

Esquisse d'un droit international sans obligation ni sanction. Un essai de droit des gens phénoménologique.

Lazar Focsaneanu

Volume 8, Number 3, 1977

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/700799ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/700799ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Institut québécois des hautes études internationales

ISSN

0014-2123 (print)

1703-7891 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Focsaneanu, L. (1977). Esquisse d'un droit international sans obligation ni sanction. Un essai de droit des gens phénoménologique. *Études internationales*, 8(3), 447–477. <https://doi.org/10.7202/700799ar>

ESQUISSE D'UN DROIT INTERNATIONAL SANS OBLIGATION, NI SANCTION : UN ESSAI DE DROIT DES GENS PHÉNOMÉNOLOGIQUE

Lazar FOCSANEANU *

I – INTRODUCTION

1. *De la morale au droit des gens.* À la fin du siècle dernier, le philosophe Jean-Marie Guyau publia un livre intitulé *Esquisse d'une morale sans obligation, ni sanction*¹. Dans son ouvrage, Guyau constate qu'une morale purement scientifique, c'est-à-dire uniquement fondée sur ce qu'on *sait*, ne doit pas nécessairement coïncider avec la morale ordinaire, composée en grande partie de choses qu'on *sent* ou qu'on *préjuge*². Il se propose de suivre une méthode rigoureuse pour élaborer une morale positive, exclusivement fondée sur les *faits* et qui, en conséquence, ne parte, ni d'une *thèse a priori*, ni d'une *loi a priori*, et ne renferme aucun postulat invérifiable³. Phénoménologue sans en être conscient, Guyau paraît avoir tracé l'exemple pour le renouvellement du droit des gens.

En effet, le droit international public traverse actuellement une crise profonde. Dans son rapport présenté, en 1974, au Colloque de Toulouse de la Société française pour le droit international, le professeur René-Jean Dupuy écrivait :

Si les âges classiques sont ceux des distinctions nettes entre catégories précises, l'effritement des colonnes du temple de la loi érigé par l'article 38 du Statut de la Cour exprime assez bien un des aspects des mutations de la société internationale du temps présent⁴.

Des concepts nouveaux, tels que « droit programmatoire », « *soft law* », « droit incitatoire », « coutume instantanée », « coutume sauvage », etc., pénètrent

* Diplômé de l'Académie de droit international de La Haye, chargé de cours à l'Institut d'études politiques et à l'Institut de droit des affaires de l'Université d'Aix-Marseille III.

1. Jean-Marie GUYAU (1854-1888), philosophe français dont les écrits ont suscité un intérêt considérable à la fin du XIX^e et au début du XX^e siècle. *Esquisse d'une morale sans obligation, ni sanction* a connu de nombreuses éditions, dont la première date de 1885, la dernière de 1925.

2. GUYAU, *op. cit.* (3^e éd.), Paris, Alcan, 1893, p. 4.

3. *Ibid.*, pp. 83-84.

4. Voir René-Jean DUPUY, « Droit déclaratoire et droit programmatoire : de la coutume sauvage à la *soft law* », dans *Société française pour le droit international, Colloque de Toulouse, 16-18 mai 1974 ; L'élaboration du droit international public*, Paris, Pédone, 1975, pp. 132-148.

dans le système didactique du droit des gens et en troublent le bel ordonnancement. Cependant, aucun effort systématique n'a été accompli jusqu'à présent pour reconstruire l'ensemble de ce droit sur des bases nouvelles. L'écart entre la rhétorique des textes diplomatiques et doctrinaux, d'une part, et le comportement effectif des États, d'autre part, s'accroît de jour en jour. Le droit international attend son renouveau.

