent créer des normes conventionnelles adaptées à leurs intérêts suite à un consentement libre et éclairé d'un État plus faible alors que ce consentement ne rempli pas les exigences du volontarisme. Bref, la théorie du consentement est un outil juridique de formation des normes internationales ouvert aux GP.

B. Les techniques de bifurcations de l'ordre juridique international

Un autre outil à la disposition des GP afin de modeler le droit international dans le cadre des relations conventionnelle est celui de la bifurcation de l'ordre juridique international en deux sphères complémentaire, celle des champs généraux et spécifiques des normes juridiques internationales. « In the case of multilateral treaties, however, there is less likelihood that those treaties that grossly deny the fundamental interests of smaller nations become international law so easily because smaller nations occupy the majority in international conferences where such treaties are adopted. »³⁶⁸ Toutefois, suite à la conclusion de traités plurilatéraux ou multilatéraux, une technique juridique interprétative³⁶⁹ peut avoir

³⁶⁶ *Ibid.* à la p. 83.

³⁶⁷ Pellet, « The Normative Dilemma », *supra* note 5 aux pp. 25-26.

³⁶⁸ Onuma, *supra* note 342 à la p. 117.

³⁶⁹ *Convention de Vienne sur le droit des traités*, *supra* note 180, art. 41 : « 1. Deux ou plusieurs parties à un traité multilatéral peuvent conclure un accord ayant pour objet de modifier le traité dans leurs relations mutuelles seulement :

a) Si la possibilité d'une telle modification est prévue par le traité;

ou

b) Si la modification en question n'est pas interdite par le traité, à condition qu'elle :

d'importantes conséquences juridiques sur ces mêmes traités. Postérieurement à la conclusion de ces traités, les GP concluent parfois des traités bilatéraux avec des petits États. La conséquence juridique est la limitation de certains effets juridiques des traités plurilatéraux ou multilatéraux. Ces derniers sont restreints par l'application de plusieurs principes d'interprétations juridiques dont celui de « l'effet immédiat »³⁷⁰ et de la spécificité. Le principe de l'effet immédiat veut que la nouvelle norme gouverne le déroulement futur d'une situation juridique. La nouvelle norme a un « effet immédiat lorsqu'elle régit le développement futur de la situation [ou norme] en cours, sans toucher toutefois ses éléments déjà accomplis »³⁷¹. Le principe de la spécificité est, quant à lui, exprimé par la maxime *specialia generalibus derogant* et s'explique ainsi : « [u]ne disposition spéciale qui entre en conflit avec une disposition générale sera interprétée comme une exception à la disposition générale »³⁷².

i) Ne porte atteinte ni à la jouissance par les autres parties des droits qu'elles tiennent du traité ni à l'exécution de leurs obligations; et

ii) Ne porte pas sur une disposition à laquelle il ne peut être dérogé sans qu'il y ait incompatibilité avec la réalisation effective de l'objet et du but du traité pris dans son ensemble.

2. A moins que, dans le cas prévu à l'alinéa a du paragraphe 1, le traité n'en dispose autrement, les parties en question doivent notifier aux autres parties leur intention de conclure l'accord et les modifications que ce dernier apporte au traité. »

³⁷⁰ Paul Roubier, *Le droit transitoire (conflit des lois dans le temps)*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1960.

³⁷¹ Pierre-André Côté, *Interprétation des lois*, 3^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1999 aux pp. 191-192; *Convention de Vienne sur le droit des traités*, *supra* note 180, art. 28 : « A moins qu'une intention différente ne ressorte du traité ou ne soit par ailleurs établie, les dispositions d'un traité ne lient pas une partie en ce qui concerne un acte ou fait antérieur à la date d'entrée en vigueur de ce traité au regard de cette partie ou une situation qui avait cessé d'exister à cette date ». L'effet immédiat est un principe général de droit reconnu par les nations selon le *Statut de la Cour internationale de Justice*, *supra* note 110, art. 38(1)(c), cf. J. T. Woodhouse, « The Principle of Retroactivity in International Law » (1955) 41 *Transactions of the Grotius Soc.* 69 à la p. 69 : « A general principle of non-retroactivity is to be found in many systems of law »; Institut de droit international, *Le problème intertemporel en droit international public*, Rés. I/1975, sess. Wiesbaden, 11^e comm., (11 août 1975), art. 1, en ligne : <http://www.idi-iil.org/idiF/resolutionsF/1975_wies_01_fr.pdf> : « A défaut d'une indication en sens contraire, le domaine d'application dans le temps d'une norme de droit international public est déterminé conformément au principe général de droit, d'après lequel tout fait, tout acte et toute situation doivent être appréciés à la lumière des règles de droit qui en sont contemporaines. »

³⁷² Arbour, *supra* note 14 à la p. 394; Institut de droit international, *Problèmes découlant d'une succession de conventions de codification du droit international sur un même sujet*, Rés. I/1995, sess. De Lisbonne, 1^{re} comm., (1^{er} septembre 1995), conclusion 5, en ligne : <http://www.idi-iil.org/idiF/resolutionsF/1995_lis_01_fr.pdf> : « Les conséquences, sur le plan du droit conventionnel, d'une succession de dispositions de codification de conventions de codification

Les inégalités factuelles sont non seulement omniprésentes, mais également plus apparentes et directes comme puissance exercée lors de la négociation bilatérale entre une GP et un petit État et il est donc envisageable que le petit État pliera aux exigences de la GP³⁷³. Parfois, les traités bilatéraux diminuent les obligations des GP à l'égard des traités plurilatéraux ou multilatéraux³⁷⁴. Simultanément, les petits États doivent respecter leurs obligations à l'égard de traités bilatéraux comme plurilatéraux ou multilatéraux. « Fragmentation is merely the existential condition of international law in a postmodern world³⁷⁵. [...] From the perspective of third world peoples, fragmentation results in an alienated international law, produced by the separate and different logic of specialised regulatory spheres. »³⁷⁶ Un exemple très récent est celui du *Statut de Rome*³⁷⁷. Ce traité multilatéral a établi une institution judiciaire pénale permanente : la Cour pénale internationale. Ce traité

portant sur la même matière découlent des dispositions de l'article 30 de la Convention de Vienne sur le droit des traités relatives aux priorités à respecter dans l'application de traités successifs portant sur cette matière. »; *Convention de Vienne sur le droit des traités*, *supra* note 180, art. 30(3) : « Lorsque toutes les parties au traité antérieur sont également parties au traité postérieur, sans que le traité antérieur ait pris fin ou que son application ait été suspendue en vertu de l'article 59, le traité antérieur ne s'applique que dans la mesure où ses dispositions sont compatibles avec celles du traité postérieur » et art. 31(4) « Un terme sera entendu dans un sens particulier s'il est établi que telle était l'intention des parties. »

³⁷³ Krisch, *supra* note 6 à la p. 390: « Bilateral treaties are thus a much easier tool to reflect and translate dominance than multilateral ones. »

³⁷⁴ Nous sommes d'avis que les traités bilatéraux ne diminuent pas toujours les obligations des GP. Il y a des traités bilatéraux qui ne diminuent pas les effets juridiques des traités multilatéraux ou plurilatéraux. C'est notamment le cas des traités bilatéraux qui ne respectent pas les conditions de *Convention de Vienne sur le droit des traités*, *supra* note 180, art. 41 : « 1. Deux ou plusieurs parties à un traité multilatéral peuvent conclure un accord ayant pour objet de modifier le traité dans leurs relations mutuelles seulement :

a) Si la possibilité d'une telle modification est prévue par le traité;

ou

b) Si la modification en question n'est pas interdite par le traité, à condition qu'elle :

i) Ne porte atteinte ni à la jouissance par les autres parties des droits qu'elles tiennent du traité ni à l'exécution de leurs obligations; et

ii) Ne porte pas sur une disposition à laquelle il ne peut être dérogé sans qu'il y ait incompatibilité avec la réalisation effective de l'objet et du but du traité pris dans son ensemble. »

³⁷⁵ Martti Koskeniemi et Päivi Leino, « Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties » (2002) 15 *Leiden J. Int'l.L.* 553 à la p. 556.

³⁷⁶ Chimni, *supra* note 357 à la p. 508 citant Rao, *supra* note 167 à la p. 933.

³⁷⁷ *Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, A/CONF. 183/9 du 17 juillet 1998 (entrée en vigueur : 1^{er} juillet 2002).

fut négocié³⁷⁸ et signé par les États-Unis³⁷⁹, alors qu'ensuite ils se sont affairés à conclure des traités bilatéraux³⁸⁰ pour limiter ou exclure l'application du traité multilatéral. Un autre exemple est celui des États-Unis et la dénonciation, le 7 mars 2005³⁸¹, du *Protocole optionnel*³⁸² de la *Convention de Vienne sur les relations consulaires*³⁸³. Ce protocole soumet le règlement obligatoire des

³⁷⁸ C'est principalement grâce aux É.-U. que les *Éléments des crimes*, ICC-ASP/1/3(part II-B) furent adoptés avec le *Statut de Rome*, *ibid* par les membres de l'Assemblée des États Parties. Or, aux regards des sources du droit international public, les *Éléments des crimes* sont des normes de *soft law*. Malgré son caractère de guide interprétatif, selon la majorité de la Chambre préliminaire I, *The Prosecutor v. Omar Hassan Al Bashir* (« *Omar Al Bashir* »), ICC-02/05-01/09-3, Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir (4 mars 2009) au para. 132, les *Éléments des crimes* ont modifié la définition du crime de génocide pour y inclure un élément contextuel. *Contra*, *The Prosecutor v. Omar Hassan Al Bashir* (« *Omar Al Bashir* »), ICC-02/05-01/09-3, Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir (4 mars 2009) au para. 18, juge Anita Ušacka, dissidente: « The legal definitions of the crimes are espoused in the Statute alone. »

³⁷⁹ Les États-Unis ont, le 6 mai 2002, envoyé la communication suivante au Secrétaire général de l'ONU, qui est le dépositaire du *Statut de Rome*, *supra* note 377 : « Par la présente, [les États-Unis] vous informent, eu égard au *Statut de Rome* de la Cour pénale internationale adopté le 17 juillet 1998, qu'ils n'ont pas l'intention de devenir Partie au traité. De ce fait, les États-Unis n'ont aucune obligation légale découlant de leur signature apposée le 31 décembre 2000. Les États-Unis requièrent que leur intention de ne pas devenir Partie, telle qu'exprimée dans cette lettre, soit reflétée [sic] dans l'état du traité du dépositaire. »

³⁸⁰ É.-U., State Department, *Article 98 Agreements and the International Criminal Court*, en ligne: State Department <<http://www.state.gov/t/pm/art98/#>> : « The Political-Military Bureau at the State Department leads the United States' worldwide campaign to secure bilateral non-surrender ("Article 98") agreements protecting American citizens from the International Criminal Court (ICC) ». Par l'application du *Statut de Rome*, *ibid.*, art. 98, les États-Unis ont conclu des traités bilatéraux avec plus de 95 États. Pour la liste des États qui ont signé des traités bilatéraux: Georgetown University Law Library, « International Criminal Court - Article 98 Agreements Research Guide », Washington D.C., 2008, en ligne: Georgetown University <http://www.ll.georgetown.edu/guides/article_98.cfm#countries>. Voir Stephen Wirth, « Immunities, Related Problems, and Article 98 of the *Rome Statute* » (2002) 12 *Crim. L.F.* 431; Krisch, *supra* note 6 à la p. 399.

³⁸¹ Le 7 mars 2005, le Secrétaire général de l'ONU a reçu du Gouvernement des États-Unis d'Amérique, une communication lui notifiant son retrait du Protocole facultatif. La communication se lit comme suit : « le Gouvernement des États-Unis d'Amérique, [se réfère] au Protocole facultatif à la Convention de Vienne sur les Relations consulaires concernant le Règlement obligatoire des différends, conclu à Vienne le 24 avril 1963. [...] Cette lettre constitue la notification par laquelle les États-Unis se retirent du Protocole ci-dessus mentionné. En conséquence de ce retrait, les États-Unis ne reconnaissent plus la juridiction de la Cour internationale de Justice telle que stipulée dans ledit Protocole. »

³⁸² *Protocole de signature facultative à la Convention de Vienne sur les relations consulaires concernant le règlement obligatoire des différends*, 596 R.T.N.U. 487 (entrée en vigueur : 19 mars 1967).

³⁸³ *Convention de Vienne sur les relations consulaires*, 596 R.T.N.U. 261 (entrée en vigueur : 19 mars 1967).

différends à la compétence obligatoire de la C.I.J.³⁸⁴ quant à l'interprétation et l'application de la *Convention de Vienne sur les relations consulaires*³⁸⁵. Or, ce qui change est la compétence de la C.I.J. à entendre les différends sur le personnel consulaire. Concrètement, cela veut dire que si un différend entre les États-Unis et un autre État éclate quant à un litige portant sur des relations consulaires, il n'y a désormais que les voies diplomatiques bilatérales³⁸⁶ ou par application de traités bilatéraux³⁸⁷.

Ainsi, si l'ordre juridique international refuse de consacrer juridiquement la supériorité d'une GP, cette dernière peut créer une exception juridique dans l'ordre juridique international. Le droit international s'applique dans deux sphères différentes mais complémentaires. Il y a un système de droit international général pour tous les États et un système complémentaire circonscrit aux plus puissants. Cette technique juridique créatrice d'une situation exceptionnnelle, adaptée aux intérêts des GP, n'est pas imposée par les GP aux petits États, ce sont plutôt les normes particulières qui sont imposées aux petits États.

Nous avons expliqué précédemment que, lors de l'adoption de normes internationales, l'influence des États touchait essentiellement aux questions de l'inégalité factuelle³⁸⁸. Essentiellement, notre argument est que la bifurcation est une méthode ouverte à tous les États. Toutefois, les GP utilisent cette technique pour modifier *leurs* obligations internationales tout en respectant le droit international. Ce n'est pas l'inégalité factuelle *per se* qui crée cette méthode, mais c'est l'exercice de l'inégalité factuelle qui rend possible l'adoption de normes

³⁸⁴ *Protocole de signature facultative à la Convention de Vienne sur les relations consulaires concernant le règlement obligatoire des différends*, supra note 382, art. 1.

³⁸⁵ *Convention de Vienne sur les relations consulaires*, supra note 383.

³⁸⁶ Ou plurilatérale dans le cas de l'Union Européenne, voir Tang, « Netherlands State Practice for the Parliamentary Year 2004-2005 » (2006) 38 *Nethl. Y.B. Int'l L.* 233 aux pp. 311-312

³⁸⁷ É.-U., Department of State, *Consular Notification and Access: Instructions for Federal, State, and Local Law Enforcement and Other Officials Regarding Foreign Nationals in the United States and the Rights of Consular Officials to Assist Them*, à la section « Bilateral Agreements », en ligne: <http://travel.state.gov/law/consular/consular_753.html>.

³⁸⁸ *Supra*, c. II, section III à la p.

avantageuses aux GP. Ce sont ces normes avantageuses qui créent une bifurcation du droit international de par leur spécificité. Il y aura une norme générale applicable à tous les États et une norme spécifique s'appliquant dans les relations entre une GP avec certains États, d'où l'application du droit international dans deux sphères différentes mais complémentaires. Pour fins d'illustrations, s'il y a une norme A, qui est applicable à tous les États de façon égale, une GP pourra imposer par l'exercice de son inégalité factuelle une norme B à un petit État. Ce n'est pas tant l'inégalité factuelle entre la GP et le petit État qui modifie le droit, mais le fait que la norme B est plus récente et spécifique que la norme A. Selon nous, la technique de la bifurcation juridique de l'ordre juridique international se fait en 3 étapes: 1-il faut l'existence d'une norme générale de droit international applicable à un grand nombre d'États, 2- par l'exercice de son inégalité factuelle, une GP imposera une norme particulière à un petit État pour réduire les obligations de la GP, 3- la norme particulière fait une brèche dans le droit international général quant aux obligations de la GP.

Or, l'ordre juridique international *général* est affaibli quant à son caractère d'application universelle, mais pas le droit international en tant que tel. Bien au contraire, l'ordre juridique international est renforcé puisque les GP utilisent le droit pour leurs fins au lieu de l'évincer. Koskeniemi est d'avis que « [l]e droit est comme une surface à partir de laquelle les opposants politiques s'engagent dans des pratiques hégémoniques, en essayant de faire basculer ses règles, ses principes et ses institutions de leurs côtés, en s'assurant que les adversaires ne puissent pas les utiliser en leur faveur »³⁸⁹. Par exemple, la liste des 95 États signataires des traités bilatéraux qui limitent l'application du *Statut de Rome*³⁹⁰ ou « Article 98 Agreements »³⁹¹ ne comprend que des petites ou moyennes

³⁸⁹ Koskeniemi, *La politique*, *supra* note 11 à la p. 296.

³⁹⁰ *Statut de Rome*, *supra* note 377.

³⁹¹ Traités bilatéraux qui prévoient une interdiction d'exécuter des demandes de remises par la Cour pénale internationale contre des ressortissants américains. Ces traités sont conclus par l'application de *Statut de Rome*, *ibid.*, art. 98.

puissances. Les Etats-Unis d'Amérique (ci-après « É.-U. ») n'ont pas tenté de conclure des traités bilatéraux en vertu de l'article 98 du *Statut de Rome*³⁹² avec d'autres GP comme la France ou la Grande-Bretagne³⁹³.

« Where the international legal process fails to accept the formal superiority of the US, the US withdraws and thereby creates a bifurcated order: international law binding on others, but not the US. »³⁹⁴ Donc, les GP ne chercheront pas à violer le droit, elles l'utiliseront plutôt avec ses diverses techniques juridiques comme outils pour se soustraire à leurs obligations internationales générales. Cette façon de faire peut s'expliquer par le fait que les É.-U. se considèrent comme « a nation under law »³⁹⁵. Son identité nationale et ses intérêts tendent vers le respect du droit international³⁹⁶. « A nation under law » n'agira pas à l'extérieur des paramètres acceptables des règles internationales, peu importe les bénéfices à court terme que cela peut engendrer³⁹⁷. De plus, malgré les causes perdues³⁹⁸, les É.-U. ne rompent pas les ponts avec la C.I.J. de façon absolue, et ce, notamment, en raison de leur tradition juridique³⁹⁹. Dans la même veine, suite au revers infligée par la C.I.J.

³⁹² *Ibid.*

³⁹³ Ce qui renforce la prétention qu'entre les GP, une égalité souveraine absolue est présente. Voir *supra* Chapitre I, Section II, sous-section 2.

³⁹⁴ Krisch, *supra* note 6 à la p. 399.

³⁹⁵ Kahn, *supra* note 216 à la p. 2. Comme l'ambassadeur Richard T. Miller, représentant des É.-U. au sein de l'ÉCOSOC en 2006, explique : « The United States is a nation governed under the rule of law. » É.-U., Office of Press and Public Diplomacy of the United States Mission to the United Nations, *Statement by Ambassador Richard T. Miller, U.S. Representative to the United Nations Economic and Social Council, during Agenda item 67c, (L.42): Situation of democracy and human right in the United States of America*, USUN PRESS RELEASE # 365(06), 22 novembre 2006, en ligne: Office of Press and Public Diplomacy of the United States Mission to the United Nations <http://www.usunewyork.usmission.gov/press_releases/20061122_365.html>.

³⁹⁶ Johnstone, *supra* note 248.

³⁹⁷ *Ibid.*

³⁹⁸ *Nicaragua*, *supra* note 181; *Affaire LaGrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique)*, [2001] C.I.J. rec. 466; *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. États-Unis d'Amérique)*, [2004] C.I.J. rec. 12.

³⁹⁹ Andreas L. Paulus, « From Neglect to Defiance? The United States and International Adjudication » (2004) 15 E.J.I.L. 783 aux pp. 792-793. Alassane Diallo, *Les Nations Unies face aux nouveaux enjeux de la paix et sécurité internationales*, Paris, L'Harmattan, 2006 à la p. 97 : « Toutefois, il faut préciser que malgré qu'ils aient dénoncé leur déclaration d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour à la suite de l'Ordonnance du 10 mai 1984, les Etats-Unis continuent toujours de répondre devant elle de certains de leurs différends avec les autres États

dans *Affaire des Essais nucléaires*⁴⁰⁰, la France a dénoncé sa déclaration d'acceptation de la compétence de la C.I.J. en 1974⁴⁰¹. D'ailleurs, « parmi les cinq membres permanents du Conseil de sécurité seul le Royaume-Uni continue de maintenir en vigueur sa déclaration »⁴⁰².

Cette technique d'évitement juridique constitue-t-elle une forme de légalisation de l'hégémonie des GP? Comme nous l'avons expliqué⁴⁰³, la légalisation de l'hégémonie requiert quatre éléments : 1- une base constitutionnelle ou juridique pour la domination de certaines Puissances; 2- une forme d'égalité souveraine qui existe entre les GP; 3- celles-ci agissent de concert pour atteindre leurs objectifs dans l'ordre international; 4- la légalisation de l'hégémonie est imposée par les GP et acceptée par les autres États par consentement. Le premier critère est la consécration juridique de la domination des GP. Selon nous, la technique de bifurcation de l'ordre juridique par la conclusion de traités bilatéraux ne peut remplir cette première exigence. Cette technique juridique est plutôt ouverte à tous les États et une supériorité n'est pas consacrée juridiquement. Les traités bilatéraux ne consacrent pas explicitement, dans leurs dispositifs, les GP comme étant des GP. Ainsi, il manque un élément essentiel à la légalisation de l'hégémonie. D'ailleurs, il est peu probable d'avoir une légalisation de l'hégémonie dans le cadre de relations bilatérales.

Une autre façon de morceler juridiquement l'ordre juridique international se situe au niveau de l'interprétation d'une règle de droit conventionnelle⁴⁰⁴. Il est possible d'interpréter un traité par l'émission d'une réserve au traité ou d'une déclaration interprétative. L'intégrité du traité multilatéral ou plurilatéral se fragmente encore

avec lesquels ils sont liés par des traités contenant des clauses attribuant une compétence expresse à la Cour pour tout différend relatif à leur interprétation ou à leur application. »

⁴⁰⁰ *Affaire des Essais nucléaires (France c. Australie)*, *supra note 299*.

Diallo, *supra note 399* à la p. 97, n. 137 : « Le gouvernement français s'est donc résolu à modifier ses relations avec la Cour; mais c'est qu'auparavant la Cour avait changé. »

⁴⁰² Diallo, *ibid.* à la p. 98.

⁴⁰³ Voir *supra* chapitre I, section II, sous-section 2.

⁴⁰⁴ Krisch, *supra note 6* à la p. 399.

une fois. Cette technique juridique est ouverte tant aux GP qu'aux petits États sur un pied d'égalité, mais certains États ont une plus grande marge de manœuvre. Ensuite, une autre façon d'interpréter une norme conventionnelle est par la pratique. Cette pratique peut, selon certaines conditions⁴⁰⁵, modifier une norme internationale conventionnelle, mais également coutumière. La ligne de démarcation entre une nouvelle norme coutumière et la violation d'une norme conventionnelle ou coutumière n'est pas une question inconnue. Une nouvelle norme qui se substitue à une norme sera nécessairement une violation de cette dernière⁴⁰⁶.

Les tentatives visant à assouplir le droit international sont reflétées dans les efforts déployés par les GP afin de modifier le processus d'élaboration des normes internationales, et ainsi d'être mieux à même de remodeler le droit selon leurs intérêts⁴⁰⁷.

Par « contestation hégémonique », j'entends le processus par lequel les acteurs internationaux se défient continuellement en invoquant des règles et principes juridiques auxquels ils ont donné des significations qui confortent leurs positions et s'opposent à celles de leurs adversaires.⁴⁰⁸

Cette contestation est qualifiée d'hégémonique car « l'objectif des adversaires est de faire en sorte que leur interprétation partielle de cette signification soit considérée comme l'interprétation générale, que leur préférence apparaisse comme la préférence universelle »⁴⁰⁹.

⁴⁰⁵ *Plateau continental de la Mer du Nord*, *supra* note 112 au para. 73.

⁴⁰⁶ Gennadiï Mikhaïlovich Danilenko, *Law-Making in the International Community*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993 à la p. 124: « It is generally recognized that in customary law deviations from the established practice may under certain conditions lead to new rules of conduct. While early practice in conflict with the existing rules inevitably constitutes a violation of accepted law, the deviating behaviour may acquire the quality of law-changing practice if new claims gradually find support among states. »; *Nicaragua*, *supra* note 181 au para. 207: « L'invocation par un État d'un droit nouveau ou d'une exception sans précédent au principe pourrait, si elle était partagée par d'autres États, tendre à modifier le droit international coutumier. »

⁴⁰⁷ Krisch, *supra* note 6 à la p. 392.

