Une conception démocratique du droit international

Olivier De Frouville

Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/ress/659>

DOI : 10.4000/ress.659

ISSN : 1663-4446

Éditeur

Librairie Droz

Édition imprimée

Date de publication : 1 juillet 2001

Pagination : 101-144

ISBN : 2-600-00610-9

ISSN : 0048-8046

Référence électronique

Olivier De Frouville, « Une conception démocratique du droit international », *Revue européenne des sciences sociales* [En ligne], XXXIX-120 | 2001, mis en ligne le 01 juillet 2001, consulté le 30 avril 2019.

URL : <http://journals.openedition.org/ress/659> ; DOI : 10.4000/ress.659

Olivier DE FROUVILLE

UNE CONCEPTION DÉMOCRATIQUE DU DROIT INTERNATIONAL

« Le droit international public est traditionnellement défini comme le droit des relations internationales, conçues comme se confondant avec les relations inter-étatiques, ou de la société internationale, considérée elle-même comme ne se distinguant pas de la société des Etats. »¹

Cette définition « traditionnelle » du droit international, comme la qualifie Michel Virally, restait jusqu'il y a peu communément admise.

La doctrine dite « volontariste » était dominante, autant chez les spécialistes du droit international que chez les profanes. Le public s'était en effet habitué à comprendre le monde des Etats comme un monde radicalement séparé du monde des hommes. Tout, dans la vie internationale, semblait matérialiser cette idée de séparation : les titres, l'apparat, le protocole, jusqu'aux lieux des réunions internationales, espaces dé-territorialisés, placés en gravitation autour du monde réel, qui plus est dotés d'une réglementation et d'une « police » propres. Le monde des Etats était un monde supra-humain : une sorte d'Olympe où les humains n'étaient tolérés que comme simples spectateurs, au mieux à titre consultatif². Lieu de délibération politique, l'assemblée internationale était réservée aux titulaires de la souveraineté. Les individus ne disposant pas de cette qualité n'existaient *de jure* et *de facto* qu'à travers l'Etat dont ils possédaient la nationalité, lorsqu'ils en possédaient une. Le droit du citoyen de l'Etat de participer à la délibération disparaissait dès lors qu'il pénétrait dans le saint des saints du temple inter-étatique.

C'est cette vision qui, symboliquement, semble s'être écroulée lorsque le défilé hétéroclite de la « société civile » s'est pressé aux portes du Sommet de l'Organisation mondiale du Commerce, à Seattle, en vue d'empêcher la tenue d'une réunion considérée comme illégitime parce qu'exclusivement inter-étatique³. Soudain, le monde des Etats s'est vu assiégé par des individus qui contestaient aux Etats la qualité exclusive de sujets du droit international.

¹ M. Virally, *Droits de l'homme et théorie générale du droit international*, in *Mélanges Cassin*, vol. 4, *Méthodologie des droits de l'Homme*, Paris, Pedone, 1972, p. 323.

² Depuis 1950, les organisations non gouvernementales disposent auprès du Conseil économique et social des Nations Unies d'un « statut consultatif ».

³ Sur Seattle, voy. notamment le n°607 de la revue « Les temps modernes », janvier-février 2000. En dehors du système des Nations Unies, l'O.M.C. ne s'estime pas soumise à la « constitution » du droit international formée par la Déclaration universelle des droits de l'Homme et par les Pactes de 1966 sur les droits de l'Homme. C'est précisément cette soumission que réclame, entre autres choses, la « société civile ». Voy. à cet égard le rapport de position de la Fédération internationale des droits de l'Homme, *L'O.M.C. et les droits de l'Homme : une équation à résoudre*, « La Lettre de la F.I.D.H. », hors série, n°285, novembre 1999 (A.-Ch. Habbard, M. Guiraud).

Cet événement et quelques autres⁴ semblent nous avoir tiré d'un rêve qui nous avait plongé dans un pays imaginaire et fait oublier que le seul sujet de droit est l'individu. C'est avant tout cette première vérité qu'à travers cette étude nous aimerions rappeler, car elle constitue la première pierre dans l'édifice d'une conception démocratique du droit international. Prenant le contre-pied des théories volontaristes (§ 1), les doctrines objectivistes du droit international ont su tirer toutes les conséquences de la critique sociologique du droit et élaborer une conception détachée du mythe de la souveraineté de l'Etat (§ 2). Mais ces doctrines n'étaient pas exemptes de toute critique, dans la mesure où, dans leur effort pour donner un fondement alternatif au droit international, elles éludaient la question des rapports entre le pouvoir et le droit, conduisant à laisser ce dernier à la merci du premier. Cette difficulté ne peut être résolue qu'à condition de revenir à une définition démocratique du droit, telle qu'elle a été élaborée depuis Emmanuel Kant jusqu'à Jürgen Habermas (§ 3). Une conception démocratique du droit voit dans la réglementation juridique le support d'un *projet politique*, et non seulement le résultat d'un rapport de force. Or cette conception est d'ores et déjà présente dans les institutions juridiques du droit international : ce dernier, loin d'être une structure figée s'articulant autour du concept de souveraineté de l'Etat, est l'objet d'une dialectique constante entre deux modèles antinomiques. En intégrant, par le biais des droits de l'Homme, une théorie de la légitimité plaçant les individus au centre de la construction, les Etats ont ainsi forgé les outils de leur propre dépassement (§ 4).

1. LE FONDEMENT MODERNE DU DROIT INTERNATIONAL : LA SOUVERAINETÉ DE L'ETAT-PERSONNE

A. Le concept de souveraineté

La souveraineté, nous dit Carré de Malberg, « c'est le caractère suprême du pouvoir : suprême en ce que ce pouvoir n'en admet aucun autre ni au-dessus de lui, ni en concurrence avec lui. Quand on dit que l'Etat est souverain, il faut entendre par là que, dans la sphère où son autorité est appelée à s'exercer, il détient une puissance qui ne relève d'aucun autre pouvoir et qui ne peut être égalée par aucun autre pouvoir »⁵.

Par là, la souveraineté a quelque chose à faire avec la discrétionnalité. Le pouvoir souverain, affirme Charles Eisenmann, c'est « la discrétionnalité totale »⁶. La souveraineté est donc le lieu d'un pouvoir, d'une autonomie que Charles Rous-

⁴ On pense en particulier aux développements récents en matière d'engagement de la responsabilité pénale individuelle des gouvernants en droit international. Sur ces développements, voy. notre étude *La Cour pénale internationale : une humanité souveraine?*, « Les temps modernes », automne 2000, n°610, pp. 257-288.

⁵ R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, t. I, Paris, Rec. Sirey, 1985. Pour Jean Combacau : « ... la souveraineté est un degré de la puissance d'Etat, et ce degré est le plus élevé de tous. » J. Combacau, *Pas une puissance, une liberté : la souveraineté internationale de l'Etat*, « Pouvoirs », n°67, 1993, p. 49.

⁶ Ch. Eisenmann, *Cours de droit administratif*, Paris, L.G.D.J., 1983, t. II, p. 672, cité par B. Cubertafond, *Souverainetés en crise?*, « Revue de droit public », ci-après « R.D.P. », 1989-5, p. 1274.

seau décompose en un aspect positif, qui est le pouvoir de donner des ordres inconditionnés, et un aspect négatif, qui est le droit de n'en recevoir d'aucune autre autorité humaine⁷.

La théorie de la souveraineté est indissociable de la théorie du droit et de l'Etat. La souveraineté fonde le droit et légitime l'Etat dans un même mouvement.

L'émergence de la notion de souveraineté est concomitante de la naissance de l'Etat moderne : c'est pour affranchir les nouvelles principautés émergentes de l'autorité du Pape et de l'Empereur que Machiavel inscrit la politique « dans la chair même de son véritable sujet : l'humain »⁸. Comme le montre Ernst Cassirer, Machiavel a été le premier à détruire la pierre d'angle de la tradition scolastique constituée par un système hiérarchique qui postulait l'origine divine de tout pouvoir. Non qu'il attaque directement ce principe : il se borne à l'ignorer en décrivant le pouvoir à l'état brut⁹.

C'est dans le même dessein que Bodin, dans les *Six livres de la République*, affirme l'autonomie de l'Etat comme puissance normative. La loi, dit Bodin, est le commandement du souverain usant de sa puissance. Le juste, autrefois relié au commandement divin, procède à présent du souverain en la personne de l'Etat. Comme le rappelle G. Mairet, le projet de Bodin « revient donc à disqualifier tout *fondement* non humain, naturel ou divin, de l'Etat historique, lequel, dès lors, mérite en effet d'être appelé « historique ». Produit de la volonté, résultat de la force, l'Etat est pour ainsi dire cause de soi et c'est précisément cette *autonomie* de la politique humaine qu'exprime le principe de souveraineté : de l'action humaine se donnant à soi-même sa loi. La république possède en elle-même sa loi, la loi procède de l'agir humain et cette génération humaine de la loi, dont l'auteur est le souverain –, est génération de la république. »¹⁰

Une telle conception était à la fois pleine de promesses et lourde de menaces : d'une part, elle libérait l'Etat et le droit d'une tutelle métaphysique et réalisait ainsi la révolution copernicienne du droit ; de l'autre, elle laissait ouverte la question du fondement et rendait l'homme absolument maître de sa destinée. La souveraineté ainsi naissante ouvrait d'un côté la porte à la possibilité d'un transfert du pouvoir du monarque au peuple (c'est le chemin qu'empruntera Rousseau). De l'autre côté, elle laissait le champ libre à l'exaltation de la puissance, dont le point culminant se trouve peut-être chez Carl Schmitt, théoricien de l'Etat nazi, pour qui la souveraineté réside dans le pouvoir de décider de l'état d'exception¹¹.

⁷ Ch. Rousseau, *L'indépendance de l'Etat dans l'ordre international*, « Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye », ci-après « R.C.A.D.I. », 1948-II, t. 73, pp. 167-253.

⁸ G. Mairet, *Le principe de souveraineté. Histoires et fondements du pouvoir moderne*, Gallimard, Folio/Essais, 1997, pp. 23-24.

⁹ E. Cassirer, *Le mythe de l'Etat*, Paris, Gallimard, coll. Bibliothèque de Philosophie, 1993, p. 189. V. aussi J.-L. Fournel, J.-C. Zancaranini, *L'héritage de Machiavel. Dévoilement et construction d'un point de vue*, « Les Temps modernes », automne 2000, n°610, pp. 7-24.

¹⁰ G. Mairet, *op. cit.*, p. 31. Contra J.L. Brierly, *The Law of Nations. An Introduction to the International Law of Peace*, 6th edition, Oxford, Clarendon Press, 1963, pp. 8-9. Pour Brierly, la doctrine de Bodin ne peut être comprise que si l'on se souvient que l'Etat qu'il décrit est un gouvernement lié par des lois supérieures et par conséquent un *recta* ou *legitima gubernatio*.

¹¹ A propos de l'actualité de la pensée de Carl Schmitt : M. David, *A propos de la souveraineté : Deux relectures de Carl Schmitt*, « R.D.P. » 1999, t. 3, pp. 661-696 ; E. Balibar, *Prolégomènes à la souveraineté : la frontière, l'Etat, le peuple*, « Les Temps modernes », automne 2000, n°610, pp. 46-75.

Comme le note Ernst Cassirer, si, avec Machiavel, « l'Etat devient complètement indépendant, il devient aussi complètement isolé, la lame tranchante de la pensée machiavélienne coupant tous les liens qui le relie à la totalité organique de l'existence humaine. Non seulement le monde politique perd toute connexion avec la religion et la métaphysique, mais il perd celle qu'il peut avoir avec toutes les autres formes de vie éthique et culturelle. Il se retrouve isolé – dans un espace vide. »¹²

Dès lors comment fonder l'autorité du Législateur et par conséquent de la législation qu'il édicte ? Les réponses seront données par les théories du droit naturel et du contrat social. Dans une visée absolutiste, par Hobbes. Dans une visée démocratique, par Locke et Rousseau. Si ces théories divergent à beaucoup d'égard, leur centre de gravité est identique : il s'agit de la volonté. Les théories du contrat social substituent au fondement divin un fondement volontaire. Les hommes, libres et égaux dans l'état de nature possèdent en vertu de cette liberté et de cette égalité la capacité de *se faire des promesses*, pour reprendre l'expression d'Hannah Arendt¹³. Ils possèdent l'autonomie de la volonté, la capacité de se donner des lois à eux-mêmes, de conclure un contrat. Et c'est ce contrat social qui constituera le fondement du pouvoir et du droit.

B. Souveraineté et droit international

Les changements des présupposés théoriques qui affectent le droit interne ne peuvent pas ne pas rejaillir sur le droit international. Il existe, à cet égard, un monisme théorique qui résulte de l'unicité du fondement du droit et que la suite de notre étude confirmera. La remise en cause de l'origine divine du droit, à la fois cause et conséquence de l'écroulement de la *respublica christiana*, consécutif de la Réforme et de l'émergence des nouvelles républiques indépendantes, ne pouvait qu'ébranler profondément la pensée relative au droit des gens. Ainsi, la notion de souveraineté permet l'émergence du droit international comme système de normes autonome. Grotius est le penseur de cette transition¹⁴. On sait ce qui sépare Grotius de Vitoria et Suarez. Ces derniers assument l'héritage de Saint Thomas d'Aquin pour qui tout est pensé à partir de Dieu (*omnia sub ratione dei*)¹⁵. Grotius, lui, distingue les champs du droit : il y a tout d'abord le droit naturel, cette

¹² E. Cassirer, *op. cit.*, p. 194. A propos du « Prince », Georges Scelle observait : « Ce livre caractéristique n'est sans doute pas, comme on l'a prétendu, une école de cynisme. C'est une description objective des comportements quasi-nécessaires des gouvernants dans un milieu de souverainetés affrontées, milieu politique privé non seulement de toute organisation institutionnelle, mais aussi de toute référence à des principes supérieurs. » G. Scelle, *Manuel de droit international public*, Montchrestien, coll. Domat, Paris, 1948, p. 39.

¹³ H. Arendt, *Condition de l'homme moderne*, Calmann-Lévy, 1983, pp. 310-314. Elle donne ainsi son vrai sens au mot « souveraineté », pp. 311-312 : « La souveraineté, toujours spécieuse quand la revendique une entité isolée, entité individuelle de la personne ou entité collective d'une nation, accède à une certaine réalité limitée lorsque des hommes se lient les uns aux autres par des promesses. La souveraineté réside dans l'indépendance limitée qui résulte de ces liens : indépendance par rapport au caractère incalculable de l'avenir ; ses limites ne sont autres que celles qui tiennent à la faculté même de faire et de tenir des promesses. »

¹⁴ Cf. G. Abi-Saab, *Cours général de droit international public*, « R.C.A.D.I. » 1987, t. 207, p. 62 et ss.

¹⁵ Suarez, toutefois, fait plus distinctement le départ entre le droit naturel et le droit positif. Mais même si le droit des gens découle de la volonté humaine, cette volonté n'a pour lui qu'un pouvoir

« règle que nous suggère la droite raison »¹⁶ et pour la découverte de laquelle Grotius semble préférer une méthode *a posteriori* plutôt qu'une méthode *a priori*, « en concluant, sinon avec une certitude infaillible, du moins avec beaucoup de probabilité, qu'une chose est de droit naturel, parce qu'elle est crue comme telle chez toutes les nations, ou parmi celles qui sont le plus civilisées »¹⁷. Puis viennent le droit divin volontaire et le droit humain volontaire. Tandis que le droit divin volontaire ne peut rien pour changer le droit naturel, qui est immuable¹⁸, le droit humain volontaire est autonome¹⁹, ce que ne cessera de manifester Grotius dans son traité : les pratiques que décrit Grotius résultent de conventions humaines – c'est à dire des traités ou de la coutume – et le droit naturel fournit les *tempéraments* qu'il conviendrait d'apporter à de telles conventions²⁰. Mais les Etats restent maîtres de leurs conventions, car elles résultent de leur volonté²¹. Ainsi l'affirmation de la souveraineté des Etats, implicite chez Grotius, fait-elle éclater le droit qui existait auparavant comme un tout hiérarchisé, depuis la Parole divine jusqu'au jugement particulier : de la déchéance du principe métaphysique résulte le pouvoir des Etats de se donner leurs propres lois. Il reviendra à Vattel de parachever l'œuvre en débarrassant définitivement l'Etat de la tutelle du droit naturel²². Ce faisant, il ouvre la voie à l'absolutisation de la souveraineté et au volontarisme²³.

limité : les règles du droit positif tirent leur force obligatoire du droit naturel. Cf. L. Cavaré, *Le droit international public positif*, t. I, Paris, Pedone, 1967, p. 27.

¹⁶ H. Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix*, trad. P. Pradier-Fodéré, Paris, P.U.F., coll. *Leviathan*, 1999, p. 38.

¹⁷ Ce qui révèle une conception véritablement consensuelle du droit naturel, plutôt que transcendante. H. Grotius, *op. cit.*, p. 41.

¹⁸ « De même donc que Dieu ne pourrait pas faire que deux et deux ne soient pas quatre, de même il ne peut empêcher que ce qui est essentiellement mauvais ne soit mauvais ». H. Grotius, *op. cit.*, p. 39.

¹⁹ Très simplement, Grotius définit le droit civil comme « celui qui émane de la puissance civile » et le droit des gens comme « celui qui a reçu sa force obligatoire de la volonté de toutes les nations, ou d'un grand nombre ». H. Grotius, *op. cit.*, p. 43.

²⁰ C'est notamment l'objet des chapitres XI à XVI du Droit de la guerre et de la paix. Dans les autres chapitres, Grotius examine séparément les exigences du droit naturel et du droit volontaire, mais n'établit aucunement un lien de subordination de celui-ci par rapport à celui-là. Cf. par exemple le Chapitre II du traité, pour la question de savoir si la guerre est conforme au droit.

²¹ G. Abi-Saab, *op. cit.*, p. 64.

²² Cf. par exemple Nguyen Quoc Dinh, A. Pellet, P. Daillier, *Droit international public*, Paris, L.G.D.J., 6ème éd., 1999, n°26. Pour Georges Scelle, Vattel est « le prince des positivistes. Il ne parle de Droit naturel que pour en soumettre les normes à l'appréciation souveraine de chaque gouvernement. Pour lui, pouvoir est synonyme d'absolutisme. » G. Scelle, *op. cit.*, p. 44.

²³ Ainsi, comme le note S. Rials : « L'Ecole moderne du droit naturel porte presque inévitablement dans ses flancs le volontarisme légicentriste. Là est peut-être la grandeur de Rousseau : en dépassant les contradictions dans lesquelles s'enfermaient les jusnaturalistes modernes, il nous a livré la clef ultime du naturalisme moderne. Celui-ci, en concevant la société politique comme un construit rationnel dans lequel chaque individu supposé raisonnable investit sa puissance originelle, en fait une instance incontestable puisque rationnelle et irrésistible puisque souveraine. (...) La transmutation du droit naturel en droit positif, des droits naturels en droits civils, de la nature en volonté, des droits de l'homme en lois de l'homme apparaît ainsi presque inévitable. » S. Rials, *Ouverture : généalogie des droits de l'homme*, « Droits », 1985, n°2, p. 11.

Car en effet, si le droit naturel ne peut plus servir de substitut au droit divin, si le droit naturel lui-même est discrédité, alors il est nécessaire de rechercher un nouveau fondement au droit international, un fondement qui, en repoussant toute transcendance, s'inscrive résolument « dans la chair de l'humain ».

En récusant le droit naturel comme fondement du droit des gens, Vattel a prêté le flanc à la critique des « négateurs du droit international » que sont Hobbes et Spinoza. Pour ces derniers, en effet, le droit international ne peut être *que* du droit naturel car les Etats, contrairement aux individus rassemblés dans un Etat, ne sont pas sortis de l'état de nature. Ils n'ont pas conclu le contrat social qui leur aurait permis de se soumettre à un droit public caractérisé par l'institution d'une contrainte centralisée.

Sans ces « lois publiques de contraintes », les Etats ne sont pas vraiment obligés par leurs conventions car il n'existe aucun pouvoir pour les contraindre à les respecter. Le droit international « volontaire » qu'invoque Vattel ne saurait donc être considéré comme un véritable droit.