2. *Ancienneté de la crise du droit international. L'incompatibilité des notions de souveraineté et de droit des gens, dénoncée dans l'œuvre des grands philosophes.* À vrai dire, la crise du droit des gens n'est pas récente. Elle apparaît, dès le XV^e siècle, dans l'œuvre des grands philosophes, qui ont dénoncé la contradiction interne de toutes les doctrines tendant à concilier le concept de souveraineté avec celui de norme juridique préétablie, s'imposant aux États de manière contraignante. En réalité, toutes ces doctrines sortent de la positivité pour aboutir, soit au droit naturel, soit à un droit-fiction, ainsi qu'il sera précisé ci-après (voir n° 18, *infra*).

II – LES PHILOSOPHES ET LE DROIT DES GENS

3. *Considérations générales.* Depuis cinq siècles des philosophes illustres ont enseigné que le Prince ou l'État souverain ne sont pas liés par les traités qu'ils concluent, le respect des traités étant uniquement fondé sur l'intérêt et sur l'équilibre des forces. À titre d'exemples, seront cités ci-après des passages significatifs, extraits des œuvres de Machiavel, de Hobbes, de Spinoza, de Montesquieu, de Jean-Jacques Rousseau, de Kant, de Hume, de Hegel.

4. *Machiavel* (1469–1527). Dans un petit ouvrage connu, en français, sous le titre *Le Prince*, mais dont le véritable titre est *De Principatibus*, Machiavel étudie les moyens que les souverains doivent employer pour conserver et agrandir leurs États ainsi que les faits pour lesquels leur conduite sera louée ou blâmée. Écrit pendant l'année 1513, l'ouvrage a été offert, en 1516, à Laurent d'Urbin, le nouveau maître de cette cité ⁵.

Le chapitre XVIII du *Prince*, intitulé « Comment les princes doivent garder leur foi », analyse, de manière réaliste, les circonstances dans lesquelles le souverain peut se voir contraint d'agir contre sa parole et contre sa foi. Le texte français de quelques passages caractéristiques de ce chapitre sont cités ci-après :

Chacun entend assez qu'il est fort louable à un Prince de maintenir sa foi et vivre en intégrité, non pas avec ruses et tromperies. Néanmoins *on voit par expérience de notre temps que ces Princes se sont faits grands qui n'ont pas tenu grand compte de leur foi*, et qui ont su par ruse circonvenir l'esprit des hommes, et à la fin ils ont surpassé ceux qui se sont fondés sur la loyauté... (p. 341)

Et il faut aussi noter qu'un Prince, surtout quand il est nouveau, il ne peut bonnement observer toutes ces conditions par lesquelles on est estimé homme de bien ; car *il est souvent contraint pour maintenir ses Etats, d'agir contre sa*

5. Les citations qui suivent ont été faites d'après le texte français établi par Edmond BARNICOU, Paris, Gallimard (Bibliothèque de la Pléiade), 1952.

parole, contre la charité, contre l'humanité, contre la religion. Ce pourquoi il faut qu'il ait l'entendement prêt à tourner selon que les vents de fortune et variations de choses lui commandent, et, comme j'ai déjà dit, ne s'éloigner pas du bien, s'il peut, mais savoir entrer au mal, s'il y a nécessité. (p. 342)

Qu'un Prince donc se propose pour son but de vaincre, et de maintenir l'Etat : les moyens seront toujours estimés honorables et loués de chacun ; or en ce monde il n'y a que le vulgaire ; et le petit nombre ne compte pas, quand le grand nombre a de quoi s'appuyer. Un prince de notre temps⁶ lequel il n'est bon de nommer ne chante autre chose que de paix et de foi ; et de l'une et de l'autre il est très grand ennemi ; et l'une et l'autre, s'il eût bien observée, lui eût souvent ôté ou son prestige ou ses Etats. (p. 343)

Par ailleurs, dans le chapitre XIV du *Prince* (« De ce qui concerne le Prince touchant le fait de la guerre »), Machiavel souligne l'importance primordiale de l'organisation et de la discipline militaires :