⁴⁰⁸ Koskeniemi, *La politique*, *supra* note 11 à la p. 294.

⁴⁰⁹ *Ibid.* à la p. 295.

Prenons un exemple récent à partir des É.-U.: l'introduction de la notion de « combattants ennemis » par les É.-U. depuis les événements du 11 septembre 2001. D'une part, cette introduction a permis aux É.-U. de légitimer la détention de certains individus « through the application of a quasi-legal framework »⁴¹⁰. Des « combattants ennemis » ont été privés de nombreux droits dont ils jouissent en vertu des instruments internationaux des droits de l'homme et du droit humanitaire⁴¹¹. D'autre part, l'introduction de cette notion crée une bifurcation dans l'ordre juridique international par la voie d'une interprétation du droit humanitaire international. Le gouvernement états-unien est d'avis que

The law of armed conflict governs this war between the U.S. and al Qaida and establishes the rules for detention of enemy combatants. These rules permit the U.S. to detain enemy combatants without charges or trial for the duration of hostilities. [...] There is no requirement in the law of armed conflict that a detaining power charge enemy combatants with crimes, or give them lawyers or access to the courts in order to challenge their detention.⁴¹²

Puisqu'il s'agit d'une interprétation erronée⁴¹³ du droit humanitaire international et avancée par une GP, cette interprétation a créé une véritable agitation au sein de la communauté internationale. Le CICR a émis un communiqué officiel:

From an IHL perspective, the term "combatant" or "enemy combatant" has no legal meaning outside of armed conflict. To the extent that persons designated "enemy combatants" have been captured in international or non-international armed conflict, the provisions and protections of international humanitarian law remain applicable regardless of how such persons are called. Similarly, when individuals are captured outside of armed conflict their actions and protection are governed by domestic law and human rights law, regardless of how they are called.⁴¹⁴

La persistance et l'insistance des É.-U. à employer les termes « enemy combatants » ont mené à leur inclusion dans les discours juridiques. Les termes sont désormais présents dans la doctrine⁴¹⁵ et dans les dictionnaires

⁴¹⁰ Jennifer Bond, « The Language of War: A Battle of Words at Guantanamo Bay » (2005) 10 *Appeal* 70 au para. 23.

⁴¹¹ Krisch, *supra* note 6 à la p. 387.

⁴¹² É.-U., Department of Defense, « Guantanamo Detainees », Fact Sheet, 13 février 2004, en ligne: Department of Defense <<http://www.defenselink.mil/news/Apr2004/d20040406gua.pdf>>.

⁴¹³ Bond, *supra* note 410 au para. 24.

⁴¹⁴ Comité International de la Croix-Rouge, « The relevance of IHL in the context of terrorism », official statement, 21 juillet 2005, en ligne: Comité International de la Croix-Rouge <<http://www.icrc.org/web/eng/siteeng0.nsf/html/terrorism-ihl-210705>>.

⁴¹⁵ George Aldrich, « The Taliban, Al Qaeda, and the Determination of Illegal Combatants » (2002) 96 *A.J.I.L.* 891.; Alfred de Zayas, « The Status of Guantanamo Bay and the Status of the Detainees », Douglas McK. Brown Lecture, Simon Fraser University, 28 novembre 2003, en ligne:

juridiques⁴¹⁶. « It would be very difficult for an entity with little or no power to unilaterally implement significant changes to legal discourse »⁴¹⁷. C'est un peu ce qu'exprimait Greenwalt en expliquant que les intérêts des puissances sont une source directe du droit⁴¹⁸. Dans le cas de l'interprétation d'un traité multilatéral, une petite puissance n'aura pas nécessairement le poids pour modifier le droit international soit par une déclaration interprétative ou en initiant l'exercice d'une pratique divergente qui deviendra coutumière.

Certains diront que « [s]ince the United States is not constrained by law, or because law can be interpreted ('manipulated') to suit the Great Powers, [...] the law must be irrelevant (as the realists warned us) or weighed in favour of the powerful (as the legal purists have always suspected »⁴¹⁹. Le droit international est plus complexe que ce que les critiques réalistes ou légalistes⁴²⁰ soutiennent: « [i]n particular, we need to accept the existence of something we might characterise as *modest normativity*. International law works in mysterious ways »⁴²¹. Le droit international est un puissant argument qui modifie la manière dont les débats de la société internationale sont menés. Or, de par sa place centrale au sein de la communauté internationale, les GP sont toujours enchaînées au droit international. Certains sont d'avis que le pouvoir du droit international « can only be the power

University of British-Columbia
<<http://www.law.ubc.ca/files/pdf/events/2003/november/GUANTANA.pdf>>.

⁴¹⁶ John P. Grant et J. Craig Barker, dir., *Parry and Grant Encyclopaedic Dictionary of International Law*, 2e éd., Dobbs Ferry, N.Y., Oceana Publications, 2004 s.v. «unlawful combatants».

⁴¹⁷ Bond, *supra* note 410 au para. 22.

⁴¹⁸ Kent Greenwalt, *Law and Objectivity*, New York, Oxford University Press, 1992 à la p. 167.

⁴¹⁹ *Contra* Simpson, « Duelling Agendas », *supra* note 249 aux pp. 71-72.

⁴²⁰ Steven C. Roach, *Politicizing the International Criminal Court: The Convergence of Politics, Ethics, and Law*, Lanham, Maryland, Rowman & Littlefield, 2006 à la p. 7 : « Those (legal purist) who adhere to the strict notion of legal neutrality treat law as a detached body of rules and procedures. The application of law, in this case, is based on the rigid separation of rules and values, whereby rules and norms are applied independently of the moral and political concerns that have shaped these rules. »

⁴²¹ Simpson, « Duelling Agendas », *supra* note 249 à la p. 72.

of the idea of international law »⁴²². Le droit est un argument parmi tant d'autres comme l'histoire, l'économie, la politique. Néanmoins, selon les néo-marxistes, « [t]he power of international law is also the armed might of powerful states enforcing their interpretation of legal rules with cluster bombs and gunships. International law's power is not only the power of ideas; it is the power of violent coercion »⁴²³.

2. Dans le cadre des relations institutionnelles multilatérales

Bien que le raisonnement soit valable pour plusieurs organisations internationales, comme l'Organisation mondiale du commerce (ci-après « OMC ») et le Groupe de la Banque mondiale (ci-après « GBM »), nos commentaires se limiteront à la formation des normes internationales dans le cadre de l'ONU. L'égalité législative regroupe deux dimensions différentes: celle du volontarisme et la représentation égale lors de la formation du droit international⁴²⁴. Or, dans les prochaines lignes, nous en examinerons deux exceptions: le rôle de la majorité au sein des OIG a une portée exceptionnelle sur le principe du volontarisme (A), et la représentation inégale au sein des OIG contrecarre la participation des États, sur un même pied d'égalité, à la formation du droit international public (B).

A. Un assouplissement au volontarisme : la majorité

L'exemple de la constitutionnalisation de l'hégémonie des GP au sein de la CNU trouve écho dans les résolutions du CS qui sont prises par une minorité d'États membres alors que tous les membres de l'ONU sont juridiquement liés par ces décisions⁴²⁵. Toute idée de formation du droit international par une procédure de

⁴²² Shirley Scott, « International Law as Ideology: Theorising the Relationship between International Law and International Politics » (1994) 5 E.J.I.L. 313 à la p. 317.

⁴²³ Miéville, *supra* note 21 à la p. 82.

⁴²⁴ Simpson, *Great Powers*, *supra* note 72 à la p. 48.

⁴²⁵ *Ibid.* aux pp. 51-52; La lecture conjointe des *Charte des Nations Unies*, *supra* note 13, art. 25 et 103 permet d'inférer le caractère obligatoire aux résolutions du CS à tous les membres de l'ONU.

vote ou une action de la majorité des États est une atteinte à la dimension volontariste de l'égalité législative. C'est ce que Simpson explique : « First, legislative inequality operates as a method of imposing norms on non-consenting states »⁴²⁶.

Il y a environ un siècle, le volontarisme primait dans les OIG : par exemple, dans le Pacte de la SdN, « les décisions de l'Assemblée ou du Conseil sont prises à l'unanimité des Membres de la Société »⁴²⁷. Toute décision requérait le vote positif de chaque État membre, ce qui est l'équivalent d'attribuer un veto pour chaque entité étatique. Dans la SdN et, avant, « the practice of quasi-unanimity and the structure of the proposed IPC [international peace conferences of The Hague] both suggested that the strict construction of sovereign equality, based on legislative equality, was anachronistic and inappropriate »⁴²⁸. Comme l'explique Politis, « [t]he unanimity rule, conceived as the safeguard of the minority, has, through exaggerating the doctrine of equality, become an instrument of tyranny against the majority »⁴²⁹. L'exigence d'une unanimité de volontés étatiques a un effet paralysant pour la formation des normes internationales. C'est uniquement en adoptant un système d'adoption majoritaire au sein des OIG que le droit international pourra développer des normes assez rapidement afin de maintenir le rythme avec les développements politiques et économiques⁴³⁰. « It is not merely

Affaire relative à des questions d'interprétation et d'application de la Convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya Arabe Libyenne c. États-Unis d'Amérique), [1998] C.I.J. rec. 15 au para. 36, la C.I.J. explique que les obligations découlant d'une décision du CS « prévalent sur leurs obligations en vertu de tout autre accord international ». L'article 103 « étend ses effets aux décisions du CS que les États membres conviennent d'accepter et d'appliquer en vertu de l'article 25 ».

⁴²⁶ *Ibid.* à la p. 51.

⁴²⁷ *Pacte de la Société des Nations*, *supra* note 85, art. 5.

⁴²⁸ Simpson, *Great Powers*, *supra* note 72 à la p. 148.

⁴²⁹ Nicolas Socrate Politis, *Les nouvelles tendances du droit international*, Paris, Hachette, 1927 à la p. 28 tel que cité dans Simpson, *ibid.* à la p. 151.

⁴³⁰ Simpson, *ibid.* à la p. 150. Les négociations multilatérales de longue haleine de la Ronde de Doha de 2001 sont fort complexes. Pour conclure un traité, chaque État doit voter positivement pour être obligés par les termes du traité. Or, un État important quant à la substance du traité qui est négociée pourra faire tomber les négociations et donc, l'adoption dudit traité. Les échecs des négociations de la Ronde de Doha de 2001, notamment sur des questions reliées à l'agriculture,

that the stronger states have influence proportionate to their strength; but that custom has given them what can hardly be distinguished from a legal rigid to settle certain questions as they please, the smaller states being obliged to acquiesce in their decisions. »⁴³¹

Ce n'est pas la théorie du volontarisme qui a changé fondamentalement, mais plutôt le mode de formation des normes internationales. Le passage du volontarisme formel à une théorie plus souple du consentement a transformé le mode de création des normes internationales conventionnelles. La formation de normes internationales par une procédure d'adoption majoritaire adoucit également la théorie du volontarisme. Ainsi, c'est un passage « from strict positivism, absolute equality of consent and unanimity towards decision-making that is [...] majoritarian »⁴³². Cette façon de faire a des avantages certains : il y a une plus grande souplesse en vue d'une plus grande contribution normative de la majorité des acteurs au sein des organes pléniers des OI⁴³³ et donc, une

empêchent plusieurs États membres de l'OMC de bénéficier de l'élimination de tarifs et de protection contre des pratiques de distorsions économiques, voir Ved P. Nanda, « Selected Aspects of International Trade and the World Trade Organization's Doha Round: Overview and Introduction » (2008) 38 Denv. J. Int'l L. & Pol. 255. Pour le cas du secteur textile, Banasaty Thephavong, Khouanchay Iemsouthi et Buavanh Vilavong, « Laos: The Textile and Garment Industry in the Post-ATC Era » dans Peter Gallagher, Patrick Low, Andrew L. Stoler, dir., *Managing the Challenges of WTO Participation: 45 Case Studies*, Lausanne, OMC, 2005 en ligne : < http://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/casestudies_e/case22_e.htm#players> : « Without WTO membership, Laos has to live with bilateral trade arrangements which may be abused by importing countries even though they are WTO members. »

⁴³¹ Lawrence, *Essays*, *supra* note 65 à la p. 226 tel que cite dans Hicks, *supra* note 65 aux pp. 547-548.

⁴³² Simpson, *Great Powers*, *supra* note 72 à la p. 51.

⁴³³ Sur le caractère normatif des résolutions de l'AG des NU voir *Charte des Nations Unies*, *supra* note 13, art. 10 et 18(2); *Sud-Ouest africain, deuxième phase (Éthiopie c. Afrique du Sud; Libéria c. Afrique du Sud)*, [1966] C.I.J. rec. 6 à la p. 292, juge Tanaka, dissident : « On doit noter en même temps que, chaque résolution, déclaration, etc., étant l'émanation de la volonté collective des États participants [la version originale en anglais dit « being considered as the manifestation of the collective will of individual participant States »], la volonté collective de la communauté internationale peut certainement se manifester plus rapidement et plus fidèlement que ne le permettait le processus normatif traditionnel. Ce système collectif cumulatif et organique de création de la coutume représente, pour ainsi dire, un moyen terme entre la législation par convention et le processus traditionnel de création de la coutume et l'on peut constater qu'il joue un rôle important dans l'évolution du droit international »; *Texaco-Calasiatic c. Gouvernement libyen*,

participation des États plus faibles puisque la majorité de l'AG des NU est composée de petites et moyennes puissances. Mais cela permet également une formation du droit international plus rapide et efficace face aux changements socio-économiques de l'ordre international. Selon Simpson, le développement de normes coutumières générales ne peut pas et ne doit pas être l'otage d'États récalcitrants⁴³⁴. Le revers de la médaille de l'affaiblissement du volontarisme (une des facettes de l'égalité législative) est qu'un État plus puissant pourra imposer à un État plus faible des traités lors de la formation de traités bilatéraux afin de modifier la norme coutumière générale, puisque le consentement est une exigence moins rigoureuse que la volonté.

B. Une représentation inégale lors de la formation du droit

Nous en venons donc à examiner la deuxième dimension de l'égalité législative : la représentation dans les OIG lors de la formation et l'application du droit international. Le droit formé par les organes de l'ONU est limité : les résolutions de l'AG ne sont pas obligatoires, bien qu'elles aient une valeur normative persuasive. Pour établir la valeur normative d'une résolution, suivant les enseignements de la C.I.J., il faut regarder le contenu de la résolution et ensuite les conditions d'adoption de la résolution⁴³⁵. « Sur le fond, ce que l'article 18, paragraphe 2, de la Charte dénomme «les décisions de l'Assemblée générale» sont, en réalité, en majorité, des «recommandations», sans valeur juridique obligatoire qui leur soit propre »⁴³⁶. Les résolutions de l'AG touchant le budget

supra note 116; quant à la question de savoir si une résolution adoptée est *ultra vires*, voir *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, *supra* note 116 au para. 70.

⁴³⁴ Simpson, *Great Powers*, *supra* note 72 à la p. 51.

⁴³⁵ *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, *supra* note 116 au para. 70; *Texaco-Calasiatic c. Gouvernement libyen*, *supra* note 116.

⁴³⁶ Alain Pellet, « La formation du droit international dans le cadre des Nations Unies » (1995) 6 E.J.I.L. 1 au para. 16 [Pellet, « La formation »].

(CNU, art. 17), créant des organes subsidiaires (CNU, art. 22), ou donnant des instructions à ceux-ci ou au Secrétaire général (CNU, art. 98) sont exceptionnellement obligatoires. Tandis que les résolutions du CS sont souvent obligatoires et ont presque toujours une valeur normative⁴³⁷. Le CS est un organe restreint, composé de 5 membres permanents qui possèdent un droit de veto sur toute décision importante autre que procédurale⁴³⁸. Sur toute question relevant du ressort juridique ou du champ de compétence du CS et touchant une question de fond, les GP ont un droit de veto. Ces 5 membres sont des hégémons juridiques⁴³⁹. Le CS a un pouvoir législatif que l'AG ne possède pas⁴⁴⁰.

La CNU s'impose en tant que texte normatif et les obligations qui en découlent priment sur les autres accords internationaux⁴⁴¹. La lecture conjointe des articles 25 et 103 de la CNU permet d'inférer le caractère obligatoire des résolutions du CS pour les États membres de l'ONU⁴⁴². Le CS n'est pas un organe possédant des pouvoirs illimités, sa compétence principale est de maintenir la paix et la sécurité

⁴³⁷ *Ibid.* au para. 3. Notons qu'il est possible au CS d'adopter des recommandations au lieu de décisions, voir par exemple, *Charte des Nations Unies*, *supra* note 13, art. 36(1) : « Le Conseil de sécurité peut, à tout moment de l'évolution d'un différend de la nature mentionnée à l'Article 33 ou d'une situation analogue, recommander les procédures ou méthodes d'ajustement appropriées »; *Charte des Nations Unies*, *ibid.*, art. 39 : « Le Conseil de sécurité constate l'existence d'une menace contre la paix, d'une rupture de la paix ou d'un acte d'agression et fait des recommandations ou décide quelles mesures seront prises conformément aux Articles 41 et 42 pour maintenir ou rétablir la paix et la sécurité internationales. ».

⁴³⁸ *Charte des Nations Unies*, *ibid.*, art. 27(3).

⁴³⁹ *Supra* c. I, Section II, sous-section 2.

⁴⁴⁰ Pellet, « The Normative Dilemma », *supra* note 5 à la p. 51 : « there is strong doubt that the General Assembly has a legislative competence or even a "quasi-legislative" competence. »

⁴⁴¹ *Charte des Nations Unies*, *supra* note 13, art. 25 : « Les Membres de l'Organisation conviennent d'accepter et d'appliquer les décisions du Conseil de sécurité conformément à la présente Charte »; *ibid.*, art. 103 : « En cas de conflit entre les obligations des Membres des Nations Unies en vertu de la présente Charte et leurs obligations en vertu de tout autre accord international, les premières prévaudront. »

⁴⁴² Certains auteurs sont d'avis que les obligations découlant de la *Charte des Nations Unies* doivent être respectés par tous les États, même ceux qui sont non-membres de l'ONU, en raison de la *Charte des Nations Unies*, *ibid.*, art. 2(6) : « L'Organisation fait en sorte que les États qui ne sont pas Membres des Nations Unies agissent conformément à ces principes dans la mesure nécessaire au maintien de la paix et de la sécurité internationales. ». Nous sommes d'avis que si les principes découlant de la *Charte des Nations Unies* sont devenues des normes coutumières, ils seront applicables à l'ensemble des États, mais l'effet relatif des traités contrevient à étendre les obligations découlant de la *Charte des Nations Unies* tous azimuts. Pensons aux obligations de paiement à l'ONU qui ne sont certainement pas étendues aux États non-membres.

internationales⁴⁴³. Dans l'affaire de l'*Incident aérien de Lockerbie*⁴⁴⁴, la C.I.J. considère que les obligations découlant d'une décision du CS « prévalent sur leurs obligations en vertu de tout autre accord international »⁴⁴⁵. Dans son ordonnance⁴⁴⁶, la C.I.J. estime, à juste titre, que l'art. 103 de la CNU « étend ses effets aux décisions du CS que les États membres conviennent d'accepter et d'appliquer en vertu de l'article 25 »⁴⁴⁷. Ainsi, tous les États membres de l'ONU sont contraints par les dispositions de la CNU et, par extension, par les résolutions du CS agissant sous le coup du Chapitre VII⁴⁴⁸.

L'inégalité juridique entre l'AG et le CS suffit-elle pour établir une inégalité lors de la création de normes internationales? Nous sommes d'avis que la création de normes internationales au sein du CS est tributaire des GP : si une GP décide que le CS sera inactif, en votant négativement de façon systématique, une paralysie du CS est constatée. Le droit international institutionnellement créé par le CS peut disparaître conséquemment à la volonté d'une seule GP de voter négativement. Simpson évoque la situation en ces termes:

The powers and privileges afforded the Great Powers in the Security Council, in voting procedures in important financial organisations and in the creation of new legal regimes are examples of these special law-making powers and tend to suggest that strong legislative equality does not exist in international law despite a general commitment to sovereign equality.⁴⁴⁹

⁴⁴³ *Ibid.*, art. 24(1).

⁴⁴⁴ *Affaire relative à des questions d'interprétation et d'application de la Convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya Arabe Libyenne c. États-Unis d'Amérique)*, *supra* note 425 au para. 36.

⁴⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁴⁷ Pellet, « La formation », *supra* note 436 au para. 30.

⁴⁴⁸ Notons qu'il n'y a pas une obligation au CS d'adopter ses résolutions selon des critères d'objectivité et d'indépendance. Voir, Nsongurua J. Udombana, « Pay Back Time in Sudan? Darfur in the International Criminal Court » (2005-2006) 13:1 *Tulsa. J. Comp. & Int'l L.* 1 à la p. 48; Pellet, *ibid.* au para. 28 : « contrairement à la C.I.J., le Conseil, qui n'est pas un organe juridictionnel, n'est pas tenu de fonder ses décisions exclusivement sur des considérations juridiques, même si, malgré ce que l'on a écrit, le politique et le juridique ne sont pas à ce point séparés qu'il doive, ou puisse, en faire totalement abstraction. Il est bon qu'il en tienne compte; mais sa fonction première n'est pas de faire respecter le droit; elle est de maintenir la paix et la sécurité internationales. Pour ce faire, il peut prendre des décisions obligatoires en faisant, le cas échéant, abstraction des règles en vigueur, ce que, pour sa part, la Cour ne pourrait faire. »

⁴⁴⁹ Simpson, *Great Powers*, *supra* note 72 à la p. 52.

Malgré l'inégalité juridiquement consacrée au sein de l'ONU, institution universelle, Krisch explique que « law-making through a body such as the Security Council enjoys relatively high legitimacy despite its openly inegalitarian operation »⁴⁵⁰. Les organes restreints sont présents au sein des organisations internationales dans un but fonctionnel : c'est pour accomplir certaines tâches de façon efficace en s'assurant de la participation d'acteurs clés et moins dans un but de représentation des États. La formation du droit international par le CS a plusieurs avantages tout en minimisant les coûts⁴⁵¹. Les GP pourront « significantly reshape the structure of the international legal order: by pressing for forms that best accommodate their position, they will seek to modify the landscape of international law »⁴⁵². Bien qu'il y ait une consécration juridique dans la CNU quant au CS, notons qu'aucune résolution du CS ne pourra être adoptée sans le vote positif des autres membres non-permanents^{452.1}. Quant à l'abolition du veto, cette pensée relève de l'utopie⁴⁵³.

Au sein du CS, « le droit de veto a pour première raison d'être d'assurer l'équilibre entre ses détenteurs, c'est-à-dire entre grandes puissances »⁴⁵⁴. D'un autre côté, c'est à travers « the work of the Assembly that the Third World attempted to

⁴⁵⁰ Krisch, *supra* note 6 à la p. 380.

⁴⁵¹ Onuma, *supra* note 342 à la p. 117: « Also, more powerful nations generally prefer to maintain their superior position by means of law rather than by using naked power, which is more costly. »

⁴⁵² Krisch, *supra* note 6 à la p. 380.

^{452.1} *Charte des Nations Unies*, *supra* note 13, art. 27(3) : « Les décisions du Conseil de sécurité sur toutes autres questions [que les questions de procédure] sont prises par un vote affirmatif de neuf de ses membres dans lequel sont comprises les voix de tous les membres permanents, étant entendu que, dans les décisions prises aux termes du Chapitre VI et du paragraphe 3 de l'Article 52, une partie à un différend s'abstient de voter ».

⁴⁵³ Paul Tavernier, « Article 27 » dans Cot, Forteau et Pellet, *supra* note 12, 935 à la p. 939; voir, par ex. Secrétaire général, *Renforcer l'ONU : un programme pour aller plus loin dans le changement*, Doc. off. AG NU, 57^e sess., Doc. NU A/57/387 (2002), para. 20: « Le Groupe de travail à composition non limitée que l'Assemblée générale a créé pour étudier la réforme du Conseil de sécurité oeuvre depuis près de 10 ans. Il semble pourtant que les États Membres ne puissent toujours pas s'entendre sur une formule qui permettrait d'accroître la composition du Conseil. »

⁴⁵⁴ Virally, *supra* note 240 à la p. 103.

reform international law »⁴⁵⁵. En effet, par leur majorité à l'AG, les petites et moyennes Puissances peuvent changer la donne quant aux orientations du DIP et des Nations Unies en cristallisant une *opinio juris* autour de leurs intérêts. C'est un bien pour un mal: bien que la paralysie du CS puisse exister si une GP dépose systématiquement un veto, le droit de veto n'en demeure pas moins entre les mains de GP prévisibles et connues. Ainsi, « one can identify three primary functions of multilateral institutions in situations of hegemony: regulation, pacification and stabilization »⁴⁵⁶. L'ordre juridique international est donc stable.