Confrontée à cette impasse, la théorie, sommée de résoudre la question du fondement du droit international, construira presque naturellement ce nouveau fondement par analogie avec la théorie du droit interne. Le centre de gravité est identique : la volonté. Non plus la volonté de l'individu, mais la volonté de l'Etat²⁴. De même qu'on a fondé le droit, dans l'ordre interne, sur la liberté et l'égalité des individus, dont on reconnaît ainsi qu'ils sont doués de l'autonomie de la volonté²⁵, on fonde la possibilité et la validité du droit international sur l'égale souveraineté des Etats. Dans ce modèle, la souveraineté représente la liberté légale des Etats²⁶. La différence fondamentale qui sépare les deux constructions n'est pas une différence de nature, mais une différence de degré : contrairement aux individus, les Etats demeurent à l'état de nature et ne peuvent dès lors que conclure des contrats particuliers et non produire un droit de type législatif qui exigerait l'institution d'un pouvoir centralisé de contrainte, c'est à dire le passage à l'état civil après la conclusion du contrat social²⁷. Ces contrats particuliers prennent soit la forme d'un traité

²⁴ On ne peut que rappeler le célèbre passage de l'arrêt de la Cour permanente de justice internationale dans l'affaire du *Lotus* : «... le droit international régit les rapports entre des Etats indépendants. Les règles de droit liant les Etats procèdent donc de la volonté de ceux-ci (...)» C.P.J.I., 7 septembre 1927, Série A, n°10, p. 18.

²⁵ Liberté et égalité qui font partie *des* droits naturels de l'individu, notion que l'on ne doit pas confondre avec *le* droit naturel ou loi naturelle. Cette dernière, substitut à la loi divine, représente une loi objective absolue, tandis que les droits naturels de l'individu sont des attributs du sujet. Cf. sur cette distinction : B. Barret-Kriegel, *Les droits de l'homme et le droit naturel*, Paris, P.U.F., « Quadrige », 1989.

²⁶ Ainsi pour Jean Combacau la souveraineté est l'« institution de la liberté légale des Etats distinguée de la liberté naturelle dont jouissent hors du droit les êtres qu'il n'a pas constitués en « sujets » (...) ». J. Combacau, *Pas une puissance, une liberté...*, *op. cit.*, p. 51.

²⁷ Pour Jean Combacau et Serge Sur, les Etats, comme les individus, « naissent et demeurent égaux en droit ». Mais ce qui caractérise les Etats, c'est leur souveraineté c'est à dire qu'au contraire des sujets internes « ils n'ont pas en droit de supérieur (...) ». « Il s'ensuit que les rapports entre Etats obéissent à la logique du droit privé, si l'on entend par là celui qui régit les relations entre particuliers, mais que cette logique n'est encadrée ou contrecarrée par aucun droit public comme elle l'est en droit interne. » J. Combacau, S. Sur, *Droit international public*, Montchrestien, 3ème éd., 1997, p. 25.

lorsqu'ils résultent d'une déclaration explicite de la volonté concordante de deux ou plusieurs Etats, soit de la coutume, lorsqu'ils résultent d'un accord tacite²⁸.

Cette conception volontariste présente plusieurs caractéristiques importantes.

Tout d'abord, elle repose sur l'*incorporation* d'une collectivité humaine sous la forme d'un Etat. Celui-ci est considéré comme une personne à part entière, comme un corps distinct des organes entre lesquels est réparti l'exercice des pouvoirs publics²⁹.

Une telle conception prend un relief particulier chez Wolff³⁰, puis chez Vattel³¹ et enfin chez les auteurs positivistes volontaristes comme Triepel³².

Avec la personnalisation de l'Etat, ces auteurs classiques résolvent un double problème: celui de l'unité de la volonté d'une collectivité humaine représentée par divers organes ou agents individualisés à l'extérieur³³; et surtout, plus profondément, celui de la nécessaire indifférence du droit international à l'égard des conditions d'exercice de la souveraineté interne.

Intrinsèquement liée aux axiomes d'une société internationale héritée de «l'ordre westphalien», cette indifférence résulte du pluralisme de la société internationale³⁴, couplée à un impératif de sécurité juridique: la stabilité des rapports

²⁸ Par exemple D. Anzilotti, *Cours de droit international*, Paris, reprint, Ed. Panthéon-Assas, 1999, p. 68: «La déclaration explicite de la volonté concordante de deux ou plusieurs Etats d'observer une manière donnée de se conduire à l'égard les uns des autres prend le nom de *traité international*; l'accord tacite se manifeste spécialement dans la *coutume*.» et p. 73: «Il y a *accord tacite* lorsque la volonté des Etats de s'engager à observer réciproquement une conduite donnée résulte des faits. Lorsque cette volonté se manifeste par la constante répétition d'une manière donnée d'agir dans des circonstances données, on parle plus proprement de *coutume (tacitum pactum)*: règle observée en fait avec la conviction d'observer une norme juridique.»

²⁹ Cf. par ex. P.-M. Dupuy, *Droit international public*, 4ème éd., Paris, Dalloz, 1998, n°59.

³⁰ C. Wolff, *Principes du droit de la nature et des gens*, t. 3, Caen, 1988, chapitre I, I, p. 257: «On considère les nations différentes, comme autant de personnes libres, qui vivent dans l'état de nature, & qui sont obligées à remplir, tant envers elles-mêmes, que les unes à l'égard des autres, les mêmes devoirs que la loi de nature impose aux particuliers.»

³¹ E. de Vattel, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des souverains*, trad. M. P. Pradier-Fodéré, t. I, Paris, Librairie de Guillaume et Cie, 1863, préliminaires, § 4, p. 77: «Les nations étant composées d'hommes naturellement libres et indépendants, et qui, avant l'établissement des sociétés civiles, vivaient ensemble dans l'état de nature, les Nations ou les Etats souverains doivent être considérés comme autant de personnes libres, qui vivent entre elles dans l'état de nature.»

³² H. Triepel, *Les rapports entre le droit interne et le droit international*, «R.C.A.D.I.» 1923-I, t. 1, p. 87, critiquant la théorie kelsenienne de l'Etat: «L'Etat est plus qu'un simple «point d'imputation». L'Etat est une véritable personnalité, il est une personnalité indépendante, distincte de la somme des individus qui le composent.»

³³ Cette analogie entre l'individu et l'Etat constitue la base du système construit par Hobbes, qui voit dans l'Etat l'*homo artificialis*. Mais chez Hobbes, la volonté de l'Etat n'est pas forcément dissociée de celle de ses dirigeants, comme elle l'est dans la théorie du droit international: F. Fardella, *Le dogme de la souveraineté de l'Etat. Un bilan*, «Archives de Philosophie du droit», 1997, t. 41, p. 199: «Or, si l'Etat est conçu comme une *personne* – que forment une multiplicité d'individus unis au moyen du *contrat* – la *souveraineté*, qui est non point la tête mais l'âme de cette personne, est elle-même représentée anthropomorphiquement comme *voluntas artificiosa* et s'identifie à la volonté de ceux qui exercent le pouvoir.»

³⁴ Comme le remarque Georges Scelle, *op. cit.*, p. 38: «C'est le pluralisme que traduit le principe de souveraineté.»

juridiques internationaux repose sur la continuité de l'Etat comme personne en dépit des changements de gouvernements ou des bouleversements de l'ordre juridique interne. En 1986, dans l'*Affaire des Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua (fond)*, la Cour internationale de justice a affirmé avec force ce principe d'autonomie interne, en mettant en valeur le lien intrinsèque qui l'unit au principe de souveraineté :

(...) l'adhésion d'un Etat à une doctrine particulière ne constitue pas une violation du droit international coutumier ; conclure autrement reviendrait à priver de son sens le principe fondamental de la souveraineté des Etats sur lequel repose tout le droit international, et la liberté qu'un Etat a de choisir son système politique, social, économique et culturel³⁵.

On retrouve dans ce passage l'analogie opérée entre souveraineté de l'Etat et liberté de l'individu : l'autonomie interne des Etats joue le rôle, dans la théorie du droit international, de l'autonomie privée des individus.

Or la personnalisation de l'Etat est le concept juridique utilisé par le droit international pour garantir cette autonomie interne. L'Etat-personne vient en effet s'interposer entre une « sphère internationale » et une « sphère interne » nettement séparés. On assiste ainsi à un dédoublement de la personne de l'Etat³⁶ et, parallèlement, à l'apparition de la distinction entre une souveraineté interne et une souveraineté externe. Les conditions d'exercice de celle-ci ne sont pas liées à celle-là. La souveraineté externe est une notion abstraite, qui vient donner un contenu juridique à la qualité d'Etat, c'est à dire de sujet de droit. L'égalité des sujets – et donc leur respect mutuel – est au prix de cette fiction qui fait abstraction de la « vie privée » de l'Etat, c'est à dire de la sphère interne et singulièrement des relations que l'Etat entretient avec ses citoyens³⁷.

La protection de cette indépendance est assurée par des *principes originaires*, en quelque sorte attachés à la qualité d'Etat. Pour Christian Wolff, de même que les individus à l'état de nature, les Etats possèdent des *droits fondamentaux* qui sont en quelque sorte l'expression juridique de leur liberté³⁸. Un certain nombre d'auteurs du XIX^{ème} siècle systématiseront cette conception et dégageront cinq droits fondamentaux : droit de conservation (droit à la vie et à l'existence), droit d'indépendance (qui implique le principe de non intervention dans les affaires intérieures), droit à l'égalité, droit au respect mutuel (non-discrimination, courtoisie), droit au commerce international³⁹. Cette doctrine des droits fondamentaux

³⁵ *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, Fond, Arrêt du 27 juin 1986, Rec. C.I.J. 1986, p. 133.

³⁶ Cf. sur ce point D. Anzilotti, *op. cit.*, pp. 54-55.

³⁷ C'est dans ce cadre qu'il faut replacer les discussions sur la personnalité juridique internationale de l'individu, impossible selon les volontaristes. Ainsi pour Triepel : « Le particulier, du point de vue d'une communauté de droit liant les Etats en tant que tels, est incapable d'être investi de droits et de devoirs propres, découlant d'un système juridique de cette communauté. On ne peut concevoir l'individu, dans le cadre du droit international proprement dit, que comme objet de droits et de devoirs internationaux. » H. Triepel, *op. cit.*, p. 81. Cf. également D. Anzilotti, *op. cit.*, p. 134.

³⁸ C. Wolff, *op. cit.*, pp. 260 et ss.

³⁹ Cf. par ex. Lord Phillimore, *Droits et devoirs fondamentaux des Etats*, « R.C.A.D.I. » 1923, t. 1, pp. 29-71 et, dans une perspective critique, G. Scelle, *op. cit.*, pp. 113-121 ; G. Gidel, *Droits et*

connaîtra une certaine fortune, avant d'être critiquée au nom du positivisme juridique : il était en effet clair que, directement tirée des théories contractualistes du XVIII^e siècle, elle était indissociable d'une croyance en l'existence de droits naturels, c'est à dire de droits subjectifs qui seraient en quelque sorte inhérents à la personne de l'Etat dans l'état de nature⁴⁰.

Les volontaristes croient parvenir à une solution conforme à leur positivisme en substituant à ces droits fondamentaux soit des normes produites par une *Vereinbarung* s'opposant au *Vertrag*⁴¹, soit des principes coutumiers fondamentaux⁴². Mais ce faisant, ils échouent dans leur tentative et se maintiennent en fait dans l'orbite du droit naturel⁴³. Car l'existence d'une volonté unifiée implique inévitablement l'existence d'une personne juridique. Or si le droit découle de la volonté commune des Etats ou d'un pacte tacite entre ceux-ci, il est nécessaire que l'Etat préexiste à tout ordre juridique : dire cela, c'est admettre qu'il est une personne naturelle, dotée d'une volonté intrinsèque. Anzilotti tente d'échapper à cette contradiction en recourant à une norme hypothético-logique – *pacta sunt servanda* – dont l'accord originel tire sa validité juridique⁴⁴. Mais cet emprunt à la théorie normativiste de Kelsen n'est pas suivi de toutes les conséquences logiques qu'en tire ce dernier. La construction d'Anzilotti part indiscutablement du sujet, et non de la norme hypothétique, ce qui explique le maintien des hypothèses volontaristes : la coutume comme pacte tacite et le dualisme⁴⁵.

devoirs des Nations. La théorie classique des droits fondamentaux des Etats, « R.C.A.D.I. » 1925-V, t. 10, pp. 541-599, et en particulier pp. 594-595. Pour une synthèse récente : F. Poirat, *La doctrine des « droits fondamentaux de l'Etat »*, « Droits », 1992, t. 16, pp. 83-91.

⁴⁰ Un certain « retour du droit naturel » fait que l'on retrouve cette conception jusnaturaliste dans le texte même de la Charte des Nations Unies, à l'article 51, où est évoqué le « droit naturel de légitime défense » et, plus tard, dans la résolution 2625 (XXV), « Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre Etats conformément à la Charte des Nations Unies ». L'Assemblée générale évoque notamment, à propos du principe de l'égalité souveraine des Etats, les « droits inhérents à la pleine souveraineté ». P.-M. Dupuy, *Grands textes de droit international public*, Dalloz, 1996, p. 85.

⁴¹ C'est la doctrine de Triepel : « Peut seule être source du droit international, une volonté commune de plusieurs ou de nombreux Etats. Nous regardons comme le moyen de constituer une telle unité de volontés la « Vereinbarung », terme dont on se sert dans la doctrine allemande pour désigner les véritables unions de volontés, et les distinguer des « contrats » qui sont, d'après nous, des accords de plusieurs personnes pour des déclarations de volontés d'un contenu opposé. Nous trouvons cette « Vereinbarung » dans les traités par lesquels plusieurs Etats adoptent une règle qui doit régir leur conduite d'une façon permanente. » H. Triepel, *op. cit.*, pp. 82-83.

⁴² C'est le cas d'Anzilotti qui admet l'existence d'un droit international commun, tout en maintenant que celui-ci ne peut être que le produit d'accords aboutissant à la formation d'une coutume internationale : « Il y eut, d'abord, des convictions communes qui s'imposèrent ensuite peu à peu avec la force de normes obligatoires à tous les Etats entre lesquels s'établissaient des rapports, normes tellement liées avec les caractères et les exigences de ces rapports que le fait d'entretenir ceux-ci apparut comme indétachable de l'observance de ces normes et que l'entrée d'un nouveau membre dans la communauté internationale semble inséparable de leur acceptation, comme principes généraux et communs, historiquement donnés, de la communauté même. » D. Anzilotti, *op. cit.*, p. 90.

⁴³ Cf., sur ce point, la critique à notre avis déterminante de Hans Kelsen dans *Théorie du droit international public*, « R.C.A.D.I. » 1953-III, t. 84, pp. 126-128.

⁴⁴ Cf. D. Anzilotti, *op. cit.*, p. 161.

⁴⁵ De même, le volontarisme teinté d'objectivisme de Louis Delbez ne résiste pas à l'analyse. Pour ce dernier en effet, l'Etat « est un être réel, distinct des personnes individuelles qui le compo-

Car l'opacité de l'Etat-personne, condition du pluralisme, conduit nécessairement au dualisme juridique : le droit international et le droit interne sont, comme le dit Triepel, deux « systèmes juridiques distincts », « deux cercles qui sont en contact intime, mais qui ne se superposent jamais. »⁴⁶ Le dualisme découle du dédoublement de la personnalité de l'Etat et de la souveraineté : l'Etat ne peut logiquement être soumis dans son ordre interne à des normes qui proviennent directement de l'ordre international. Car l'Etat « interne » est rendu « invisible » par l'écran formé la personnalité internationale de l'Etat et ce n'est qu'au terme d'une nouvelle procédure de transposition que le contenu de la norme internationale, devenue norme interne car découlant de la volonté de l'Etat « interne », pourra prendre effet sur le sol national.

2. CRISE DU SUJET DE DROIT ET CRISE DE LA SOUVERAINETÉ : LA RECHERCHE DE NOUVEAUX FONDEMENTS

A. Critique des conceptions subjectivistes

Le volontarisme juridique est un subjectivisme, en ce sens que la possibilité du droit est pensée à partir du sujet. En l'absence de tout fondement divin, c'est la volonté du sujet qui, unie à celle de ses semblables, permet l'émergence d'un système normatif assorti d'un pouvoir de contrainte. Or la pensée de la fin du XIX^{ème} siècle et du début du XX^{ème} siècle remet fondamentalement en cause ces présupposés des philosophies contractualistes⁴⁷. L'analyse économique des sociétés, avec Adam Smith et David Ricardo, mais surtout Marx, met en valeur la sujétion de l'individu aux mécanismes de l'économie. Le développement de la sociologie conduit aux mêmes conclusions objectivantes : les individus apparaissent soudain dans leur nudité, non plus revêtus d'une liberté inhérente à leur nature, mais prisonniers des déterminations sociales et économiques. Dans cette nouvelle manière d'envisager la société et le pouvoir, le droit perd le rôle central qu'il occupait dans les théories contractualistes. Alors que le droit exprimait l'outil par lequel l'individu conservait la maîtrise sur sa propre histoire, la démonstra-

sent » et « doué d'une existence propre ». Mais la personnalité, contrairement à ce qu'ont affirmé les volontaristes, « ne réside nullement dans les attributs de la conscience ou de la volonté mais désigne tout simplement l'aptitude à avoir des droits. » Pourtant, un peu plus loin, M. Delbez explique la soumission de l'Etat au droit objectif par le fait qu'il s'agit d'une « réalité juridique » observable dans les constitutions écrites ou non écrites (Grande-Bretagne). Mais un tel argument revient à déduire la validité du droit international d'une disposition de droit national et donc à la soumettre à la « volonté » de l'Etat. L. Delbez, *Les principes généraux du droit international public. Droit de la paix, droit préventif de la guerre, droit de la guerre*, 3^{ème} éd., L.G.D.J., 1964, pp. 79 et 84.

⁴⁶ H. Triepel, *op. cit.*, p. 83.

⁴⁷ Nous suivons ici l'analyse pénétrante de Jürgen Habermas dans *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, trad. R. Rochlitz, C. Bouchindhomme, Paris, N.R.F., coll. Essais, Gallimard, 1997, Chapitre II : Conceptions sociologiques du droit et conceptions philosophiques de la justice, pp. 56 et ss.

tion de l'incapacité de l'individu isolé à contrôler cette histoire ramène le droit à un simple épiphénomène, à un facteur social parmi d'autres⁴⁸. Dans la manière d'envisager les relations internationales, l'approche sociologique conduit à la relativisation extrême du droit international, réduit à un simple facteur du « decision-making process ». Les néo-réalistes se distinguent des réalistes⁴⁹ par ce refus de mettre l'Etat comme personne au centre de leur réflexion. Ainsi s'élabore une théorie des « régimes » où le droit semble émerger de l'interaction de différents facteurs sociologiques⁵⁰.

La doctrine internationaliste ne pourra, elle non plus, rester indifférente à cette remise en cause de la prééminence du sujet. Tandis que certains s'efforcent d'atténuer les présupposés subjectivistes qui sous-tendent leur conception des rapports juridiques internationaux⁵¹, d'autres se refusent à contourner l'obstacle et prennent acte de la déchéance du sujet comme fondement de l'ordre juridique. Tous s'entendent sur le caractère improbable des droits naturels. Mais seul le courant dit « objectiviste » tire véritablement toutes les conséquences du positivisme juridique : si le sujet de droit ne peut exister qu'en vertu de l'ordre juridique, et non d'un droit de nature imaginaire, alors le sujet ne peut servir de fondement à cet ordre juridique. Il est donc nécessaire de trouver un nouveau fondement au droit, un fondement qui ne soit pas lié à une capacité de l'Etat-personne comme sujet d'un droit déjà constitué, mais un fondement « objectif », à la fois extérieur au droit et non lié à une quelconque subjectivité.