Un Prince donc ne doit avoir autre objet ni autre penser, ni prendre autre matière à cœur que *le fait de la guerre et l'organisation et discipline militaires* ; car c'est le seul art qui appartienne à ceux qui commandent, ayant si grande puissance que non seulement il maintient ceux qui de race sont Princes, mais bien souvent fait monter à ce degré les hommes de simple condition ; en revanche on voit que quand les Princes se sont plus adonnés aux voluptés qu'aux armes, ils ont perdu leurs Etats. (p. 332)

...Car, de l'homme armé à un qui ne l'est point il n'y a nulle comparaison ; et la raison ne veut pas qu'un bien armé obéisse volontiers à celui est désarmé, ni qu'un homme désarmé puisse être en sûreté entre ses serveurs armés. (p. 333)

Les passages précités énoncent et préfigurent les principes d'un droit des gens phénoménologique, à savoir :

- 1° La prise en considération de « l'expérience de notre temps ». (p. 341)
- 2° La nécessité pour le souverain d'agir contre sa foi et contre sa parole, lorsqu'il s'agit du maintien de ses États. (pp. 341-342)
- 3° La nécessité pour le souverain d'adapter son comportement aux « variations des choses ». (p. 342)
- 4° Les moyens qui permettent au souverain de vaincre et de maintenir l'État seront toujours estimés honorables par le peuple. (p. 343)
- 5° L'importance primordiale de l'organisation et la discipline militaires pour le maintien des États. (pp. 332-333)

5. *Hobbes* (1588-1679) s'est occupé du problème des rapports entre États souverains dans deux ouvrages célèbres. Le premier, intitulé *Elementa philosophica de cive*, a été publié en 1642. Le deuxième, publié en 1651, porte le titre de *Leviathan*. Le chapitre XIII du livre I^{er} de ce dernier ouvrage donne la description de l'état de nature dans lequel vivent les souverains⁷.

Mais même s'il n'y avait jamais eu aucun temps où les particuliers fussent en état de guerre les uns contre les autres, cependant à tous moments *les rois et les personnes qui détiennent l'autorité souveraine* sont, à cause de leur indépen-

6. Il s'agit du prince Giovanni Bentivoglio.

7. La citation qui suit a été faite d'après la traduction française de François TRICAUD, *Leviathan*, Paris, Sirey, 1971.

dance, dans une continuelle suspicion et dans la situation et la posture de gladiateurs, leurs armes pointées, les yeux de chacun fixés sur l'autre : je veux ici parler de forts, des garnisons, des canons qu'ils ont aux frontières de leurs royaumes, et des espions qu'ils entretiennent continuellement chez leurs voisins, toutes choses qui constituent une attitude de guerre. Mais parce qu'ils protègent par là l'activité industrielle de leurs sujets, il ne s'ensuit pas de là cette misère qui accompagne la liberté des particuliers.

Cette guerre de chacun contre chacun a une autre conséquence : à savoir que rien ne peut être injuste. Les notions de légitime et d'illégitime, de justice et d'injustice, n'ont pas ici leur place. Là où il n'est pas de pouvoir commun, il n'est pas de loi ; là où il n'est pas de loi, il n'est pas d'injustice. La violence et la ruse sont en temps de guerre les deux vertus cardinales...

Toutefois, la guerre qui est la conséquence de l'état de nature, peut être restreinte par la conclusion de traités. Ces traités doivent être respectés (*De cive*, III, 1).

6. Spinoza (1632–1677). Deux ouvrages de ce philosophe comportent des passages consacrés aux relations entre États. Ce sont le *Traité théologico-politique*, publié sous forme anonyme, en 1670, et le *Traité politique*, œuvre posthume inachevée, publiée en 1677.

A. *Extrait du Traité théologico-politique*. Le passage qui suit est cité d'après la traduction française, due à Charles Appuhn⁸ :

Chapitre XVI. « Des fondements de l'Etat ; du Droit tant naturel que civil de l'individu ; et du Droit du Souverain ».