Le droit de participation des États⁴⁵⁷, toutes puissances confondues, aux affaires internationales est une innovation importante. « However, it was only in the United Nations period that the independent societies of the Third World were able to [...] advance their interests in the international system »⁴⁵⁸. Le droit de participation des États, et, par le fait même, l'égalité législative, sont-ils remis en question avec l'avènement des acteurs non-étatiques contemporains? Il est bien connu que certaines multinationales sont plus puissantes que certains États. La formulation d'intérêts nationaux passe par un regard de chaque État sur sa sphère domestique⁴⁵⁹. Or, les intérêts de certaines multinationales deviennent des intérêts nationaux. Est-ce dire que les intérêts des multinationales se transposent dans le droit international grâce à leurs emprises sur les petits États? Nous sommes d'avis que ce n'est pas nécessairement le cas. Prenons l'exemple de Coca-Cola, une

⁴⁵⁵ Anghie, *Imperialism, Sovereignty*, *supra* note 33 à la p. 211.

⁴⁵⁶ Krisch, *supra* note 6 à la p. 373; Duplessis, « *soft law* », *supra* note 109 à la n. 42.

⁴⁵⁷ Simpson, *Great Powers*, *supra* note 72 à la p. 53.

⁴⁵⁸ Anghie, *Imperialism, Sovereignty*, *supra* note 33 à la p. 10.

⁴⁵⁹ Shishir Priyadarshi, « Decision-Making Processes in India: The Case of the Agriculture Negotiations » dans Gallagher, Low et Stoler, *supra* note 430 en ligne : <http://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/casestudies_e/case15_e.htm#civil> : « Civil society in India, in the same way, perhaps, as in any other country, is extremely heterogeneous. It is not difficult to find groups actively defending or opposing any point of view in relation to a particular issue. This is not to belittle their contribution to the overall debate, a fact which seems to be well accepted. There is an increasing recognition in most government circles that consultations with civil society are very important. However, there is still a big question mark as to which non-governmental organization (NGO) to invite to the consultative process, as there are a very large number of active NGOs to choose from. »

multinationale qui a des opérations dans le marché de plus de 200 États⁴⁶⁰. Le prix de certaines matières premières, comme le sucre, est d'une importance vitale pour cette entreprise. Lorsque la multinationale fait affaire aux États-Unis ou au Canada, ses intérêts passent vers un assouplissement des règles touchant l'importation. Lorsque Coca-Cola fait affaire au Brésil ou en Inde, ses intérêts se dirigent vers un assouplissement des règles de l'exportation⁴⁶¹. Le même raisonnement peut s'appliquer à tous les champs économiques : les multinationales ont des intérêts différents⁴⁶² dans chacun des États où elles s'affairent et ces intérêts sont parfois contradictoires⁴⁶³. D'ailleurs, si ces multinationales avaient un

⁴⁶⁰ The Coca-Cola Company, « The Coca-Cola Company Fact Sheet » (2008), en ligne: The Coca-Cola Company < http://www.thecoca-colacompany.com/ourcompany/pdf/Company_Fact_Sheet.pdf >.

⁴⁶¹ Valentin Zahrt, « Domestic Constituents and the Formation of WTO Negotiating positions: What the Delegates say » (2008) 7 W.T. Rev. 393 à la p. 412: « In industrialized and developing countries, import-competing and export-oriented interest groups muster approximately equal influence. This is at odds with the traditional notion that protectionist interest groups dominate domestic politics. »

⁴⁶² Walter Odhiambo, Paul Kamau et Dorothy McCormick, « Kenya's Participation in the WTO: Lessons Learned » dans Gallagher, Low et Stoler, *supra note* 430 en ligne : <http://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/casestudies_e/case20_e.htm#sector> : « However, a number of private-sector organizations have recently emerged to present and articulate the views of the private sector, and have been active on WTO trade-related matters. [...] However, the capacity of the private sector to participate varies. Most private-sector organizations lack the analytical capacity to comprehend the implications of trade measures. They also lack information on trade issues, which prevents a full understanding of trade agreements and measures. The other problem with the private sector organizations is that they tend to have different interests and do not in most cases have a common position on economic and trade issues. The private sector in Kenya generally tends to have enclave interests. »

⁴⁶³ Par exemple, dans une dispute entre le Costa Rica et les États-Unis d'Amérique, John Breckenridge, « Costa Rica's Challenge to US Restrictions on the Import of Underwear » dans Gallagher, Low et Stoler, *supra note* 430, en ligne : <http://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/casestudies_e/case12_e.htm> : « US multinational corporations had substantial investments in the textile sector and lobbied actively and publicly against pursuing the dispute case. [...] The domestic textile industry [of Costa Rica] did not automatically support pursuing the case either. As Irene Arguedas, a member of the team from the Ministry of Trade, recalls, two different types of companies worked behind the scenes to influence the decision to pursue the dispute settlement process. The first were those who were vertically integrated with the US industry and sourced their cut fabric from US suppliers. These companies could export their product back to the United States under the Guaranteed Access Level (GAL) programme and were in favour of an amicable or negotiated solution. The other group of companies consisted of those who sourced their fabric from places other than the United States. » Finalement, « [d]espite the concerns about pursuing the case and managing its prosecution, Costa Rica prevailed in both the dispute settlement process and the subsequent legal appeal. Not only did Costa Rica receive favourable rulings, but the United States also accepted and conformed to the decisions ».

seul intérêt, sans égards à l'endroit où elles opèrent, il y a fort à parier que les petits États seraient présents aux tables de négociations pour former un front uni, homogène et majoritaire afin de le promouvoir. Toutefois, en pratique à l'OMC, ce n'est pas le cas⁴⁶⁴. Qu'est-ce à dire quant à l'égalité législative? Il est difficile de voir une articulation uniforme des intérêts des multinationales pour les transposer à ceux des États. Or, les acteurs non-étatiques contemporains ne modifient pas nécessairement l'égalité législative des États. Au contraire, les multinationales ont intérêt à préserver l'égalité législative des États puisque leurs intérêts sont modifiés selon l'endroit, les territoires des GP ou des petits États, où elles opèrent.

The concrete inequalities between the partners in international discussion/negotiation are quite rightly denounced; however, it is also important to emphasize that this inequality may sometimes work to the advantage of the weaker party, or to that of both, and thus contribute to the emergence of a pluralized yet common legal value.⁴⁶⁵

3. Dans le cadre des relations coutumières

Lors de l'élaboration de normes coutumières, un principe de l'égalité législative strict soutiendrait qu'aucun État ne se trouve dans une situation privilégiée par rapport à un autre. Bien que les pratiques et l'*opinion juris* des États lors de l'émergence de normes coutumières puissent s'avérer quelque peu différentes selon certaines situations, les États demeurent-ils sur un pied d'égalité lors de la

⁴⁶⁴ Odhiambo, Kamau et McCormick, *supra note* 462 dans Gallagher, Low et Stoler, *supra note* 430: « Lack of financial and human capacity seriously impedes Kenya's capacity to participate effectively in trade negotiations. [...] The Kenyan experience indicates a lack of analytical capacity in government, the private sector and civil society. Although some of the key institutions are staffed with personnel to carry out impact assessments, their capacity is largely inadequate. » La seule exception semble être une participation des petits États au sein des comités touchant le secteur agricole. *Ibid.* : « As indicated earlier, Kenya maintains a negotiating team in Geneva to present Kenya's positions on various issues, as well as to monitor and relay information on a daily basis on WTO events. [...] Once the information is received at the ministry, the ministry contacts the relevant sub-committee, in this case the sub-committee on agriculture, which is headed by the Ministry of Agriculture. »; Tonia Kandiero, « Malawi in the Multilateral Trading System » dans *ibid.*, en ligne : <http://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/casestudies_e/case20_e.htm#sector>: « The cost of compliance with WTO commitments is certainly a major issue for Malawi and many less developed countries (LDCs). Therefore it calls for more financial resources to assist in the compliance process. Countries must be aware that the WTO is not an international financial institution. Other lessons that Malawi could provide to other LDCs are to extend tariff bindings beyond agriculture to the manufacturing sector; [...] and most importantly, to make sure that countries have missions at the WTO in Geneva. »

⁴⁶⁵ Jouannet, « Universalism », *supra note* 339 à la p. 397.

formation de la coutume? Selon certains, « [l]es tentatives d'attribuer plus de poids aux grandes puissances dans le processus coutumier ne reflètent qu'un essai de transposer des conceptions hégémoniques sur le plan de la formation du droit international qui ne s'appuie sur aucune donnée empirique »⁴⁶⁶. Alors que d'autres, comme nous, sont d'avis que les privilèges des GP lors de la formation des normes coutumières existent et qu'ils tempèrent le caractère strict de l'égalité législative⁴⁶⁷.

Les privilèges des GP peuvent être reflétés explicitement dans la doctrine des « États particulièrement intéressés »⁴⁶⁸, qui est une forme d'inégalité législative lors de la formation de règles coutumières⁴⁶⁹. La C.I.J. explique que la création de normes coutumières générales requiert une participation très large et représentative à condition que cette participation comprenne les « États particulièrement intéressés »⁴⁷⁰. Or, pour établir une norme coutumière, il faut nécessairement la participation des « États particulièrement intéressés ». De façon explicite, le juge Tanaka, dans son opinion dissidente, explique que « [n]ous ne pouvons pas considérer que la ratification de la Convention par une grande puissance maritime

⁴⁶⁶ Kohen, *supra* note 12 à la p. 410. Dans *Liéciété de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, *supra* note 116 à la p. 278 le juge Shi déclare : « Certes, ces États sont des membres importants et puissants de la communauté internationale et jouent un grand rôle sur la scène internationale. Il reste que la Cour, organe judiciaire principal de l'organisation des Nations Unies, ne saurait considérer cette 'partie appréciable de la communauté internationale' sous l'angle de la puissance matérielle. Elle ne peut que l'envisager du point de vue du droit international. La communauté internationale des États compte aujourd'hui plus de cent quatre-vingt-cinq États. La partie appréciable de cette communauté, mentionnée dans l'avis, ne constitue nullement une fraction considérable de cet ensemble, la structure de la communauté internationale reposant sur le principe de l'égalité souveraine. En conséquence, en accordant une importance indue à la pratique de cette 'partie appréciable', non seulement on irait à l'encontre du principe même de l'égalité souveraine des États, mais encore il deviendrait plus difficile de donner une idée exacte et juste de l'existence d'une règle coutumière relative à l'emploi de l'arme nucléaire. »

⁴⁶⁷ Arbour, *supra* note 14 à la p. 68; Simpson, *Great Powers*, *supra* note 72; Visscher, *supra* note 144.

⁴⁶⁸ *Plateau continental de la Mer du Nord*, *supra* note 112 au para. 73 : « afin qu'une règle conventionnelle soit considérée comme étant devenue une règle générale de droit international, il se peut que, sans même qu'une longue période se soit écoulée, une participation très large et représentative à la convention suffise, à condition toutefois qu'elle comprenne les États particulièrement intéressés. »

⁴⁶⁹ Simpson, *Great Powers*, *supra* note 72 à la p. 52.

⁴⁷⁰ *Plateau continental de la Mer du Nord*, *supra* note 112 au para. 73.

[...] [a] exactement la même importance que des actes semblables, accomplis par un État sans littoral, qui n'a pas d'intérêt particulier à la délimitation du plateau continental »⁴⁷¹. Certains États représentent une GP dans un domaine, mais pas nécessairement dans d'autres. Par exemple, les GP au sein du CS ne sont pas les mêmes au sein du GBM ou au sein du droit de la mer. Toutefois, dans tous les cas, « [c]'est une autre façon de dire que l'égalité juridique des États s'efface devant leur inégalité réelle [ou factuelle] »⁴⁷². Or, l'inégalité législative permet la formation normative à une « partie appréciable de la communauté internationale »⁴⁷³.

Dans une question liée intimement au principe de la liberté des mers, la conduite de deux des principales puissances maritimes -comme la Grande-Bretagne et les États-Unis- revêt une importance particulière. Quant au plateau continental et aux champs sous-marins en général, ces deux États ont donné le coup d'envoi au développement et leur initiative a été considérée comme impérieuse presque tout naturellement dès le début.⁴⁷⁴

La place réservée à une GP dans un domaine qui la concerne est d'une importance capitale pour la création de normes coutumières en ce champ.

Toutes légalisations de l'hégémonie des GP admettent nécessairement un plus grand pouvoir normatif coutumier de ces GP. « However, the Great Powers do not only have greater influence on the way rules are developed [notamment par des privilèges institutionnels] but also have special rights and duties consolidated within these legal regimes. »⁴⁷⁵ Si ces États sont considérés juridiquement comme des GP en raison de leur importance pour certains domaines, comme la paix et sécurité internationales dans le cas du CS et de ses membres permanents, ils sont nécessairement les plus affectés par les normes de cette sphère. Or, lors de la

⁴⁷¹ *Ibid.* à la p. 176.

⁴⁷² Arbour, *supra* note 14 à la p. 68.

⁴⁷³ *Liéciété de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, *supra* note 116 aux pp. 277-278 le juge Shi déclare : « En outre, si on laisse de côté la nature de la politique de dissuasion, on voit que cette 'partie appréciable de la communauté internationale' qui adhère à cette politique se compose de certains États dotés d'armes nucléaires et des États qui acceptent la protection du 'parapluie nucléaire'. »

⁴⁷⁴ Hersch Lauterpacht, « Sovereignty over Submarine Areas » (1950) 27 B.Y.I.L 376 à la p. 394 tel que cité et traduit dans *Renvoi relatif au plateau continental de Terre-Neuve*, [1984] 1 S.C.R. 86.

⁴⁷⁵ Simpson, *Great Powers*, *supra* note 72 à la p. 70.

création de normes coutumières, par l'application de la doctrine des États les plus « touchés » ou « concernés », ces États sont au premier rang. Un État considéré juridiquement comme une GP dans un champ aura donc un plus grand pouvoir normatif coutumier. L'aval de cet État est essentiel pour la création de normes coutumières en ce domaine. Ainsi, l'égalité législative absolue lors de la formation de la coutume n'existe pas. Une fois la norme coutumière créée par ces GP, la norme s'appliquera à tous les autres États d'une moindre importance tout aussi également.

Chapitre III L'égalité existentielle : le droit à la différence

Dans ce chapitre, nous délaissions la formation des normes internationales pour examiner les conséquences du droit international sur la composition de la scène internationale. La souveraineté est un concept biface qui est souvent présenté dans la doctrine comme étant composé de deux éléments complémentaires : un avers, ou face interne, qui est l'autonomie; et un revers, ou face externe, qui est l'indépendance⁴⁷⁶. Tandis que l'égalité législative affecte la face externe, l'égalité existentielle affecte la face interne de la souveraineté.

L'application du droit international général s'étend horizontalement à tous les États pour couvrir l'ensemble du globe⁴⁷⁷. Une fois ces normes créées et interprétées de manière homogène, le droit international « comes to play a sometimes decisive part in state behaviour or at least that behaviour which is deemed to be legally relevant »⁴⁷⁸. Suite à une application horizontale, le droit international est parfois introduit dans la sphère interne des États par une mise en œuvre du droit international. « Most predominant states have been active forces

⁴⁷⁶ Arbour, *supra* note 14 à la p. 260; Korowicz, *supra* note 293 aux pp. 45 et s.; Oppenheim, *International Law*, 7^e éd., *supra* note 146 à la §123; Wheaton, *supra* note 62 aux §§20-21.

⁴⁷⁷ Anghie, *Imperialism, Sovereignty*, *supra* note 33 à la p. 4; Jouannet, « Universalism », *supra* note 339.

⁴⁷⁸ Gerry Simpson, « The Situation on the International Legal Front: The Power of Rules and the Rule of Power » (2000) 11:2 E.J.I.L. 439 à la p. 448 [Simpson, « The Situation »].

behind the development of international law, and they have made extensive use of the international legal order to stabilize and improve their position »⁴⁷⁹. C'est ainsi qu'on en vient à la question de l'égalité existentielle et du pluralisme juridique au plan international.

Les États, par leur inclusion dans la société internationale, possèdent certains droits en commun, mais cela n'exclut pas l'existence de droits inégaux⁴⁸⁰. Par exemple, « [e]xistential equality is compatible with quite pronounced inequalities in voting power (legislative inequality) »⁴⁸¹. Ces droits communs sont « based upon its existence as a state in the international society »⁴⁸². Une fois un État proclamé comme tel, ses caractéristiques internes relèvent de son autonomie⁴⁸³ et aucun État ne devrait s'y immiscer⁴⁸⁴.

Nous sommes d'avis qu'il y a trois sortes de pluralisme dans l'ordre international : le pluralisme absolu, le pluralisme relatif et l'anti-pluralisme. Le pluralisme absolu est l'acceptation de l'autre avec ses différences et constitue un idéal (Section I). Ensuite, le pluralisme relatif repose sur l'acceptation des différences de l'autre tout en maintenant simultanément des exigences minimales de ressemblances. Certains traits communs sont donc une condition *sine qua non* pour l'entrée d'un État dans la communauté internationale⁴⁸⁵ et pour le maintien de relations internationales normales. Les caractéristiques requises pour qu'un État devienne un membre en règle de la communauté des États sont assujetties à certaines exigences des GP. Ensuite, une fois partie de la communauté des États et afin que ce membre

⁴⁷⁹ Krisch, *supra* note 6 à la p. 382.

⁴⁸⁰ Voir *supra* c. I, Section III.

⁴⁸¹ Simpson, *Great Powers*, *supra* note 72 à la p. 55.

⁴⁸² Wilhem Heffter, *Das Europäische Völkerrecht der Gegenwart*, 3e éd., Berlin, Muller, 1855 aux §§ 26-27 tel que cité dans Dickinson, *supra* note 15, aux pp. 106-107.

⁴⁸³ *Convention panaméricaine de Montevideo sur les droits et devoirs des États*, 165 R.T.S.N. 26, art. 1 (entrée en vigueur : 26 décembre 1936).

⁴⁸⁴ *Charte des Nations Unies*, *supra* note 13, art. 2(4); *Nicaragua*, *supra* note 181 à la p. 108; *Île de Palmas (États-Unis d'Amérique c. Pays-Bas)*, *supra* note 10.

⁴⁸⁵ *Convention panaméricaine de Montevideo sur les droits et devoirs des États*, *supra* note 483, qui prévoit, notamment, l'existence d'un gouvernement et la capacité d'entrer en relation avec les autres États comme caractéristiques.

demeure en règle, les GP essayent de contrôler des composantes de l'autonomie des autres États par le droit administratif des OIG (Section II). Finalement, l'anti-pluralisme est le rejet total des différences et tend vers la création d'un régime totalitaire. L'anti-pluralisme est le produit des GP par l'application d'une théorie de l'exceptionnalisme aux membres délinquants de la communauté des États (Section III).

Section I. L'égalité existentielle comme garantie du pluralisme

Le pluralisme est au cœur du système international et l'égalité existentielle, en principe, le garantit. L'« égalité existentielle » est, selon nous, un droit à la différence : les États ont le droit de choisir la manière d'être et d'agir dans le respect du droit international. Le droit de choisir la manière d'être regroupe deux droits : celui du droit d'exister en lien avec l'intégrité territoriale et celui du droit de choisir sa manière d'exister en lien avec l'autonomie, face interne de la souveraineté⁴⁸⁶. L'égalité existentielle comprend le droit des États d'organiser leur société sur la base qu'ils désirent. Elle garantit, d'une part, l'autonomie étatique dans la sphère domestique et, d'autre part, la diversité et le pluralisme dans le système international⁴⁸⁷.

Par l'exercice de son autonomie, l'État jouit de la *summa potestas* : il exerce sur son territoire une juridiction suprême par rapport à ses composantes et monopolise la contrainte physique; bref, c'est l'exercice de son pouvoir vertical. La face interne de la souveraineté est définie de la manière suivante : lorsqu'un État est

seul maître de ses décisions aussi bien dans le domaine économique que dans le domaine politique, financier ou autre, - de telle sorte que cette indépendance

⁴⁸⁶ Louis Henkin, *International Law: Politics and Values*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1995 à la p. 109 : « In general, autonomy is the « right to be let alone ». In general, it means that every state –through government- is permitted to decide for itself its internal political, economic, social and cultural system and its domestic policies, as well as its foreign policy and its relations with others states. »

⁴⁸⁷ Simpson, *Great Powers*, *supra* note 72 à la p. 27.

[interne]⁴⁸⁸ se trouve atteinte si une atteinte lui est spécialement portée soit dans le domaine économique, soit dans le domaine politique, soit dans tout autre, qui pratiquement sont solidaires [en anglais : « being in practice one and indivisible »].⁴⁸⁹

Selon Simpson, l'égalité existentielle « is defined as a right to exist (territorial integrity), the right to choose the manner of existence (political independence) and the right to participate in the international system as a consequence of the first two rights »⁴⁹⁰. L'égalité existentielle prévoit une juridiction exclusive d'un État dans sa sphère domestique⁴⁹¹.

Le pluralisme est, depuis l'ère de Westphalie, présent et relativement durable⁴⁹². Il résulte dans le système international de la diversité des États⁴⁹³, diversité protégée par l'égalité existentielle. À Dumbarton Oaks, lors des négociations menant à la création de l'ONU, l'article 2(1) de la Charte se lisait comme suit : « L'Organisation est fondée sur le principe de l'égalité souveraine de tous les États épris d'un idéal de paix »⁴⁹⁴. Suite à un amendement proposé des quatre gouvernements invitants⁴⁹⁵, le texte retenu a été : « L'Organisation est fondée sur le principe de l'égalité souveraine de tous ses membres »⁴⁹⁶. Déjà, les États insistaient sur une égalité souveraine faisant abstraction des différences politiques et rejetant l'idée des États « guerriers » ou « ennemis », or acceptant les différences entre les États. Cette interprétation est en accord avec la résolution 2526 de l'AG : « [t]ous les États jouissent de l'égalité souveraine. Ils ont des droits et des devoirs égaux et sont membres égaux de la communauté juridique,

⁴⁸⁸ Il semble qu'en 1931, les deux faces de la souveraineté étaient appelées indépendance. La doctrine et jurisprudence faisant la différence entre « indépendance interne » et « indépendance externe ».

⁴⁸⁹ *Régime douanier entre l'Allemagne et l'Autriche*, *supra* note 271 à la p. 12.

⁴⁹⁰ Simpson, *Great Powers*, *supra* note 72 à la p. 54.

⁴⁹¹ *Ibid.*

⁴⁹² *Ibid.* à la p. 55.

⁴⁹³ *Ibid.* à la p. 29.

⁴⁹⁴ NU, *Documents*, *supra* note 104 à la p. 3.

⁴⁹⁵ Nommément, les États-Unis d'Amérique, le Royaume-Uni, l'Union des républiques socialistes soviétiques et la Chine.

⁴⁹⁶ NU, *Documents*, *supra* note 104 à la p. 910.

nonobstant les différences d'ordre économique, social, politique ou d'une autre nature [nos soulignements] »⁴⁹⁷.

« Entre États indépendants, le respect de la souveraineté territoriale est l'une des bases essentielles des rapports internationaux. »⁴⁹⁸ Le corollaire de l'égalité existentielle est la norme de non-intervention⁴⁹⁹ et le droit de choisir la forme de gouvernement sans interférence extérieure. La C.I.J. déclare que le principe de non-intervention « interdit à tout État ou groupe d'États d'intervenir directement ou indirectement dans les affaires intérieures ou extérieures d'un autre État »⁵⁰⁰. L'égalité existentielle est donc primordiale à un cadre international pluraliste. Elle est le fondement d'une conception pluraliste de l'ordre juridique international⁵⁰¹.

Tous sont naturellement et juridiquement égaux au point de vue du droit absolu, mais tous ne sont pas également puissants, également influents par leur civilisation, également redoutables par leurs forces militaires. Cette inégalité effective, il ne faut espérer ni même souhaiter qu'elle disparaisse; car elle est la conséquence naturelle de la personnalité et de la liberté des États, et la supprimer serait de supprimer leur indépendance.⁵⁰²

La présence d'États différents factuellement rend possible une scène internationale pluraliste et l'égalité existentielle est une protection de ce pluralisme. « Dans le contexte international, souveraineté et pluralité vont ainsi de pair. »⁵⁰³ Le pluralisme dans le système international résulte de la diversité des États⁵⁰⁴, diversité protégée par l'égalité existentielle.