B. Echec des conceptions objectivistes

L'échec des conceptions objectivistes provient du fait qu'elles ne parviennent pas à substituer un nouveau fondement au droit à l'ancien fondement que constituait la volonté des sujets. Elles semblent soit dans un normativisme abstrait, avec Hans Kelsen, soit dans un relativisme sociologique absolu, avec Georges Scelle. Nous nous limiterons principalement à l'étude de la pensée de ces deux auteurs, à la fois pour des raisons qui tiennent au caractère nécessairement limité de cette étude dans le domaine de la théorie du droit, mais aussi en raison de l'exception-

⁴⁸ J. Habermas, *op. cit.*, p. 62 : « Sur la voie qui, des premières controverses menées au XVIII^e siècle entre doctrines relatives à la société naturelle et au droit naturel, conduit au structuralisme et à la théorie des systèmes, la réflexion sociologique semble miner de façon irrévocable non seulement l'approche prescriptiviste et rationaliste par laquelle les théories contractualistes abordent la société, mais, d'une façon générale, le droit en tant que catégorie centrale de la théorie sociale. »

⁴⁹ On désigne sous ce terme l'école américaine des relations internationales dont l'auteur le plus représentatif est Hans Morgenthau. Voy. H. Morgenthau, *Politics among Nations, the Struggle for Power and Peace*, New York, A. Knopf, 6^{ème} édition, 1985. Mais aussi, en France, R. Aron, *Paix et guerre entre les Nations*, Paris, Calmann-Lévy, 1962.

⁵⁰ Cf. par ex. S. D. Krasner, *Structural Causes and Regime Consequences : Regimes as Intervening Variables*, « International Organization », vol. 36, n°2, 1982.

⁵¹ Dionizio Anzilotti nous semble représentatif de cette tendance. Voir les remarques à ce sujet *supra*. D'une manière générale, tout le courant « volontariste » à partir du début du XX^e siècle récuse la notion de droits naturels de l'Etat et relativise sa conception de la souveraineté, tout en en conservant toutes les conséquences sur le plan juridique : le droit est issu de la volonté de l'Etat, ce qui implique qu'il n'y a pas d'obligation internationale que l'on puisse opposer à un Etat sans son consentement ; le droit international et le droit interne constituent deux sphères séparées etc.

nelle cohérence et de la représentativité des systèmes théoriques élaborés par eux. Kelsen et Scelle, chacun à leur manière, déduisent toutes les conséquences d'une conception objectiviste du droit, ce qui les amènent à une mise en cause radicale des notions d'incorporation de l'Etat, de souveraineté et du dualisme qui en résulte.

1) *L'objectivisme normativiste de Hans Kelsen*

Dans son œuvre de construction d'un système « pur » de tout élément extra-juridique, Hans Kelsen ne peut que repousser toute référence au droit naturel, reliquat des idéologies du XVIII^e siècle. Le positivisme de Kelsen est radical⁵², en ce sens qu'il repose sur une distinction absolue entre science du droit et science de la nature. Tandis que cette dernière obéit à un principe de causalité, la science du droit suit un principe d'imputation: c'est le devoir-être qui caractérise le droit, le fait qu'en vertu d'une norme une sanction soit imputée à un comportement illícite⁵³. Conséquemment, le droit ne peut être déduit de la nature humaine, dont l'étude pourra sans doute permettre de tirer des conclusions quant à l'être, sans pouvoir rien en déduire sur le plan du droit, c'est à dire du devoir-être. Dans le fil de la critique sociologique, Kelsen nie que l'individu soit par nature libre: il constate au contraire sa soumission à des lois causales qui le déterminent. L'individu, dans la nature, est soumis à la nécessité⁵⁴. La liberté, dès lors, ne peut être que le fruit d'un ordre normatif: seul le droit, en établissant un principe d'imputation, est en mesure d'arracher l'homme aux déterminations du monde empirique⁵⁵. Il découle logiquement de cela que la liberté ne peut précéder le droit et ne peut être la condition de possibilité du droit, puisqu'elle en est au contraire la résultante. Si donc la liberté n'existe pas à l'état de nature, l'idée d'une personne dotée de « droits subjectifs » qui préexisterait à l'ordre juridique est par conséquent erronée⁵⁶. Pour Kelsen, en effet, « la notion de sujet de droit ou de personne » est « une construction artificielle, un concept anthropomorphique créé par la science juridique en vue de présenter le droit de façon suggestive »⁵⁷.

⁵² Cf. dans ce sens: N. Bobbio, *Kelsen et les sources du droit*, « Archives de philosophie du droit », t. 27, 1982, pp. 135-145; H. Battifol, *Problèmes de base de philosophie du droit*, Paris, L.G.D.J., 1979, p. 55.

⁵³ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. H. Thévenaz, Neuchâtel, Editions de la Baconnière, 1988, pp. 26 et ss.

⁵⁴ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. Ch. Eisenmann, reprint, Paris, L.G.D.J., 1999, p. 125.

⁵⁵ *Id.*, p. 134: « De ce qui précède, il résulte que ce n'est nullement la liberté, entendue comme la non-détermination causale de la volonté, qui rend l'imputation possible, mais que, tout à l'inverse, l'imputation suppose la déterminabilité causale de la volonté. On n'impute pas là l'homme parce qu'il est libre, mais l'homme est libre parce qu'on lui impute. »

⁵⁶ Kelsen note le lien intrinsèque qui unit la notion de personne à celle de droit subjectif: « La notion de sujet de droit ou de personne est étroitement liée à celle de droit subjectif. Il ne s'agit au fond que de deux aspects de la même notion. La personne, dont le modèle est le propriétaire, est le titulaire d'un droit subjectif. Elle est conçue comme un être juridique indépendant de l'ordre juridique. Il y aurait ainsi une personnalité juridique que le droit objectif trouverait en quelque sorte préexistante dans l'individu et dans certaines collectivités et qu'il serait seulement appelé à reconnaître, s'il veut être un véritable « droit ». » H. Kelsen, *Théorie pure...*, trad. H. Thévenaz, p. 104.

⁵⁷ *Id.*, p. 113.

Par conséquent, l'Etat, comme personne morale, est donc une réalité fictive, un concept juridique qui facilite la description du droit, mais dont on pourrait se passer. Kelsen remarque qu'une telle conception s'oppose radicalement à la théorie positiviste classique qui fonde la possibilité du droit sur la volonté d'une personne considérée à l'état de nature :

Si la nature véritable de la personne physique est souvent mal comprise, c'est qu'on se fait une idée fausse de la personne physique. On suppose qu'afin d'être une personne, un individu doit avoir une volonté. C'est interpréter à tort le fait qu'une personne est, par définition, titulaire de droits et d'obligations que de dire qu'elle a une volonté lui permettant de créer et de mettre en application des droits et des obligations⁵⁸.

Avec cette remise en cause des axiomes des théories du contrat social, c'est toute la construction subjectiviste du droit qui s'écroule.

La conséquence inévitable de cette doctrine est, en droit international, la remise en cause du « dogme de la souveraineté » de l'Etat⁵⁹. La souveraineté, comme on l'a vu, est calquée chez les volontaristes, sur la liberté des individus à l'état de nature. Elle est donc, pour Kelsen, un héritage du subjectivisme et en tant que telle doit être disqualifiée. Avec elle, ce sont dans le même temps les prétendus « droits fondamentaux » de l'Etat qui sont niés puisqu'ils relèvent, eux aussi, d'une conception jusnaturaliste⁶⁰. Mais surtout, la théorie kelsénienne aboutit à l'affirmation du monisme à primauté de droit international, contre le dualisme et le monisme à primauté de droit interne prôné par les volontaristes. L'Etat est un ordre juridique partiel, surplombé par le droit international qui entretient avec l'ordre interne un rapport de subordination. En raison de l'unité profonde de l'ordre juridique, l'Etat est considéré comme un organe du droit international, même s'il est nécessaire de rappeler que la personnalisation de l'Etat relève d'une simple fiction⁶¹.

Dans cette construction, la dissociation entre une souveraineté interne et une souveraineté externe est impensable. L'Etat ne constitue plus un voile opaque per-

⁵⁸ H. Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'Etat*, trad. B. Laroche, Paris, L.G.D.J., 1997, p.159.

⁵⁹ Cf. par ex. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. H. Thévenaz, p. 187 : « Le dogme de la souveraineté de l'Etat et la primauté de l'ordre juridique national, qui en est la conséquence, se rattachent à la conception subjectiviste, tendant en dernière analyse au solipsisme qui place l'individu, le moi, au centre du monde et ne voit dans ce monde qu'un objet de la volonté et de la représentation du moi. »

⁶⁰ Cf. H. Kelsen, *Théorie du droit international public*, *op. cit.*, pp 101 : « L'Etat possède la personnalité internationale parce qu'il est sujet d'obligations et de droits établis par le droit international, mais une telle constatation ne comporte aucune détermination du contenu de ces droits et obligations. La notion de personnalité juridique a un caractère purement formel. Du fait que l'Etat possède une personnalité internationale il n'est pas possible de déduire qu'il a certains droits particuliers, tels que le droit à l'égalité juridique, au respect, à l'indépendance (ou à la souveraineté), à l'existence ou encore le droit de juridiction ou celui de ne pas subir d'interventions de la part des autres Etats (...) L'idée de déduire ces droits de la personnalité internationale de l'Etat est fondée sur la supposition que l'Etat existe en tant que personne juridique ou sujet de droit avant même d'entrer dans la communauté internationale, qu'il entre volontairement dans cette communauté et à la condition de conserver ses droits fondamentaux et notamment le droit à l'égalité et le droit à l'indépendance ou la souveraineté. »

⁶¹ Sur ces aspects, cf. H. Kelsen, *Théorie du droit international public*, *op. cit.*, chapitre IV, pp. 182 et ss.

mettant de séparer une « sphère interne » d'une « sphère internationale », puisque l'ordre juridique est une unité. Il en découle nécessairement une plus grande transparence quant à la position de l'individu vis-à-vis du droit international : celui-ci est un sujet indirect du droit international, en ce sens que les individus « sont indirectement et collectivement, en leur qualité d'organes ou de membres de l'Etat, les sujets des obligations, responsabilités et droits subjectifs présentés comme les obligations, responsabilités et droit subjectifs de la personne juridique de l'Etat. »⁶²

On assiste donc à une *désincorporation* de l'Etat, dans la mesure où l'incorporation signifiait, avec les volontaristes, l'assimilation de l'Etat à un super-homme, représentant, à travers une volonté unifiée, la somme des individus le « composant »⁶³. Cette désincorporation s'accompagne nécessairement d'une substitution du fondement juridique du droit : si la volonté ne peut produire du droit qu'en vertu d'une habilitation conférée par l'ordre juridique, c'est que la réponse du fondement de validité de la norme se trouve dans l'ordre juridique lui-même, dans une norme juridique supérieure. L'ordre juridique constitue ainsi une pyramide, un système « dynamique » de norme, chaque norme supérieure déterminant les conditions de validité d'une norme inférieure. De proche en proche, on parvient à la base de la pyramide à une norme unique : c'est la norme fondamentale qui sert de fondement ultime à la construction kelsénienne et qui, elle, est en dehors du droit. C'est une norme non « posée » comme les autres normes de l'ordre juridique, mais une norme supposée, une norme que Kelsen qualifie de logique-transcendantale. En droit international, cette norme fondamentale est la norme qui institue la coutume des Etats comme fait créateur de droit⁶⁴.

La norme fondamentale est un fondement problématique. Kelsen s'en est longuement expliqué dans ses différents écrits et les critiques adressées à son œuvre ont principalement porté sur cet aspect, disqualifiant ainsi le système dans son entier.

La norme fondamentale ne constitue en tous cas aucunement un retour au droit naturel. Kelsen l'a plusieurs fois souligné : elle ne fournit pas un fondement transcendant au droit, en ce sens qu'elle ne porte pas sur le contenu des normes qui composent l'ordre juridique, mais sur la manière dont elles sont posées⁶⁵. Le projet de Kelsen revient en fait à transposer la conception kantienne de la causalité comme catégorie de la logique transcendantale au domaine du droit. Là où Kant voit dans le devoir une idée morale et par conséquent transcendante, Kelsen fait du *Sollen*, au même titre que la causalité, une catégorie logique des sciences normatives. Ainsi, l'imputation, placée « sur le même plan que la causalité, a un caractère radicalement antimétaphysique et anti-idéologique. »⁶⁶

⁶² *Id.*, p. 85.

⁶³ H. Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'Etat*, *op. cit.*, p. 239 : « La thèse de la volonté de l'Etat comme réalité psychologique ou sociologique équivaut à l'hypostase d'une abstraction en une entité réelle, comme si l'on attribuait à une relation normative entre individus un caractère substantiel ou personnel. (...) La tendance à hypostasier la volonté d'un sur-homme, d'un être supranaturel, poursuit une visée idéologique indubitable. (...) L'idéologie de l'intérêt commun au sein de l'Etat sert à masquer ces inévitables conflits d'intérêts. »

⁶⁴ H. Kelsen, *Théorie pure...*, trad. Ch. Einsenmann, p. 218.

⁶⁵ *Id.*, p. 201.

⁶⁶ H. Kelsen, *Théorie pure...*, trad. H. Thévenaz, p. 69. Cf également trad. Ch. Einsenmann, p. 201-202.

C'est donc plutôt le reproche inverse que l'on devrait formuler à Kelsen : celui de ne pas assez prêter attention aux valeurs qui informent le droit⁶⁷. En créant un système parfaitement formel, délivré de toute interférence avec des éléments extra-juridiques, Kelsen emmène le système juridique à un degré d'abstraction incompatible avec les liens qu'il entretient *de facto* avec les structures sociales et politiques. Ce faisant, il le prive d'un élément de critique fondamental, en rendant son examen absolument imperméable aux conceptions du juste et de l'injuste. Dans un texte sur la « doctrine du droit naturel et le positivisme juridique »⁶⁸, Kelsen justifie cette attitude par la nécessaire modestie l'esprit devant l'« énigme du monde »⁶⁹. On ne saurait la nier, écrit-il, sauf à faire preuve de cécité ou d'aveuglement, mais on doit considérer cette énigme comme une limite indépassable de la connaissance⁷⁰. La norme fondamentale permet de conserver cette modestie car elle ne peut fonder aucune prétention à une valeur absolue⁷¹. Elle présente de ce fait l'avantage d'être absolument a-politique, de se détacher de toute tentative de justification de l'ordre juridique, qui constitue le véritable objet des doctrines du droit naturel⁷².

Ainsi Kelsen s'oppose à la théorie traditionnelle, quant à elle « peu disposée à admettre que l'ordre social de l'Union soviétique soit un ordre juridique au même titre que celui de l'Espagne franquiste ou de la France démocratique et capitaliste. »⁷³

Ce relativisme est conforme au pluralisme de la société internationale. D'une certaine manière, Kelsen préserve ainsi sa théorie des dangers pratiques qu'implique son monisme absolu. Mais ce relativisme présente aussi une difficulté majeure : renonçant à tout étalon qui permettrait de remplir une fonction critique du droit en vigueur, la « théorie pure » laisse totalement désarmé face au despotisme⁷⁴. L'incapacité de « juger » le droit positif revient en fait à cautionner celui-ci sans condition : le décret d'un autocrate est du droit, parce que l'autocrate tire sa compétence de la constitution⁷⁵. La déduction logique est imparable : puisque l'autocrate est lui-même l'auteur de la constitution, son décret ne peut faire autre-

⁶⁷ En ce sens, M. Virally, *La pensée juridique*, L.G.D.J./E.J.A., 1998, pp. XIX-XX. Ch. Perelman, *Peut-on fonder les droits de l'homme?*, in *Ethique et droit*, Editions de l'Université de Bruxelles, 1990, pp. 472-473.

⁶⁸ En appendice de la *Théorie générale du droit et de l'Etat*, *op. cit.*, trad. Valérie Faure, pp. 437-492.

⁶⁹ *Id.*, p. 480.

⁷⁰ *Id.*

⁷¹ *Ibid.*, p. 482.

⁷² *Ibid.*, pp. 491-492.

⁷³ H. Kelsen, *Théorie pure...*, trad. H. Thévenaz, p. 69.

⁷⁴ Cf. A. Renaut, L. Sosoe, *Philosophie du droit*, Paris, P.U.F., 1991, pp. 27-28. Leo Strauss pose le problème dans ces termes : « Rejeter le droit naturel revient à dire que tout droit est positif, autrement dit que le droit est déterminé exclusivement par les législateurs et les tribunaux des différents pays. Or il est évident qu'il est parfaitement sensé et parfois même nécessaire de parler de lois ou de décisions injustes. En passant de tels jugements, nous impliquons qu'il y a un étalon du juste et de l'injuste qui est indépendant du droit positif et lui est supérieur : un étalon grâce auquel nous sommes capables de juger le droit positif. » L. Strauss, *Droit naturel et histoire*, Paris, Plon, 1954, pp. 14-15.

⁷⁵ H. Kelsen, *Théorie du droit international public*, *op. cit.*, p. 74.

ment que de respecter celle-ci. Mais à ce point précis, le voile de la « pureté » se lève pour laisser la place à l'élément central, mais caché, de la construction : le pouvoir de créer, le pouvoir d'imposer des normes. Noberto Bobbio a parfaitement mis en lumière le fait que la théorie pure aboutissait à faire du droit l'apanage exclusif du pouvoir :

... on est en condition de créer du droit dans la mesure où on a le pouvoir ou la force de le faire. Ce qui signifie que la création de normes juridiques est l'effet de l'exercice d'un pouvoir (...) On comprend alors pourquoi selon Kelsen, le droit n'est pas déclaré mais posé, imposé, créé. L'existence (ou bien la validité) du droit dépend exclusivement de l'existence d'un pouvoir, ou d'une force capable d'imposer (ou d'autoriser) des comportements et d'en obtenir l'accomplissement ayant même recours en dernière instance à la contrainte, suprême manifestation de la puissance de l'Etat (Staatsgewelt)⁷⁶.

Dans la théorie pure, le droit donne sa caution au pouvoir, à n'importe quel pouvoir. La légalité n'est que l'expression du pouvoir. Dès lors, plus aucune borne ne retient celui-ci.

On ne peut en faire grief à Kelsen. Les théories subjectivistes du droit portaient en elles-mêmes une théorie politique de légitimité et c'est précisément ce que Kelsen, en cherchant à construire une théorie « pure », voulait expulser. Mais la question se pose de savoir s'il est possible de construire une théorie du droit qui soit totalement détachée du problème de la légitimité. L'expérience des totalitarismes de l'entre-deux guerres conduit à répondre par la négative : car en construisant une théorie centrée sur la légalité, Kelsen devait *logiquement* reconnaître la qualité d'ordre juridique à des Etats dont le système juridique et institutionnel constituait pourtant, en lui-même, une négation du droit⁷⁷. Là se situe l'aporie déterminante de la théorie pure⁷⁸.

2) *L'objectivisme sociologique de Georges Scelle*

« D'où viennent les règles de Droit ? Du fait social lui-même et de la conjonction de l'éthique et du pouvoir. »⁷⁹

⁷⁶ N. Bobbio, *op. cit.*, pp. 144-145.

⁷⁷ Cf. D. LOCHAK, « Droit et non droit dans les institutions totalitaires », in *L'institution*, Paris, PUF, 1981.

⁷⁸ Kelsen n'était pas dupe : il reconnaissait qu'« une vision du monde antimétaphysique, scientifico-critique, avec un idéal d'objectivité, semble ne pouvoir prospérer que dans des périodes de calme relatif et d'équilibre social. Dès que les fondements de la société sont profondément ébranlés, et avec eux, la conscience de soi de l'individu, – comme ce fut le cas avec la Grande Guerre –, dès que la plupart des valeurs qu'on avait jusque là acceptées tout naturellement sont remises en question, dès que l'opposition entre les groupes d'intérêts est poussée à l'extrême, et que, par suite, s'enflamme le combat pour un ordre nouveau : surgit alors le besoin renforcé d'une justification absolue des principes qui font leur apparition dans ce combat. » Ainsi, Kelsen, en mettant à nu les fondements de la doctrine du droit naturel et du positivisme a-t-il en réalité cherché à « montrer que l'opposition entre ces deux tendances fondamentales de la science du droit est enracinée dans le tréfonds de la vision du monde et du caractère, et qu'il s'agit d'une querelle intellectuelle sans fin, qui ne connaîtra jamais de conclusion définitive. » On voit ici que ce relativisme critique de Kelsen était incompatible avec le dogmatisme. H. Kelsen, *La doctrine du droit naturel...*, *op. cit.*, p. 492.