...Des confédérés sont des hommes de deux cités qui, pour ne pas être exposés au péril d'une guerre ou pour quelque autre raison d'utilité, s'engagent par contrat à ne pas se faire de mal les uns aux autres, mais au contraire à s'assister en cas de besoin, chacune des deux cités continuant de former un Etat propre. Ce contrat aura force aussi longtemps que son fondement, c'est-à-dire la considération du danger ou de l'utilité subsistera, car nul ne contracte et n'est tenu d'observer un pacte que par espoir de quelque bien ou crainte de quelque mal ; si ce fondement n'est plus, le pacte aussi a cessé d'exister, l'expérience même le montre assez. Alors que, en effet, des Etats indépendants s'engagent par contrat à ne pas se causer de dommage l'un à l'autre, ils s'efforcent néanmoins, autant qu'ils peuvent, d'empêcher que l'un d'eux n'acquière une puissance plus grande, et n'ont pas foi aux paroles échangées, s'ils n'aperçoivent assez clairement la raison d'être et l'utilité pour l'un et l'autre du contrat. Autrement dit, ils craignent la fourberie ; non sans raison ; qui donc se reposera sur les paroles et les promesses d'un autre, alors que cet autre conserve sa souveraineté et le droit de faire ce qui lui plaira, et que sa loi suprême est le salut et l'utilité de l'Etat où il commande, qui, sinon un insensé ignorant le droit des souverains ? Et si, en outre, nous avons égard à la piété et à la religion, nous verrons que personne ne peut sans crime tenir ses promesses au détriment de l'Etat où il commande ; toute promesse qu'il a faite en effet et qui se trouve par chance dommageable à l'Etat, il ne peut la tenir qu'en manquant à la foi due à ses sujets, laquelle cependant l'oblige par-dessus tout et qu'on a coutume de promettre solennellement de garder... (pp. 269–270)

B. *Extraits du Traité politique*. Les passages qui suivent sont cités d'après la traduction française de Sylvain Zac⁹ :

8. SPINOZA, *Œuvres II, Traité théologico-politique*, Traduction et notes par Charles APPUHN, Paris, Garnier-Flammarion, 1965.

9. SPINOZA, *Traité politique*, Texte, traduction, introduction et notes par Sylvain ZAC, Paris, Librairie Philosophique J. Vrin, 1968.

XI. ...En effet, puisque... le droit de la puissance souveraine n'est rien d'autre que la puissance de la nature elle-même, il résulte que *deux puissances sont l'une par rapport à l'autre comme deux hommes à l'état de nature...*

XII. Une cité dépend donc d'elle-même dans la mesure où elle *peut pourvoir à sa sûreté et se garder de l'oppression* d'une autre puissance ; elle dépend du droit d'une autre... dans la mesure où elle redoute la puissance d'une autre cité ou que cette dernière l'empêche de faire ce qu'elle veut ou qu'elle a besoin de son secours pour se conserver et pour s'accroître. (pp. 67-69)

XIII. ...*Si, par conséquent, une Cité veut faire la guerre à une autre et recourir aux moyens extrêmes pour la soumettre à son propre droit, il lui est permis à bon droit de le tenter, puisque pour lui faire la guerre, il suffit d'en avoir la volonté.* Au contraire, lorsqu'il s'agit de la paix, elle ne peut prendre aucune décision sans la volonté consentante de l'autre cité. D'où il résulte que *le droit de faire la guerre appartient à chaque cité*, alors que le droit de maintenir la paix relève non d'une cité, mais au moins de deux, qu'on appelle pour cette raison « puissances alliées » (*confederatæ*, dans le texte latin).