Section II. La tension entre les Grandes Puissances et l'égalité existentielle

⁴⁹⁷ *Résolution 2625*, *supra* note 113.

⁴⁹⁸ *Affaire du Déroit de Corfou*, [1949] C.I.J. rec. 4 à la p. 35.

⁴⁹⁹ *Nicaragua*, *supra* note 181 à la p. 106; *Charte des Nations Unies*, *supra* note 13, art. 2(7).

⁵⁰⁰ *Ibid.* à la p. 108.

⁵⁰¹ Simpson, *Great Powers*, *supra* note 72 à la p. 53.

⁵⁰² Piédelièvre, *supra* note 84 à la p. 244.

⁵⁰³ Kohen, *supra* note 12 à la p. 400.

⁵⁰⁴ Simpson, *Great Powers*, *supra* note 72 à la p. 29.

La tension entre l'égalité existentielle et les GP est néanmoins vive puisque ces dernières prônent un ordre juridique international anti-pluraliste. L'égalité existentielle, à l'instar des dimensions formelle et législative de l'égalité souveraine, souffre d'un relativisme. Les fondements de l'ordre juridique international remettent en question le pluralisme absolu puisque les caractéristiques requises pour qu'un État entre dans la communauté internationale sont assujetties à certaines exigences des GP (sous-section 1). Ensuite, une fois entré dans le club des États et afin qu'un État y demeure, les GP tentent de contrôler certaines composantes de la souveraineté par le droit administratif des OIG (sous-section 2). Bref, le pluralisme absolu est battu en brèche puisqu'il y a toujours des exigences minimales de ressemblances entre les États, et ce, depuis les débuts du droit international.

1. Les fondements de l'ordre juridique international

Le droit international ne s'est pas exclusivement préoccupé des relations entre les États mais, plutôt des relations entre les civilisations et les peuples⁵⁰⁵. Le droit s'intéressait particulièrement aux relations de domination⁵⁰⁶. Ceci découle des circonstances entourant la naissance du droit international vers la fin du XVI^e siècle. Dès cette époque, le droit international visait à régir les relations de colonisation et entre les Puissances coloniales⁵⁰⁷. Ainsi, le droit international, qui a si souvent facilité la réalisation des objectifs des GP, est fondamentalement anti-pluraliste puisqu'il vise une transformation des civilisations (sous-section A).

⁵⁰⁵ Obiora Chinedu Okafor, « Newness, Imperialism, and International Legal Reform in Our Time: A Twail Perspective » (2005) 43 *Osgoode Hall L.J.* 171 à la p. 177.

⁵⁰⁶ James Crawford, « Foreword » dans Anghie, *Imperialism, Sovereignty*, *supra* note 33, xi à la p. xi.; Antony Anghie, « Time Present and Time Past: Globalization, International Financial Institutions, and the Third World » (2000) 32 *N.Y.U.J. Int'l L & Pol.* 243 [Anghie, « Time Present »].

⁵⁰⁷ Arbour, *supra* note 14 à la p. 8 : « Entre 1485 et 1550, Portugais, Espagnols, Français, Hollandais et Anglais naviguent sur toutes les mers du monde, effectuent des prises de possession symbolique, établissent des comptoirs commerciaux, font la guerre, fondent des colonies, occupent l'espace. »

L'utilisation d'idéaux universalistes ne furent jamais abandonnée, peu importe la forme qu'ils ont pris⁵⁰⁸ (sous-section B).

A. Le caractère anti-pluraliste du droit international

Le système international est empreint d'un pluralisme relatif qui consiste en l'acceptation des différences de l'autre tout en maintenant des exigences minimales de ressemblances. Historiquement, dès le XVI^e siècle, le droit international faisait la différence entre les États « civilisés », « quasi-civilisés » et les « barbares ». La notion de « civilisation » créait une homogénéité entre les États européens. La conquête coloniale du XIX^e siècle appartient à une logique de transformation des rapports de force entre les États européens et les autres États⁵⁰⁹.

Les internationalistes du XIX^{ème} siècle avaient échoué à offrir un cadre solide de droit public aux relations entre États, non pas en raison de leurs convictions libérales, mais parce qu'ils s'étaient justement trop éloignés de ces convictions, parce que leur procéduralisme et leur formalisme étaient fondés sur une notion de souveraineté étatique qui, en vérité, laissait les États libres de suivre leurs idées politiques, c'est-à-dire leurs valeurs objectives.⁵¹⁰

À cette époque, une évolution égalitariste des statuts juridiques⁵¹¹ des États européens se forme « tandis que le monde colonial recrée les hiérarchies de conditions abolies en Europe »⁵¹². Une expression de la puissance européenne à l'interne se créait en même temps qu'une régression du monde colonial. « Plus l'Europe se démocratise plus le monde colonial s'aristocratise. La personnalité des lois censée reconnaître la diversité des cultures construit un système politique régi par la différence. »⁵¹³ Or, le droit international était et « est toujours simultanément et indissociablement la forme juridique dans laquelle se déposent les promesses

⁵⁰⁸ Anghie, *Imperialism, Sovereignty*, supra note 33; Okafor, supra note 505 à la p. 177.

⁵⁰⁹ Mikhail Xifaras, « Commentaire » dans Emmanuelle Jouannet et Hélène Ruiz Fabri, dir., *Impérialisme et droit international en Europe et aux États-Unis*, Paris, Société de législation comparée, 2007, 183.

⁵¹⁰ Koskenniemi, *La politique*, supra note 11 à la p. 55.

⁵¹¹ Supra au c. préliminaire, section I, sous-section 3.

⁵¹² Henry Laurens, « Cours : 4 leçons sur l'impérialisme dans l'histoire à l'Université Senghor d'Alexandrie » dans *Histoire contemporaine du monde arabe*, en ligne : Collège de France <http://www.college-de-france.fr/media/pub_tra/UPL49845_annuaire_06_07_partie3.pdf>.

⁵¹³ *Ibid.*

d'une unification politique de l'humanité et celle de la plus infinie et la plus violente des conquêtes, puisqu'elle a pour objet les termes mêmes dans lesquels se dit l'identité des conquis »⁵¹⁴.

La souveraineté est donc conçue avec les idées européennes d'ordre social, d'organisation politique, de progrès et de développement⁵¹⁵. Pashukanis est d'avis que « those nations which have not developed capitalist civilization and which engage in international intercourse [are] not [considered] as subjects, but as objects of the imperialist states' colonial policy »⁵¹⁶. L'impérialisme peut être défini de façon très large ou très étroite - par la domination, à travers l'histoire, des petits États par des États plus puissants ou par la politique menée par les GP dans le dernier tiers du XIX^e siècle, en subordonnant formellement le reste de la planète à leur domination.⁵¹⁷ Ainsi, si les colonies sont devenues des sujets du droit international, c'était dans le but de céder leur souveraineté aux GP⁵¹⁸. « Alienation is thus inscribed at the very heart of international law. »⁵¹⁹ Le colonialisme⁵²⁰ est donc une forme structurelle du droit international mise en place afin d'adopter des normes commerciales internationales entre des entités inégales factuellement. Ces normes sont imposées par une coercition⁵²¹. Cette coercition est la conséquence de l'inégalité factuelle des États, mais n'est pas limitée à une violence physique. «

⁵¹⁴ Mikhail Xifaras, *supra note 509* dans Jouannet et Ruiz Fabri, *supra note 509*, 183 : « la justification du droit international doit prendre en charge la signification historique du droit international pour les peuples non occidentaux et ne saurait se contenter d'affirmer sa légitimité par le constat de sa conformité à des principes qui trouvent leur origine dans la pensée occidentale. »

⁵¹⁵ Anghie, *Imperialism, Sovereignty*, *supra note 33* à la p. 103.

⁵¹⁶ Pashukanis, « International Law », *supra note 51* à la p. 178.

⁵¹⁷ Alex Callinicos, « Marxism and Imperialism Today », dans Alex Callinico *et al.*, dir., *Marxism and the New Imperialism*, Londres, Bookmarks, 1994 à la p. 14.

⁵¹⁸ Anghie, *Imperialism, Sovereignty*, *supra note 33* à la p. 105; Chimni, *supra note 357* à la p. 501.

⁵¹⁹ Chimni, *ibid.* à la p. 503.

⁵²⁰ Faisant une distinction entre le colonialisme et l'impérialisme, Anghie, *Imperialism, Sovereignty*, *supra note 33* à la p. 273, n. 2 est d'avis que le colonialisme est une forme de pouvoir plus limitée que l'impérialisme, puisqu'il inclut une conquête, une occupation et le contrôle d'une nation, alors que l'impérialisme suggère un spectre plus large de pratiques « including those by which a great power in essence governs the world according to its own vision, using a variety of means that may or may not include actual conquest or settlement ».

⁵²¹ Miéville, *supra note 21* à la p. 178.

Rather, it presents its violence in terms of an overarching narrative. »⁵²² Cette inégalité factuelle force l'adoption de normes internationales dont le contenu est particulièrement déséquilibré entre les GP et les autres États.

Les débuts de la discipline du droit international dès le XVI^e, en raison de la relation entre le droit international public et le colonialisme, explique les inégalités intrinsèques au droit international tel qu'on le connaît aujourd'hui⁵²³. Au fil du temps, les transformations de la notion de souveraineté et les étapes franchies reflètent les inégalités et les injustices qui se sont posées dès le moment de son élaboration. « Colonialism was not an example of the application of sovereignty; rather, sovereignty was constituted through colonialism. »⁵²⁴ Le temps masque les inégalités mais ne les efface pas : la transformation de la notion centrale de la souveraineté étatique incorpore les acquis de la confrontation coloniale. Suite à ces acquis, afin de contrôler les États colonisés, la notion de souveraineté leur devient inaccessible. En effet, tant et aussi longtemps que les territoires coloniaux ne deviennent pas des États souverains, les puissances coloniales gardent le contrôle de ces territoires. Or, pour prolonger la mainmise des puissances européennes sur les territoires coloniaux dans le temps, la notion de souveraineté fut transformée.

Ces inégalités juridiques se trouvent toujours dans le droit international: « the legal contents of colonialism vary widely: the form persists »⁵²⁵.

International society socializes powerful states, and to the extent that they regard certain forms of international politics as 'normal', their policies will not be ones of choice in an instrumental sense. Thus, in many instances, compliance with international law, too, will be due to an internalization of the norms rather than a rational calculus.⁵²⁶

Il y a une internalisation des normes et des « façon d'être ». De cette manière, les États, malgré leurs différences à la longue se ressemblent sur certains points. « It is

⁵²² Anghie, *Imperialism, Sovereignty*, *supra* note 33 à la p. 317.

⁵²³ *Ibid.* à la p. 39.

⁵²⁴ *Ibid.* à la p. 38 qui cite Edward Said, *Culture and Imperialism*, New York, Knopf, 1993 à la p. 66: « imperial concerns as constitutively significant to the culture of the modern West ».

⁵²⁵ Miéville, *supra* note 21 à la p. 178.

⁵²⁶ Krisch, *supra* note 6 à la p. 374.

at the very triumph of equality, when radical concept so subversive to the feudal inter-polity order becomes normalised, naturalised and universalised, as half of a dyad with sovereignty, that ongoing political depredations of the system become *invisible* to international law, and are impervious to its analysis. »⁵²⁷ Ainsi, il y a une internalisation des normes internationales et en raison de l'égalité souveraine, les inégalités juridiques deviennent invisibles puisqu'elles sont intrinsèques au système juridique international. Le droit international public ne s'est pas adapté de façon importante pour faire face aux différentes situations historiques. Les événements historiques ont été plutôt redéfinis dans un cadre juridique presque statique. Or, il y a une forme de stagnation du droit international lorsque les intérêts des GP ne sont pas en jeu⁵²⁸.

B. L'application universelle du droit international

Le droit international régit des États différents de la même façon par l'application de son caractère universel. Adopté par des puissances européennes et tel que conçu par la doctrine jusnaturaliste⁵²⁹, le droit international contient un paradoxe fondamental⁵³⁰. Étant un produit de la pensée européenne donc, nécessairement, d'une vision géographiquement limitée, le droit international a été conçu par ses fondateurs comme un droit abstrait, neutre, universellement applicable à tous les peuples de la planète. En même temps, ce droit régional européen faisait fi des différents systèmes juridiques des États non-européens⁵³¹. Il y a donc une imposition de cet ordre juridique régional par les GP.

⁵²⁷ Miéville, *supra* note 21 à la p. 194.

⁵²⁸ Mohammed Bedjaoui, « General Introduction » dans Bedjaoui, *supra* note 270, 1 à la p. 7 cité dans Anghie, *Imperialism, Sovereignty*, *supra* note 33 à la p. 4 : « The New World was to be Europeanized and evangelized, which meant that the system of European international law did not change fundamentally as a result of its geographic extension to continents other than Europe. »

⁵²⁹ Notamment, Grotius, Pufendorf et Vattel.

⁵³⁰ Jouannet, « Universalism », *supra* note 339 aux pp. 380-381.

⁵³¹ *Ibid.*

« It is simply and massively asserted that only practice of European states was decisive and could create international law. »⁵³² Selon les auteurs du XIXe siècle, le droit international est une science⁵³³ qui déduit, par observation, les normes de droit et les classifie entre elles⁵³⁴. L'ordre entre les normes, et plus fondamentalement entre les États, est important. Comme l'explique Byenkershoek, seule la pratique des États européens était valable pour la formation de normes coutumières internationales : « the law of nations is that which is observed, in accordance with the light of reason, between nations, if not among all, *at least certainly among the greater part, and those the most civilized* »⁵³⁵. Les États dits barbares « presented at all times as an obstacle to the immediate application of international law, but the fact remains that, in principle, the highly formalistic and egalitarian character of this law was intended for universal application »⁵³⁶. Le caractère universel du droit international représentait une de ses plus grandes forces mais permettait, en même temps, la réalisation des ambitions européennes quant aux désirs impérialistes et à la domination des colonies⁵³⁷. Cet universalisme masque la soumission de l'ordre international à une conception singulière d'un ordre international économique et juridique⁵³⁸. « The basic paradox within international law meant that it could combine a universalist façade with discriminatory and imperialistic practices »⁵³⁹.

Ces pratiques discriminatoires sont dénoncées en 1997, à l'Université de Harvard, dans une conférence de certains chercheurs qui se disent de l'école des « Third

⁵³² Anghie, *Imperialism, Sovereignty*, *supra* note 33 à la p. 54.

⁵³³ Voir, John Westlake, *Chapters on the Principles of International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1894 et Lassa Oppenheim, « The Science of International Law : Its Task and Method » (1908) 2 A.J.I.L. 313 pour qui le droit international est une science et la méthode scientifique est privilégiée avec ses exigences de rigueur, de concision et de précision.

⁵³⁴ Thomas Lawrence, *The Principles of International Law*, Boston, D.C. Heath, 1895 à la p. 1.

⁵³⁵ Le propos de Byenkershoek est tel que reproduit dans Anghie, *Imperialism, Sovereignty*, *supra* note 33 à la p. 53. Martti Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations. The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, New York, Cambridge University Press, 2002.

⁵³⁶ Jouannet, « Universalism », *supra* note 339 aux pp. 380-381.

⁵³⁷ Crawford, *supra* note 506 dans Anghie, *Imperialism, Sovereignty*, *supra* note 33, xi à la p. xi.

⁵³⁸ Jouannet, « Universalism », *supra* note 339 à la p. 382.

⁵³⁹ *Ibid.* à la p. 382.

World Approaches to International Law ». Cette conférence avait pour but de « regrouper les chercheurs concernés par les défis et les opportunités auxquels est actuellement confronté le Tiers-monde et [de] dénoncer une doctrine dominante qui [...] participe à légitimer un processus global de marginalisation des peuples du Tiers-monde »⁵⁴⁰. Les auteurs de TWAIL⁵⁴¹ s'entendent généralement pour dire que

International law that was shaped in the colonial era was not a neutral discipline but an instrument of naked power, skillfully dressed up so as to hide its objective of controlling the colonized world for the benefit of the colonial powers [and that] [...] [t]hrough the projection of power may be the object of the law [that is, international law], hiding such projection is a necessary one as it would otherwise provoke dissent and contempt for the rules so fashioned.⁵⁴²

D'ailleurs, alors que l'ordre juridique international se prétendait universel, le droit international représentait, en réalité, la traduction concrète d'un impérialisme territorial et colonial, qui, *de jure*, établissait une discrimination entre États⁵⁴³. Le droit international, en se proclamant universel, s'applique à tous, bien qu'il établisse une différence entre les États « civilisés » et « non-civilisés ». Selon Koskenniemi, les GP déguisent des ambitions impérialistes en proclamant haut et fort un universalisme⁵⁴⁴. Les normes internationales dans des domaines importants comme le droit d'acquisition territoriale, la responsabilité étatique et la succession étatique, ont été forgées par les nécessités du colonialisme⁵⁴⁵. S'il y a une discrimination, c'est parce qu'il n'y avait pas de caractéristiques communes. Au contraire, il y a une différence culturelle, sociale, gouvernementale etc. entre les puissances européennes et les peuples colonisés et c'est sur la base de ces différences que l'on édicte des normes juridiques. Ces discriminations *de jure*

⁵⁴⁰ Martin Gallié, « Introduction aux Third World Approaches to International Law » (2008) 39 *Études internationales* 17 à la p. 17.

⁵⁴¹ Pour les différences entre les approches tiers-mondistes, voir Rémi Bachand, « La critique en droit international : Réflexions autour des livres de Koskenniemi, Anghie et Miéville » (2006) 19 *R.Q.D.I.* 1 aux pp. 19-20.

⁵⁴² Muthucumaraswamy Sornarajah, «The Asian Perspective to International Law in the Age of Globalization » (2001) 5 *S.J.I.C.L.* 284 à la p. 285

⁵⁴³ Jouannet, « Universalism », *supra* note 339 à la p. 382.

⁵⁴⁴ Koskenniemi, *La politique*, *supra* note 11 à la p. 291.

⁵⁴⁵ Chimni, *supra* note 357 à la p. 501; Anghie, *Imperialism, Sovereignty*, *supra* note 33 aux pp. 98-99 et 209-210. Pour une critique des travaux de Chimni, voir Miéville, *supra* note 21 aux pp. 64 et s.

démontrent la non-universalité du droit international et que le pluralisme relatif est au cœur des normes internationales, et ce, jusqu'à l'ère des NU qui changea la donne partiellement.

2. Les modifications de l'ordre interne

La transformation des territoires coloniaux en États souverains est un élément central de la prétention du caractère universel du droit international car toutes les sociétés, qu'elles soient européennes ou non-européennes, y participent sur un pied d'égalité comme États souverains. Le droit international transforme les petites puissances afin qu'elles deviennent des membres souverains (A). Les institutions internationales, entre autres, ont joué un rôle majeur dans ce processus d'intégration dans le système international et ont amené les peuples colonisés vers la souveraineté⁵⁴⁶ (B).

A. La souveraineté : une faculté

« The careful use of the 'rhetoric of international law',⁵⁴⁷ illustrates that international law can serve an ideologically legitimating function. »⁵⁴⁸ Pour pouvoir créer des normes internationales, et plus largement afin de participer dans l'ordre juridique international, à l'époque du colonialisme, les petits États devaient devenir souverains. Pour avoir la souveraineté, ils doivent être ou plutôt devenir « civilisés ». Gramsci expliquait que « [i]f every State tends to create and maintain a certain type of civilization and of citizen (and hence of collective life and individual relations), and to eliminate certain customs and attitudes and to disseminate others, then the Law will be its instrument for this purpose »⁵⁴⁹. Or, le droit crée une homogénéité et stabilisation sociale en régissant certaines

⁵⁴⁶ Anghie, *Imperialism, Sovereignty*, *supra* note 33 aux pp. 117-118.

⁵⁴⁷ James V. Feinerman, « Chinese Participation in the International Legal Order : Rogue Elephant or Team Player? » (1995) 141 *China Q.* 186 à la p. 188.

⁵⁴⁸ Miéville, *supra* note 21 aux pp. 80-81.

⁵⁴⁹ Hoare et Nowell-Smith, *supra* note 261 à la p. 246.

caractéristiques ou en éliminant d'autres. Le même raisonnement peut être appliqué sur la scène internationale : par l'utilisation du droit international, les GP imposent certaines conditions aux petits États pour entrer dans la « communauté des nations ». C'est uniquement lorsqu'un État est entré dans ce cercle restreint qu'il pourra tenter de modifier le droit international.

The new states attempted to revise old doctrines to which they were ostensibly bound but which, they believed, were created to further the interests of the Western states and which, furthermore, they had played no role in formulating. In addition, the new states attempted to create new doctrines, or adapt old doctrines, in order to further their own interests. [...] The West responded by attempting to negate these efforts, either by asserting that the new states were violating hallowed and classical principles of international law, or else by themselves formulating new doctrines that were often presented as a firmly established part of international law. Thus the law relating to self-determination, human rights, state responsibility, state succession, acquired rights, sources doctrine and the international law of development, may all be seen as involved, in one way or another in this contest.⁵⁵⁰

Une hiérarchie juridiquement conçue classifiait les États selon des critères comme la culture ou la démocratie au lieu d'une classification par leur pouvoir. Une classification juridique des différences crée l'ostracisme à l'intérieur d'un ordre international qui se veut pluraliste. Les normes régissant les États « non-civilisés » sont discriminatoires et tendent à les modifier. En ce sens, au XIX^e siècle, le droit international, avec sa mission de « civilisation », fait une brèche dans le pluralisme absolu. Le droit international « extends itself horizontally, to encompass the entire globe and, once this is achieved, vertically, within each society, to ensure the emergence of civilized states »⁵⁵¹. Le droit international change les critères caractéristiques de la souveraineté. Il passe d'une méthode d'exclusion du cercle des nations en raison d'un faible pouvoir étatique vers une méthode d'exclusion en raison de différences caractéristiques internes des États. Cette hiérarchie juridique frappe de plein front une égalité existentielle conçue de façon absolue. « These hierarchies offend a principle of existential equality that arises out of a recognition

⁵⁵⁰ Anghie, *Imperialism, Sovereignty*, supra note 33 à la p. 198.

⁵⁵¹ *Ibid.* à la p. 4.

by the international community that an entity is entitled to sovereign statehood and that equality is the immediate product of fully recognised sovereignty. »⁵⁵²

En examinant la question du colonialisme du XIX^e siècle, Schmitt fait un parallèle avec la « disorientation of juridical thinking »⁵⁵³ moderne. La « disorientation of juridical thinking » est le fait qu'il y a une disparité juridique entre les États « civilisés », « quasi-civilisés » et les « barbares ». Par exemple, selon Pillet, l'inégalité doit prévaloir entre les États civilisés et partiellement civilisés⁵⁵⁴. Pour contrer cette disparité juridique, les différences cèdent devant une homogénéité qui se manifeste par l'imposition des critères de la « civilisation » aux États « quasi-civilisés » et « barbares ». « In the course of this dissolution [des différences], the remnant of the recognition of states and governments in international law had to lose not only its substantive significance, but also any reference to a homogeneity among the recognizing and recognized states. »⁵⁵⁵ Or, et c'est ce qui est paradoxal, les petits États doivent se plier aux conditions fixées par le droit international –lire des GP- pour pouvoir devenir souverains et donc accepter une homogénéisation. C'est seulement une fois qu'ils sont devenus souverains qu'ils auront le privilège d'essayer de modifier ce droit et ainsi défaire certaines conditions imposées. Or, il y a une disparition de leurs différences afin de faire parti du club.

Pour entrer dans la communauté internationale, certains États ont dû apporter des changements monumentaux modifiant ainsi leurs caractéristiques sociales, économiques et culturelles⁵⁵⁶. « Nations which newly participate in the existing

⁵⁵² Simpson, *Great Powers*, *supra* note 72 à la p. 54.

⁵⁵³ Schmitt, *The Nomos of the Earth*, *supra* note 25 à la p. 234.

⁵⁵⁴ Tel que cité dans Dickinson, *supra* note 15 à la p. 111.

⁵⁵⁵ Schmitt, *The Nomos of the Earth*, *supra* note 25 à la p. 234.