⁷⁹ G. Scelle, *op. cit.*, p. 6.

Très influencé par la théorie du droit social de Duguit, Georges Scelle récusé en premier lieu le dogme de l'autonomie de la volonté tiré des théories contractualistes. Il y voit une hypothèse métaphysique, inacceptable pour un positiviste conséquent. En ce sens, Scelle, comme Kelsen, tire toutes les conséquences de la critique de la philosophie du sujet : il n'y a pas de liberté inhérente à la personne humaine ; « ce que nous appelons autonomie de la volonté, c'est un domaine réservé par le Droit à la liberté individuelle. De telle sorte que tout ce que nous appelons liberté est l'envers d'une contrainte. »⁸⁰ Le droit ne peut être construit à partir du sujet de droit, encore moins de l'Etat comme personne dotée d'une volonté.

Cet anti-subjectivisme sociologique ne peut qu'aboutir à la *désincorporation* de l'Etat. Pour Scelle, la personnalité morale est une fiction⁸¹. L'Etat est une société parmi d'autres et une « société » est un « milieu intersocial »⁸², un groupement d'individus, réunis par des liens de solidarité involontaire⁸³. « Il n'y a de sociétés que d'individus »⁸⁴. Scelle met par conséquent fin au mythe de l'Etat-personne. Celui-ci dissimule la véritable nature de l'Etat, cache, derrière un écran, les individus « dont les volontés et compétences sont les seules réalités »⁸⁵. Il est donc nécessaire de transpercer cet écran pour apercevoir à travers lui une organisation politique et des compétences réparties entre des individus, agents, gouvernants, ressortissants, administrés... Seuls les individus ont l'intelligence nécessaire pour comprendre la norme. Seuls les individus, par conséquent, sont sujets de droit⁸⁶. Dès lors, « [s]i la notion d'Etat-personne se dissout ainsi dans celle de ses agents ou gouvernants, la notion de souveraineté s'évanouit aussitôt, car elle ne peut appartenir à aucun sujet de droit. »⁸⁷

La souveraineté, comme la liberté des individus à l'état de nature, est « un simple postulat du Droit naturel ou originaire indémontré et indémontrable »⁸⁸. Et la doctrine des « droits fondamentaux de l'Etat » relève, elle-aussi, du « dogme des droits subjectifs » qui ignore la nature réellement objective du droit⁸⁹.

⁸⁰ G. Scelle, *Règles générales du droit de la paix*, « R.C.A.D.I. » 1933-IV, t. 46, p. 347.

⁸¹ G. Scelle, *Manuel*..., *op. cit.*, p. 14 ; *Règles générales*..., *op. cit.*, p. 366 : « L'existence matérielle ou phénoménale d'une société, d'un Etat, d'une ville, d'une fédération, et les phénomènes de solidarité qui sont à leur base, ne sont pas contestables. Le vocable de « personnalité », au lieu de celui de phénomène ou d'entité, ne nous choquerait en aucune façon si le droit classique, sans doute sollicité par cette identité des vocables, n'en était arrivé à transformer cette assimilation terminologique en une assimilation matérielle et quasi métaphysique. Le juriste traditionnel semble croire (et le législateur avec lui) que la collectivité, le groupe, le but social, personnalisés, possèdent une substance corporelle et une substance intellectuelle, notamment une volonté, distinctes, de celles des individus qui les composent, et se superposent à elles. »

⁸² G. Scelle, *Règles générales*..., *op. cit.*, p. 341.

⁸³ *Id.*, p. 339.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 342.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 366.

⁸⁶ *Id.*

⁸⁷ *Id.*, p. 371.

⁸⁸ G. Scelle, *Manuel*..., *op. cit.*, p. 96.

⁸⁹ *Id.*, p. 113 et ss. et en particulier p. 121 où Scelle relève l'analogie avec la doctrine des droits subjectifs sur le plan interne.

Scelle voit donc dans la société internationale une société d'individus, résultant non d'une juxtaposition d'Etats-personnes, mais « de l'interpénétration des peuples par le commerce international »⁹⁰. De là un monisme absolu : les relations internationales sont perçues comme « des relations inter-individuelles ou inter-groupales qui se nouent au-dessus des frontières »⁹¹ ; quand à l'ordre juridique international lui-même, il constitue un droit interétatique global, à la construction duquel participent les gouvernants et les agents étatiques, mais en tant que *legislateurs internationaux*, et cela en vertu de la loi du dédoublement fonctionnel⁹². Plus que hiérarchie, dit Scelle, il y a *fusion* entre les ordres juridiques : le droit international absorbe les droits internes. De même, « les ordres juridiques internationaux particuliers se trouvent d'abord conditionnés, puis absorbés par les ordres juridiques internationaux plus larges (...) et ces derniers à leur tour, dans l'ordre juridique international global du droit des gens. »⁹³

On comprend à ce point que le projet de Scelle est de démontrer l'unité du Droit à la fois comme ordre normatif⁹⁴ et comme technique⁹⁵. Le corollaire de cette unité conceptuelle est nécessairement l'unité du sujet de droit : l'individu. Mais cette mise en valeur de l'individu ne signifie nullement que celui-ci soit mis au centre de la construction. L'individu est sujet de droit parce que le Droit lui attribue des compétences. La volonté est moteur du droit, elle n'en est pas la source.

La véritable source du droit se trouve dans le fait social⁹⁶. Mais dans le fait social transcendé sous l'effet d'une solidarité naturelle à l'échelle d'une société particulière : ce que Scelle nomme l'« éthique » désigne dans une société « le sentiment indistinct et collectif du bien et du mal, du bon et du mauvais, de l'utile et

⁹⁰ *Ibid.*, p. 18.

⁹¹ *Ibid.*, p. 19.

⁹² G. Scelle, *Règles générales...*, *op. cit.*, p. 368 : « ... dans l'ordre interétatique, où il n'existe pas de gouvernants et agents spécifiquement internationaux, les agents et gouvernants étatiques qui les remplacent sont investis d'un *double rôle*. Ils sont agents et gouvernants *nationaux* lorsqu'ils fonctionnent dans l'ordre juridique étatique ; ils sont agents et gouvernants *internationaux* lorsqu'ils agissent dans l'ordre juridique international. C'est ce que nous appellerons *la loi fondamentale du dédoublement fonctionnel*. »

⁹³ *Id.*, p. 353.

⁹⁴ *Id.*, p. 353 : « Ainsi, depuis les réglementations autonomes ou décentralisées, les plus squelettiques des communautés locales et communales des sociétés étatiques centralisées, jusqu'au faisceau normatif et coutumier de la société œcuménique des peuples, il n'existe en réalité qu'un vaste système de Droit dont les stratifications juridiques acquièrent chaque fois plus d'ampleur, à mesure qu'elles se superposent, et conditionnent automatiquement les stratifications juridiques inférieures qu'elles englobent et recouvrent. »

⁹⁵ G. Scelle, *Manuel...*, *op. cit.*, p. 24 : « Dans ses traits essentiels, la technique du droit est *une*. »

⁹⁶ Par fait social, Georges Scelle entend, conformément à la sociologie durkheimienne, deux phénomènes de solidarité distincts : la solidarité par similitude, ou loi d'attraction des semblables, qui pousse les personnes possédant en commun des « caractères ethniques », « le langage, les croyances, la psychologie (...) », le processus historique » à s'unir en société ; et la solidarité par division du travail qui, à la différence de la première, est « conçue et voulue » et qui « implique le libre épanouissement des différentes aptitudes individuelles et collectives. Elle est donc à la base du programme économique, moral et culturel, puisqu'elle est la loi des échanges. » G. Scelle, *Manuel...*, *op. cit.*, p. 7.

du nuisible, du juste et de l'injuste, du social et de l'anti-social, du licite et de l'illite.»⁹⁷

D'où la construction, sur cette base, d'une théorie de la coutume qui vient démasquer la fiction volontariste de l'accord tacite. Pour Georges Scelle, en effet, la coutume constitue « la source intuitive et collective de la règle de droit »⁹⁸. Il décrit ainsi un processus spontané et collectif qui ne tire pas sa force de l'acceptation individuelle de ceux qui y sont soumis, mais bien de la « contrainte sociale » qu'elle exerce *de facto*⁹⁹.

En revanche, la conception que Scelle formule du droit écrit est plus problématique :

Ce n'est pas de la volonté du législateur que la règle tire sa force obligatoire, même lorsqu'elle prend la forme autoritaire. C'est de sa conformité avec la source matérielle et profonde du Droit, de sa correspondance avec la nécessité et l'intérêt publics ou la finalité sociale. Le législateur ne peut créer le contenu de la loi. Il est chargé uniquement de rechercher, de traduire en l'exprimant, la règle de droit nécessaire ou utile à un moment donné. (...) Autrement dit, le législateur procure à la loi l'élément pouvoir, mais il est lié par l'élément éthique¹⁰⁰.

Ce passage met bien en valeur un aspect fondamental de l'opposition entre l'objectivisme de Georges Scelle et celui de Hans Kelsen. Scelle s'oppose à une définition purement formaliste du droit. Sa vision du droit comme contrainte sociale, tirée de la sociologie durkeimienne, le conduit à envisager l'ordre juridique comme un ensemble de normes qui sont non seulement positives – en vigueur dans une société à un moment donné – mais qui sont également légitimes, en ce sens qu'elles se rapportent à l'« éthique » présente dans une société, c'est à dire à la conscience publique dans cette société.

En ce sens, la théorie scellienne se rapproche de la doctrine du droit naturel : elle cherche à définir un droit qui soit supérieur au droit positif et à l'aune duquel on puisse le juger. Mais une différence de taille sépare l'objectivisme sociologique du jusnaturalisme : c'est que « l'idée de droit » n'est pas immuable, comme dans la doctrine du droit naturel, mais bien relative¹⁰¹. L'éthique dicte le « droit

⁹⁷ *Id.*, p. 8.

⁹⁸ *Id.*, p. 10.

⁹⁹ Cette conception n'est toutefois pas dénuée d'ambiguïté. Scelle, ainsi, continue à parler de la coutume comme d'une « source » du droit, au même titre que le droit écrit. Surtout, il semble s'accommoder de la définition apportée par l'article 38 du Statut de la Cour permanente de justice internationale et se voit par conséquent obligé d'admettre l'idée d'un « second élément » de la coutume, sous la forme d'une *opinio juris* qu'il décrit comme étant « le faisceau des consentements individuels prêts à reconnaître et à subir la règle de droit ainsi découverte et extériorisée. » G. Scelle, *Manuel...*, *op. cit.*, p. 575. Il n'explique pas comment il concilie ce « faisceau des consentements » avec l'idée selon laquelle la coutume « n'a pas à être « reconnue » ou acceptée par les gouvernements pour leur être opposable. Notamment, elle s'applique *ipso facto* à tous les Etats et gouvernements nouveaux soit de la société du Droit des gens, soit d'une société internationale particulière. *Id.*, p. 577. Reste que le grand avantage de la conception scellienne de la coutume est de ne pas exclure qu'une coutume puisse être engendrée par des actes de simples particuliers, conséquence logique de l'idée selon laquelle les individus sont les seuls vrais sujets du droit international. *Cf. Id.*, pp. 574-575.

¹⁰⁰ *Id.*, p. 11.

¹⁰¹ Cf. à ce propos A. von Verdross, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence internationale*, « R.C.A.D.I. » 1935-II, t. 52, p. 201.

nécessaire ou utile à un moment donné » et dans une société donnée. Elle est l'ouvrage du « fait social », non d'une volonté divine ou même de la raison pratique¹⁰².

En ce sens, la théorie scellienne propose une vision véritablement « réaliste » de l'ordre juridique, à la fois résolument positiviste, mais aussi loin des abstractions kelsénienne autour de la « norme fondamentale », condition logique-transcendante de l'ordre juridique.

Mais là où cette théorie devient problématique, c'est lorsqu'elle envisage la question de l'articulation entre le pouvoir et le droit. Pour Georges Scelle, le pouvoir est la condition de l'efficacité de la règle de droit¹⁰³. Les règles de droit se caractérisent, parmi les différents types de contrainte sociale (morale, religion, bienséance...) par le fait qu'« elles sont les seules à être sanctionnées par l'organisation de la puissance publique »¹⁰⁴. Autrement dit, le pouvoir confère à la règle « objective » son caractère juridique en attachant à son non-respect l'exécution d'une sanction. Le pouvoir représente donc la factualité d'une contrainte sociale institutionnalisée sous la forme de la puissance publique. Mais inversement, le pouvoir est soumis à la règle « éthique », au droit « objectif », en ce sens que son non-respect par le législateur fait l'objet d'une sanction en quelque sorte immnente :

La non-concordance de l'éthique et du pouvoir rend la force du droit positif précaire et le droit positif lui-même anti-juridique¹⁰⁵.

Georges Scelle distingue donc deux types de pouvoirs en action : un pouvoir institutionnalisé – la force publique – et un pouvoir diffus – le fait social. La force publique, par l'intermédiaire du législateur, donne à la règle émanant du fait social sa positivité. Inversement, le fait social exerce une pression sur la puissance publique, lorsque la règle positive s'avère ne plus être en conformité avec l'éthique. On s'aperçoit que, dans cette explication, un maillon de la chaîne manque : comment s'effectue l'articulation entre le pouvoir émanant du fait social et le pouvoir institutionnalisé ? Comment le pouvoir institutionnalisé est-il en

¹⁰² Proches de cette vision sont Michel Virally et Philippe Reuter. Pour le premier : «... l'autorité du droit repose finalement sur l'acceptation générale du système de règles qui le constituent (notamment des règles relatives à des modes de formation, ou sources), elles-mêmes habituellement définies en fonction d'un système de valeurs bénéficiant, lui aussi, d'une adhésion générale. Son origine, ou son fondement, n'est donc pas à rechercher dans les volontés individuelles de ceux qui lui sont soumis, mais bien dans une certaine pression sociale, résultant de représentations collectives, produites par l'histoire et reflétant un certain état de la société. » M. Virally, *Réflexions sur la politique juridique des Etats*, in Guy Ladreit de Lacharrière et la politique juridique extérieure de la France, Paris, Masson, 1989, p. 400. Cf., plus profondément, sur le rapport entre droit et valeurs : M. Virally, *La pensée juridique*, op. cit., pp. 26 et ss. Pour Philippe Reuter, «... il s'opère un passage continu et progressif de certaines règles morales et aspirations du milieu social à des normes internationales. (...) Dès lors, il est pas d'autre fondement de la force obligatoire du droit international que les valeurs morales. » P. Reuter, *Principes de droit international public*, « R.C.A.D.I. » 1961-II, pp. 480-481.

¹⁰³ G. Scelle, *Manuel...*, op. cit., p. 8 : « Le pouvoir, quelle que soit sa texture, est indispensable à la sanction de la règle de droit, donc à son efficacité. »

¹⁰⁴ *Id.*, p. 5.

¹⁰⁵ G. Scelle, *Manuel...*, op. cit., p. 11.

mesure de prendre en compte ce que lui dicte le fait social¹⁰⁶? La réponse se trouve dans la nature du pouvoir :

Le pouvoir, lui aussi, a une origine naturelle et spontanée, les hommes se répartissent entre natures à tendances obéissantes et natures prédisposées au commandement. Sous l'influence de facteurs sociaux d'ordre religieux, superstitieux, économique, militaire, etc..., les détenteurs de la « plus grande force », quelle qu'elle soit, matérielle ou morale, et généralement l'une et l'autre, réalisent progressivement une concentration et une personnalisation du pouvoir. D'où les différents régimes monarchique, aristocratique, ploutocratique, démocratique, etc...¹⁰⁷

Ainsi, la constitution du pouvoir sous la forme d'un gouvernement n'obéit pas à l'éthique scellienne. Elle dépend, en fait, de la « loi du plus fort ». Mais dès lors surgit une contradiction : si le pouvoir institutionnalisé se résume à la faculté de contraindre, en vertu « de la plus grande force », comment le droit qu'édicté ce pouvoir pourrait-il, quant à lui, être contraint de se conformer à l'éthique dictée par le fait social ? Car un pouvoir qui se constitue par la force – c'est à dire par la violence pure – n'a nulle besoin de légitimité pour se maintenir. Il se maintient par la force à l'aide de laquelle il s'est constitué en gouvernement. Et l'éthique, la conscience publique est au mieux prise en compte par lui lorsque cela lui est utile, au pire rejetée et réprimée par l'usage de la force brute.

*
* *

La remise en cause de la place du sujet dans la définition du droit a conduit les auteurs objectivistes à négliger les conditions de *possibilité du droit*, dans un monde où la norme ne peut plus appuyer son autorité sur des explications métaphysiques qui, tout en prévalant encore dans certains cercles humains, ne sont plus en mesure de réunir autour d'elles l'universalité des citoyens et encore moins l'universalité des êtres humains. En n'explicitant pas les liens établis entre le droit et le pouvoir, Kelsen et Scelle mettent le droit à la merci du pouvoir. Or c'est précisément dans la tension entre la factualité d'un pouvoir de contrainte et la validité de la norme juridique que se situe le problème du droit¹⁰⁸.

L'échec des théories objectivistes a conduit, comme par réaction, à un retour de la doctrine du droit naturel dans la période de l'après-guerre. L'horreur nazie a définitivement discrédité toute théorie du droit qui prétendrait exclure *a priori* une

¹⁰⁶ A propos de Duguit, dont Georges Scelle tire sa conception, Simone Goyard-Fabre fait observer : « Duguit ne s'interroge pas sur le processus de transformation des règles normatives en règles construites ; il ne se demande pas comment s'effectue le passage du fait au droit, ni surtout comment est possible la transformation du social en juridique. » S. Goyard-Fabre, *Les fondements de l'ordre juridique*, Paris, P.U.F., 1992, p. 175.

¹⁰⁷ *Id.*, p. 8.

¹⁰⁸ M. Virally, *La pensée juridique*, *op. cit.*, p. XVI-XVII : « On touche ici la véritable faiblesse du positivisme juridique [Virally y inclut l'objectivisme sociologique et le normativisme], les limites indépassables de l'explication qu'il propose : il n'a jamais su résoudre le problème des rapports du fait et du droit ou, plutôt, le pose en des termes qui le rendent insoluble. » Michel Virally cite également Pascal : « Ne pouvant faire que ce qui est juste fût fort, on a fait que ce qui est fort fût juste. » *Id.*, p. XIX.

réflexion sur les valeurs qui l'informe¹⁰⁹. L'affirmation des droits de l'Homme dans le Préambule de la Charte des Nations Unies constitue, à n'en pas douter, l'une des marques les plus évidentes de cette tendance. Ce retour d'un thème de la philosophie des Lumières, après presque un siècle d'oubli total sur la scène internationale, constitue sans doute un tournant dans la théorie du droit, en même temps qu'il invite à une nouvelle réflexion. Dans la mesure, en effet, où l'objectivisme a clairement montré les impasses des théories jusnaturalistes et rationalistes, il devient nécessaire de reconstruire une théorie du droit qui, tout en intégrant la notion de droits de l'Homme, fasse appel pour les fonder à d'autres notions que le droit naturel ou rationnel.