XIV. Ce traité d'alliance (*foedus*) *reste valide aussi longtemps que le motif pour lequel cette alliance fut conclue subsiste*, à savoir la crainte d'un inconvénient ou l'espoir d'un avantage. Mais lorsque le motif de la crainte ou de l'espoir disparaît chez l'une ou l'autre des Cités, chacune reprend son propre droit... *et le lien qui liait ces cités est rompu de lui-même.* Par conséquent, *le droit de chaque Cité de rompre un traité est complet* et toutes les fois qu'elle le veut, on ne peut pas dire qu'elle agit avec ruse ou perfidie... ; *personne ne s'engage pour l'avenir qu'ayant égard aux circonstances précédentes.* Or, *lorsque ces circonstances changent, le motif de tout cet arrangement disparaît également* : c'est pourquoi chacune... des cités alliées reprend son droit de veiller à sa sécurité ; c'est pourquoi chacune s'efforce, autant qu'elle le peut, d'échapper à la peur, et, par conséquent, de dépendre de soi-même et d'empêcher que l'autre ne la surpasse en puissance. Si donc une cité se plaint qu'on l'a trompée, elle peut accuser non la bonne foi de la cité alliée, mais seulement sa propre sottise, à savoir d'avoir confié son propre salut à une autre Cité, elle qui relève de son propre droit et dont la sauvegarde de son propre pouvoir est la suprême loi.

XVII. Ajoutons qu'il n'est pas du tout question de rejeter ici la loyauté que la saine raison et la religion prescrivent d'observer. En effet, *ni la raison, ni l'Ecriture n'enseignent à tenir toute promesse donnée.* ...*si une souveraine puissance a promis de faire pour une autre puissance quoi que ce soit que les circonstances ou la raison montrent ou semblent montrer que cela est nuisible au salut commun des sujets, elle est obligée sans doute de rompre l'engagement.* L'Ecriture n'enseigne à tenir ses promesses qu'en général et laisse au jugement de chacun l'examen des cas particuliers qu'on doit excepter ; elle n'enseigne donc rien qui soit incompatible avec ce que nous venons de montrer. (pp. 71-73)

Les citations qui précèdent permettent de dégager les conclusions suivantes à l'appui de la conception phénoménologique du droit des gens :

- 1° les rapports entre deux puissances souveraines sont analogues à ceux qui existent entre deux hommes à l'état de nature ;
- 2° un État est indépendant dans la mesure où il peut pourvoir à sa sûreté et se garder de l'oppression d'une autre puissance ;
- 3° les États concluent des traités dans l'espoir d'un avantage ou dans la crainte d'un danger. Si cet espoir ou cette crainte n'existent plus, le traité cesse d'exister ;
- 4° l'expérience montre que les traités deviennent caducs lorsque le motif pour lequel ils ont été conclus disparaît ;

- 5° il n'est pas possible de faire confiance aux promesses d'un État souverain, car la loi suprême de celui-ci est son propre salut et sa propre utilité ;
- 6° chaque État a le droit complet de rompre les traités, lorsque les circonstances changent. La clause « *rebus sic stantibus* » est implicite dans tous les traités internationaux ;
- 7° les dirigeants d'un État ne peuvent pas tenir leurs promesses, au détriment des intérêts de leur État ;
- 8° chaque État a le droit de faire la guerre. Ce droit ne relève que de sa propre volonté.

7. Montesquieu (1689–1755). Le principal ouvrage de cet écrivain, intitulé *De l'esprit des lois*, a été publié en 1748¹⁰. Montesquieu y souligne la différence entre les lois civiles et le droit des gens. La communauté internationale vit sous le régime de la force. Les conclusions qu'en tire l'auteur sont toutefois différentes de celles de Machiavel et de Spinoza, ainsi que le prouvent les citations suivantes :

Tome I, p. 145 :

Livre XXVI, chapitre XX. – *Qu'il ne faut pas décider par les principes de lois civiles les choses qui appartiennent au droit des gens.*

La *liberté* consiste principalement à ne pouvoir être forcé à faire une chose que la loi n'ordonne pas et on n'est dans cet état que parce qu'on est gouverné par des lois civiles : nous sommes donc libres parce que nous vivons sous les lois civiles.