⁵⁵⁶ René David et Camille Jauffret-Spinozi, *Les grands systèmes de droits contemporains*, 11^e éd., Paris, Dalloz, 2002 à la p. 405: En effet, selon la tradition juridique chinoise, « [i]l faut, dans les rapports sociaux, placer au premier plan l'idée de conciliation, rechercher le *consensus*. Toute condamnation, toute sanction, toute décision de la majorité doivent être évitées. Les contestations doivent être « dissoutes » plutôt que résolues et tranchées, la solution proposée doit être librement acceptée par chacun parce que chacun la considère juste; nul ne doit avoir, de ce fait, le sentiment d'avoir perdu la face ». Aujourd'hui, suite à son entrée à l'OMC, la Chine s'est heurtée à quelques

international legal order, such as Japan and China in the nineteenth century or many Afro-Asian nations after World War II, were actually forced to be subject to that order which was generally discriminatory towards them.»⁵⁵⁷ Une fois que ces États ont effectué des changements, il est difficile de revenir en arrière pour les modifier de nouveau. Ceci s'explique par des considérations pratiques. Entreprendre des réformes internes importantes en un court laps de temps, peut être laborieux et peut provoquer de l'instabilité sur la scène domestique. De plus, puisque ces changements sont des conditions de participation dans l'ordre juridique international, leur maintien est primordial pour conserver cette participation si chèrement acquise. Par exemple, si les obligations sont renfermées dans des traités⁵⁵⁸, en raison de leur inégalité factuelle, « powerless nations are forced to accept treaties which are disadvantageous to them [...]. Once the treaties

différences culturelles juridiques mais s'est finalement résignée, pour la première fois le 27 mai 2002, à demander l'établissement d'un groupe spécial afin de régler un différend, OMC, Organe de règlement des différends, *Etats-Unis – Mesures de sauvegarde définitives à l'importation de certains produits en acier*, OMC Doc. WT/DS252/5 : « Pour régler ce différend, la Chine demande l'établissement d'un groupe spécial, conformément à l'article 6 du Mémoire d'accord, à l'article XXIII du GATT de 1994 et à l'article 14 de l'Accord sur les sauvegardes, au sujet des mesures de sauvegarde définitives susmentionnées imposées par les États Unis à l'importation de certains produits en acier. » Tina Tang, « China's coming of an age at the WTO war », *Forbes* (20 avril 2009). En ligne: [Forbes.com <http://www.forbes.com/2009/04/20/china-wto-trade-markets-economy-law.html>](http://www.forbes.com/2009/04/20/china-wto-trade-markets-economy-law.html).

⁵⁵⁷ Onuma, *supra* note 342 à la p. 116.

⁵⁵⁸ Par exemple, pour une adhésion au sein de l'OMC, OMC, *Rapport du Groupe de travail de l'accession du Viet Nam*, OMC Doc. WT/ACC/VNM/48 au para. 5 (27 octobre 2006) : « Conscient que l'appartenance à l'OMC impliquait à la fois des droits et des obligations, le Viet Nam était déterminé à asseoir sa politique commerciale sur les principes de l'OMC. Il était en train de réviser sa législation pour l'adapter graduellement aux règles et aux principes de l'OMC. »; OMC, *Rapport du Groupe de travail de l'accession du Royaume de l'Arabie Saoudite à l'Organisation mondiale du commerce*, OMC Doc. WT/ACC/SAU/61, au para. 11(1^{er} novembre 2005) : « Dans leurs exposés liminaires, les membres du Groupe de travail se sont félicités que l'Arabie saoudite ait décidé d'accéder à l'OMC et de mettre rapidement en œuvre les Accords de l'OMC en prenant des dispositions institutionnelles dans ce sens, en adoptant les textes de loi et les règlements nécessaires ou en modifiant en conséquence ceux qui existaient déjà. » Quant à l'accession de la Chine à l'OMC, en raison de son statut de GP, le ton est complètement différent, OMC, *Rapport du Groupe de travail de l'accession de la Chine*, OMC Doc. WT/MIN(01)/3 au para. 9 (10 Novembre 2001) : « Certains membres du Groupe de travail ont signalé qu'en raison de la taille considérable de l'économie chinoise, de sa croissance rapide et de son caractère d'économie en transition, il convenait d'adopter une approche pragmatique pour déterminer les besoins de la Chine [...] Prenant note des déclarations qui précèdent, les Membres ont rappelé que tous les engagements pris par la Chine lors de son processus d'accession ne vaudraient que pour la Chine et seraient sans préjudice des droits et obligations actuels des Membres au titre de l'Accord sur l'OMC, des négociations en cours et futures dans le cadre de l'OMC ni d'aucun autre processus d'accession. »

are concluded, it is difficult to denounce them unilaterally because of the legal and political power of the principle ‘*pacta sunt servanda*’ »⁵⁵⁹. « The ugly facts of political coercion are not pathological to law, but intrinsic to it. This means that law, and international law in particular, not only *is* a system predicated on political violence *but is its own ideological obfuscation of that fact.* »⁵⁶⁰

Anghie explique que

colonialism was central to the constitution of international law in that many of the basic doctrine of international law – including, most importantly, sovereign doctrine- were forged out of the attempt to create a legal system that could account for relations between the European and non-European worlds in the colonial confrontation.⁵⁶¹

Il faut garder à l’esprit la différence entre les conditions d’accès à la souveraineté étatique et l’exercice de cette souveraineté. Une fois que les conditions d’accès à la souveraineté étatique sont remplies, les États jouissent de l’égalité souveraine. Or, seules les conditions d’accès à la souveraineté étatique sont subjectivement appliquées et où il y a une forme de contrôle des GP sur les petits États.

B. Les organisations internationales gouvernementales instrumentalisées

« Today, the formalism of international law still subsists, and with it the principle of formal universality (the equal application over the entire planet of the international legal order of European origin, without discrimination between states). »⁵⁶² Mais une discrimination n’est plus nécessaire puisque les colonies sont d’ores et déjà transformées en États souverains selon les exigences historiques européennes. Elles ont « atteint » un minimum de caractéristiques communes avec les autres États afin d’entrer dans la communauté internationale. « We must take cognizance of the forced Westernization of the non-Western world »⁵⁶³. La transformation des territoires coloniaux en États souverains est un élément central

⁵⁵⁹ Onuma, *supra* note 342 à la p. 116.

⁵⁶⁰ Miéville, *supra* note 21 à la p. 194.

⁵⁶¹ Anghie, *Imperialism, Sovereignty*, *supra* note 33 à la p. 3.

⁵⁶² Jouannet, « Universalism », *supra* note 339 à la p. 387.

⁵⁶³ *Ibid.* aux pp. 406-407.

de la prétention suivant laquelle le droit international est désormais véritablement universel car toutes les sociétés, qu'elles soient européennes ou non-européennes, y participent sur un pied d'égalité en tant qu'État souverain. Les institutions internationales ont joué, entre autres, un rôle majeur dans ce processus d'intégration dans le système international et ont aidé les colonies à remplir les conditions de la souveraineté⁵⁶⁴.

Dès l'époque de la SdN, il y a une fusion entre le droit et la technique d'administration des territoires non indépendants⁵⁶⁵. Ce sont les règles administratives des OIG qui dictent le droit et la distinction entre le concept, comme la souveraineté, et la technique perd de sa spécificité et devient quelque peu artificielle. Il y a une distinction entre une « doctrine » et une « technique ». La doctrine réfère à une façon de conceptualiser la souveraineté, alors qu'une technique est un mécanisme développé par le droit international pour rendre le concept, en l'occurrence, la souveraineté, une réalité⁵⁶⁶. « Indeed, in the final analysis, the distinction between the two appears artificial: the elaboration and development of technique enabled the League Lawyers to conceive sovereignty in new ways. »⁵⁶⁷

C'est dans les écrits d'Elihu Root, secrétaire d'État des É.-U. de 1905 à 1909, que l'on trouve la première articulation expresse du projet de transformation de l'ordre interne des colonies pour fins d'harmonisation^{567.1}. Aujourd'hui, ces idées se manifestent dans plusieurs projets de bonne gouvernance et de promotion de la démocratie initiés par les OIG⁵⁶⁸. Ces projets jouent un rôle primordial en droit

⁵⁶⁴ Anghie, *Imperialism, Sovereignty*, *supra* note 33 aux pp. 117-118.

⁵⁶⁵ *Ibid.* à la p. 188.

⁵⁶⁶ *Ibid.* Voir Kolb, *supra* note 186 à la p. 208, qui abonde dans le même sens pour le *jus cogens*.

⁵⁶⁷ Anghie, *ibid.*

^{567.1} Elihu Root, « President McKinley's Instructions to the Commission to the Philippine Islands » dans Cameron Forbes, dir., *The Philippine Islands*, Boston, Houghton Mifflin, 1928; Philip C. Jessup, *Elihu Root*, New York, Dodd, Mead & Co., 1938.

⁵⁶⁸ Nous pouvons citer, par exemple, pour la Banque mondiale, International Bank for Reconstruction and Development, *Development and Human Rights : The Role of the World Bank*,

international⁵⁶⁹. Les idées de Root sont marquées par une ambivalence; d'une part, il répudie le colonialisme et, d'autre part, il insiste sur des modèles particuliers de gouvernement et social qu'il prétend universels. Selon Root, « less enlightened peoples whose systems of government do not comply with the American model must be transformed accordingly »⁵⁷⁰. Il croyait que les principes politiques des E.-U. sont « the immutable laws of justice and humanity »⁵⁷¹. Les GP, incluant les É.-U., établissaient pour des fins d'ordre pratique des OIG pour amener les peuples « non-civilisés » vers la « civilisation ». Pour éviter des disputes entre les GP, provenant notamment de la gestion des colonies⁵⁷², elles mirent l'administration des colonies entre les mains des organisations internationales gouvernementales⁵⁷³.

Washington, D.C., 1998 à la p. 11 : « The World Bank helps its client countries build better governance »; pour l'Organisation mondiale du commerce, OMC, Comité du commerce et de l'environnement, *La relation entre les règles de l'OMC et les AEM dans le cadre d'un système de gouvernance à l'échelle mondiale*, OMC Doc. TN/TE/W/39, 24 mars 2004: « comme l'UE l'a indiqué précédemment, la relation entre les AEM et l'OMC est une question de gouvernance internationale concernant, en particulier, les liens nécessaires entre les organisations et les traités internationaux relatifs au commerce international et à l'environnement. Nous estimons qu'il serait utile de placer le débat sur les AEM et l'OMC dans le cadre d'un système de gouvernance à l'échelle mondiale pour le développement durable. » Tout récemment, Pascal Lamy, « L'émergence d'un nouveau triangle de gouvernance mondiale », l'Université de Warwick (Royaume-Uni), 15 juillet 2009, transcription en ligne : < http://www.wto.org/french/news_f/sppl_f/sppl132_f.htm >: « Je vois émerger un nouveau triangle de gouvernance mondiale que nous devons renforcer. Un 'triangle de cohérence'. Sur un côté du triangle il y a le G20, qui donne le leadership politique et les orientations générales. Sur le deuxième côté il y a les organisations internationales conduites par les Membres qui fournissent le savoir-faire et des contributions spécialisées, qu'il s'agisse de règles, de politiques ou de programmes. Sur le troisième côté du triangle on trouve le G-192, les Nations Unies, qui permettent aux responsables de rendre compte de leur action. » Voir, plus largement, Gary P. Sampson, dir., *The WTO and Global Governance : Future Directions*, New York, United Nations University Press, 2008. L'ONU a également une panoplie de projets de gouvernance, par exemple, pour la Namibie, UN/DESA Division for Public Economics and Public Administration, « Support for good governance », programme en vigueur depuis le 1^{er} novembre 1998; pour le Malawi, UN/DESA Division for Public Economics and Public Administration, « Democracy consolidation programme », programme en vigueur depuis le 1^{er} août 1998; pour la Thaïlande, UN/DESA Division for Public Economics and Public Administration, « Governance for poverty alleviation: strengthening local governments and communities », 1^{er} septembre 1995- 30 juin 1997, en ligne : < http://esa.un.org/techcoop/portfolio_detail.asp?ID=dpepa >.

⁵⁶⁹ Anghie, *Imperialism, Sovereignty*, *supra* note 33 à la p. 284.

⁵⁷⁰ *Ibid.*

⁵⁷¹ Jessup, *supra* note 567.1 à la p. 332.

⁵⁷² Anghie, *Imperialism, Sovereignty*, *supra* note 33.

⁵⁷³ Par exemple, Société des Nations, « Work of the Permanent Mandates Commission » (1926) 10 J.O.S.N. 1306 à la p. 1310: « The Commission would be glad to have full information as to the further changes in the system of native administration which are foreshadowed in the report. The

L'ère de la SdN est marquée par la colonisation et les mandats⁵⁷⁴. Par l'établissement d'un droit administratif aux OIG, les GP ont recours à des règles concrètes, vérifiables et dont le processus est objectif. Par exemple, le transfert de la souveraineté à des non-Européens, tel qu'assumé par le système des mandats de la SdN⁵⁷⁵, a été simultanément et indissociablement lié à la création de nouveaux systèmes de subordination et de contrôle gérés par les institutions internationales⁵⁷⁶. Quand l'assimilation cesse d'être une perspective, on évoque une association de nature paternaliste (mandats de type A, B, C) et ce sont les OIG qui en assureront l'administration. Le contrôle se faisait au travers de la Commission permanente des mandats créée le 29 novembre 1920 par une résolution du Conseil de la SdN⁵⁷⁷. La Commission, mécanisme administratif de supervision du Conseil de la SdN⁵⁷⁸, recevait et examinait les rapports annuels soumis par les mandataires⁵⁷⁹ et donnait « son avis au Conseil sur toutes questions relatives à l'exécution des mandats »⁵⁸⁰. Ainsi, les responsabilités d'administration et de gestion des territoires non indépendants aux fins d'intégration dans le système international sont transférées des GP aux OIG.

Commission will learn with interest of such arrangements as may be made by Government of Tanganyika to assimilate the laws applicable to the Masai tribe in the reserves in Kenya and Tanganyika, in order to bring about greater co-ordination in the administrative policy applicable to the tribe as a whole. »

⁵⁷⁴ *Pacte de la Société des Nations*, *supra* note 85, art. 1, 22.

⁵⁷⁵ Isabelle Duplessis, « Le droit international a-t-il une saveur coloniale? L'héritage des institutions internationales multilatérales » (2008) 42 R.J.T. 311 à la p. 323 [Duplessis, « L'héritage des institutions internationales multilatérales »] : « Au XXe siècle, le projet de créer en Afrique des États souverains a pris son envol à la fin de la Première Guerre mondiale, avec l'établissement d'un système de mandats administrés par la SDN pour les territoires et dépendances des puissances allemandes et ottomanes vaincues. Ce projet est typique de l'ambition des modernes : il s'agit d'amener progressivement, de Genève, des populations non européennes à la civilisation. »

⁵⁷⁶ *Ibid.* à la p. 321 : « Ce sera au tour des organisations internationales, pour ne pas nommer la SDN, de développer des techniques d'administration internationale des territoires non indépendants et des peuples jugés incapables de prendre immédiatement en main leur destin. »

⁵⁷⁷ Ottlik, *supra* note 88 à la p. 429; Anghie, *Imperialism, Sovereignty*, *supra* note 33.

⁵⁷⁸ Wright, *supra* note 89.

⁵⁷⁹ *Pacte de la Société des Nations*, *supra* note 85, art. 22 al. 7.

⁵⁸⁰ *Ibid.*, art. 22 al. 9.

La SdN, « simply by virtue of creating the system with its unique purposes and its reporting and monitoring systems, could begin to conceive of deploying international law in completely new and ambitious ways. The nation-state was not so much created by the mandatories administering their particular territories as imagined [...] [but] by the bureaucrats of the League »⁵⁸¹. Ainsi, l'administration ou les fonctionnaires internationaux avaient un pouvoir de création normatif par le développement de techniques. Une vision pragmatique du droit international des fonctionnaires internationaux a joué un rôle crucial en établissant le système des mandats. Le complexe réseau économique établi par la SdN était maintenu grâce à un système juridique/administratif⁵⁸². « The full realization of the pragmatic, sociological international law comes into being, then, through international institutions that profoundly expand the technologies of international law that are applied uniquely to the mandate territories. »⁵⁸³ Or, les développements résultant du système des mandats ont abouti à une structure qui incorpore les inégalités économiques et sociales⁵⁸⁴ dans un système qui, soi-disant, fournit une égalité politique⁵⁸⁵.

⁵⁸¹ Anghie, *Imperialism, Sovereignty*, *supra* note 33 à la p. 149.

⁵⁸² *Ibid.* à la p. 180: « Pragmatic international law played a crucial role in establishing and sustaining this system. The complex economic network established by the Mandate System was supported and enabled by a comprehensive and flexible legal/administrative system, which corresponded with and undergirded the economics links. »

⁵⁸³ *Ibid.* à la p. 154.

⁵⁸⁴ Chimni, *supra* note 357; Anghie, *ibid.* à la p. 181 qui explique que c'est dans le système des mandats que l'on voit que le droit international développe une panoplie d'institutions et de techniques juridiques afin de régir les questions de gouvernement et de politiques économiques des territoires non indépendants. Commission permanente des mandats, *Minutes de la septième session*, 7^e sess., Doc. SN C.648 M.237 (1925) à la p. 196 : « It must, however, be admitted that these precautions for the welfare and increase of the native population are dictated by utilitarian motive. The natives are regarded as the greatest 'asset' of the country because of their potential value as labourers. The same argument applies to the good treatment and good feeding of a horse or a plough-ox or to the increase of stock. »; *ibid.* à la p. 201 « The law of labor is a law of nature, which no one should be allowed to evade. And if this is true of organised and highly developed societies, the same must be admitted for peoples on the road of civilization and for countries which are on the threshold of development. ». Pour plus d'exemples d'incorporation d'inégalités dans le système des mandats, voir Lord Frederick Lugard, *The Dual Mandate in British Tropical Africa*, Hamden, Archon Books, 1965, dont on peut lire dans l'épilogue : « We develop new territory as Trustees for Civilisation, for the Commerce of the World. »

⁵⁸⁵ Anghie, *Imperialism, Sovereignty*, *supra* note 33 à la p. 182.

Le caractère distinctif de la souveraineté non-européenne permet de soutenir que tous les États souverains ne sont pas juridiquement égaux. Ceci découle du droit international et des institutions, plutôt qu'en contravention du droit international et des institutions multilatérales. En d'autres termes, l'inégalité souveraine existe à cause du droit international et des institutions multilatérales plutôt que contre les « efforts » du droit international à exclure une forme d'inégalités. Peu importe les efforts du droit international à évincer les inégalités juridiques, ces efforts seront vains car les inégalités sont au cœur du système juridique international. « [N]ineteenth-century jurists built racial discrimination into their conceptualization of sovereignty. Similarly, in the inter-war period, conceptualization of sovereignty incorporated economic inequalities within it. »⁵⁸⁶

Les inégalités juridiques sont présentes dans les doctrines comme la souveraineté et dans les techniques des OIG qui les appliquent. Les notions qui fondent le droit international, comme la souveraineté, et les mécanismes institutionnels des OIG, incluent une inégalité. Cette inégalité juridique ne peut donc pas aller contre le droit international, puisqu'elle est intrinsèquement liée à l'évolution et l'aboutissement de la notion de la souveraineté.

D'ailleurs, le même son de cloche se fait entendre aujourd'hui quant aux mécanismes institutionnels d'adhésion des États. Les OIG imposent plusieurs conditions à l'adhésion des États dans l'organisation⁵⁸⁷ ou afin d'avoir une aide financière⁵⁸⁸. « [A]n established institution in international society has used them [les règles et principes de droit international] as useful practical tools »⁵⁸⁹ et leur utilisation demeure contemporaine. Une différence majeure est que l'époque de

⁵⁸⁶ *Ibid.* aux pp. 194-195.

⁵⁸⁷ Par exemple, pour une adhésion au sein de l'OMC : OMC, *Rapport du Groupe de travail de l'accession du Viet Nam*, *supra* note 55; OMC, *Rapport du Groupe de travail de l'accession du Royaume de l'Arabie Saoudite à l'Organisation mondiale du commerce*, *supra* note 558; OMC, *Rapport du Groupe de travail de l'accession de la Chine*, *supra* note 558.

⁵⁸⁸ Par exemple, les institutions financières mondiales (Banque mondiale, FMI) Anghie, *Imperialism, Sovereignty*, *supra* note 33 à la p. 258 : « make the financial assistance they provide to Third World countries conditional upon those countries making profound changes to their economic, political and financial systems. »

⁵⁸⁹ Onuma, *supra* note 342 à la p. 112.

l'ONU fut témoin de la fin du colonialisme tel que véhiculé par la SdN. Toutefois, l'ère des Nations Unies assoit le développement du droit international vers la perpétuation de l'impérialisme⁵⁹⁰.

Section III. L'anti-pluralisme par la théorie de l'exceptionnalisme

Le discours juridique international, sur la forme que doit prendre un gouvernement ou un État, impose des normes « universelles » qui favorisent essentiellement les intérêts européens ou occidentaux. La gouvernance est désormais conçue comme un instrument ouvert aux institutions politiques afin de permettre la poursuite de la mondialisation⁵⁹¹. Historiquement, il a été avantageux pour une GP d'avoir un *corpus juris* afin de réaliser ses intérêts à condition que ce *corpus* lui soit adapté⁵⁹² et désormais la notion de gouvernance prend le relais. « The United States, then, can work most effectively if it transforms the international legal and institutional order in such a manner as to enable the furtherance of its policies. »⁵⁹³ Concrètement, cet objectif pourra être atteint, notamment, grâce aux normes internationales relatives aux droits de l'homme. Ces normes sont considérées comme universellement reconnues et sont utilisées comme base pour la gouvernance contemporaine⁵⁹⁴. Dans cette perspective, nous verrons qu'il existe une distinction factuelle entre les démocraties libérales et les autres États (sous-section 1). Toutefois, ce n'est pas des différences factuelles à elles seules qui créent un anti-pluralisme, c'est plutôt l'ordre juridique international qui impose certaines obligations sur la base de cette différence (sous-section 2).

⁵⁹⁰ Anghie, *Imperialism, Sovereignty*, *supra* note 33 à la p. 11.

⁵⁹¹ Duplessis, « L'héritage des institutions internationales multilatérales », *supra* note 575 à la p. 345 : « L'approche de la bonne gouvernance commande aux États d'instaurer un gouvernement démocratique, responsable, transparent, et apte à accueillir les investisseurs étrangers et les activités des entreprises multinationales sur leur territoire respectif. »

⁵⁹² Detlev F. Vagts, « Hegemonic International Law » (2001) 95 A.J.I.L. 843 à la p. 845.

⁵⁹³ Anghie, *Imperialism, Sovereignty*, *supra* note 33 à la p. 291.

⁵⁹⁴ *Ibid.* aux pp. 253-254

1. Les démocraties libérales : les membres en règles

L'égalité existentielle comprend le droit des États d'organiser leur société sur la base qu'ils désirent. Le nombre d'adeptes de l'idée que seules les démocraties libérales peuvent être des membres en règle des organisations internationales est en ascension « including within institutions of 'mixed' (liberal and non-liberal) membership »⁵⁹⁵. Cette idée touche une composante de l'égalité existentielle : celle du droit au libre choix du système politique des États. L'égalité existentielle garantit le droit à un système politique différent de la majorité des États. Toutefois, cette idée que seules les démocraties libérales peuvent être des membres en règle des OIG, est, selon nous, l'anti-pluraliste et démontre que le système international se dirige vers un rejet de la différence. Dès qu'un État n'est pas une démocratie libérale, il y a une présomption qu'il ne répond pas aux critères des OIG. Un État qui est différent, qui ne correspond pas au « moule » et aux autres, est repoussé⁵⁹⁶. « The most distinctive aspect of liberal international relations theory is that it permits, indeed mandates, a distinction among different types of States based on their domestic political structure and ideology. »⁵⁹⁷ Anne-Marie Slaughter explique que les considérations des États ne sont ni autonomes ni fixes, elles dépendent de l'agrégat des préférences des individus et des groupes domestiques⁵⁹⁸. Ces considérations passent par une idée de l'existence d'une majorité. Cette majorité donne le ton et la direction que les États adoptent⁵⁹⁹. Or, selon l'école néo-libérale⁶⁰⁰, en appliquant la pensée sous-tendant le projet

⁵⁹⁵ José E. Alvarez, « Do Liberal States Behave Better? A Critique of Slaughter's Liberal Theory » (2001) 12 E.J.I.L. 183 à la p. 191.

⁵⁹⁶ Il doit entreprendre une panoplie de réformes et démontrer qu'il remplit toutes les conditions d'adhésion aux OIG pour faire parti du club.

⁵⁹⁷ Anne-Marie Slaughter, « International Law in a World of Liberal States » (1995) 6 E.J.I.L. 503 à la p. 504.