3. UNE CONCEPTION DÉMOCRATIQUE DU DROIT

Le problème est donc le suivant : comment tirer toutes les leçons de la critique sociologique sans risquer l'arbitraire que revendiquait Kelsen et auquel menait la théorie scellienne ? Comment sortir de la philosophie du sujet sans tomber dans les excès relativistes de l'objectivisme ? Le grand projet de l'objectivisme, mais aussi sa grande faiblesse, est d'avoir voulu dissocier la théorie du droit des théories de la légitimité. C'est de toute évidence sur cette dissociation qu'il est nécessaire de revenir¹¹⁰. Le droit est sécurité, stabilisation des attentes des partenaires. Une définition du droit qui laisse la porte ouverte à l'arbitraire du pouvoir est une contradiction dans les termes. Le paradoxe essentiel qu'il convient de résoudre est donc le fait que, bien souvent, « le droit ne fait que conférer une apparence de légitimité à un pouvoir illégitime »¹¹¹. Il ne suffit donc pas de répondre à la question de savoir comment le droit est posé, il faut aussi se demander à quelles conditions le droit peut être considéré comme légitime¹¹². Mais la réponse ne doit pas être un

¹⁰⁹ Là encore, les remarques éclairantes de Michel Virally : « En s'hypnotisant sur l'aspect formel, les auteurs positivistes ne prêtent plus assez d'attention au fond du droit et ignorent les valeurs. Ils laissent ainsi s'échapper la matière même de ce qui les occupe. » et : « Or, c'est le théoricien qui fournit aujourd'hui au magistrat et au dictateur les concepts qui leur sont indispensables pour se mouvoir dans le monde du droit. Il ne lui est donc pas permis de se laver les mains en face des attitudes inspirées par les idées erronées ou les systèmes tronqués qu'il a mis en circulation. » *Ibid.*, pp. XIX-XX.

¹¹⁰ Comme le remarque J. Habermas, le projet des théoriciens du droit rationnel du XVII^e et du XVIII^e siècle était précisément de dénoncer un type de pouvoir que Max Weber a décrit comme une domination légale. Il s'agissait en effet de montrer que « les formes de domination légales *peuvent* en effet dissimuler un privilège normativement injustifié, accordé aux intérêts qui savent s'affirmer comme les plus puissants. De ce point de vue, le droit rationnel dénonce la contradiction existant entre le droit en tant que forme d'organisation de toute domination étatique organisée, capable de s'affirmer factuellement, et le droit en tant que condition de légitimation d'un ordre de domination qui invoque l'autorité des lois justes. » J. Habermas, *op. cit.*, pp. 163-164.

¹¹¹ *Id.*, p. 55.

¹¹² Pour Michel Virally : « La légalité au sens strict, n'exprime que l'idée d'une hiérarchie à respecter entre les normes ». Elle peut par conséquent devenir « le manteau du droit jeté sur la simple violence : une « sous-validité » en quelque sorte. » En revanche, « [l]a légitimité (...) en appelle, au delà de tous les mécanismes techniques, à des valeurs juridiques s'imposant de façon permanente, et désignant de façon définitive les titulaires du pouvoir. Elle permet alors de déclarer dépourvue de validité les actes pris suivant des formes légales en violation de ces valeurs. » M. Virally, *La pensée juridique*, *op. cit.*, p. 146.

retour à un fondement transcendantal, qu'il s'agisse du droit naturel ou du droit rationnel, sauf à nier une donnée fondamentale pour la compréhension du monde actuel, à savoir sa pluralité.

La conception kantienne du droit offre un premier élément de réponse à ce questionnement sur la légitimité du droit. Dans la *Doctrine du droit*, Kant ne se borne pas à définir les institutions juridiques, mais établit un lien entre contrainte, liberté et souveraineté populaire qui permet de définir les conditions d'édiction d'une loi juste.

Mais la conception de Kant reste malgré tout tributaire de la tradition du droit naturel, au travers notamment du concept d'autonomie morale de l'individu. Elle doit donc, de ce point de vue, être corrigée : c'est tout l'intérêt pour nous du travail de Jürgen Habermas dans son ouvrage *Droit et démocratie*.

L'auteur de la *Théorie de l'agir communicationnel* souhaite refonder la position kantienne en substituant une raison fondée sur la communication à la raison pratique. Comme il le souligne, il ne s'agit pas seulement d'un « changement d'étiquette »¹¹³, mais bien d'une tentative nouvelle de fonder le droit d'une part en tirant toutes les conséquences de la critique marxiste et sociologique (exprimée principalement par Max Weber), d'autre part en reprenant tout en la dépassant la position classique du droit rationnel¹¹⁴.

C'est cette définition « démocratique » du droit que nous aimerions expliciter, en ce qu'elles nous paraît adapter la conception kantienne du droit, au terme d'un siècle qui, nous ayant fait connaître les « affres de la déraison » ne laisse subsister « aucune confiance dans une raison essentialiste »¹¹⁵.

Sur le plan international, le monisme absolu auquel conduit une conception kantienne du droit permet d'expliquer en quoi elle remet en cause – au même titre que les théories objectivistes – la définition actuellement admise du droit international.

A. Droit et démocratie d'Emmanuel Kant à Jürgen Habermas

Dans la *Doctrine du droit*, Kant apporte une explication post-métaphysique au problème de la loi juste¹¹⁶. Il détermine les conditions formelles qui permettent de vérifier qu'une loi est juste, évitant ainsi toute discussion quant au contenu même de la loi.

¹¹³ J. Habermas, *op. cit.*, p. 17.

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 21 : « J'aimerais élaborer une approche reconstructive réunissant les deux points de vue, celui d'une théorie sociologique du droit et celui d'une théorie philosophique de la justice. »

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 11.

¹¹⁶ Dans le § B de son l'introduction à la *Doctrine du droit*, Kant remarque que le jurisconsulte est le plus souvent condamné à la tautologie, dans la mesure où à la question *quid sit juris*, il ne peut le plus souvent répondre que par la description de « ce que les lois disent ou ont dit en un certain lieu et en un certain temps ». Mais il n'est pas en mesure d'indiquer « le critère universel auquel on peut reconnaître en général aussi bien le juste que l'injuste » critère qui permet « de mettre en place le fondement d'une législation positive possible. » Tel est précisément l'objet de la recherche kantienne. E. Kant, *Doctrine du droit. Métaphysique des mœurs*, II, trad. A. Renaud, Paris, GF-Flammarion, p. 16. Cf. A. Renaut et L. Sosoe, *Philosophie du droit*, *op. cit.*, p. 437 : chez Kant, le contrat social « ne désigne plus l'origine, ni réelle ni supposée, du droit positif, mais correspond simplement à la représentation (mieux : à la schématisation) de ce que peut être une loi juste. »

Toute la démarche de Kant a pour base le concept de liberté de l'individu, cette liberté dont Kant fait « l'unique droit originaire qui appartient à tout homme en vertu de son humanité. »¹¹⁷ La liberté revêt plusieurs aspects. Elle est d'abord ce qui pousse les individus à rentrer dans un état civil, c'est à dire à se soumettre à des lois publiques contraignantes. Kant partage la vision de Hobbes de l'état de nature : il s'agit d'un état de guerre endémique, dans lequel « le mien et le tien » sont sans cesse mis en danger. Il n'existe, dans cet état, qu'un droit *provisoire*, sous la forme de contrats qui constituent le *droit privé*. La cause de cette insécurité est la liberté de chacun, qui ne trouve pas de bornes dans la liberté des autres. Pour faire que « le mien et le tien » soient définitivement fixés, que le droit, de *provisoire*, devienne *péremptoire*, il est nécessaire de se soumettre à une contrainte publique légale, c'est à dire de passer à l'état civil¹¹⁸. Le rôle du droit est donc, chez Kant, défini en fonction de la liberté : le droit a pour fonction de préserver les libertés, et cela en assurant la coexistence de la liberté de chacun avec celle de tous. De là la définition que Kant donne du droit : « le droit est donc l'ensemble conceptuel des conditions sous lesquelles l'arbitre de l'un peut être concilié avec l'arbitre de l'autre selon une loi universelle de la liberté. »¹¹⁹

Le droit *limite* par conséquent la liberté de chacun, afin d'éviter les empiétements propre à l'état de nature. Pour Kant, cette limitation est intrinsèquement liée à l'existence d'un pouvoir de contrainte : le droit *est* contrainte, car contrairement à la morale, il présente un caractère d'extériorité, en ce sens qu'il n'exige pas de l'individu que celui-ci se conforme à la loi pour des raisons morales (internes). L'incitation à respecter le droit prend donc la forme de la sanction, laissant ainsi toute liberté à l'arbitre de déterminer les raisons qui le poussent à obéir au droit¹²⁰. D'où une seconde définition du droit, selon laquelle le droit « peut aussi être représenté comme la possibilité d'une contrainte générale réciproque s'accordant avec la liberté de chacun selon des lois universelles. »¹²¹

¹¹⁷ E. Kant, *Doctrines du droit*, op. cit., p. 26.

¹¹⁸ *Id.*, p. 47 : « La première chose à quoi chacun soit obligé de se résoudre s'il ne veut pas renoncer à tous les concepts du droit, est le principe suivant : il faut sortir de l'état de nature où chacun n'en fait qu'à sa tête et s'unir à tous les autres (avec lesquels on ne peut éviter d'entrer en rapport réciproque), pour se soumettre à une contrainte publique légale, il faut donc s'engager dans un état où soit légalement fixé à chacun ce qui doit être reconnu pour sien et où cela lui revienne grâce à un pouvoir suffisamment fort (qui n'est pas le sien mais un pouvoir extérieur) ; chacun doit donc avant tout entrer dans un état civil. »

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 17. Habermas observe que Kant se rattache en cela à la conception exprimée à l'article 4 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789, selon laquelle : « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui. Ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits ; ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi. » J. Habermas, op. cit., p. 98.

¹²⁰ Pour J. Habermas, c'est en cela que réside « l'ambivalence caractéristique avec laquelle le droit s'adresse à ses destinataires en exigeant d'eux qu'ils lui obéissent. Il laisse en effet ses destinataires libres, soit de considérer les normes uniquement comme une limitation factuelle de leur marge de manœuvre et d'opter pour un calcul stratégique des conséquences prévisibles d'éventuelles infractions aux règles, soit de respecter les résultats de la formation commune de la volonté, qui prétendent à la légitimité, et d'obéir aux lois en adoptant à leur égard une attitude performative. » J. Habermas, *Trois modèles normatifs de la démocratie*, in J. Habermas, *L'intégration républicaine. Essais de théorie politique*, trad. R. Rochlitz, Paris, Fayard, 1998, p. 277.

¹²¹ E. Kant, *Doctrines du droit*, op. cit., p. 19.

Kant établit un lien spécifique entre contrainte, droit et liberté. Le droit qui implique l'existence d'un pouvoir de contrainte n'est légitime que dans la mesure où il préserve la liberté innée de chaque individu. Jürgen Habermas montre ainsi que, chez Kant, contrairement à Hobbes, « le contrat social sert à institutionnaliser l'unique droit « inné » qui est de disposer de libertés d'action subjectives égales pour tous. »¹²² Ainsi, la contrainte n'est pas conçue comme un pouvoir de domination légale : bien au contraire, elle « ne se justifie qu'en tant qu'« obstacle à l'obstacle à la liberté », et donc par l'intention de s'opposer aux violations qui pourraient s'exercer à l'égard de la liberté de chacun. »¹²³

Mais dès lors se pose le problème de savoir de quelle manière il est possible de réconcilier la contrainte et la liberté par le médium du droit¹²⁴. Kant apporte *a priori* la même réponse que Rousseau, en ce qu'il établit un lien entre l'idée de droits de l'Homme et le principe de la souveraineté populaire. Pour Kant comme pour Rousseau, en effet, les hommes ne perdent pas leur liberté en concluant le contrat social car, ce faisant, ils ne font qu'instituer une dépendance envers des lois qui procèdent de leur propre volonté législatrice¹²⁵. Mais alors que chez Kant, les droits de l'Homme précèdent le contrat social et le fondent d'un point de vue moral, chez Rousseau, la garantie des droits est inhérente à la procédure démocratique dont est issue une volonté générale. Pour Kant, la volonté générale est soumise au droit inné qu'est la liberté ; pour Rousseau, tout est subordonné à la volonté générale qui, du fait des conditions de sa formation, ne peut porter atteinte aux droits de l'Homme¹²⁶.

Jürgen Habermas récuse ces deux positions. A Rousseau, il reproche sa « lecture éthique de la souveraineté populaire »¹²⁷, selon laquelle les individus isolés sont sensés se transformer « en citoyens dédiés au bien commun et donc en éléments d'une communauté éthique », lecture qui empêche Rousseau « d'expliquer comment une médiation non répressive peut être introduite entre l'orientation supposée des citoyens vers le bien commun et les centres d'intérêts socialement différenciés qu'entretiennent les personnes privées, et donc entre la volonté générale normativement construite et l'arbitraire des individus »¹²⁸. A Kant, il adresse la même critique que Kelsen avait formulé à l'égard de la *Doctrine du droit* : fondée sur « la loi morale de la liberté », elle reste tributaire du droit naturel¹²⁹. Derrière la forme du droit qui se réalise en une « loi universelle » de coexistence des

¹²² J. Habermas, *Droit et démocratie*, op. cit., pp. 108-109.

¹²³ *Id.*, p. 43. Habermas cite E. Kant, *Métaphysique des mœurs*, trad. J. et O. Masson, in E. Kant, *Œuvres philosophiques*, t. III, Paris, Gallimard, « Bibliothèque de la Pléiade », 1986, p. 480.

¹²⁴ Nous suivons ici le raisonnement de Jürgen Habermas dans le chapitre III de *Droit et démocratie*, op. cit., pp. 115-120.

¹²⁵ Cf. E. Kant, *Doctrine du droit*, op. cit., § 47, p. 131.

¹²⁶ Jürgen Habermas synthétise cette opposition en faisant remarquer que « Kant propose plutôt une version libérale de l'autonomie politique et Rousseau une version républicaine. » J. Habermas, *Droit et démocratie*, op. cit., p. 116.

¹²⁷ *Id.*, p. 120.

¹²⁸ *Ibid.*, p. 118.

¹²⁹ Cf. la longue discussion de la conception kantienne de la liberté en note de la *Théorie pure du droit*, trad. Ch. Eisenmann, op. cit., p. 135. Cf. également *Théorie pure du droit*, trad. H. Thévenaz, op. cit., p. 67. Et *La doctrine du droit naturel et le positivisme juridique*, op. cit., p. 491.

libertés, se profile en effet l'impératif catégorique¹³⁰. Ce qui détermine l'homme à sortir de l'état de nature, c'est l'impératif moral, et c'est parce que l'homme possède une autonomie morale, une liberté se déclinant sous forme de droits subjectifs, que le droit *doit* prendre la forme de la « loi universelle »:

Il en résulte donc chez Kant une subordination du droit à la morale qui est incompatible avec l'idée d'une autonomie réalisée *dans le médium du droit lui-même*¹³¹.

Car le projet de Jürgen Habermas est bien de trouver la solution de la légitimité du droit dans le droit lui-même. Il espère ainsi expliquer « l'émergence paradoxale de la légitimité à partir de la légalité »¹³². Pour ce faire, Habermas part de la conception kantienne du droit, dont le rôle, qui est de concilier l'existence d'une contrainte générale et les libertés de tous, implique une exigence de légitimité:

Le droit moderne consiste en un système de normes positives contraignantes qui ont à tout le moins la prétention de garantir la liberté. Les caractéristiques formelles de la contrainte et de la positivité s'associent ainsi à une prétention à la légitimité (...) ¹³³.

Mais soucieux de dépasser le transcendantalisme kantien sans tomber dans les excès de l'empirisme, Habermas fait appel aux conceptions sociologiques de la légitimité en s'inspirant notamment de la conception de Max Weber pour qui le droit ne se résume pas en une norme positivement instaurée, mais implique l'existence de l'accord rationnellement fondé de ceux y sont soumis¹³⁴. Il place ainsi au centre de sa conception le concept d'autonomie des citoyens, dont découle celui d'auto-législation: est légitime l'ordre juridique dont les destinataires peuvent se comprendre comme en étant en même temps les auteurs¹³⁵.

¹³⁰ Cf. J. Habermas, *Droit et démocratie*, op. cit., p. 137.

¹³¹ *Id.*, pp. 137-138.

¹³² *Ibid.*, p. 98.

¹³³ *Ibid.*, p. 478.

¹³⁴ Cf. *Ibid.*, pp. 80-87 et en particulier la synthèse p. 87: «... l'édiction est valide, d'une part, parce qu'elle a été positivement instaurée en accord avec le droit en vigueur de l'association et, de l'autre, parce qu'on en a *convenu rationnellement*. La rationalité spécifique d'une telle édicition réside dans le fait que les membres de la communauté ne se soumettent à la contrainte des règles sanctionnées par l'Etat qu'en fonction d'un consensus fondé.» Mais Habermas note aussi, à propos de Max Weber, que celui-ci « est convaincu que, si les ordres légaux peuvent être considérés comme légitimes, ce n'est pas seulement en fonction de la supposition d'une telle entente obtenue de façon rationnelle, mais encore « en vertu d'un octroi, sur la base d'une domination de l'homme sur l'homme et d'une obéissance valant comme légitime ». (...) Pour Weber, les types du droit sont, d'une façon générale, le fil directeur de l'étude des types de la domination légitime; le droit moderne est ici placé dans le contexte fonctionnel de la domination bureaucratique de l'Etat rationnellement organisé, à tel point que la *fonction propre du droit, celle de contribuer à l'intégration sociale*, ne trouve pas l'attention qu'elle mérite.» J. Habermas, op. cit., p. 87.

¹³⁵ *Id.*, pp. 47-48: « Car sans couverture religieuse ou métaphysique, le droit contraignant, conçu en fonction d'un comportement légal, ne peut conserver sa force d'intégration sociale que dans la mesure où les différents destinataires des normes juridiques peuvent en même temps se comprendre, dans leur ensemble, comme les auteurs rationnels de ces normes. » Cf. également *La lutte pour la reconnaissance dans l'Etat de droit démocratique*, in J. Habermas, *L'intégration républicaine*, op. cit., p. 218.

Reste à expliciter les conditions de formation d'un tel accord. Pour Habermas, l'explication du contrat social est définitivement condamnée par les enseignements de la sociologie. Celle-ci a en effet prouvé que « la culture, la société et la personne se présupposent réciproquement »¹³⁶, ce qui interdit de se fonder sur l'hypothèse « invraisemblable » d'une société fondée sur l'association volontaire de membres initialement autonomes et égaux¹³⁷.

Dès lors, l'accord rationnel – privé de l'aide de la raison pratique ou de volonté commune des sujets – doit recourir à la force légitimante de la discussion. Tirant les conséquences du « tournant linguistique »¹³⁸, Habermas situe ainsi dans la communication – sous la forme de débats publics, c'est à dire du libre échange de raisons, de contributions et d'informations au sein d'un espace public – la source possible d'un accord rationnellement fondé.

La raison fondée sur la communication se substitue ainsi à la raison pratique dans son œuvre de fondation de la « loi universelle ». Sur cette base, il devient à nouveau possible de reconstruire le droit en résolvant notamment le problème de la conciliation entre contrainte et liberté. La solution ne se trouve ni, comme le voulait Rousseau, dans la dimension éthique de la souveraineté populaire, ni, comme le prétendait Kant, dans une lecture morale des droits de l'Homme, mais dans le *mode d'exercice de l'autonomie politique*, c'est à dire dans la procédure démocratique elle-même qui, par sa nature, permet la libération de l'activité communicationnelle des individus, conduisant ainsi à l'élaboration d'un droit rationnellement fondé et par conséquent légitime¹³⁹.

C'est qu'en effet, ni Rousseau ni Kant n'avait perçu « la force de légitimation résidant dans des discussions qui concourent à la formation de l'opinion et de la volonté, et dans lesquelles les forces d'obligation illocutoires qui sont à l'œuvre dans l'usage du langage orienté vers l'intercompréhension, peuvent être mises à profit pour réunir volonté et raison – et pour parvenir à des convictions sur lesquelles tous les individus peuvent s'accorder sans contrainte. »¹⁴⁰

Pour Habermas, la légitimité du droit repose donc sur la procédure démocratique qui constitue l'institutionnalisation, par le médium du droit, du principe de discussion. Le rôle principal du droit, dans une optique constituante, revient par conséquent à établir des droits politiques égaux « à la communication et à la participation »¹⁴¹ qui, en juridicisant le principe de discussion, constituent le principe démocratique.

Habermas reconnaît qu'à ce stade, « l'institutionnalisation du code juridique en tant que tel implique déjà des libertés qui fournissent un statut aux personnes juridiques et garantissent leur intégrité. »¹⁴² Mais ces libertés ne sont, au stade constituant, que des *conditions de possibilité* de l'exercice de l'autonomie politique qui ne sauraient, en tant que telles, limiter la souveraineté du législateur, sans

¹³⁶ J. Habermas, *Droit et démocratie*, op. cit., p. 95-96.