Il suit de là que *les princes, qui ne vivent point entre eux sous des lois civiles, ne sont pas libres ; ils sont gouvernés par la force : ils peuvent continuellement forcer ou être forcés.* De là il suit que *les traités qu'ils ont faits par force* sont aussi *obligatoires* que ceux qu'ils auraient faits de bon gré. Quand nous, qui vivons sous des lois civiles sommes contraints à faire quelque contrat que la loi n'exige pas, nous pouvons, à la faveur de la loi, revenir contre la violence ; mais *un prince qui est toujours dans cet état dans lequel il force ou il est forcé, ne peut pas se plaindre d'un traité qu'on lui a fait faire par violence.* C'est comme s'il se plaignait de son *état naturel* ; c'est comme s'il voulait être prince à l'égard des autres princes, et que les autres princes fussent citoyens à son égard, c'est-à-dire choquer la *nature des choses*.

Du moment que les princes sont « gouvernés par la force », « qu'ils peuvent continuellement forcer ou être forcés », il n'est pas étonnant de voir Montesquieu reconnaître aux États le droit de guerre. Ce droit ne se limite pas à la guerre défensive, mais s'étend aussi à la guerre offensive, lorsque celle-ci est le seul moyen pour un État d'empêcher sa destruction :

Tome I, p. 239 :

Livre X, chapitre II. – *De la guerre.*

Entre les citoyens, le droit de la défense naturelle n'emporte point avec lui la nécessité de l'attaque. Au lieu d'attaquer, ils n'ont qu'à recourir aux tribunaux. ...Mais, *entre les sociétés, le droit de la défense naturelle entraîne quelquefois la nécessité d'attaquer*, lorsqu'un peuple voit qu'une plus longue paix en mettrait un autre en état de le détruire, et que l'attaque est dans ce moment le seul moyen d'empêcher cette destruction.

10. Les citations figurant dans le texte de cet article ont été faites d'après les *Œuvres complètes de Montesquieu*, Paris, Hachette, 1866, tomes I, II et III.

Mais le droit de guerre ne doit pas être exercé de manière arbitraire. Il ne doit notamment pas être motivé par des considérations de gloire et d'utilité :

Tome I, p. 240 :

Le droit de guerre dérive donc de la nécessité et du juste rigide. Si ceux qui dirigent la conscience ou les conseils des princes ne s'en tiennent pas là, tout est perdu : et, lorsqu'on se fondera sur des principes arbitraires de gloire, de bienséance, d'utilité, des flots de sang inonderont la terre.

Cependant, malgré le fait que les princes sont gouvernés par la force et peuvent exercer, pour des motifs justes, le droit de guerre, il existe un *droit des gens*, qui dérive de la nature des choses :

Tome I, p. 239 :

Livre X, chapitre I. – *De la force offensive.*

La force offensive est réglée par le droit des gens, qui est la loi politique des nations considérées dans le rapport qu'elles ont les unes avec les autres.

Mais ce droit des gens est distinct et différent aussi bien du droit civil interne des États (voir Livre XXVI, chapitre XX, cité ci-dessus), que de leur droit public. Le chapitre XXI, du même Livre XXVI, est intitulé « Qu'il ne faut pas décider par les *lois politiques* les choses qui appartiennent au *droit des gens* ». Montesquieu y analyse les règles applicables aux ambassadeurs :

Tome II, p. 145 :

Le droit des gens a voulu que les princes s'envoyassent des ambassadeurs ; et la raison, tirée de la nature de la chose, n'a pas permis que ces ambassadeurs dépendissent du souverain chez qui ils sont envoyés, ni de ses tribunaux... Il faut donc suivre, à l'égard des ambassadeurs, les raisons tirées du droit des gens, et non pas celles qui dérivent du droit politique. Que s'ils abusent de leur être représentatif, on les fait cesser en les renvoyant chez eux : on peut même les accuser devant leur maître, qui devient par là leur juge ou leur complice.

Toutes les nations ont un droit des gens, mais pour être « fondé sur les vrais principes », ce dernier doit être conforme au droit naturel.