⁵⁹⁸ Alvarez, *supra* note 595 à la p. 184 : « Slaughter argues that state preferences are not fixed or autonomous but are the aggregation of individual and group preferences and that these preferences are the primary determinant of what states do. »

⁵⁹⁹ Slaughter, *supra* note 597 à la p. 504; Alvarez, *supra* note 595 à la p. 184.

⁶⁰⁰ Christian Reus-Smit, « International Law » dans John Baylis et Steve Smith, dir., *The Globalization of World Politics*, 3e éd., New York, Oxford University Press, 2001, 350 à la p. 365: « New Liberals emphasize the domestic origins of states preferences and, in turn, international law.

philosophique de la paix perpétuelle de Kant⁶⁰¹ au droit international, une distinction entre une démocratie libérale et une démocratie non-libérale s'avère cruciale pour le système international⁶⁰². L'idée centrale de cette théorie est que les démocraties libérales respectent le droit international alors que les régimes non-libéraux violent le droit international⁶⁰³. La différence entre les États, sur des bases de différences factuelles ou idéologiques, est une condition *sine qua non* pour l'application de cette théorie. Conséquemment, un jugement sur la base de différences factuelles ou idéologiques d'un État allant à contre-courant de la majorité démontre que le système international rejette la différence et se dirige vers une harmonisation étatique et donc un anti-pluralisme.

Les « plaidoyers en faveur de la solidarité internationale et de l'unification du monde proviennent des nations dominatrices qui peuvent souhaiter contrôler un monde unifié »⁶⁰⁴. Ce contrôle se fait par l'utilisation du droit international. Grigory Tunkin est un des rares auteurs soviétiques qui a écrit sur le droit international⁶⁰⁵. Selon cet auteur, il y a des normes internationales d'application « générale » qui résultent de la coordination de la volonté de tous les États⁶⁰⁶ et des normes internationales d'application « spécifique » qui découlent des États socialistes⁶⁰⁷. Bien que sa théorie ne concerne que les États socialistes de l'époque de la Guerre froide et du monde bipolaire ou deux courants politiques s'affrontent, il est possible d'en tirer un enseignement plus général : les normes dites

Within international law, they stress the need to disaggregate the state to understand transnational legal integration and interaction, and they prioritize international humanitarian law. »

⁶⁰¹ Immanuel Kant, *Vers la paix perpétuelle: Un projet philosophique*, trad. par Max Marcuzzi, Paris, Vrin, 2007.

⁶⁰² Anghie, *Imperialism, Sovereignty*, *supra* note 33 à la p. 296.

⁶⁰³ *Ibid.* *Contra*, Alvarez, *supra* note 595.

⁶⁰⁴ Carl Schmitt, *The Concept of the Political*, Chicago, The University of Chicago Press, 1996 à la p. 54 tel que traduit dans Koskeniemi, *La politique*, *supra* note 11 aux pp. 297-298. Voir Edward H. Carr, *The Twenty-Years' Crisis 1919-1939*, 2^e éd., Londres, Macmillan, 1981 à la p. 86.

⁶⁰⁵ Miéville, *supra* note 21 aux pp. 60 et s.

⁶⁰⁶ Grigory Tunkin, « International Law in the International System » (1975) IV Rec. des Cours 3 à la p. 82: « the result of the co-ordination of the will of all states ».

⁶⁰⁷ Grigory Tunkin, *International Law: A Textbook*, Moscow, Progress Publishers 1986 à la p. 250: « created only in relations between socialist states ».

« spécifiques » sont applicables à tout État qui partage les mêmes caractéristiques. Une forme d'homogénéité est exigée. Toutefois, Tunkin explique que les États qui ont les mêmes caractéristiques forment une sphère normative distincte : ils créent des normes « spécifiques » pour eux. Dans l'ordre juridique international, les normes « spécifiques » sont appliquées à des États qui partagent les mêmes caractéristiques que des États non-visés par lesdites normes « spécifiques ». En d'autres termes, les normes « spécifiques » sont créées pour certains États par d'autres pour qui ces normes sont inapplicables. Ainsi, un régime juridique particulier leur est imposé au moyen de pressions économiques, sociales ou autre, forçant ainsi les États visés à se plier aux demandes d'homogénéisation des GP. Un monde unifié et homogène signifie la fin des différences et donc un anti-pluralisme.

Aujourd'hui, par exemple, lorsqu'un État se distancie par rapport à l'ensemble des États il devient un « rogue state »⁶⁰⁸. Cette qualification découle d'une différence factuelle qui bat en brèche l'égalité existentielle prônée par le système juridique international. « The idea that societies which do not possess certain economic systems and corresponding political institutions should be regarded as outlaws that must be appropriately disciplined and reformed is a very old one. »⁶⁰⁹ Les É.-U. tentent de créer un régime juridique particulier pour les soi-disant « rogue states », comme l'Irak dans les années 2000. Ces États parrainent présumément le terrorisme ou développent des armes de destruction massive⁶¹⁰. Ces États ont été soumis à des sanctions unilatérales et ont aussi été l'objet d'une légitime défense préventive de la part des GP⁶¹¹.

⁶⁰⁸ Anghie, *Imperialism, Sovereignty*, *supra* note 33 à la p. 297.

⁶⁰⁹ *Ibid.* à la p. 269.

⁶¹⁰ Krisch, *supra* note 6 à la p. 387.

⁶¹¹ *Ibid.* Notons qu'une légitime défense préventive est en soi antinomique : pour se défendre, il faut une attaque, alors que la notion de prévention est une méthode anticipatoire et se fait avant une attaque.

Les États doivent tous être subordonnés au droit international, et donc être des membres en règle du système international. Un État différent n'est pas *ipso facto* un membre en violation du droit international, toutefois sa différence est perçue comme une déviation au sein du système international. Conséquemment, un État différent ou un « rogue state » doit être combattu : ce qui constate l'absence d'une égalité existentielle en termes absolus et démontre une tendance à l'anti-pluralisme. Anghie s'exprime en ces termes: « the 'other' ceases to be a threat only once it is transformed into an 'us'. It may maintain its 'difference' only to the extent sanctioned by Western understandings of tolerance and plural identities, all of which have to conform, largely, to the liberal-democratic state »⁶¹². Or, c'est l'application de l'adage « qui n'est pas comme moi est contre moi ». Par exemple, des conclusions explicites quant à une agression (ou des actes d'agression) sont très rares⁶¹³. Seuls les États « in some sense seen as outlaws [...] have been condemned for aggression by both the Security Council and the General Assembly »⁶¹⁴. Quant à l'égalité souveraine face à une situation où il y a agression, la Commission du droit international a « établi le principe de l'inégalité entre l'État agresseur et les autres, et [...] qu'en droit international moderne, un État agresseur n'est plus à considérer sur un plan d'égalité avec les autres »⁶¹⁵.

⁶¹² Anghie, *Imperialism, Sovereignty*, supra note 33 à la p. 298.

⁶¹³ Le CS a qualifié des gestes comme étant des actes d'agression dans les résolutions suivantes : pour Israël, *Résolution 573 (1985)*, Doc. off. CS NU, 2615^e séance, Doc. NU S/RES/573, §1 [les États-unis se sont abstenus de voter], *Résolution 611 (1988)*, Doc. off. CS NU, 2810^e séance, Doc. NU S/RES/611, §1 [les États-unis se sont abstenus de voter]; pour l'Afrique du Sud, *Résolution 387 (1976)*, Doc. off. CS NU, 1906^e séance, Doc. NU S/RES/387, §1; *Résolution 428 (1978)*, Doc. off. CS NU, 2808^e séance, Doc. NU S/RES/428; *Résolution 447 (1979)*, Doc. off. CS NU, 2139^e séance, Doc. NU S/RES/447, §7; *Résolution 454 (1979)*, Doc. off. CS NU, 2170^e séance, Doc. NU S/RES/454, §1; *Résolution 466 (1980)*, Doc. off. CS NU, 2211^e séance, Doc. NU S/RES/466; *Résolution 567 (1985)*, Doc. off. CS NU, 2587^e séance, Doc. NU S/RES/567, §1; *Résolution 568 (1985)*, Doc. off. CS NU, 2599^e séance, Doc. NU S/RES/568, §1; *Résolution 571 (1985)*, Doc. off. CS NU, 2607^e séance, Doc. NU S/RES/571, §3; *Résolution 574 (1985)*, Doc. off. CS NU, 2617^e séance, Doc. NU S/RES/574, §1; *Résolution 577 (1985)*, Doc. off. CS NU, 2631^e séance, Doc. NU S/RES/577, §2; pour la Rhodésie du Sud, *Résolution 326 (1973)*, Doc. off. CS NU, 1691^e séance, Doc. NU S/RES/326; *Résolution 411 (1977)*, Doc. off. CS NU, 2019^e séance, Doc. NU S/RES/411, §2; *Résolution 455 (1979)*, Doc. off. CS NU, 2171^e séance, Doc. NU S/RES/455, §1.

⁶¹⁴ Christine Gray, *International Law and the Use of Force*, 2^e éd., New York, Oxford University Press, 2004 à la p. 21.

⁶¹⁵ Commission du droit international, *Compte rendu analytique de la 853e séance*, supra note 356 au para. 42.

2. La théorie du changement : un momentum pour une mise en œuvre de l'anti-pluralisme

Plusieurs personnes sont convaincues que les événements du 11 septembre 2001 sont un événement marquant l'Histoire et une accélération de la tendance anti-pluraliste. Falk⁶¹⁶, par exemple, croit fermement que la menace du terrorisme, représenté par ces événements, est une notion significativement nouvelle pour justifier certaines réformes fondamentales en droit international⁶¹⁷. L'affirmation largement acceptée que le type de terrorisme, représenté par les attaques de 2001, est significativement « nouveau » pour rompre l'Histoire et inaugurer une nouvelle époque, est la principale justification de la transformation de l'ordre normatif international telle que proposée par certaines GP⁶¹⁸. Ces événements sont la clé justifiant la nécessité d'effectuer des changements par un grand nombre d'États. Tout en se distanciant des réactions hystériques « post-9/11 » sur le terrorisme qui bafouent l'« irreducible core of the rule of law », Thomas Franck déclare que tous les « adjustments in applicable domestic and international law [relating to the combating of the al-Qaeda threat] must begin with the assumption that terrorism, as currently practiced, does constitute a new phenomenon: one to which traditional constitutional and international legal constraints may not be wholly responsive »⁶¹⁹.

Dans la même veine, la possibilité de l'utilisation de la torture et du meurtre par les GP dans le but de combattre le terrorisme est presque entièrement fondée sur « this newness justification-which is that the globe now confronts a threat that is so

⁶¹⁶ Richard A. Falk, *The Great Terror War*, New York, Olive Branch Press, 2003; Richard A. Falk, « Rediscovering International Law after September 11th » (2002) 16 *Temp. Int'l & Comp. L.J.* 359.

⁶¹⁷ Okafor, *supra* note 505 à la p. 505.

⁶¹⁸ Thomas Franck, « Criminals, Combatants, or What? An Examination of the Role of Law in Responding to the Threat of Terror » (2004) 98 *A.J.I.L.* 686 à la p. 688.

⁶¹⁹ *Ibid.*.

significantly new that these otherwise abhorrent "tools" should now be made available to the security establishments of states that face terrorist threats »⁶²⁰. Or, les GP modifient l'ordre juridique international en effectuant une cassure avec l'ancien régime en utilisant un mythe de nouvelle ère pour justifier son renversement. Puisqu'une nouveauté est présente selon les GP, il est possible et justifiable de modifier les règles du jeu. Les actes qui étaient illégaux sous l'ancien ordre juridique sont désormais justifiés sous l'angle de la « nécessité » et de l'urgence en raison d'une situation d'exception qui exige des mesures exceptionnelles. Ainsi, les GP modifient l'ordre juridique international et renversent les anciennes normes⁶²¹. Les historiens nous ont pourtant mis en garde contre ce genre de manipulation idéologique⁶²².

Le principe de la réciprocité est une des bases du système juridique international et prône une interdépendance des obligations des États⁶²³. Les obligations sont réciproques si leur création, exécution ou conclusion, dépendent de l'existence d'une autre obligation pour un autre État⁶²⁴. En principe, les activités et les revendications des GP sont tempérées par le fait que d'autres États peuvent s'engager dans les mêmes activités et faire les mêmes demandes sur une base

⁶²⁰ Okafor, *supra* note 505 à la p. 181.

⁶²¹ Par exemple, la découverte de l'Amérique fut une « nouveauté », qui à l'époque justifiait certains bouleversements normatifs, mais les bases du système juridique international ont, dans les grandes lignes, résisté aux velléités des GP de l'époque, Mohammed Bedjaoui, « General Introduction » dans Bedjaoui, *supra* note 270, 1 à la p. 7 cité dans Anghie, *Imperialism, Sovereignty, ibid.* à la p. 4 : « the system of European international law did not change fundamentally as a result of its geographic extension to continents other than Europe. » Voir, Anghie, *Imperialism, Sovereignty, supra* note 33 aux pp. 13-28; Antony Anghie, « Francisco de Vittoria and the Colonial Origins of International Law » (1996) 5 Soc. & Legal Stud. 321; Anghie, « Time Present », *supra* note 506; Antony Anghie, « The War on Terror and Iraq in Historical Perspective » (2005) 43 Osgoode Hall L.J. 45.

⁶²² Joanne Meyerowitz, dir., *History and September 11th*, Philadelphia, Temple University Press, 2003 à la p. 1 : « history never rips in two. 'Before' and 'after' are never entirely severed, even in the moments of greatest historical rupture. In fact, historians devote entire careers to placing the seemingly new in historical contexts ».

⁶²³ Michel Virally, « Le principe de réciprocité dans le droit international contemporain » (1967) 122 :3 R.C.A.D.I. 1.

⁶²⁴ René Provost, *International Human Rights and Humanitarian Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002 à la p. 121.

réci-proque⁶²⁵. Toutefois, la doctrine de la légitime défense dans le contexte de la guerre au terrorisme « suggests that it is only certain states, powerful states that would enjoy such a right »⁶²⁶. Or, le principe de la réciprocité ne s'applique pas aux États délinquants, « régimes non-libéraux », aux « rogue states » ou aux « États ennemis » en raison de l'application d'un régime particulier qui leur est appliqué. Ce régime juridique particulier s'appuie sur la théorie de l'exceptionnalisme. « Here, as elsewhere, we see the USA claiming rights for itself that it is unwilling to see exercise by others. »⁶²⁷

« L'un des aspect les plus frappants de la condamnation mondiale de la « guerre » menée par les Américains « contre le terrorisme » est précisément le recours au droit. »⁶²⁸ Ainsi, les GP jouent à un jeu fort dangereux : elles invoquent le droit international lorsque la règle normative convient à leurs intérêts nationaux et la rejettent lorsqu'elle s'en distancie. Pourtant, « les deux côtés de l'Atlantique partagent l'idée que le droit international est distinct du pouvoir, et qu'il faut, précisément pour cette raison, soit le respecter, soit le rejeter »⁶²⁹. Toutefois, Koskenniemi, un auteur contemporain qui déconstruit le discours, la pratique et la compréhension du droit international, décrit le droit international comme étant « le processus consistant à exprimer les préférences politiques en revendications juridiques et ne pouvant pas être séparées des conditions de contestations politiques au sein desquelles elles naissent. Au lieu de voir le droit international comme strictement opposé à l'hégémonie, je vais le considérer en tant que

⁶²⁵ Simpson, « The Situation », *supra* note 478 à la p. 447; Jorg Fisch, « The Role of International Law in the Territorial Expansion of Europe, 16th-20th Centuries » (2000) 3 Int'l Center Comp. L. & Pol. Rev. 4 à la p. 12: « Grenada has exactly the same right to intervene in the United States as the United States has to intervene in Grenada ».

⁶²⁶ Anghie, *Imperialism, Sovereignty*, *supra* note 33 à la p. 305.

⁶²⁷ Christine Gray, *supra* à la note 614.

⁶²⁸ Koskenniemi, *La politique*, *supra* note 11 à la p. 319.

⁶²⁹ *Ibid.* à la p. 294.

technique hégémonique »⁶³⁰. En d'autres termes, « those with the power to do so will use the law to serve their own ends »⁶³¹.

C'est ce qui nous permet d'affirmer que « [l]e droit international apparaît comme un moyen de lutte au sein de l'ordre instable qui en est à la fois le lieu et l'enjeu [...]. Loin de s'opposer dans leur principe [...] le droit international associatif et le droit de subordination s'avérant complémentaires et porteurs tous deux des formes de violence »⁶³². Ainsi, la nouveauté et la différence sont deux concepts interliés⁶³³ pour assoir une inégalité existentielle dans l'ordre juridique international particulièrement aujourd'hui.

Conclusion

Suite à l'étude des origines du principe de l'égalité souveraine, nous avons découvert que dès le Congrès de Vienne de 1815, l'idée d'une égalité souveraine émerge en même temps que le système international multilatéral. Toutefois, au lendemain de la Deuxième Guerre mondiale, la première consécration expresse du principe de l'égalité se trouve dans la *Charte des Nations Unies*⁶³⁴. Nous nous sommes penchés sur sa définition dans le cadre des NU afin d'aboutir à la conclusion que l'égalité souveraine comprend trois facettes au plan théorique.

La première facette est l'égalité formelle et veut que les États ont les mêmes droits et obligations dans les conditions fixées par le droit international. Malgré certaines inégalités matérielles et procédurales, il n'en demeure pas moins que les États, ont,

⁶³⁰ *Ibid.*

⁶³¹ Jeffrey Reiman, « The Marxian Critique of Criminal Justice » dans David S. Caudill et Steven Jay Gold, dir., *Radical Philosophy of Law*, New Jersey, Humanities Press, 1995, 111 à la p. 135.

⁶³² Jean Robelin, *La petite fabrique du droit*, Paris, Édition Kimé, 1994 à la p. 159.

⁶³³ Okafor, *supra note* 505 aux pp. 187-188 : « Thus, just as the newness claim has been indispensable to the imperial-type international law reform objectives of the current U.S. regime and some of its allies, newness and difference were pivotal elements in the absurd series of sixteenth and nineteenth century legal maneuvers that ultimately led to foreign Europeans conferring on themselves the international legal right to coercively occupy and govern these lands. »

⁶³⁴ *Charte des Nations Unies*, *supra note* 13, art. 2(1).

en principe, des droits et devoirs égaux. Cette facette de l'égalité souveraine n'est pas absolue; c'est une égalité conditionnée par le droit international. La relativité de cette facette a été démontrée par l'existence de certaines compensations en droit international public. Le système juridique international reconnaît parfois certains droits et obligations à des États plus puissants que les autres, comme dans le cas de la légalisation de l'hégémonie au sein du CS des NU. Cette forme d'inégalité est intégrée au droit international et conforte, encore une fois, le caractère relatif de l'égalité formelle.

L'« égalité législative » consisterait, quant à elle, en la soumission volontaire au droit international et la participation sur un pied d'égalité au processus d'élaboration du droit international. Le volontarisme est, selon la doctrine majoritaire en droit international, à la base de la formation du droit international classique. Nous avons alors examiné plusieurs lieux de formation du droit international pour démontrer la relativisation du principe du volontarisme. Il demeure que certains États sont « plus égaux que d'autres »⁶³⁵ lors de la formation des normes de droit international public. Par exemple, lors de la formation de normes conventionnelles, l'analyse des conséquences sur le plan normatif de la théorie du consentement est un exemple intéressant qui démontre l'assouplissement du volontarisme. Un autre outil à la disposition des GP, afin de modeler le droit international dans le cadre des relations conventionnelles, est celui de la bifurcation de l'ordre juridique international en deux régimes complémentaires, celle des champs généraux et spécifiques des normes juridiques internationales. Ensuite, le rôle de la majorité au sein des OIG a aussi une portée exceptionnelle sur le principe du volontarisme, et la représentation inégale des États au sein des OIG contrecarre une participation, sur un même pied d'égalité, lors de la formation du droit international public. Finalement, dans le cadre de la formation des normes coutumières, les privilèges des GP peuvent être reflétés par

⁶³⁵ Marx, *Kritik des Gothaer Programms*, supra note 73; Engels, *Socialisme utopique et socialisme scientifique*, supra note 73; Sypnowich, *The Concept of Socialist Law*, supra note 73.

la doctrine des « États particulièrement intéressés » : une forme d'inégalité législative lors de la formation de règles coutumières. Bref, à l'instar de l'égalité formelle, les deux dimensions de l'égalité législative sont atteintes d'une relativité.

Tandis que l'égalité législative affecte la face externe, l'égalité existentielle affecte la face interne de la souveraineté. L'« égalité existentielle » est un droit à la différence : les États ont le droit de choisir la manière d'être et d'agir dans le respect du droit international. Or, dans le chapitre troisième, nous avons examiné la question du pluralisme dans l'ordre juridique international. Les caractéristiques requises pour qu'un État devienne un membre en règle de la communauté internationale sont assujetties à certaines exigences des GP. Les fondements de l'ordre juridique international remettent en question le pluralisme absolu puisque les caractéristiques requises pour qu'un État entre dans la communauté internationale sont assujetties à certaines exigences des GP. Une fois entré dans le club des États, les GP tentent de contrôler certaines composantes de la souveraineté par les mécanismes administratifs des OIG. Bref, le pluralisme absolu est battu en brèche puisqu'il y a toujours des exigences minimales de ressemblances entre les États, et ce, depuis le XVI^e siècle. L'anti-pluralisme est le rejet total des différences. Il est l'aboutissement de l'application de la théorie de l'exceptionnalisme. Cette théorie prône une distinction sur des bases factuelles entre les démocraties libérales et les autres États. Toutefois, ce n'est pas l'existence des différences factuelles *per se* qui créent un anti-pluralisme. C'est plutôt que, sur la base de ces différences, l'ordre juridique international impose certaines obligations particulières. En gros, l'égalité existentielle, à l'instar des dimensions formelle et législative de l'égalité souveraine, souffre d'un relativisme.

Bref, notre examen de chacune des facettes du principe de l'égalité souveraine démontre que l'égalité souveraine est une fiction juridique⁶³⁶ et une technique

⁶³⁶ Franck, *Power of Legitimacy*, *supra* note 34 à la p. 114: « In one sense, the entire concept of sovereign equality seems flushed with embarrassing hypocrisy. »

propre au système juridique international contemporain. Comme l'explique Lawrence,

it is impossible to hold any longer the old doctrine of the absolute equality of all independent states before the law. It is dead; and we ought to put in its place the new doctrine that the great powers have by modern international law a primacy among their fellows.⁶³⁷

Or, ce principe est-il un des « points de repères abstraits qui, en réalité, servent uniquement à mettre en route le système »⁶³⁸ juridique international sans utilité pratique? Nous sommes d'avis que cette question doit recevoir une réponse négative. Ce principe limite les aspirations des GP quant aux petits États. « Retirez ce bouclier et le monde international s'organisera rapidement de façon hiérarchique pour répondre aux préférences de ceux qui occupent les positions dominantes. »⁶³⁹ Déjà en 1895, Piédelièvre faisait remarquer que

le régime de la Pentarchie, résultat des traités de 1815 qui prétendaient soumettre les nations européennes au contrôle de cinq grandes Puissances s'érigeant en une sorte de Cour supérieure, tout cela était la négation même des droits souverains de l'État. Néanmoins, la notion de l'État autonome et le principe de l'égalité ont résisté à l'égoïsme des ambitions et aux conflits des intérêts : ils ont toujours reparu plus solides et plus fermes à la sortie des secousses et des tempêtes qu'ils ont traversées.⁶⁴⁰

Ainsi, l'égalité souveraine se pose en adversaire à la consécration juridique des GP et de leurs volontés tous azimuts. Certains comportements des GP qualifiés d'hégémoniques, impérialistes ou discriminatoires pourront être considérés comme une infraction grâce à l'existence du principe d'égalité souveraine⁶⁴¹, sans qu'il soit nécessaire d'avoir recours à d'autres règles de droit international pour les qualifier d'illicites.⁶⁴² Le principe d'égalité souveraine étatique, malmené *de jure*

⁶³⁷ Lawrence, *Essays*, *supra* note 65 à la p. 230 tel que cité dans Hicks, *supra* note 65 aux pp. 547-548.

⁶³⁸ Prost, *supra* note 2 à la p. 656.

⁶³⁹ Koskenniemi, *La politique*, *supra* note 11 à la p. 298; Duplessis, « L'héritage des institutions internationales multilatérales », *supra* note 575 à la p. 336 : « Les États décolonisés s'accrochaient à leur souveraineté de jure qui avait pour mission de les protéger, du moins formellement, contre les interventions extérieures des grandes puissances et l'ingérence des organisations internationales. »

⁶⁴⁰ Piédelièvre, *supra* note 84 à la p. 55.