¹³⁷ *Ibid.*, p. 58.

¹³⁸ *Ibid.*, pp. 24 et ss.

¹³⁹ *Ibid.*, p. 119.

¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 119.

¹⁴¹ *Ibid.*, pp. 145-146.

¹⁴² *Ibid.*, p. 146.

pour autant qu'elles soient d'ailleurs à sa disposition, dans la mesure où elles fondent sa légitimité¹⁴³.

Cet exercice de l'autonomie politique au travers de l'institutionnalisation de droits politiques présuppose par conséquent l'autonomie privée des citoyens, c'est à dire leur protection contre l'arbitraire du pouvoir. Mais inversement, c'est l'usage approprié de l'autonomie publique qui permet une réglementation consensuelle de l'autonomie privée. Ainsi, Habermas démontre la co-originarité de l'autonomie privée et de l'autonomie publique qui se présupposent mutuellement. C'est parce que les destinataires du droit fixent eux-mêmes les conditions de son édicition légitime que l'autonomie privée se constitue sous la forme de droits subjectifs qui « garantissent des marges de liberté à l'intérieur desquelles nul n'est tenu de justifier *publiquement* ses faits et gestes. »¹⁴⁴

Ces droits subjectifs – les droits de l'Homme – ne sont pas des droits naturels et leur *formulation* est en réalité toujours contextualisée, fonction d'un vécu historique. Cette conception permet à Habermas de contrer la contestation relativiste des droits de l'Homme¹⁴⁵, tout en concédant aux relativistes l'origine « occidentale » de la *forme* que prennent aujourd'hui ces droits dans les constitutions du monde entier¹⁴⁶. Les droits de l'homme sont donc universalisables, même si leur institution juridique ne suffit pas, à elle seule, à garantir la légitimité du droit. Ce serait en effet confondre la cause et l'effet : « sans les initiatives d'une population accoutumée à la liberté, les institutions juridiques de la liberté se désintègrent. On ne peut précisément pas contraindre une population à la spontanéité, fût-ce par le droit ; c'est aux traditions de la liberté qu'elle se régénère et dans les relations associatives d'une culture politique libérale qu'elle se conserve. »¹⁴⁷ La légitimité du droit se trouve bien dans le consensus rationnellement fondé par une activité communicationnelle et non dans un droit qui, bien que formellement « positif », ne dispose d'aucune assise réelle dans la société.

¹⁴³ Cf. J. Habermas, *Le débat interculturel sur les droits de l'Homme*, in J. Habermas, *L'intégration républicaine*, op. cit., p. 245 : « Comme les droits de l'homme ne peuvent être « réalisés » en tant que droits civiques exigibles que dans le cadre d'un ordre étatique, ils dépendent de la volonté d'un législateur politique ; mais dans la mesure où ils constituent en même temps la base de toute communauté démocratique, le législateur souverain lui-même ne dispose pas librement de ces normes fondamentales. » Pour Habermas, « ne pas disposer librement » ne signifie pas qu'ils ne puissent, comme toute norme positive, être modifiés ou abrogés. Cela signifie simplement que, fondant la légitimité du droit et du pouvoir, ils « définissent un cadre à l'intérieur duquel la législation normale est tenue d'évoluer. » J. Habermas, *La paix perpétuelle. Le bicentenaire d'une idée kantienne*, trad. R. Rochlitz, Paris, Les éditions du Cerf, 1996, p. 88.

¹⁴⁴ J. Habermas, *Le débat interculturel...*, loc. cit.

¹⁴⁵ Cf. à cet égard, *Le débat interculturel...*, op. cit., pp. 245-274.

¹⁴⁶ « Nul ne peut prétendre avoir accès à un système des droits au singulier, indépendamment des interprétations qui s'offrent déjà à lui historiquement. « Le » système de droits, cela n'existe pas dans sa pureté transcendante. Mais après plus de deux cents ans de développements constitutionnels en Europe, nous avons sous les yeux des modèles en nombre suffisant ; ils peuvent nourrir une reconstruction par généralisation de cette compréhension qui sert nécessairement de guide à la pratique intersubjective d'une autolégislation entreprise avec les moyens du droit positif. » J. Habermas, *Droit et démocratie*, op. cit., p. 147.

¹⁴⁷ *Id.*, p. 149.

La conception du droit formulée par Habermas reflète l'idée d'une démocratie radicale¹⁴⁸. Sans contester le bien fondé, d'un point de vue pratique, de la démocratie représentative, Habermas conteste l'idée selon laquelle il serait possible de localiser le siège du pouvoir « dans une assemblée concrètement identifiable de citoyens autonomes. »¹⁴⁹ L'auteur partage de ce point de vue la conception d'Hannah Arendt d'un pouvoir fondé sur la communication que personne ne peut « posséder »¹⁵⁰. La fluidité de l'activité communicationnelle conduit à concevoir une souveraineté retirée « dans les cycles communicationnels, pour ainsi dire sans sujets, des débats publics et des organismes »¹⁵¹. Ainsi apparaissent des conceptions substantielles de la société civile et de l'espace public qui, en tant que moteur et lieu des discussions publiques, sont à la source de tout pouvoir¹⁵². Dès lors, la souveraineté, privée de sujet d'imputation, apparaît sous son vrai jour, comme une simple fiction :

Dans la mesure où la souveraineté du peuple ne se concentre plus dans une collectivité, au sens de la présence physiquement perceptible des citoyens réunis ou de leurs représentants rassemblés, mais s'affirme à travers une circulation de consultations et de décisions rationnellement structurées, la phrase selon laquelle il ne saurait y avoir de souverain dans l'Etat de droit ne peut guère être contestée¹⁵³.

On comprend tout ce que cette conception doit à la sociologie de Durkheim, de Max Weber et, par suite, à la sociologie du droit de Duguit.

A cet égard, la conception habermassienne du droit peut certainement être rapprochée de celle de Georges Scelle. Mais là où Georges Scelle refusait d'opposer clairement factualité et validité – construisant ainsi une théorie du droit sans doute valable pour la coutume, mais peu explicative pour le droit « posé » – Habermas fonde au contraire toute son approche sur cette tension entre un pouvoir agissant et une norme dont la seule défense semble se situer dans sa prétention à la validité. En résolvant la tension interne entre contrainte et liberté par une conception procéduraliste du droit, Habermas résout du même coup les difficultés apparemment insurmontables de l'objectivisme sociologique.

B. Une définition moniste du droit : vers la paix perpétuelle

Adopter la définition kantienne du droit, telle qu'elle est exposée dans l'œuvre de Kant lui-même, ou révisée par Habermas, amène forcément à une conception moniste des rapports entre droit international et droit interne.

On sait que, pour Kant, l'état de nature est un état de guerre endémique, car le « tien et le mien » ne sont fixés extérieurement que de manière provisoire, sous la forme de contrats privés. La Raison oblige par conséquent les individus à sortir de

¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 13 : « (...) sous le signe d'une politique intégralement sécularisée, il n'est guère plus possible d'obtenir ou de maintenir l'Etat de droit sans démocratie radicale. »

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 154

¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 165. Habermas se réfère à H. Arendt, *La condition de l'homme moderne*, op. cit., p. 225.

¹⁵¹ *Id.*, p. 154.

¹⁵² Cf. J. Habermas, *Droit et démocratie*, op. cit., chapitre VIII : Le rôle de la société civile et de l'espace public politique, pp. 355-414.

¹⁵³ *Id.*, p. 154.

cet état de nature pour faire en sorte que leurs libertés n'empiètent pas les unes sur les autres. Ils le font en pénétrant dans l'état civil, par la voie du contrat social, en vertu duquel ils se soumettent à des lois publiques de contrainte qui constituent ce que Kant appelle le *droit public*. Le droit, de provisoire, devient alors péremptoire et se caractérise par la contrainte extérieure qui en assure le respect. Par conséquent, pour Kant, le passage à l'état civil met fin à l'état de guerre permanente. Le droit public, en même temps qu'il règle la coexistence des libertés, institue la paix.

C'est de ce lien que Kant établit entre la liberté de l'individu, la paix et le droit que découle son monisme juridique. Car si la paix parvient à être établie par le passage à l'état civil sur le plan interne, il reste que, sur le plan international, la guerre continue de faire rage entre les Etats. Les Etats sont, en effet, comme les individus avant le contrat social, dans un état de nature, dans un état de guerre permanente. Et cette guerre ne s'arrête évidemment pas aux frontières, elle ne se situe pas dans une « sphère internationale » imaginaire, mais bien sur le territoire des Etats. Ce faisant, avec son cortège d'horreurs, de dépossessions, de meurtres, elle détruit l'édifice construit patiemment sur le plan interne avec le droit public. Autrement dit, la paix, si durement établie par le passage à l'état civil d'un peuple, se voit sans cesse menacée par l'état de nature qui prévaut entre Etats¹⁵⁴. Kant en tire la conclusion logique que les Etats, comme les individus, devront eux-aussi se résoudre à ce que leur dicte la raison : ils devront, à leur tour, abandonner leur liberté sans frein pour « chercher le calme et la sécurité dans une constitution conforme à la loi »¹⁵⁵.

Transposé dans la *Doctrin du droit*, cette analogie signifie que le droit public établi au sein d'un Etat donné n'est jamais totalement *péremptoire*, n'est jamais parfaitement *public*, tant que les Etats ne sont pas à leur tour sorti de l'état de nature pour rentrer dans l'état civil et se soumettre à des lois publiques de contrainte¹⁵⁶. De même que, dans l'état de nature, les individus ne peuvent conclure que des contrats, les Etats règlent leur conduite à partir des traités qui, constituant le droit international, forment un *droit privé* des Etats, un droit par nature *provisoire*. Ce droit, Kant l'observe, peut bien mettre fin à certaines guerres, par la conclusion de traités de paix. Mais il ne saurait mettre fin à toutes les guerres¹⁵⁷. Pour cela, il est nécessaire de passer à l'état civil : se forme alors ce

¹⁵⁴ « A quoi bon travailler à une constitution civile légale entre individus particuliers, c'est-à-dire à l'organisation d'une communauté? La même insociabilité, qui contraignant les hommes à travailler à cette constitution, est à son tour la cause du fait que toute communauté dans les relations extérieures, c'est-à-dire en tant qu'Etat en rapport avec d'autres Etats, jouit d'une liberté sans frein et que, par suite, un Etat doit s'attendre à subir de la part d'un autre exactement les mêmes maux qui pesaient sur les individus particuliers et les contraignaient à entrer dans un état civil conforme à la loi. » E. Kant, *Idée d'une histoire universelle au point de vue cosmopolitique*, trad. L. Ferry, in E. Kant, *Œuvres philosophiques*, II, Paris, Gallimard, Bibliothèque de la pléiade, 1985, p. 196.

¹⁵⁵ *Id.*, p. 197.

¹⁵⁶ E. Kant, *Doctrin du droit*, *op. cit.*, pp. 176-177 : « Dans la mesure où l'état de nature des peuples, tout comme celui des individus, est un état d'où l'on doit sortir pour entrer dans un état légal, tout droit des peuples, ainsi que tout bien et tien extérieurs susceptibles d'être acquis ou conservés par la guerre, sont, avant cet événement, simplement provisoires et ne peuvent prendre une valeur péremptoire, en même temps qu'un véritable état de paix ne peut s'instaurer, que dans le cadre d'une universelle union des Etats (conçue par analogie avec l'union à travers laquelle un peuple devient un Etat). »

¹⁵⁷ E. Kant, *Vers la paix perpétuelle*, *op. cit.*, p. 91.

que Kant appelle « le droit cosmopolitique », c'est à dire le droit de la société humaine universelle. Dans un premier texte écrit en 1784, Kant préconise la formation d'un Etat mondial, d'une *Société des Nations* qui engloberait tous les Etats et mettrait fin à leur souveraineté. Puis, en 1795, dans *Vers la paix perpétuelle* et, par suite, en 1797, dans sa *Doctrine du droit*, Kant revient sur cette idée, de toute évidence par souci de réalisme (les Etats ne veulent pas abandonner leur souveraineté¹⁵⁸) mais aussi en suivant l'idée qu'un tel Etat mondial serait impossible à gérer¹⁵⁹. Mais ce retour en arrière provient du fait que Kant ne dissocie pas la théorie juridique d'une mise en perspective historique : l'Idée du droit cosmopolitique est à réaliser. Comme il aime à le répéter, elle n'est pas une pure chimère, mais une Idée de la raison à laquelle il faut travailler sans relâche¹⁶⁰. Cette mise en perspective ne détruit par conséquent pas la cohérence interne de la construction juridique. D'un point de vue juridique en effet le droit cosmopolitique *fin*it le droit public. Il le parfait en tant que droit péremptoire :

On peut dire que cette pacification universelle et perpétuelle constitue, non pas simplement une partie, mais le but final tout entier de la doctrine du droit dans les limites de la simple raison ; car l'état de paix est seul l'état où le tien et le mien se trouvent garantis par des lois au sein d'une masse d'hommes voisins les uns des autres (...) ¹⁶¹.

S'instaure ainsi entre droit interne et droit international un rapport de validité à double sens. D'une part, la juridicité du droit interne dépend étroitement de la réalisation d'un véritable droit international sous la forme du droit cosmopolitique. D'autre part, la juridicité du droit international, et par conséquent la réalisation du droit cosmopolitique est conditionnée par l'existence d'un droit public au sein des Etats – au sein de tous les Etats forcés de coexister sur cet espace commun qu'est la Terre. C'est le sens que recouvre le premier article définitif en vue de la paix perpétuelle, selon lequel : « La constitution civique de chaque Etat doit être républicaine ». *Il faut* en effet, pour que la paix s'instaure entre les Etats, qu'elle le soit déjà à l'intérieur des Etats. *Il faut*, pour que le droit cosmopolitique puisse devenir réalité, que chaque Etat participant à l'alliance des peuples soit régi par le droit public, c'est à dire par un droit légitime, édicté conformément aux procédures démocratiques¹⁶².

Le caractère moniste de la conception kantienne du droit appelle des conséquences inévitables. Dans la mesure où les individus *doivent* pouvoir se com-

¹⁵⁸ Cf. *Id.*, pp. 89, 91, 92-93

¹⁵⁹ Cf. E. Kant, *Doctrine du droit*, *op. cit.*, p. 177.

¹⁶⁰ E. Kant, *Vers la paix perpétuelle*, *op. cit.*, p. 131 : « (...) la paix perpétuelle (...) n'est pas une Idée creuse, mais un problème qui se résout peu à peu et se rapproche constamment de son but (...) » Cf. également p. 107 où Kant explique que la « garantie » de la paix perpétuelle se trouve dans le « dessein caché de la nature ».

¹⁶¹ E. Kant, *Doctrine du droit*, *op. cit.*, p. 183.

¹⁶² Kant définit ainsi la constitution républicaine : « La constitution instituée premièrement d'après les principes de liberté des membres d'une société (comme hommes), deuxièmement d'après les principes de dépendance de tous envers une unique législation commune (comme sujets) et troisièmement d'après la loi de leur égalité (comme citoyens) – seule constitution qui provient de l'idée de contrat originare sur laquelle doit être fondée toute législation de droit d'un peuple – est la constitution républicaine. » E. Kant, *Vers la paix perpétuelle*, *op. cit.*, p. 84.

prendre comme étant les auteurs du droit dont ils sont les destinataires, la personnalité interne de l'Etat ne peut être dissocié de sa personnalité externe. Le droit international, de même que le droit interne, *doit* recevoir l'assentiment des gouvernés. De ce point de vue, le droit cosmopolitique n'est pas le droit issu de l'accord d'Etats dont la souveraineté ferait écran entre une sphère internationale et une sphère interne : l'Etat est un et transparent. A travers lui s'exprime le peuple qui, de même qu'il consent aux lois par l'intermédiaire de ses représentants, s'engage d'emblée et de lui-même dans l'alliance des peuples¹⁶³.

La réalisation du droit cosmopolitique implique par conséquent la fin du pluralisme de la société internationale, l'homogénéité des constitutions de tous les Etats participants, sous la forme de ce Kant appelait « république » et que nous appelons aujourd'hui démocratie¹⁶⁴. Elle implique également la fin de la souveraineté comme attribut d'un Etat-personne faisant écran entre la sphère internationale et la sphère interne¹⁶⁵. Le but de la paix perpétuelle, réalisé par le droit cosmopolitique, *commande* par conséquent la sauvegarde des libertés des citoyens sur le plan interne, par l'instauration de constitutions permettant l'édiction d'un droit légitime.

A travers ces impératifs, on distingue la véritable nature de la doctrine du droit kantienne. Plus qu'une vision statique de l'ordre juridique, elle offre une perspective dynamique sur un droit que l'on doit s'employer sans relâche à rendre réel. La *Doctrine du droit* nous indique un chemin à suivre : elle est en elle-même non une obligation juridique, mais un devoir dicté par la Raison. Le paradoxe d'une telle position est de faire de la paix perpétuelle une idée à la fois lointaine, un Idéal apparemment inatteignable, et un commandement pour le présent. La paix perpétuelle, comme modèle à réaliser, est normative, en ce sens qu'elle commande de transformer la situation présente pour parvenir à la situation idéale. Kant considère que la paix perpétuelle fait partie d'un « dessein caché de la nature »¹⁶⁶. Sa conception téléologique de l'histoire le conduit à formuler l'idée selon laquelle les guerres et les paix successives rapprochent progressivement l'humanité de cet état où toute guerre sera bannie. En même temps, il est possible d'accélérer cette évolution en orientant de manière appropriée ces mécanismes de la nature. En parti-

¹⁶³ Kant exprime cette idée par le fait qu'un Etat ne peut « utiliser » ses citoyens à la guerre sans leur consentement : cf. *Doctrine du droit*, op. cit., pp. 169-171 ; et par l'inadmissibilité du comportement d'un Etat qui prêterait de sa double personnalité – comme souverain et comme fonctionnaire suprême de l'Etat – pour revenir sur une promesse faite à un autre Etat, dans le cas où son salut en dépendrait. Car si cette maxime était publiée, dit Kant, elle ruinerait l'édifice du droit international. Cf. *Vers la paix perpétuelle*, op. cit., p. 127.

¹⁶⁴ Ce que Georges Scelle avait bien vu : « On ne saurait se dissimuler que la réalisation du Droit international et de l'organisation de la communauté internationale postulent une certaine homogénéité des systèmes politiques internes et que l'ordre juridique international doit toujours conditionner les ordres juridiques internes. » G. Scelle, *Manuel...*, op. cit., p. 131.

¹⁶⁵ Cf. J. Habermas, *La paix perpétuelle...*, op. cit., pp. 24-25.

¹⁶⁶ Cf. en particulier la huitième proposition de l'*Idée d'une histoire universelle au point de vue cosmopolitique*, op. cit., pp. 200-202 : « On peut considérer l'histoire de l'espèce humaine dans son ensemble comme l'accomplissement d'un plan caché de la nature pour produire une constitution politique parfaite à l'intérieur et, dans ce but, également parfaite à l'extérieur, une telle constitution réalisant l'unique situation dans laquelle la nature peut développer complètement dans l'humanité toutes ses dispositions. »

culier Kant s'oppose à ceux qui raillent l'idéal d'une paix perpétuelle qui ne serait accessible qu'à un peuple d'anges. Pour lui, tout au contraire, le problème n'est pas insoluble, « même pour un peuple de démons (...) Car le problème ne requiert pas l'amélioration morale des hommes, mais seulement de savoir comment on peut faire tourner au profit des hommes le mécanisme de la nature pour diriger au sein d'un peuple l'antagonisme de leurs intentions hostiles, d'une manière telle qu'ils se contraignent mutuellement eux-mêmes à se soumettre à des lois de contrainte, et produisent ainsi l'état de paix où les lois disposent d'une force. »¹⁶⁷ Il faut donc utiliser ce que nous prescrit la raison, dans ce modèle que constitue la paix perpétuelle, pour orienter l'action humaine vers sa réalisation. Ceci constitue, on le comprend, un programme législatif : le droit devient par conséquent l'instrument de sa propre réalisation. Paradoxe ? Certainement pas si l'on considère que, pour Kant, le passage du non-droit au droit ne correspond pas au passage d'un seuil, mais constitue plutôt le produit d'une évolution : Kant ne nie pas la juridicité du *droit privé* ; il conteste simplement le caractère péremptoire de celui-ci, sa capacité à stabiliser définitivement les rapports humains, à garantir la paix entre eux et, en dernière analyse, la sauvegarde de leur liberté qui reste le but ultime du droit. Il y a donc du droit avant le droit public et le droit cosmopolitique, mais un droit imparfait, un droit qui n'assurant pas l'idée de la « loi universelle » de coexistence des libertés, met celles-ci en danger.