Tome I, p. 132 :

Livre I, chapitre III :

Toutes les nations ont un droit des gens ; et les Iroquois mêmes, qui mangent leurs prisonniers, en ont un. Ils envoient et reçoivent des ambassades ; ils connaissent des droits de la guerre et de la paix ; le mal est que ce droit n'est pas fondé sur les vrais principes.

Pour être « fondé sur les vrais principes », le droit des gens doit se conformer au droit naturel, dont les postulats de base sont formulés par Montesquieu de la manière suivante :

Tome I, p. 131 :

Livre I, chapitre III :

Le droit des gens est naturellement fondé sur ce principe que les diverses nations doivent se faire dans la paix le plus de bien, et dans la guerre le moins de mal qu'il est possible, sans nuire à leurs véritables intérêts.

L'objet de la guerre c'est la victoire, celui de la victoire, la conquête ; celui de la conquête, la conservation. De ce principe et du précédent doivent dériver toutes les lois qui forment le droit des gens.

En vertu des principes du droit naturel, un État peut céder à un autre, par traité, une partie de son territoire terrestre ou maritime :

Tome II, p. 47 :

Livre I, chapitre XXI :

Les nations, qui sont à l'égard de tout l'univers ce que les particuliers sont dans un Etat, se gouvernent, comme eux, par *le droit naturel* et par *les lois qu'elles se sont faites*. Un peuple peut céder à un autre la mer, comme il peut céder la terre.

Les idées de Montesquieu sur le droit des gens font apparaître un mélange complexe de réalisme et d'idéalisme. Ces idées paraissent pouvoir être résumées de la manière suivante :

- 1° les rapports entre États ne relèvent, ni du droit privé, ni du droit public internes, mais du droit des gens ;
 - 2° Chaque État a son propre droit des gens. Celui-ci peut être bon ou mauvais. Pour être bon, il doit être fondé « sur les vrais principes », c'est-à-dire sur le droit naturel ;
 - 3° les relations entre États sont régies par la force ;
 - 4° chaque État a le droit de faire la guerre. Celle-ci peut être défensive ou offensive. Mais la guerre offensive n'est légitime que lorsqu'elle a pour but d'empêcher la destruction de l'État. Elle ne doit pas être motivée par des considérations de gloire ou d'utilité, mais doit tendre uniquement à la conservation de l'État ;
 - 5° dans la guerre, chaque belligérant doit faire à son ennemi le moins de mal qu'il est possible, sans nuire à ses propres intérêts ;
 - 6° comme les relations entre États sont régies par la force, les traités obtenus par la violence sont aussi obligatoires que ceux faits de bon gré ;
 - 7° par les traités qu'ils concluent, les États ont la faculté de consentir à des cessions territoriales, qu'il s'agisse de leur territoire terrestre ou maritime.
8. *Jean-Jacques Rousseau* (1712–1778). La conception de Rousseau sur le droit des gens a été formulée, de manière synthétique, dans une étude écrite en 1756 sous le titre *Jugement sur le projet de paix perpétuelle*. Il s'agit d'un commentaire du Projet de paix perpétuelle, que l'Abbé de Saint-Pierre avait publié en 1713. L'écrit de Rousseau n'a été publié qu'après sa mort, en 1786, dans l'édition de ses œuvres complètes¹¹. Le passage pertinent du *Jugement* est le suivant :

Quant à ce qu'on appelle communément le droit des gens, il est certain que, *faute de sanction, ses lois ne sont que chimères* plus faibles encore que la loi de la nature. Celle-ci parle au moins au cœur des particuliers au lieu que, *le droit des gens n'ayant d'autre garant que l'utilité de celui qui s'y soumet, ses décisions*

11. Les citations qui suivent ont été faites d'après Jean-Jacques ROUSSEAU, *Œuvres complètes* (édition publiée sous la direction de Bernard GAGNEBIN et Marcel RAYMOND), vol. III, Bibliothèque de la Pléiade, Paris, Gallimard, 1964.