⁶⁴¹ Franck, *Power of Legitimacy*, *supra* note 34 à la p. 116: « Understandably, as Grotius observed, it is the weaker states which most value the symbols of equality. They need them : to tame the conduct of the more powerful nations ».

⁶⁴² Kohen, *supra* note 12 à la page 402. Dans les affaires portées devant la C.I.J. concernant des mandats d'arrêt ou des procès intentés contre des ministres, le principe de l'égalité souveraine a

et *de facto* au fil du temps, résiste aux volontés impérialistes des GP et nous sommes d'avis qu'il ne faut pas l'abandonner : en tant que principe, il propose une finalité à poursuivre. « Le mythe de l'égalité ne cherche pas à faire disparaître la réalité mais il vise à la transformer. Il renferme une valeur et non des faits. »⁶⁴³

Plus le principe de l'égalité souveraine se distancie des faits internationaux, plus il pose des exigences normatives aux États et devient vulnérable à la critique d'utopisme⁶⁴⁴. Autrement dit, le principe de l'égalité souveraine peut être moins défendable et moins justifiable par rapport à la réalité de la société internationale, mais

plus un argument juridique (principe, norme, doctrine) devient concret, plus il se fonde sur ce qui existe, comme des « faits purs » dans la société internationale, plus il perd, cette fois-ci, sa capacité à s'opposer face au pouvoir effectif et plus il devient une apologie du *statu quo* politique.⁶⁴⁵

Ainsi, le principe de l'égalité des États se présente entre une apologie ou un rapprochement avec la volonté et le comportement des États et une utopie : freinant le pouvoir des GP et se posant comme un idéal à atteindre.

souvent été invoqué. Par exemple, dans son opinion dissidente jointe à l'ordonnance sur les mesures conservatoires en l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, [2000] C.I.J. rec.182 à la p. 216, le juge Rezek affirme : « Indépendamment de la qualité de la personne visée et tout à fait en marge de la question des privilèges dont certains agents de l'État jouissent sur le plan international, c'est bien la première fois aussi que la Cour se voit saisie du problème que soulève un acte de juridiction local censé se fonder sur le seul principe de la justice universelle - sans avoir égard à la territorialité de l'infraction, ni à la défense de biens et de valeurs essentiels de l'État du for, ni à la nationalité de l'agent ou à celle des victimes - et sans que la personne accusée se trouve sur le territoire de l'État du for. *Prirnu fucie*, je considère comme valable la thèse qu'il y a là atteinte à la règle fondamentale de l'égalité souveraine des États ».

⁶⁴³ Duplessis, *La représentation moderne de la souveraineté*, *supra* note 142 à la p. 159.

⁶⁴⁴ Koskeniemi, *La politique*, *supra* note 11 à la p. 58.

⁶⁴⁵ *Ibid.*

Bibliographie

LÉGISLATION :

Charte canadienne des droits et libertés, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11

Constitution de la Fédération de Russie, art. 19

Constitution de la République française, 4 Octobre 1958, art.1[telle que modifié par l'article 1er de la loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003]

Constitution de la République italienne, art. 3

Constitution du Royaume de Suède, art. 9

Loi fondamentale de la République fédérale d'Allemagne, 23 Mai 1949, BGBl. S. 1, [dernier amendement le 28 août 2006, BGBl. I S. 2034], art. 3

U.S. Const. amend. XIV

TRAITÉS :

Accord sur l'Agriculture, Annexe 1 A de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, 15 avril 1994, 1869 R.T.N.U. 426

Accord sur la mise en oeuvre de l'Article VI de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994, Annexe 1 A de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, 15 avril 1994, 1869 R.T.N.U. 426

Accord sur les subventions et les mesures compensatoires, Annexe 1 A de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, 15 avril 1994, 1869 R.T.N.U. 426

Acte final du Congrès de Vienne, 9 juin 1815, en ligne : Université de Perpignan, Matériaux juridiques et politiques, <<http://mjp.univ-perp.fr/traites/1815vienne.htm>>

Agreement on the Association of International Development, 1960, 439 R.T.N.U. 270

Agreement on the International Bank of Reconstruction and Development, 1945, 2 R.T.N.U. 162

Charte des Nations Unies, 26 juin 1945, R.T. Can. 1945 n° 7.

Convention de Vienne sur le droit des traités, 23 mai 1969, (1980) 1155 R.T.N.U. 354; [1980] R.T. Can. n° 37.

Convention de Vienne sur les relations consulaires, 596 R.T.N.U. 261 (entrée en vigueur : 19 mars 1967)

Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, 10 décembre 1982, 1834 U.N.T.S. 3., 21 I.L.M. 1245 (1982)

Convention panaméricaine de Montevideo sur les droits et devoirs des États, 165 R.T.S.N. 26, art. 1 (entrée en vigueur : 26 décembre 1936)

- Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, 9 décembre 1948, 78 R.T.N.U. 277, R.T.Can. 1949 n° 27 (entrée en vigueur : 12 janvier 1951)
- Pacte de la Société des Nations*, partie I du *Traité de paix entre les Puissances Alliées et l'Allemagne*, 28 juin 1919, 112 U.K.F.S. 113; (1919) 13 : Supp. 3 A.J.I.L. 157
- Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 19 décembre 1966, 999 R.T.N.U. 171, R.T. Can. 1976 n° 47
- Protocole de signature facultative à la Convention de Vienne sur les relations consulaires concernant le règlement obligatoire des différends*, 596 R.T.N.U. 487 (entrée en vigueur : 19 mars 1967)
- Statut de la Cour internationale de Justice*, 26 juin 1945, R.T. Can. 1945 n° 7
- Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, A/CONF. 183/9 du 17 juillet 1998 (entrée en vigueur : 1^{er} juillet 2002)
- Traité d'Osnabrück*, 24 octobre 1648, en ligne : Acta Pacis Westphalicae <<http://www.pax-westphalica.de/index.html>>
- Traité de Münster*, 24 octobre 1648, en ligne : Acta Pacis Westphalicae <<http://www.pax-westphalica.de/index.html>>

DOCUMENTS L'ORGANISATION DES NATIONS UNIES :

L'ASSEMBLÉE GÉNÉRALE :

- Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies*, Rés. AG 2625 (XXV), Doc. off. AG NU, 25^e sess., supp. n° 28, Doc. NU A/8082 (1970)
- Déclaration universelle des droits de l'Homme*, Rés. A.G. 217A, Doc. off. AG NU, 3^e sess., supp. n° 13, Doc. NU A/810
- Examen des principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies*, *supra* note 13, Rés. AG 2103 (XX), Doc. off. AG NU, 20^e sess., supp. n° 14, Doc. NU A/6014 (1966) 91

LE CONSEIL DE SÉCURITÉ :

- Résolution 326 (1973)*, Doc. off. CS NU, 1691^e séance, Doc. NU S/RES/326
- Résolution 387 (1976)*, Doc. off. CS NU, 1906^e séance, Doc. NU S/RES/387
- Résolution 411 (1977)*, Doc. off. CS NU, 2019^e séance, Doc. NU S/RES/411
- Résolution 428 (1978)*, Doc. off. CS NU, 2808^e séance, Doc. NU S/RES/428
- Résolution 447 (1979)*, Doc. off. CS NU, 2139^e séance, Doc. NU S/RES/447
- Résolution 454 (1979)*, Doc. off. CS NU, 2170^e séance, Doc. NU S/RES/454
- Résolution 455 (1979)*, Doc. off. CS NU, 2171^e séance, Doc. NU S/RES/455
- Résolution 466 (1980)*, Doc. off. CS NU, 2211^e séance, Doc. NU S/RES/466
- Résolution 567 (1985)*, Doc. off. CS NU, 2587^e séance, Doc. NU S/RES/567

Résolution 568 (1985), Doc. off. CS NU, 2599^e séance, Doc. NU S/RES/568
Résolution 571 (1985), Doc. off. CS NU, 2607^e séance, Doc. NU S/RES/571
Résolution 573 (1985), Doc. off. CS NU, 2615^e séance, Doc. NU S/RES/573
Résolution 574 (1985), Doc. off. CS NU, 2617^e séance, Doc. NU S/RES/574
Résolution 577 (1985), Doc. off. CS NU, 2631^e séance, Doc. NU S/RES/577
Résolution 611 (1988), Doc. off. CS NU, 2810^e séance, Doc. NU S/RES/611

AUTRES :

- NU, « Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Co-operation Among States » (1966) Y.B.U.N. 901
 NU, « Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Co-operation Among States » (1970) Y.B.U.N. 785
 NU, Commission du droit international, *Compte rendu analytique de la 853e séance*, Doc NU A/CN.4/SR.853, 853e séance, dans *Annuaire de la Commission du droit international*, 1966, vol. I(2), 17 mai 1966, au para. 42, en ligne : <http://untreaty.un.org/ilc/documentation/french/a_cn4_sr853.pdf>
 NU, Commission du droit international, *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa trente et unième session (14 mai – 3 août 1979)*, Doc. off. AG NU, 38^e sess., Doc. NU A/34/10 (1979)
 NU, *Documents de la Conférence des Nations Unies sur l'Organisation Internationale*, San Francisco, 1945, t. 4
 NU, *International Law Commission Report* (1966) 2 Y.B.I.L.C. 169
 NU, Secrétaire général, *Renforcer l'ONU : un programme pour aller plus loin dans le changement*, Doc. off. AG NU, 57^e sess., Doc. NU A/57/387 (2002)
 NU, UN/DESA Division for Public Economics and Public Administration, « Support for good governance » (1^{er} novembre 1998)
 NU, UN/DESA Division for Public Economics and Public Administration, « Democracy consolidation programme » (1^{er} août 1998)
 NU, UN/DESA Division for Public Economics and Public Administration, « Governance for poverty alleviation: strengthening local governments and communities » (1^{er} septembre 1995- 30 juin 1997), en ligne : <http://esa.un.org/techcoop/portfolio_detail.asp?ID=dpepa>
 NU, *Documents de la Conférence des Nations Unies sur l'Organisation Internationale*, t. 4, San Francisco, 1945

DOCUMENTS DE LA SOCIÉTÉ DES NATIONS:

- SN, Commission permanente des mandats, *Minutes de la septième session*, 7^e sess., Doc. SN C.648 M.237 (1925)
 SN, « Work of the Permanent Mandates Commission » (1926) 10 J.O.S.N. 1306

DOCUMENTS DE L'ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE:

- OMC, Comité du commerce et de l'environnement, *La relation entre les règles de l'OMC et les AEM dans le cadre d'un système de gouvernance à l'échelle mondiale*, OMC Doc. TN/TE/W/39 (24 mars 2004)
- OMC, *Rapport du Groupe de travail de l'accession de la Chine*, OMC Doc. WT/MIN(01)/3 (10 Novembre 2001)
- OMC, *Rapport du Groupe de travail de l'accession du Royaume de l'Arabie Saoudite à l'Organisation mondiale du commerce*, OMC Doc. WT/ACC/SAU/61 (1^{er} novembre 2005)
- OMC, *Rapport du Groupe de travail de l'accession du Viet Nam*, OMC Doc. WT/ACC/VNM/48 (27 octobre 2006)

JURISPRUDENCE :

TRIBUNAUX INTERNATIONAUX :

- Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, [1986] C.I.J. rec. 1
- Affaire des Essais nucléaires (France c. Australie)*, [1974] C.I.J. rec. 253
- Affaire des pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)*, [1951] C.I.J. rec. 116
- Affaire du « Lotus »* (1927), C.P.J.I. (sér. A) n° 10
- Affaire du Détroit de Corfou*, [1949] C.I.J. rec. 4
- Affaire du vapeur Wimbledon*, (1923), C.P.J.I. (sér. A) n° 1
- Affaire LaGrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique)*, [2001] C.I.J. rec. 466
- Affaire relative à des questions d'interprétation et d'application de la Convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya Arabe Libyenne c. États-Unis d'Amérique)*, [1998] C.I.J. rec. 15
- Affaire relative à la délimitation maritime en mer Noire (Roumanie c. Ukraine)*, Arrêt, C.I.J., 23 février 2009, non-publiée, au para. 111, en ligne : <<http://www.icj-cij.org/>>
- Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, Arrêt, (26 février 2007), C.I.J., en ligne : <<http://www.icj-cij.org>>
- Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. États-Unis d'Amérique)*, [2004] C.I.J. rec. 12
- Barcelona Traction Light and Power Company (Belgique c. Espagne)*, [1970] C.I.J. rec. 3
- Chambre préliminaire I, *The Prosecutor v. Omar Hassan Al Bashir* (« Omar Al Bashir »), ICC-02/05-01/09-3, Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir (4 mars 2009)
- Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, Avis Consultatif, [1971] C.I.J. rec. 16
- Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine (Canada c. États-Unis d'Amérique)*, [1984] C.I.J. rec. 246

- Délimitation maritime dans la région située entre le Groenland et Jan Mayen (Danemark c. Norvège)*, [1993] C.I.J. rec. 67
- Écoles minoritaires en Albanie*, (1935), Avis Consultatif, C.P.J.I. (sér. A/B) n° 64
- Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria)*, [2002] C.I.J. rec. 441
- Île de Palmas (États-Unis d'Amérique c. Pays-Bas)* (1928), 11 R.S.A. 829 (Nations Unies), (Arbitre : Max Hubert)
- L'interprétation des déclarations de l'Algérie du 19 janvier 1981 (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, (1982) Tribunal irano-américain de réclamations, 62 I.L.R. 595
- La Compétence de l'Organisation internationale du Travail dans les questions de travail agricole* (1922), Avis consultatif, C.P.J.I. (sér. B) n° 10
- La Compétence de l'Organisation internationale du Travail pour régler l'accès au travail personnel du patron* (1926), Avis consultatif, C.P.J.I. (sér. B) n° 13
- Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, Avis consultatif, [1996] C.I.J. rec. 226
- Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, [2000] C.I.J. rec. 182
- OMC, Organe de règlement des différends, *États-Unis – Mesures de sauvegarde définitives à l'importation de certains produits en acier*, OMC Doc. WT/DS252/5
- Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne c. Malte)*, [1985] C.I.J. rec. 13
- Plateau continental de la Mer du Nord (République fédérale d'Allemagne c. Danemark ; République fédérale d'Allemagne c. Pays-Bas)*, Arrêt, [1969] C.I.J. rec. 3
- Régime douanier entre l'Allemagne et l'Autriche* (1931), Avis consultatif, C.P.J.I. (sér. A/B) n° 41
- Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, Avis consultatif, [1949] C.I.J. rec. 174
- Sud-Ouest africain, deuxième phase (Éthiopie c. Afrique du Sud; Libéria c. Afrique du Sud)*, [1966] C.I.J. rec. 6
- Texaco-Calasiatic c. Gouvernement libyen*, sentence arbitrale au fond du 19 janvier 1977, (1977) 104 J.D.I. 350 (arbitre : J.-R. Dupuy)

TRIBUNAUX NATIONAUX :

- R. c. Hape*, [2007] 2 R.C.S. 292
- Renvoi relatif au plateau continental de Terre-Neuve*, [1984] 1 S.C.R. 86

DOCTRINE :

MONOGRAPHIES :

- Abi-Saab, Georges. « Permanent Sovereignty over Natural Resources and Economic Activities » dans Bedjaoui, Mohammed. dir., *International Law : Achievements and Prospects*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1991, 597
- Alexandrowicz, Charles H. *The European-African Confrontation: A Study in Treaty Making*, Leiden, Sijthoff, 1973
- Anghie, Antony. *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005
- Apple, Michael W. *Cultural and Economic Reproduction in Education*, London, Routledge & Kegan Paul, 1982
- Arbour, Jean-Maurice. *Droit international public*, 4^e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2002
- Beaulac, Stéphane. *The Power of Language in the Making of International Law. The Word Sovereignty in Bodin and Vattel and the Myth of Westphalia*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2004
- Beetham, David. *The Legitimation of Power*, Londres, Macmillan, 1991
- Beirne, Piers et Sharlet, Robert. dir., *Pashukanis: Selected Writings on Marxism and Law*, Londres, Academic Press, 1980, en ligne : Université de l'Illinois à Urbana-Champaign < <http://home.law.uiuc.edu/~pmaggs/pashukanis.htm> >
- Bodin, Jean. *Les six livres de la République*, Livre premier, Lyon, Jean de Tournes, 1579
- Bonfils, Henry. *Manuel de droit international public (droit des gens) : destiné aux étudiants des Facultés de droit et aux aspirants aux fonctions diplomatiques et consulaires*, 6^e éd., Paris, A. Rousseau, 1912
- Bottomore, Tom B. *A Dictionary of Marxist Thought*, 2e éd., Oxford, Blackwell Publishing, 1991
- Bourgeois, Léon. *Pour la société des nations*, Paris, Eugène Fasquelle, 1910
- Breckenridge, John. « Costa Rica's Challenge to US Restrictions on the Import of Underwear » dans Gallagher, Peter, Low, Patrick, Stoler, Andrew L. dir., *Managing the Challenges of WTO Participation: 45 Case Studies*, Lausanne, OMC, 2005 en ligne : <http://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/casestudies_e/case12_e.htm>
- Broomhall, Bruce. *International Justice and the International Criminal Court : Between Sovereignty and the Rule of Law*, Toronto, Oxford University Press, 2003
- Bull, Hedley. *The Anarchical Society: A Study of Order in World Politics*, London, Macmillan, 1977
- Callinicos, Alex. « Marxism and Imperialism Today », dans Alex Callinico *et al.*, dir., *Marxism and the New Imperialism*, Londres, Bookmarks, 1994
- Carr, Edward H. *The Twenty-Years' Crisis 1919-1939*, 2^e éd., Londres, Macmillan, 1981
- Cheng, Bin. « Introduction to Subjects of International Law » dans Bedjaoui, Mohammed. dir., *International Law : Achievements and Prospects*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1991, 23

- Chomsky, Noam. *Hegemony or Survival: America's Quest for Global Dominance*, 1^{er} éd., New York, Metropolitan Books, 2003
- Cot, Jean-Pierre, Forteau, Mathias et Pellet, Alain. dir., *La Charte des Nations Unies: commentaire article par article*, 3^e éd., Paris, Economica, 2005, 399
- Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 3^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1999
- Danilenko, Gennadiï Mikhaïlovich. *Law-Making in the International Community*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993
- David, René et Jauffret-Spinosi, Camille. *Les grands systèmes de droits contemporains*, 11^e éd., Paris, Dalloz, 2002
- De Visscher, Charles. *Théories et réalités en droit international public*, Paris, Pedone, 1970
- Delcourt, Barbara. « La séduction du concept d'impérialisme libéral auprès des élites européennes : vers une redéfinition de la politique étrangère de l'Union européenne » dans Emmanuelle Jouannet et Hélène Ruiz Fabri, dir., *Impérialisme et droit international en Europe et aux États-Unis*, Paris, Société de législation comparée, 2007, 73
- Diallo, Alassane. *Les Nations Unies face aux nouveaux enjeux de la paix et sécurité internationales*, Paris, L'Harmattan, 2006
- Dickinson, Edwin De Witt. *The Equality of States in International Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1920
- Dixon, Martin. *Textbook on International Law*, London, Blakstone, 1990
- Doyle, Michael W. *Empires*, Ithaca, Cornell University Press, 1986
- Dozer, Donald. *The Monroe Doctrine: Its Modern Significance*, New York, Knopf, 1965
- Duplessis, Isabelle. *La représentation moderne de la souveraineté. Simultanéité de l'idée du droit international et négation de sa normativité*, thèse de doctorat en droit, Université de Montréal, University Microfilms International, 1998
- Dupuis, Charles. *Le principe de l'équilibre et le concert européen de la paix de Westphalie à l'acte l'Algesiras*, Paris, Parrin, 1909
- Dupuy, René-Jean. « État et organisation internationale » dans Dupuy, René-Jean. dir., *Manuel sur les organisations internationales*, 2^e éd., Boston, Martinus Nijhoff, 1998, 13
- Efrain, Athena Debbie. *Breaking the Images and Mirages of the Doctrine of Sovereign Equality in International Governmental Organizations : in Pursuit of Functional and Legitimate Decision-Making*, University Microfilms International, 1998
- Engels, Friedrich. *Socialisme utopique et socialisme scientifique*, Paris, 1880 en ligne : < <http://www.marxists.org/francais/marx/80-utopi/utopi-0.htm>>
- Esposito, Marie-Claude et Azuelos, Martine. *Mondialisation et domination économique : La dynamique anglo-saxonne*, Paris, Economica, 1997
- Falk, Richard A. *The Great Terror War*, New York, Olive Branch Press, 2003
- Fenwick, Charles. *International Law*, 2^e éd., New York, D. Appleton-Century, 1934

- Figgis, John N. *Studies of Political Thought From Gerson to Grotius, 1414-1615*, 2^e éd., Cambridge, 1956
- Franck, Thomas M. *The Power of Legitimacy Among Nations*, New York, Oxford University Press, 1990
- Fuller, Leon. *The Morality of Law*, éd. rev., New Haven, Yale University Press, 1969
- Gilson, Bernard. *The Conceptual System of Sovereign Equality*, Leuven, Peeters, 1984
- Goebel, Julius. *The Equality of States : a Study in the History of Law*, New York, Columbia University Press, 1923
- Gong, Gerrit. *The Standard of 'Civilization' in International Society*, New York, Oxford University Press, 1984
- Grabar, Vladimir E. *The Basis of Equality between States in Modern International Law*, vol. 1, Moscow, Publishing of the Ministry of Foreign Affairs, 1912
- Grant, John P. et Barker, J. Craig. dir., *Parry and Grant Encyclopaedic Dictionary of International Law*, 2e éd., Dobbs Ferry, N.Y., Oceana Publications, 2004
- Gray, Christine. *International Law and the Use of Force*, 2^e éd., New York, Oxford University Press, 2004
- Greenwalt, Kent. *Law and Objectivity*, New York, Oxford University Press, 1992
- Grewe, Wilhelm G. *The Epochs of International Law*, Berlin, Walter de Gruyter, 2000
- Grotius, Hugo. *Le droit de la guerre et de la paix*, t. 2, trad. de Jean Barbeyrac, Caën, Presses de l'Université de Caën, 1724
- Halleck, Henry W. *International Law, or Rules Regulating the Intercourse for States in Peace and War*, New York, Nostrand, 1861
- Henkin, Louis. *International Law: Politics and Values*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1995
- Hoare, Quintin et Nowell-Smith, Geoffrey. *Selections From the Prison Notebooks of Antonio Gramsci*, New York, International Publishers, 1971
- Hobbes, Thomas. *Leviathan*, éd. par John C. A. Gaskin, New York, Oxford University Press, 1998
- Jackson, Robert H. *Quasi-States: Sovereignty, International Relations and the Third World*, Cambridge, Cambridge University Press, 1993
- Jessup, Philip C. *Elihu Root*, New York, Dodd, Mead & Co., 1938
- Jouannet, Emmanuelle. « Universalisme du droit international et impérialisme : le vrai faux paradoxe du droit international ? » dans Emmanuelle Jouannet et Hélène Ruiz Fabri, dir., *Impérialisme et droit international en Europe et aux États-Unis*, Paris, Société de législation comparée, 2007, 15
- Kandiero, Tonia. « Malawi in the Multilateral Trading System » dans Gallagher, Peter, Low, Patrick, Stoler, Andrew L. dir., *Managing the Challenges of WTO Participation: 45 Case Studies*, Lausanne, OMC, 2005 en ligne : <http://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/casestudies_e/case20_e.htm#sector>
- Kant, Immanuel. *Vers la paix perpétuelle: Un projet philosophique*, trad. par Max Marcuzzi, Paris, Vrin, 2007