D'une certaine manière, la doctrine kantienne résout le paradoxe des doctrines objectivistes : celles-ci, en tirant toutes les conséquences de la critique sociologique de l'Etat comme personne et de la souveraineté comme droit subjectif, *anticipaient* sur l'avenir en décrivant un droit objectif où l'individu serait le seul sujet de droit et où le droit international serait le droit commun d'une société humaine universelle. C'est que, dans ce domaine comme ailleurs, la théorie effectuait un double travail : travail de prise en compte des structures existantes du monde au moment où elles entreprennent de l'expliquer (*input*) ; travail de synthèse et de systématisation des données de cette réalité permettant d'en déduire les prolongements logiques (*output*). Mais l'erreur est peut être de ne pas avoir perçu que ces prolongements logiques s'inscrivaient également dans une perspective historique ; que par conséquent la théorie ne pouvait prétendre expliquer et décrire la réalité qu'à condition de se comprendre comme un modèle normatif qui se réalise sans cesse, dont on se rapproche progressivement au fur et à mesure que le temps passe.

C'est toute la force de la démarche kantienne, qui combine une théorie juridique à une philosophie de l'histoire « ouverte sur l'avenir ». Elle nous permet de comprendre le droit non comme un assemblage statique de normes, mais comme un système en évolution constante. Elle se projette sans cesse dans l'avenir, tout en se réalisant *hic et nunc*, sous nos yeux. En tant que telle, elle possède une *modestie* que n'ont pas les autres théories juridiques : elle ne prétend pas juger une fois pour toute, elle ne fournit pas un modèle normatif que l'on puisse plaquer sur une réalité mouvante. Elle admet, en soi, l'idée de transition, d'évolution, de

¹⁶⁷ E. Kant, *Vers la paix perpétuelle*, op. cit., p. 107.

« plus ou de moins »¹⁶⁸. Or c'est précisément ce type d'approche qu'ont choisi les Etats lorsqu'en 1919, ils ont institué la Société des Nations et, après son échec, en 1945, l'Organisation des Nations Unies.

Ces deux organisations s'inspirent directement de l'Idée kantienne. Elles n'en demeurent pas moins au cœur d'une réalité dont elles entérinent les structures sous forme de normes juridiques. C'est dans cette profonde dualité de l'Organisation mondiale que réside sa nature et c'est à travers elle que nous pouvons tenter de comprendre la place des droits de l'Homme dans le droit international contemporain.

4. DROITS DE L'HOMME ET ORGANISATION INTERNATIONALE

A. Intégration de l'idée de la paix perpétuelle de la S.D.N. à l'O.N.U.

Georges Scelle a qualifié la période qui s'étendait des Conférences de La Haye de 1899 et de 1907 à la fin de la première guerre mondiale de période proprement « révolutionnaire ». C'est que s'accomplissent à ce moment les premiers essais de constitutionnalisation de la société internationale. A cette époque, les gouvernants prennent acte de l'échec de la politique de l'équilibre. Il semble impossible de fonder une paix durable sur des structures et des rapports de puissance en pleine mutation. Les Conférences de La Haye sont, d'une certaine manière, le constat d'un échec, car elles traduisent l'existence d'une véritable paix armée, qui finira par aboutir au conflit généralisé. L'horreur de celui-ci, l'idéalisme des dirigeants – en tête desquels Woodrow Wilson¹⁶⁹ – aboutit à l'essai de la Société des Nations. On voit à quel point la figure du contrat social est encore présente chez ces dirigeants encore tout empreints de la philosophie du XVIII^e siècle : pour eux, en effet, l'état de nature dans lequel se trouvent les Etats est la véritable cause des guerres. Il paraît dès lors évident que la paix *et la sécurité* – c'est à dire une paix

¹⁶⁸ C. Duflo, *Kant. La Raison du droit*, Paris, Michalon, coll. Le bien commun, 1999, pp. 114-115 : « Ainsi la philosophie du droit de Kant se continue-t-elle en une philosophie de l'histoire ouverte sur l'avenir. Elle échappe par là au juridisme des philosophies du contrat de l'âge classique, qui finissaient toujours par exemple par identifier la loi et la justice, soit dans l'affirmation qu'il ne peut y avoir de loi injuste puisque le pouvoir définit le juste en faisant la loi (Hobbes), soit dans l'affirmation contraire qu'une loi injuste n'est pas une loi (Rousseau). Dans les deux cas, on oublie qu'il y a une histoire politique, qui passe par la fabrication de lois qui ne valent pas une fois pour toutes, on pense comme si la société civile de droit était déjà réalisée toute entière. Chez Kant, le contrat originaire est une Idée ; c'est dire qu'il est plus à la fin qu'au début. Ce qui est réel, ce sont des sociétés civiles qui se réalisent, et qui ont à se réaliser dans la visée de cette Idée. Car chez Kant, les Idées ne sont pas seulement des rêves de métaphysiciens. Elles ont des effets pratiques : c'est à l'aune de l'Idée de constitution civile que nous pouvons juger des progrès que nous avons faits pour rapprocher la loi de la justice, et que nous devons faire évoluer nos sociétés. C'est au nom du futur que nous pouvons dire que les sociétés, avec leur droit positif, sont plus ou moins justes, sans tomber dans des apories qui rendraient imprononçable l'idée même de loi injuste. Le *plus ou moins* alors n'est pas l'indice d'une pensée faible, comme s'il ne fallait penser que dans le tout ou rien, mais d'une pensée fine qui sait accueillir l'histoire des hommes lorsqu'elle s'occupe de politique sans rien rogner cependant sur ses exigences propres. »

¹⁶⁹ Cf. L. Cavare, *Le droit international public positif*, t. I, Paris, Pedone, 1967, pp. 684-685.

stable, permanente et perpétuelle¹⁷⁰ – passe par une constitutionnalisation de la société internationale, avec la création d'un pouvoir centralisé de contrainte : ce stato-morphisme découle naturellement de la vision de l'Etat comme personne juridique. La S.D.N. reste toutefois une institution profondément contradictoire. L'idéalisme wilsonien trouvait rapidement ses limites dès lors qu'étaient en cause les intérêts du monde occidental et en particulier des Etats-Unis : ainsi, Wilson s'opposa personnellement à l'insertion d'une clause, proposée par le Japon, mentionnant la nécessité d'assurer une certaine égalité de traitement entre nationaux de tous les pays¹⁷¹. Il s'agissait, en réalité, pour le *leader* de l'époque des nations non-blanches, de revendiquer la proclamation de l'égalité des races, principe qui, pour la plupart des dirigeants blancs de l'époque était non seulement scientifiquement erroné¹⁷², mais également politiquement explosif, deux raisons suffisantes pour en refuser l'insertion dans le texte du Pacte. Dans ce contexte, l'idée même de droits de l'Homme apparaissait dangereuse et fut laissée de côté. La S.D.N. laissait donc subsister l'ambiguïté foncière du droit international des « nations civilisées », prétendant à l'universalité, mais cantonnant en réalité son champ d'application aux Etats européens et justifiant par ailleurs l'asservissement des autres peuples.

Pourtant, il y a en germe, dans la transposition de l'impératif kantien, une mutation fondamentale dans la manière d'appréhender le droit international. Jusque là, l'analogie du contrat social était utilisée de façon *statique*, pour justifier, en le théorisant, l'ordre en vigueur : une juxtaposition d'Etats-personnes, souverains par nature, n'obéissant à aucune autorité supérieure, pas même celle du Droit.

A partir de la S.D.N., les gouvernants fixent un objectif à la société internationale¹⁷³. Ils utilisent la doctrine du contrat social dans son sens *dynamique* : non pour justifier un ordre existant, mais pour fonder l'obligation de dépasser cet ordre, d'y mettre définitivement fin.

L'adoption de la perspective kantienne a pour conséquence fondamentale, dans la construction de l'organisation internationale, de provoquer un dédoublement du concept de paix. Demeure en effet la notion classique d'une paix définie

¹⁷⁰ Cf. A. von Verdross, *Idées directrices de l'Organisation des Nations Unies*, « R.C.A.D.I. » 1953-II, t. 83, p. 11.

¹⁷¹ Cf. H. von Senger, *From the Limited to the Universal Concept of Human Rights : Two Periods of Human Rights*, in W. Schmale, *Human Rights and Cultural Diversity*, Golbach, Keip, 1993, pp. 47-100, et en part. pp. 74-77 : après de difficiles négociations face à l'hostilité unanime des Etats occidentaux, l'amendement japonais, extrêmement affaibli, fut finalement mis au voix le 11 avril 1919, au sein de la Commission de la Société des Nations, sous la présidence de Wilson. Une majorité se dégagait en faveur du texte (11 voix contre 17), mais Wilson refusa de déclarer l'amendement adopté, en s'appuyant sur la règle de l'unanimité qui, pourtant, avait été écartée à plusieurs reprises. Les japonais menacèrent de ne pas entrer dans la Société : apparemment, une promesse quant au règlement de la question de Shandong les fit revenir à de meilleurs sentiments (pp. 77-78).

¹⁷² Les convictions racistes, on l'oublie trop souvent, étaient extrêmement répandues à cette époque, et affichées publiquement par les responsables politiques. Cf. les déclarations citées par H. von Senger, *op. cit.*, en part. pp. 71-72.

¹⁷³ Cf. G. Abi-Saab, *Cours général...*, *op. cit.*, pp. 446-447.

dans un sens négatif comme « absence de guerre »¹⁷⁴. Cette paix résulte des traités de paix dont Kant dénonce le caractère provisoire, l'incapacité à mettre fin à toutes les guerres¹⁷⁵. Elle ne requiert pas une transformation des structures de la société internationale, mais seulement un accord entre Etat qui entérine, à un moment donné, l'état des rapports de force et fonde la paix à venir sur une politique de l'équilibre. Mais à cette notion de paix, qui est celle des grands Congrès, s'oppose une conception positive ou substantielle de la paix qui est la paix entendue dans le sens kantien, comme un état futur de la société, un projet, une œuvre à réaliser. La paix n'implique pas seulement la mise en place d'un système de sécurité fondé sur l'équilibre des puissances. En tant qu'Idée, elle suppose de supprimer toutes les causes de la guerre, que celles-ci soient économiques, sociales, humaines ou politiques¹⁷⁶. Cette paix est forcément lointaine et requiert une mutation de la société internationale qui, de l'état de nature, passerait à l'état civil. Pour Kant, le chemin qui mène à cette paix perpétuelle est parsemé de guerres : sa vision de l'histoire est dialectique et non linéaire. D'où le conflit qui oppose nécessairement les conceptions positive et négative de la paix : atteindre la paix au sens kantien implique nécessairement de mettre en danger la paix comme absence de guerre *hic et nunc*¹⁷⁷. Mieux, cette paix lointaine, comme un état de justice, rend possible le retour de l'idée de *guerre juste*, c'est à dire la légitimation d'un certain nombre de guerres menées dans le but de parvenir à la paix perpétuelle¹⁷⁸.

Ce concept substantiel de paix se traduit dans les chartes constitutives par la multiplication des buts de l'Organisation : pour atteindre l'état de paix, il est entendu que celle-ci devra promouvoir la justice sociale¹⁷⁹, les droits de

¹⁷⁴ A. Cassese, *Article 1, paragraphe 2*, in J.-P. Cot, A. Pellet, *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article*, 2ème éd., Paris, Economica, 1991, p. 49.

¹⁷⁵ Cf. E. Kant, *Vers la paix perpétuelle*, *op. cit.*, p. 91.

¹⁷⁶ Cf. P.-M. Dupuy, *La souveraineté de l'Etat et le droit des Nations Unies*, in R. Drago (dir.), *Souveraineté de l'Etat et interventions internationales*, Paris, Dalloz, coll. « textes et commentaires », 1996, p. 26. G. Abi-Saab, *Cours général...*, *op. cit.*, p. 449.

¹⁷⁷ A. Cassese, *Article 1, Paragraphe 2*, in J.-P. Cot, A. Pellet, *op. cit.*, p. 49 : « si on veut, on peut dire que l'Organisation est passée d'un concept de paix au sens négatif (paix comme absence de conflits armés) à un concept de paix au sens positif (paix comme réalisation des principes de justice, même au risque d'augmenter les tensions, les frictions et les conflits armés). »

¹⁷⁸ La guerre menée par l'O.T.A.N. au Kosovo, en l'absence de toute autorisation du Conseil de sécurité à cet effet, marque bien la résurgence de cette notion de guerre juste, comme l'a très bien analysé et systématisé Antonio Cassese, *Ex iniuria ius oritur : Are We Moving towards International Legitimation of Forcible Humanitarian Countermeasures in the World Community?*, « European Journal of International Law », vol. 10, n°1, 1990, pp. 23-30.

¹⁷⁹ Le Pacte de la S.D.N. mentionne la nécessité, pour accomplir la paix et la sûreté, « de faire régner la justice ». Le premier alinéa du Préambule de l'O.I.T. est plus explicite : « Attendu qu'une paix universelle et durable ne peut être fondée que sur la base de la justice sociale »

Après la seconde guerre mondiale, les Etats, réunis à Philadelphie en 1944 souligneront le caractère visionnaire d'une telle affirmation :

« Convaincue que l'expérience a pleinement démontré le bien-fondé de la déclaration contenue dans la Constitution de l'Organisation internationale du Travail, et d'après laquelle une paix durable ne peut être établie que sur la base de la justice sociale (...) »

Dans le Préambule de la Charte, les « peuples des Nations Unies » se disent résolus à « favoriser le progrès social et instaurer de meilleures conditions de vie dans une liberté plus grande ». L'article 1 § 3 fixe comme but à l'Organisation de résoudre « les problèmes internationaux d'ordre économique, social, intellectuel ou humanitaire ».

l'Homme¹⁸⁰ ou le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes¹⁸¹. Formulés de cette manière, ces buts apparaissent comme autant de buts *subordonnés* au but suprême qu'est la paix. Les droits de l'Homme, le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, la justice sociale, seraient autant de *moyens* pour parvenir à une fin placée en tête de l'énumération.

Cette vision, qui transparaît à la lecture des textes, est en réalité trompeuse.

Il est important, à cet égard, de rappeler le contenu de la paix, au sens positif et kantien du terme. Cette paix désigne l'état civil, c'est à dire, sur le plan juridique, un état dans lequel les individus se sont soumis à des lois publiques contraignantes, dont ils peuvent se penser comme les auteurs et qui, de ce fait, assurent la coexistence de leurs libertés, celles-ci impliquant tant la sauvegarde des droits civils et politiques que la justice sociale (« à chacun le sien »). Par conséquent, lorsque Kant pose comme une condition de la paix perpétuelle que tous les Etats participant à l'*Alliance des peuples* soient démocratiques, il n'établit pas un rapport entre un moyen et une fin, envisagés sur un axe temporel où la réalisation du moyen précéderait celle de la fin. Il instaure plutôt un rapport dialectique entre deux facettes d'une même notion : le respect des droits de l'Homme et par conséquent l'existence d'un régime démocratique dans tous les pays est une autre manière de désigner l'état de paix. La paix équivaut à cet état où tous les peuples seront gouvernés démocratiquement. Il n'y a pas de rapport causal entre les deux notions, mais un véritable rapport d'équivalence¹⁸².

Même si ce rapport d'équivalence ne semble pas être apparu clairement aux rédacteurs de la Charte, le rejet, à San Francisco, de la proposition indienne d'établir un ordre logique (c'est-à-dire chrono-logique) dans l'énumération des buts de l'Organisation, dans le futur article 1 de la Charte, traduit la prise de conscience de la part des rédacteurs de l'impossibilité de dissocier la paix des autres « buts » de l'Organisation, ce qui signifie que, au moins dans le cadre de cet article, la paix était bien comprise dans sa dimension « positive » et substantielle¹⁸³.

¹⁸⁰ Dans le Préambule de la Charte, les peuples des Nations Unies proclament « à nouveau [leur] foi dans les droits fondamentaux de l'homme, dans la dignité et la valeur de la personne humaine, dans l'égalité des droits des hommes et des femmes (...) ». L'article premier fixe pour but à l'Organisation de développer et encourager « le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion. »

¹⁸¹ L'article 1 § 2 de la Charte fixe comme but à l'Organisation de : « Développer entre les Nations des relations amicales fondées sur le respect du principe de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes (...) ».

¹⁸² B. Mirkine-Guetzevitch, *Quelques problèmes de la mise en œuvre de la Déclaration universelle des droits de l'Homme*, « R.C.A.D.I. » 1953-II, t. 83, p. 293 : « Du fait même de la reconnaissance des droits de l'Homme, la Charte des Nations Unies a posé tout le problème des rapports entre les deux techniques juridiques, celles de la paix (technique du droit internationale) et celle de la liberté (technique du droit constitutionnel). Cette indivisibilité de la paix et de la liberté est le point de départ de notre concept moniste du droit public. »

¹⁸³ M. Bedjaoui, *Article 1 : Commentaire général*, in J.P. Cot, A. Pellet, *op. cit.*, pp. 24-25 : « Le délégué de l'Inde avait fait remarquer à juste titre que la paix est le but ultime et que les autres buts y contribuent. En conséquence de quoi, il avait suggéré qu'il faudrait en réalité 1) développer les relations amicales entre les Etats, 2) reconnaître les droits fondamentaux de l'homme, 3) réaliser la coopération internationale économique et sociale, pour enfin 4) maintenir la paix et la sécurité internationales. »

Cette nouvelle dimension du concept de paix comporte une autre conséquence fondamentale: c'est celle de proposer une vision radicalement moniste de la société internationale, tant sur le plan causal que juridique. A partir du moment où les causes de la guerre entre Etats sont localisées dans des problèmes qui transcendent les frontières parce qu'ils se posent à l'intérieur comme à l'extérieur des Etats, la paix recherchée ne se limite plus à la paix internationale, à la paix entre Etats¹⁸⁴. La séparation rigide entre deux sphères étanches est dépassée: les conflits internes, s'ils s'aggravent, mènent inévitablement à des conflits internationaux. Il convient par conséquent de prévenir ces conflits internes en s'attaquant à leurs causes. Or ces causes ne concernent pas les Etats, mais bien les individus et les peuples. En adoptant cette vision moniste, les rédacteurs de la Charte adoptent le «réalisme» prôné par Georges Scelle: ils acceptent de dépasser la figure imposante et aveuglante de l'Etat pour remonter aux causes réelles des conflits. Ce faisant, ils placent l'individu et la réunion des individus en collectivité – le peuple – au centre de la construction. La paix visée par la Charte n'est pas une paix inter-étatique dans l'intérêt des souverains. C'est une paix qui vise à épargner à «l'humanité d'indicibles souffrances». Réflexivement, le droit qui doit imposer cette paix n'est pas pensé comme un droit interétatique, mais comme le droit de la société humaine universelle. Comment interpréter autrement cet étrange: «Nous, peuples des Nations Unies» qui ouvre le texte? Si l'on accepte d'y voir autre chose qu'une preuve de cynisme de la part des gouvernants, il faut admettre que ceux-ci ont tenus, par cette phrase, à être perçus comme agissant pour le compte de «leurs» peuples respectifs. C'est admettre, au moins sur le plan des principes, que le droit ne doit plus être un droit interétatique, mais doit émaner directement des peuples représentés sur le plan international par leurs gouvernants.

L'introduction du concept de droits de l'Homme est, à cet égard, fondamentale, car elle n'est *pas seulement* l'expression de l'idée selon laquelle les violations des droits de l'Homme sont *causalement* à l'origine des guerres internationales – ce qui est le sens le plus souvent retenu par les auteurs¹⁸⁵. Elle signifie également, d'un point de vue juridique, que le droit international n'est véritablement légitime que s'il est fondé sur le respect des droits de l'Homme¹⁸⁶. Autrement dit, affirmer les droits de l'Homme sur le plan international ne revient *pas seulement* à poser une obligation pour les Etats de les respecter: il s'agit, plus profondément, de l'importation d'une théorie de la légitimité du pouvoir et du droit internes dans l'ordre international. Alors que la doctrine classique procédait à une *analogie*, en transposant la doctrine du contrat social de la sphère interne à la

¹⁸⁴ Contra M. Lachs, *Article 1, paragraphe 1*, in J.P. Cot, A. Pellet, *op. cit.*, p. 32.

¹⁸⁵ Cf. A. von Verdross, *Idées directrices de l'Organisation des Nations Unies*, *op. cit.*, p. 23: «... la Charte est fondée sur l'idée qu'un Etat qui n'accorde pas un certain minimum de droits à ses propres ressortissants, sera toujours tenté de leur insuffler une idéologie agressive pour diriger ainsi le mécontentement de ses sujets vers les Etats étrangers. Par conséquent, la Charte reconnaît que la protection des droits de l'homme n'est pas seulement désirable au point de vue de l'humanité, mais même nécessaire pour le maintien de la paix et de la sécurité internationale.» Dans le même sens, T. M. Franck, *Fairness in International Law and Institutions*, Oxford, Clarendon Press, 1995, pp. 134-137.

¹⁸⁶ Cf. en ce sens: H. Lauterpacht, *International Law and Human Rights*, London, Stevens, 1950, p. 78. B. Mirkine-Guetzevitch, *Quelques problèmes de la mise en œuvre...*, *op. cit.*, p. 299.

sphère internationale, les Etats étant assimilés à des individus plongés dans un état de nature, la proclamation des droits de l'Homme fait de l'Homme fait de la doctrine du contrat social *telle qu'elle existe sur le plan interne* une doctrine de la légitimité du droit international.

Mais ceci a, bien entendu, et conformément à la logique kantienne, valeur de programme. Il s'agit d'un projet de transformation de la société internationale, dont les chartes constitutives entérinent les principes fondamentaux.

B. Persistance du «modèle westphalien» dans la Charte des Nations Unies

Les principes et les buts proclamés au début du texte de la Charte ne doivent en effet par faire illusion. La Charte a la figure d'un Janus : d'un côté, elle fournit les bases d'une vision renouvelée de l'ordre international, de l'autre elle réaffirme de façon particulièrement brutale les principes de base du «modèle westphalien»¹⁸⁷. A cet égard, le «retour du droit naturel» a joué dans les deux sens. Le Pacte de la S.D.N. évitait autant que possible d'utiliser le terme «Etat»¹⁸⁸ et ne se référait pas explicitement au concept de souveraineté. La Charte amorce de ce point de vue un retour incontestable à la doctrine du droit naturel : la proclamation des droits de l'Homme et de sa dignité est concomitante d'une affirmation des droits fondamentaux et naturels de l'Etat. Comment expliquer autrement cette mise en parallèle, *a priori* étrange, entre «l'égalité des droits des hommes et des femmes, ainsi que des nations, grandes et petites» (Préambule, alinéa 2)¹⁸⁹. Le

¹⁸⁷ L'édiction d'un certain nombre de principes programmatiques dans les articles 1 et 2 de la Charte des Nations Unies amène la doctrine contemporaine à distinguer entre deux modèles de droit international – considérés comme des idéals-types au sens wébérien du terme. Selon Antonio Cassese, il y a d'un côté le «modèle westphalien», à savoir le droit international «classique» issu de la paix de Westphalie qui, rappelons-le, entérine d'un point de vue juridique, la fin de la *respublica christiana* et l'avènement d'un monde pluraliste et divisé en entités égales et souveraines. De l'autre, le «modèle de la Charte» qui, comme son nom l'indique, se réfère aux objectifs nouveaux de la communauté internationale à partir de 1945. Cf. A. Cassese, *Le droit international dans un monde divisé*, Paris, Berger-Levrault, 1986, pp. 345 et ss. Cf. également, pour un approfondissement de cette distinction : G. Abi-Saab, *Cours général...*, *op. cit.*, pp. 319 et ss. Tandis que René-Jean Dupuy, dans une perspective dialectique sur laquelle nous reviendrons, parle d'un «droit relationnel» et d'un «droit institutionnel». Par exemple : R.-J. Dupuy, *La communauté internationale entre le mythe et l'histoire*, Paris, Economica, 1986, Chapitre 1 «Droit relationnel et droit institutionnel».

¹⁸⁸ Le Pacte parle plutôt des «membres de la Société». Il n'emploie le terme «Etat» que lorsque sont impliqués des Etats non membres. Cf. les articles 16 et 17.

¹⁸⁹ A vrai dire, cette phrase ne s'explique que resituée dans le contexte de l'époque et, en particulier, à la lumière de la «question raciale» : pour les Etats non européens présents à la Conférence de San Francisco, la revendication des droits de l'homme se résumait essentiellement à la reconnaissance de l'égalité entre toutes les membres de la famille humaine et à l'interdiction de la discrimination raciale. Mais cette question était étroitement liée à la reconnaissance de l'égalité entre les Etats et au respect de la souveraineté : si les chinois étaient traités comme des sous-hommes aux Etats-Unis, c'est parce que la Chine elle-même était traitée comme un sous-Etat. Ce n'est qu'en recouvrant sa dignité d'Etat que la Chine pourrait protéger ses ressortissants et imposer aux Etats occidentaux l'égalité de traitement. Au fond, pour ces nouveaux Etats, les droits de l'Homme se résumaient au droit des peuples à l'auto-détermination. La conséquence de cette conception était de laisser dans l'ombre les relations entre les Etats et leurs ressortissants : il était entendu que celles-ci relevaient des «affaires intérieures», dont la protection était consacrée par l'article 2 § 7

terme de « nations » est ici pris comme synonyme de l'Etat (et non du « peuple », notion clairement distincte dans le texte de la Charte), dans le même sens où l'utilisait Vattel lorsqu'il écrivait :

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, aucune différence. Un nain est aussi bien un homme qu'un géant : une petite république n'est pas moins un Etat souverain que le plus puissant royaume¹⁹⁰.

Il en résulte que le premier entre tous les principes que l'Organisation et ses Membres s'engagent à respecter est l'égalité souveraine des Etats. Avec ce principe, on retrouve l'image contractualiste d'un état de nature, où les Etats naissent et demeurent « libres et égaux » en droit. Selon le rapport du Comité 1 de la Première Commission à San Francisco, le principe était supposé recouvrir quatre éléments :

- 1) que les Etats sont égaux juridiquement ;
- 2) que chaque Etat jouit de tous les droits qui découlent de sa souveraineté ;
- 3) que la personnalité de l'Etat est respectée ainsi que son intégrité territoriale et son indépendance politique ;
- 4) que l'Etat devra, dans un ordre international, s'acquitter fidèlement de ses devoirs et obligations internationales¹⁹¹.

Le principe est développé et généralisé par la *Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre Etats, conformément à la Charte des Nations Unies* (résolution 2625 (XXV) du 24 octobre 1970), sous la forme suivante :

de la Charte. Pour les Etats-Unis, l'acceptation d'une clause sur la discrimination raciale – refusée par Wilson lui-même lors de la Conférence de Paris en 1919 – ne présentait, selon eux, aucun risque, parce que le statut des noirs américains était exclu de son champ d'application. Sur cette problématique et pour un commentaire détaillé, sous cet angle, des travaux préparatoires de la Charte : H. von Senger, *op. cit.*, *passim*.

¹⁹⁰ E. de Vattel, *Le droit des gens...*, *op. cit.*, pp. 99-100. Antonio Cassese cite également la « Déclaration du droit des gens » présentée par l'abbé Grégoire à la Convention et finalement rejetée : «... la souveraineté n'est pas susceptible de plus ni de moins ; elle ne résulte ni de la force, ni de la richesse ; elle appartient à Saint-Marin dans un degré aussi éminent qu'à la France » (Moniteur universel (1795), An III (séance du 4 Floréal), p. 334). Le Professeur Cassese conclut à propos de la période révolutionnaire : « L'égalité s'assoit ainsi sur des bases neuves : toutes les relations sont ou doivent être égales et souveraines, tout comme chaque individu ; chacune de ces nations exprime une volonté souveraine à laquelle personne ne peut être supérieur. » A. Cassese, *La diffusion des idées révolutionnaires et l'évolution du droit international*, in S.F.D.I., *Révolution et droit international. Colloque de Dijon*, Paris, Pedone, 1990, p. 300.

¹⁹¹ Cité par G. Abi-Saab, *Cours général...*, *op. cit.*, p. 332. Cf. également A. Cassese, *Le droit international dans un monde divisé*, *op. cit.*, pp. 120-121.

Tous les Etats jouissent de l'égalité souveraine. Ils ont des droits et des devoirs égaux et sont 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 Etats sont juridiquement égaux ;
- b) Chaque Etat jouit des droits inhérents à la pleine souveraineté ;
- c) Chaque Etat le devoir de respecter la personnalité des autres Etats ;
- d) L'intégrité territoriale et l'indépendance politique de l'Etat sont inviolables ;
- e) Chaque Etat a le droit de choisir et de développer librement son système politique, social, économique et culturel ;
- f) Chaque Etat a le devoir de s'acquitter pleinement et de bonne foi de ses obligations internationales et de vivre en paix avec les autres Etats.»¹⁹²

Par rapport au texte interprétatif contenu dans le rapport adopté à San Francisco, la résolution 2625 (XXV) accentue encore le caractère de droit naturel de l'égalité souveraine en précisant que les droits de l'Etat sont « inhérents » à sa pleine souveraineté. Par ailleurs, elle ajoute aux quatre éléments un cinquième qui consacre l'autonomie de l'Etat dans le domaine politique, social, économique et culturel : c'est affirmer explicitement l'indifférence de principe du droit international à l'égard des affaires « internes ».

Car en effet, du principe de l'égalité souveraine découle logiquement l'axiome de toute société pluraliste soucieuse d'assurer la coexistence pacifique des entités qui la composent : le principe de non-intervention dans les « affaires qui relèvent essentiellement de la compétence nationale d'un Etat » (Article 2 § 7)¹⁹³. Là encore, l'affirmation de la souveraineté de l'Etat comme droit fondamental est beaucoup plus forte qu'elle ne l'était dans le Pacte de la S.D.N.¹⁹⁴ L'article 15 § 8 de ce dernier se bornait à prévoir la possibilité pour un Etat partie à un différend de faire valoir une exception, selon laquelle le différend porterait sur une question « que le droit international laisse à la compétence exclusive de cette partie ». Il appartenait au Conseil de trancher la question. L'article 2 § 7 de la Charte substitue à cette démarche objectiviste (c'est le droit qui *laisse* à la compétence exclusive de l'Etat une matière) une approche à la fois subjectiviste et essentialiste. Subjectiviste car, en l'absence de toute autorité désignée pour trancher la question, il appartient *a priori* à chaque Etat de décider pour lui-même. Essentialiste, car de

¹⁹² In P.-M. Dupuy, *Grands textes de droit international public*, Paris Dalloz, 1996, pp. 84-85.

¹⁹³ Sur ce point, voir l'étude générale de G. Arangio-Ruiz, *Le domaine réservé. L'organisation internationale et le rapport entre droit international et droit interne*, « R.C.A.D.I. » 1990-VI, t. 225, pp. 9-484.

¹⁹⁴ A ce sujet, et dans le sens de ce qui suit voir : G. Scelle, *Manuel...*, *op. cit.*, pp. 104-111. Pour Georges Scelle, l'article 2 § 7 constitue à n'en pas douter une « régression » par rapport à l'article 15 § 8.

relative et variable¹⁹⁵, la compétence « exclusive » semble devoir se fixer *par essence* sur un certain nombre de matières bien déterminées¹⁹⁶.

Le principe de non-intervention s'est en réalité subdivisé, à la faveur de la guerre froide, en deux principes distincts : le principe de non-intervention compris comme l'interdiction d'une intervention armée sur le territoire d'un Etat par un autre Etat ; et le principe dit « de non ingérence » qui vise des « mesures économiques, politiques ou de toute autre nature » prises « pour contraindre un autre Etat à subordonner l'exercice de ses droits souverains et pour obtenir de lui des avantages de quelque ordre que ce soit. »¹⁹⁷

La résolution 2625 (XXV) synthétise les deux notions en une formule maladroitement rédigée :

Aucun Etat ni groupe d'Etats n'a le droit d'intervenir, directement ou indirectement, pour quelque raison que ce soit, dans les affaires intérieures ou extérieures d'un autre Etat. En conséquence, non seulement l'intervention armée, mais aussi toute autre forme d'ingérence ou toute menace, dirigées contre la personnalité d'un Etat ou contre ses éléments politiques, économiques et culturels, sont contraires au droit international¹⁹⁸.

On retrouve par ailleurs la clause du libre choix du « système politique, économique, social et culturel », cette fois qualifié de « droit inaliénable »¹⁹⁹ de l'Etat.

Ainsi la Charte des Nations Unies, tout en traçant les grandes lignes d'un programme de transformation de la société internationale, réaffirme-t-elle par ailleurs très fermement les principes de l'ordre établi. L'Organisation est donc en quelque sorte, du fait de sa constitution même, une institution paradoxale : elle doit, pour mettre fin à l'état de nature régnant entre les Etats, respecter les principes qui consacrent et assurent la pérennité de ce même état. En fait, le paradoxe n'est qu'apparent. Il faut, pour le dépasser, revenir une fois de plus à la philosophie kantienne.

C. Dépassement du modèle westphalien

René-Jean Dupuy distingue la société internationale comme « processus rationnel » s'établissant « sur un statut comportant des institutions et organisant les rapports entre celles-ci et les membres de la société » d'une communauté internationale qui lui est antérieure et extérieure, « phénomène spontané, répondant à des facteurs de solidarité »²⁰⁰. Il montre de la sorte à quel point le projet wilsonien

¹⁹⁵ C'est cette variabilité et cette relativité qu'a constaté la Cour permanente de justice internationale dans son Avis dans l'*Affaire des décrets de nationalités en Tunisie et au Maroc*. Cf. C.P.J.I. Rec. 1923, Série B, n°4, p. 24.

¹⁹⁶ En réalité, très vite, la pratique des organes des Nations Unies ne retiendra pas cette démarche essentialiste. C'est l'interprétation objectiviste qui prévaudra, réduisant ainsi à néant la différence de formulation entre les deux dispositions. Par ex., H. Lauterpacht, *The International Protection of Human Rights*, « R.C.A.D.I. » 1947-I, t. 70, pp. 13-56 et en part. p. 25-26.

¹⁹⁷ Résolution 2625 (XXV), « Le principe relatif au devoir de ne pas intervenir dans les affaires relevant de la compétence nationale d'un Etat, conformément à la Charte », *op. cit.*, p. 82.

¹⁹⁸ *Id.*

¹⁹⁹ *Ibid.*

²⁰⁰ R.-J. Dupuy, *Article 1, paragraphe 4*, in J.P. Cot, A. Pellet, *op. cit.*, p. 68.

peut être problématique : en voulant « faire passer la communauté des nations de l'état de nature à l'état de société »²⁰¹, le projet d'organisation internationale pré-suppose l'existence d'une communauté. Or celle-ci n'existe que partiellement dans les faits : elle existe suffisamment pour motiver la création d'une organisation internationale, mais elle reste, quant à sa définition et à sa domination, l'enjeu des conflits de pouvoirs entre Etats :

La communauté internationale se trouve toujours tiraillée entre la tentation du retour à l'état de nature et celle de l'organisation en société. C'est pour répondre à celle-ci qu'elle veut faire de la guerre une paix mais elle est elle-même un ensemble à conquérir et, comme tel, facteur de conflit²⁰².

Les organisations internationales que sont la S.D.N. et l'O.N.U. apparaissent dès lors comme des organisations *transitoires* : chargées de mettre en place les bases d'un monde nouveau, d'une véritable société internationale permettant l'instauration de la paix perpétuelle, elles restent en même temps tributaires des conditions structurelles qui caractérisent la communauté internationale au moment de leur fondation²⁰³.

La difficulté d'une telle construction vient de sa dualité : d'un côté, elle relève de l'utopie, en ce qu'elle fixe des objectifs qui, de toute évidence, appartiennent au monde nouménal, ou tout au moins à ce monde des fins dont on ne sait si elles sont réalisables, bien que l'on ne puisse démontrer qu'elles ne le soient pas²⁰⁴. De l'autre, en faisant de ces fins les principes directeurs de l'Organisation, elle en juridicise l'impératif et transforme par conséquent ce qui semblait relever de la Morale ou du commandement de la Raison en une obligation juridique à la charge des membres de l'Organisation. La paix perpétuelle est un objectif lointain, sinon irréalisable. Mais en établissant une organisation qui se donne cette paix pour fin, les Etats participants s'engagent à prendre les mesures nécessaires pour en assurer la réalisation. Ainsi l'utopie devient-elle constitutive de normes juridiques. Elle amène les Etats à prendre des engagements en vue de sa réalisation lointaine²⁰⁵. Comme le remarquait René-Jean Dupuy, au contraire de l'utopie des moyens, « l'utopie des fins projette des images globalisantes, simplificatrices mais mobilisatrices. »²⁰⁶

Sont ainsi *mobilisées* les structures de l'ordre existant, en vue de produire l'ordre à venir. De même que chez Kant, la raison utilise les mécanismes de la

²⁰¹ R.-J. Dupuy, Article 2 (commentaire général), in J.-P. Cot, A. Pellet, *op. cit.*, p. 74.

²⁰² *Id.*

²⁰³ H. Kelsen, *Les rapports de système entre le droit interne et le droit international*, R.C.A.D.I. 1926-IV, p. 326. J. Habermas, *La paix perpétuelle...*, *op. cit.*, p. 53.

²⁰⁴ E. Kant, *Doctrine du droit*, *op. cit.*, p. 182.

²⁰⁵ Cf. P.M. Dupuy, *L'enfer et le paradigme : libre propos sur les relations du droit international avec la persistance des guerres et l'objectif idéal du maintien de la paix*, in *Mélanges Hubert Thierry. L'évolution du droit international*, Paris, Pédone, 1998, pp. 187-200 et en part. p. 199 : « L'innovation historique introduite dans la Charte vient du fait qu'en osant poser définitivement la règle de l'interdiction du recours à la force comme clef de voûte de la nouvelle institution et du droit, elle n'introduit pas un progrès qualitatif dans ce droit. Mais elle lui donne un sens, une orientation et une polarité, un étalon fondamental et une dynamique... »

²⁰⁶ R.-J. Dupuy, Article 1, paragraphe 4, in J.-P. Cot, A. Pellet, *op. cit.*, p. 67.

nature « comme d'un moyen pour faire place à sa propre fin »²⁰⁷, les principes propres à l'état civil *mobilisent* les structures de la société internationale pour les transformer et réaliser leurs fins.

Il y a donc nécessairement conflit entre les principes de l'ordre westphalien et les principes d'un état civil à venir. Mais dans la mesure où le dépassement de la souveraineté constitue le but de la nouvelle Organisation, les principes de l'état civil tendent nécessairement à prévaloir sur les principes westphaliens. La perspective dynamique l'emporte sur la perspective statique. Les mécanismes du droit international actuel, fondés sur les principes d'une société internationale anarchique et divisée, sont *instrumentalisés* au service de la destruction de ces mêmes fondements.

L'introduction des droits de l'Homme dans l'ordre juridique international est au centre de ce processus de destruction-reconstruction : en délégitimant l'Etat-personne et en légitimant, au contraire, l'individu comme sujet de droit international ; en conduisant à la substitution d'un fondement démocratique au droit à celui, moribond, de la volonté des Etats, les droits de l'Homme ont un rôle destructeur et fondateur. Ils sont, au sens fort, porteurs d'une mutation du droit international qui, d'un droit interétatique, tend à se transformer en un droit de la Société humaine universelle.

Paris

²⁰⁷ E. Kant, *Vers la paix perpétuelle*, op. cit., p. 105.