- Kelsen, Hans. *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962
- Klein, Robert A. *Sovereign Equality Among States: The History of an Idea*, Toronto, University of Toronto Press, 1974
- Kohen, Marcelo G. « Article 2 Paragraphe 1 » dans Jean-Pierre Cot, Mathias Forteau et Alain Pellet, dir., *La Charte des Nations Unies : commentaire article par article*, 3^e éd., Paris, Economica, 2005, 399
- Kolb, Robert. *Théorie du ius cogens international. Essai de relecture du concept*, Genève, Presses Universitaires France, 2001
- Kooijmans, Pieter Hendrik. *The Doctrine of the Legal Equality of States. An Inquiry into the Foundations of International Law*, 1964
- Korowicz, Marc St. *La souveraineté des États et l'avenir du droit international*, Pedone, Paris, 1945
- Koskenniemi, Martti. *From Apology to Utopia; the Structure of International Legal Argument*, Helsinki, Finnish Lawyers' Pub. Co., 1989
- Koskenniemi, Martti. *La politique du droit international*, Paris, Éditions Pedone, 2007
- Koskenniemi, Martti. *The Gentle Civilizer of Nations. The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, New York, Cambridge University Press, 2002
- Lake, David A. *Hierarchy in International Relations*, Ithaca, Cornell University Press, 2009
- Lawrence, Thomas J. *Essays on Some Disputed Questions in Modern International Law*, Cambridge, Deighton, Bell and Co., 1885
- Lawrence, Thomas J. *International Problems and Hague Conferences*, London, Dent, 1908
- Lawrence, Thomas J. *The Principles of International Law*, Boston, D.C. Heath, 1895
- LeFur, Louis. *État fédéral et Confédération d'États*, Paris, Édition Panthéon, 2000
- Lorimer, James. *The Institutes of the Law of Nations: A Treatise Of The Jural Relations Of Separate Political Communities*, Edinburgh, W. Blackwood and sons, 1883-1884
- Lugard, Lord Frederick. *The Dual Mandate in British Tropical Africa*, Hamden, Archon Books, 1965
- Malanczuk, Peter. *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 7^e éd., Londres, Routledge, 1997
- Markus, Joseph. *Grandes puissances, petites nations et le problème de l'organisation internationale*, Neuchâtel, Éditions de la Baconnière, 1947
- Martens, Frédéric de. *Traité de droit international*, vol. 1, Paris, Chevalier-Marescq, 1883-1887
- Merk, Frederick *The Monroe Doctrine and American Expansionism, 1843-1849*, New York, Knopf, 1966
- Meyerowitz, Joanne. dir., *History and September 11th*, Philadelphia, Temple University Press, 2003
- Miévillie, China. *Between Equal Rights: A Marxist Theory of International Law*, Leiden, Brill, 2005

- Murphy, John F. *The United States and the Rule of Law in International Affairs*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, 367 p.
- Ngyuen, Quoc Dinh, Dallier, Patrick et Pellet, Alain. *Droit international public*, 7^e éd., Paris, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 2002
- Nye, Joseph S. *Bound to Lead: The Changing Nature of American Power*, New York, Basic Books, 1990
- Nye, Joseph S. *Soft power: the means to success in world politics*, New York, Public Affairs, 2004
- Nye, Joseph S. *The Paradox of American Power*, New York, Oxford University Press, 2002
- Odhiambo, Walter, Kamau, Paul et McCormick, Dorothy. « Kenya's Participation in the WTO: Lessons Learned » dans Gallagher, Peter, Low, Patrick, Stoler, Andrew L. dir., *Managing the Challenges of WTO Participation: 45 Case Studies*, Lausanne, OMC, 2005 en ligne : <http://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/casestudies_e/case20_e.htm#sector>
- Oppenheim, Lassa. *International Law : A Treatise*, 7^e éd., London, Longmans, 1948
- Oppenheim, Lassa. *International Law*, vol. 1, 2^e éd., Londres, Oxford University Press, 1912
- Ottlik, Georges. dir., *Annuaire de la Société des Nations 1920-1927*, Genève, Librairie Payot, 1927
- Pashukanis, Evgeny. « International Law » dans Piers Beirne et Robert Sharlet, dir., *Pashukanis: Selected Writings on Marxism and Law*, Londres, Academic Press, 1980, 167, Disponible en ligne : <<http://home.law.uiuc.edu/~pmaggs/pashukanis.htm>>
- Pashukanis, Evgeny. *Law and Marxism: A General Theory*, Londres, Ink Links, 1978
- Paul Tavernier, « Article 27 » dans Cot, Jean-Pierre, Forteau, Mathias et Pellet, Alain. dir., *La Charte des Nations Unies: commentaire article par article*, 3^e éd., Paris, Economica, 2005, 935
- Perkins, Dexter *The Monroe Doctrine, 1823-1826*, Cambridge, Harvard University Press, 1927
- Phillimore, Robert. *Commentaries Upon International Law*, vol. 1, 3^e éd., Londres, 1879-1889
- Piédelièvre, Robert. *Précis de droit international public ou droit des gens*, 2 vol., Paris, Pichon, 1895
- Pineau, Jean, Burman, Danielle et Gaudet, Serge. *Théorie des obligations*, 4^e éd., Montréal, Les Éditions Thémis, 2001
- Pinto, Christopher W. « Modern Conference Technique : Insights from Social Psychology and Anthropology » dans Macdonald, Ronald St. J. et Johnston, Douglas M. *The Structure and Process in International Law*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1983
- Politis, Nicolas Socrate. *Les nouvelles tendances du droit international*, Paris, Hachette, 1927

- Priyadarshi, Shishir. « Decision-Making Processes in India: The Case of the Agriculture Negotiations » dans Gallagher, Peter, Low, Patrick, Stoler, Andrew L. dir., *Managing the Challenges of WTO Participation: 45 Case Studies*, Lausanne, OMC, 2005 en ligne : http://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/casestudies_e/case15_e.htm#civil
- Provost, René. *International Human Rights and Humanitarian Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002
- Reiman, Jeffrey. « The Marxian Critique of Criminal Justice » dans David S. Caudill et Steven Jay Gold, dir., *Radical Philosophy of Law*, New Jersey, Humanities Press, 1995, 111
- Reus-Smit, Christian. « International Law » dans Baylis, John et Smith, Steve. dir., *The Globalization of World Politics*, 3e éd., New York, Oxford University Press, 2001, 350
- Roach, Steven C. *Politicizing the International Criminal Court: The Convergence of Politics, Ethics, and Law*, Lanham, Maryland, Rowman & Littlefield, 2006
- Robelin, Jean. *La petite fabrique du droit*, Paris, Édition Kimé, 1994
- Rocher, Guy. « La mondialisation : un phénomène pluriel », dans Daniel Mercure, dir., *Une société-monde ? Les dynamiques sociales de la mondialisation*, Québec, Les Presses de l'Université Laval et De Boeck Université, 2001, 17
- Root, Elihu. *Latin America and the United States*, Cambridge, Harvard University Press, 1917
- Rosenne, Shabtai. dir., *International Law Commission's Draft Articles on State Responsibility: Part I, Articles 1-35*, Nations unies, Commission du Droit International, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1991, 313
- Roubier, Paul. *Le droit transitoire (conflit des lois dans le temps)*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1960
- Rousseau, Jean-Jacques. *Du contrat social; ou, principes du droit politique*, livre I, c. III, dans *Oeuvres complètes*, Paris Gallimard, coll. La Pléiade, 1964
- Rozakis, Christos L. *The Concept of Jus Cogens in the Law of Treaties*, New York, North-Holland Publisher Compagny, 1976
- Sampson, Gary P. dir., *The WTO and Global Governance : Future Directions*, New York, United Nations University Press, 2008
- Schmitt, Carl. *The Concept of the Political*, Chicago, The University of Chicago Press, 1996
- Schmitt, Carl. *The Nomos of the Earth in the International Law of the Jus Publicum Europaeum*, New York, Telos Press Publishing, 2003
- Simpson, Gerry. *Great Powers and Outlaw States: Unequal Sovereigns in the International Legal Order*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004
- Smith, Gaddis. *The Last Years of the Monroe Doctrine, 1945-1993*, New York, Hill and Wang, 1994
- Synowich, Christine. *The Concept of Socialist Law*, Oxford, Clarendon Press, 1990
- Taylor, Hannis. *A Treatise in International Public Law*, Chicago, Callaghan, 1901

- Thephavong, Banesaty, Iemsouthi, Khouanchay et Vilavong, Buavanh. « Laos: The Textile and Garment Industry in the Post-ATC Era » dans Gallagher, Peter, Low, Patrick, Stoler, Andrew L. dir., *Managing the Challenges of WTO Participation: 45 Case Studies*, Lausanne, OMC, 2005 en ligne : < http://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/casestudies_e/case22_e.htm#players>
- Triepel, Heinrich. *Die Hegemonie : Ein Buck von fuhrenden Staaten*, Stuttgart, W. Kohlhammer, 1938
- Tucker, Robert W. *The Inequality of Nations*, New York, Basic Books, 1977
- Tunkin, Grigory. *International Law : A Textbook*, Moscow, Progress Publishers 1986
- van Hoof, Godefridus J. H. *Rethinking the Sources of International Law*, Deventer (Netherlands), Kluwer Law and Taxation Publishers, 1983
- Vattel, Emer de. *Le droit des gens, ou, Principes de la loi naturelle, appliqués à la conduite & aux affaires des nations & des souverains*, Amsterdam, E. van Harrevelt, 1775
- Villiger, Mark Eugen. *Customary International Law and Treaties*, 2^e éd., La Haye, Martinus Nijhoff Publishers, 1997
- Virally, Michel. *L'Organisation mondiale*, Paris, Armand Collin, 1972
- Westlake, John. *Chapters on the Principles of International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1894
- Wheaton, Henry. *Elements of International Law*, Boston, Little, Brown and Co., 1866
- Wright, Quincy. *Mandates Under the League of Nations*, Chicago, University of Chicago Press, 1930
- Xifaras, Mikhail. « Commentaire » dans Emmanuelle Jouannet et Hélène Ruiz Fabri, dir., *Impérialisme et droit international en Europe et aux États-Unis*, Paris, Société de législation comparée, 2007, 183

PÉRIODIQUES :

- Abi-Saab, Georges. « Cours général de droit international public » (1987) 207 R.C.A.D.I. 328
- Abi-Saab, Georges. « Wars of National Liberation and the Geneva Conventions and the Protocols » (1979) 165 R.C.A.D.I. 354
- Aceves, William J. « Relative Normativity: Challenging the Sovereignty Norm Through Human Rights Litigation », (2002) 25 *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.* 261
- Aldrich, George. « The Taliban, Al Qaeda, and the Determination of Illegal Combatants » (2002) 96 *A.J.I.L.* 891
- Alvarez, José E. « Do Liberal States Behave Better? A Critique of Slaughter's Liberal Theory » (2001) 12 *E.J.I.L.* 183
- Anghie, Antony. « Francisco de Vittoria and the Colonial Origins of International Law » (1996) 5 *Soc. & Legal Stud.* 321

- Anghie, Antony. « The War on Terror and Iraq in Historical Perspective » (2005) 43 Osgoode Hall L.J. 45
- Anghie, Antony. « Time Present and Time Past: Globalization, International Financial Institutions, and the Third World » (2000) 32 N.Y.U.J. Int'l L & Pol. 243
- Bachand, Rémi. « La critique en droit international : Réflexions autour des livres de Koskeniemi, Anghie et Miéville » (2006) 19 :2 R.Q.D.I. 1
- Benyekhlef, Karim. « L'Internet: un reflet de la concurrence des souverainetés » (2002) 8 : 1 Lex Electronica, en ligne : Lex Electronica <<http://www.lex-electronica.org/articles/v8-1/benyekhlef.htm>>
- Bianchi, Andrea. « Human Rights and the Magic of Jus Cogens » (2008) 19:3 E.J.I.L. 491
- Bianchi, Andrea. « International Law and US Courts: The Myth of Lohengrin Revisited » (2004) 15 E.J.I.L. 751.
- Bond, Jennifer. « The Language of War: A Battle of Words at Guantanamo Bay » (2005) 10 Appeal 70
- Charlesworth, Hilary et Chinkin, Christine. « The Gender of Jus Cogens » (1993) 15 :1 Hum. Rts. Q. 63
- Charney, Jonathan I. « The Persistent Objector Rule and the Development of Customary International Law » (1985) 56 B.Y.I.L. 1
- Chimni, Bhupinder S. « The Past, Present and Future of International Law: A Critical Third World Approach » (2007) 8:2 Melbourne J. Int'l L. 499
- Comité International de la Croix-Rouge, « The relevance of IHL in the context of terrorism », official statement, 21 juillet 2005, en ligne : Comité International de la Croix-Rouge <<http://www.icrc.org/web/eng/siteeng0.nsf/html/terrorism-ihl-210705>>
- Deleau, Olivier. « Les positions françaises à la Conférence de Vienne sur le droit des traités » (1969) 15 A.F.D.I. 7
- Duplessis, Isabelle. « Le droit international a-t-il une saveur coloniale? L'héritage des institutions internationales multilatérales » (2008) 42 R.J.T. 311
- Duplessis, Isabelle. « Le vertige et la *soft law* : réactions doctrinales en droit international » (2007) Hors-série R.Q.D.I. 245 en ligne : http://www.sqdi.org/volumes/pdf/hs07_duplessis.pdf
- Dupuy, Pierre-Marie. « The Place and Role of Unilateralism in Contemporary International Law » (2000) 11 E.J.I.L.19
- Falk, Richard A. « Rediscovering International Law after September 11th » (2002) 16 Temp. Int'l & Comp. L.J. 359
- Feinerman, James V. « Chinese Participation in the International Legal Order : Rogue Elephant or Team Player? » (1995) 141 China Q. 18
- Fisch, Jorg. « The Role of International Law in the Territorial Expansion of Europe, 16th-20th Centuries » (2000) 3 Int'l Center Comp. L. & Pol. Rev. 4
- Franck, Thomas M. « Fairness in the International Legal and Institutional System » (1993) 240 R.C.A.D.I. 1
- Franck, Thomas. « Criminals, Combatants, or What? An Examination of the Role of Law in Responding to the Threat of Terror » (2004) 98 A.J.I.L. 686

- Gallié, Martin. « Introduction aux Third World Approaches to International Law » (2008) 39 *Études internationales* 17
- Gray, Christine. « From Unity to Polarization : International Law and the Use of Force against Iraq » (2002) 13 *E.J.I.L.* 1
- Gross, Leo. « The Peace of Westphalia, 1648-1948 » (1948) 42 *A.J.I.L.* 20
- Hicks, Frederick Charles. « The Equality of States and the Hague Conference » (1908) 2:3 *A.J.I.L.* 530
- Johnstone, Ian. « UN-US Relations after Iraq: The End of the World (order) As We Know It? » (2004) 15 *E.J.I.L.* 813
- Jouannet, Emmanuelle. « Universalism and Imperialism: The True-False Paradox of International Law? » (2007) 18 :3 *E.J.I.L.* 379
- Kahn, Paul W. « American Hegemony and International Law: Speaking Law to Power: Popular Sovereignty, Human Rights, and the New International Order » (2000) 1 *Chi. J. Int'l L.* 1
- Kelly, Michael J. « Bush Foreign Policy 2001-2003: Unilateralist Theory in a Multilateralist World, and the Opportunity for Change Offered by Iraq, The Policy Analysis » (2003) 2 *Wash. U. Global Stud. L. Rev.* 221
- Kelsen, Hans. « Théorie du droit international public » (1953-III) 84 *R.C.D.A.I.* 5
- Klabbers, Jan. « The Relative Autonomy of International Law or The Forgotten Politics of Interdisciplinarity » (2005) 1 *J. Int'l L. & Int'l Rel.* 35
- Koskenniemi, Martti et Leino, Päivi. « Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties » (2002) 15 *Leiden J. Int'l L.* 553
- Koskenniemi, Martti. « The History of International Law Today » (2004) 4 *Rechtsgeschichte* 61, en ligne: <<http://www.helsinki.fi/eci/Publications/MHhistory.pdf>>
- Krisch, Nico. « International Law in Times of Hegemony: Unequal Power and the Shaping of the International Legal Order » (2005) 16 *E.J.I.L.* 369
- Linderfalk, Ulf. « The Effect of *Jus Cogens* Norms: Whoever Opened Pandora's Box, Did You Ever Think About the Consequences? » (2007) 18:5 *E.J.I.L.* 853
- Nanda, Ved P. « Selected Aspects of International Trade and the World Trade Organization's Doha Round: Overview and Introduction » (2008) 38 *Denv. J. Int'l L. & Pol.* 255
- Okafor, Obiora Chinedu. « Newness, Imperialism, and International Legal Reform in Our Time: A Twail Perspective » (2005) 43 *Osgoode Hall L.J.* 171
- Olney, Richard. « The Development of International Law » (1907) 1 *A.J.I.L.* 425
- Onuma, Yasuaki. « International Law in and with International Politics: The Functions of International Law in International Society » (2003) 14:1 *E.J.I.L.* 105
- Oppenheim, Lassa. « The Science of International Law : Its Task and Method » (1908) 2 *A.J.I.L.* 313
- Paulus, Andreas L. « From Neglect to Defiance? The United States and International Adjudication » (2004) 15 *E.J.I.L.* 783

- Pellet, Alain « Le droit international à l'aube du XXI^e siècle (La société internationale contemporaine – Permanences et tendances nouvelles) » (1997) 1 C. euro-méditerranéens Bancaja D.I. 51
- Pellet, Alain. « La formation du droit international dans le cadre des Nations Unies » (1995) 6 E.J.I.L. 1 au para. 16
- Pellet, Alain. « The Normative Dilemma: Will and Consent in International Law » (1988-1989) 12 Austl. Y.B. Int'l L. 22
- Peterson, Genevieve. « Political Inequality at the Congress of Vienna » (1945) 60:4 Pol. Sci. Q. 532
- Prost, Mario. « Discours sur le fondement, l'unité et la fragmentation du droit international : À propos d'une utopie paresseuse » (2006) 39:2 Rev. B.D.I. 621
- Rao, Pemmaraju Sreenivasa. « Multiple International Judicial Forums : A Reflexion of the Growing Strength of International Law or its Fragmentation? » (2004) 29 Mich. J. Int'l L. 929
- Rodriguez, Pedro Capo. « Colonial Representation in the American Empire » (1921) 15 A.J.I.L. 530
- Scott, Shirley. « International Law as Ideology: Theorising the Relationship between International Law and International Politics » (1994) 5 E.J.I.L. 313
- Simma, Bruno et Alston, Philip. « The Sources of Human Rights Law: Custom, Jus Cogens and General Principles », (1988–1989) 12 Aust. Y.B. Int'l L. 82
- Simpson, Gerry. « Duelling Agendas: International Relations and International Law (Again) » (2005) 1 J. Int'l L. & Int'l Rel. 61
- Simpson, Gerry. « The Situation on the International Legal Front: The Power of Rules and the Rule of Power » (2000) 11:2 E.J.I.L. 439
- Slaughter, Anne-Marie. « International Law in a World of Liberal States » (1995) 6 E.J.I.L. 503
- Sloan, Blaine. « General Assembly Resolutions Revisited (Forty Years Later) » (1987) 58 B.Y.I.L. 39
- Sornarajah, Muthucumaraswamy. « The Asian Perspective to International Law in the Age of Globalization » (2001) 5 S.J.I.C.L. 284
- Sur, Serge. « La coutume internationale. Sa vie, son œuvre » (1986) Droits 111
- Tang, « Netherlands State Practice for the Parliamentary Year 2004-2005 » (2006) 38 Nethl. Y.B. Int'l L. 233
- Tunkin, Grigory. « International Law in the International System » (1975) IV Rec. des Cours 3
- Udombana, Nsongurua J. « Pay Back Time in Sudan ? Darfur in the International Criminal Court » (2005-2006) 13:1 Tulsa. J. Comp. & Int'l L. 1
- Vagts, Detlev F. « Hegemonic International Law » (2001) 95 A.J.I.L. 843
- Virally, Michel. « Le principe de réciprocité dans le droit international contemporain » (1967) 122 :3 R.C.A.D.I. 1
- Wallerstein, Immanuel. « The Three Instances of Hegemony in the History of the Capitalist World-Economy » (1983) 24:1 Int'l J. Comp. Soc. 100.
- Watts, Arthur. « The International Rule of Law » (1993) 56 German Y.B. Int'l L.J. 15

- Weil, Prosper. «Towards Relative Normativity in International Law? » (1983) 77 A.J.I.L. 413
- Wirth, Stephen. « Immunities, Related Problems, and Article 98 of the *Rome Statute* » (2002) 12 Crim. L.F. 431
- Woodhouse, J. T. « The Principle of Retroactivity in International Law » (1955) 41 Transactions of the Grotius Soc. 69
- Wyler, Eric. « From ‘State Crime’ to Responsibility for ‘Serious Breaches of Obligations under Peremptory Norms of General International Law’ » (2002) 13:5 E.J.I.L. 1147
- Zahrnt, Valentin. « Domestic Constituents and the Formation of WTO Negotiating positions: What the Delegates say » (2008) 7 W.T. Rev. 393
- Zimmermann, Andreas. « Sovereign Immunity and Violations of International Jus Cogens – Some Critical Remarks » (1994) 16 Mich. J. Int’l L. 433

AUTRES SOURCES :

- Cour pénale internationale, *Éléments des crimes*, ICC-ASP/1/3 (part II-B)
- Duplessis, Isabelle. « Les fondements philosophiques et juridiques d’une communauté internationale », Conférence sur les Nécessités économiques et libertés politiques à l’heure de la mondialisation, Université du Québec à Montréal, 30 janvier 1999 [non publiée]. Transcription disponible en ligne : Chaire UNESCO d’étude des fondements philosophiques de la justice et de la société démocratique <http://www.unesco.chairephilo.uqam.ca/programme_hiver1999.htm#fondements>
- É.-U., Department of Defense, « Guantanamo Detainees », Fact Sheet, 13 février 2004, en ligne: Department of Defense <<http://www.defenselink.mil/news/Apr2004/d20040406gua.pdf>>
- É.-U., Department of State, *Consular Notification and Access: Instructions for Federal, State, and Local Law Enforcement and Other Officials Regarding Foreign Nationals in the United States and the Rights of Consular Officials to Assist Them*, à la section « Bilateral Agreements », en ligne: <http://travel.state.gov/law/consular/consular_753.html >
- É.-U., Office of Press and Public Diplomacy of the United States Mission to the United Nations, *Statement by Ambassador Richard T. Miller, U.S. Representative to the United Nations Economic and Social Council, during Agenda item 67c, (L.42): Situation of democracy and human right in the United States of America*, USUN PRESS RELEASE # 365(06), 22 novembre 2006, en ligne: Office of Press and Public Diplomacy of the United States Mission to the United Nations <http://www.usunnewyork.usmission.gov/press_releases/20061122_365.html>
- É.-U., State Department, *Article 98 Agreements and the International Criminal Court*, en ligne: State Department <<http://www.state.gov/t/pm/art98/#>>

- Georgetown University Law Library, « International Criminal Court - Article 98 Agreements Research Guide », Washington D.C., 2008, en ligne : Georgetown University <
http://www.ll.georgetown.edu/guides/article_98.cfm#countries>
- Institut de droit international, *Le problème intertemporel en droit international public*, Rés. I/1975, sess. Wiesbaden, 11^e comm., (11 août 1975), en ligne : <
http://www.idi-iil.org/idiF/resolutionsF/1975_wies_01_fr.pdf>
- Institut de droit international, *Problèmes découlant d'une succession de conventions de codification du droit international sur un même sujet*, Rés. I/1995, sess. De Lisbonne, 1^{re} comm., (1^{er} septembre 1995), en ligne : <
http://www.idi-iil.org/idiF/resolutionsF/1995_lis_01_fr.pdf>
- International Bank for Reconstruction and Development, *Development and Human Rights : The Role of the World Bank*, Washington, D.C., 1998
- Lamy, Pascal. « L'émergence d'un nouveau triangle de gouvernance mondiale », l'Université de Warwick (Royaume-Uni), 15 juillet 2009, transcription en ligne : <
http://www.wto.org/french/news_f/sppl_f/sppl132_f.htm>
- Laurens, Henry. « Cours : 4 leçons sur l'impérialisme dans l'histoire à l'Université Senghor d'Alexandrie » dans *Histoire contemporaine du monde arabe*, en ligne : Collège de France <
http://www.college-de-france.fr/media/pub_tra/UPL49845_annuaire_06_07_partie3.pdf>
- Tang, Tina. « China's coming of an age at the WTO war », *Forbes* (20 avril 2009). En ligne: Forbes.com <
<http://www.forbes.com/2009/04/20/china-wto-trade-markets-economy-law.html>>
- The Coca-Cola Company, « The Coca-Cola Company Fact Sheet » (2008), en ligne: The Coca-Cola Company <
http://www.thecocacolacompany.com/ourcompany/pdf/Company_Fact_Sheet.pdf>
- Zayas, Alfred de. « The Status of Guantanamo Bay and the Status of the Detainees », Douglas McK. Brown Lecture, Simon Fraser University, 28 novembre 2003, en ligne: University of British-Columbia <
<http://www.law.ubc.ca/files/pdf/events/2003/november/GUANTANA.pdf>>