ne sont respectées qu'autant que l'intérêt les confirme. Dans la condition mixte où nous nous trouvons, auquel des deux systèmes qu'on donne la préférence, en faisant trop ou trop peu, nous n'avons rien fait, et nous sommes mis dans le pire état où nous puissions nous trouver. Voilà, ce me semble, la véritable origine des calamités publiques ¹². (p. 610)

En même temps que le *Jugement*, Rousseau rédigea un *Extrait du projet de paix perpétuelle de Monsieur l'Abbé de Saint-Pierre*, qui fut imprimé à Amsterdam, en 1761. Malgré son titre, l'*Extrait* reflète la pensée et le style de Rousseau. Le passage suivant est consacré à la paix et la guerre en Europe ¹³.

Convenons donc que l'état relatif des Puissances de l'Europe est proprement un *état de guerre*, et que tous les *traités partiels* entre quelques-unes de ces Puissances sont plutôt des *trêves passagères* que de véritables paix ; soit parce que *ces traités n'ont point communément d'autres garants que les parties contractantes*, soit parce que les droits des unes et des autres n'y sont jamais décidés radicalement et que ces droits mal éteints, ou les prétentions qui en tiennent lieu *entre des Puissances qui ne reconnaissent aucun Supérieur*, seront infailliblement des sources de nouvelles guerres, *sitôt que d'autres circonstances auront donné de nouvelles forces aux Prétendants*.

Des deux passages précités il résulte que la conception de Rousseau sur le droit des gens est entièrement phénoménologique. Elle peut être résumée comme suit :

- 1° faute de sanctions, les règles de « ce qu'on appelle communément le droit des gens » sont des chimères ;
- 2° ces règles ne sont respectées que dans la mesure où elles sont conformes à l'intérêt de l'État qui s'y soumet ;
- 3° les traités conclus entre États qui ne reconnaissent aucune autorité supérieure ne sont respectés que dans la mesure où le rapport de forces entre les parties contractantes n'a pas été modifié ;
- 4° c'est pour cette raison que les traités de paix entre les États d'Europe sont de simples trêves passagères qui reposent uniquement sur l'utilité des parties.

9. Emmanuel Kant (1724-1805). Dans un opuscule publié en 1795, sous le titre *Zum ewigen Frieden – Ein philosophischer Entwurf*, et dont la traduction française, due à J. Gibelin, est intitulée *Projet de paix perpétuelle. Esquisse philosophique* ¹⁴, Kant expose sa conception du droit des gens, sous l'angle, notamment, des problèmes de la paix et de la guerre. Le philosophe allemand reprend consciemment, en le rationalisant et en le systématisant, le *Projet de l'Abbé de Saint-Pierre*, paru en 1713.

12. Les « deux systèmes » auxquels le texte fait allusion sont précisés de la manière suivante dans l'alinéa précédent du même écrit : « D'homme à homme, nous vivons dans l'état civil et soumis aux lois ; de peuple à peuple, chacun jouit de la liberté naturelle ; ...vivant à la fois dans l'ordre social et dans l'état de nature, nous sommes assujettis aux inconvénients de l'un et de l'autre, sans trouver la sûreté dans aucun des deux. »

13. *Op. cit.*, pp. 568-569.

14. La troisième édition de la traduction en français de l'ouvrage a été publiée en 1975, à Paris, Librairie philosophique J. Vrin. Les citations de notre texte renvoient aux pages de cette édition.

Les thèses kantienne paraissent pouvoir être synthétisées comme suit :

1° Le droit des gens n'est concevable que dans un système de fédéralisme librement consenti, qui condamne absolument la guerre, comme voie de droit, et qui impose aux États un devoir immédiat de paix. Les citations suivantes illustrent cette idée.

...le *fédéralisme libre* que la raison doit *nécessairement* relier à la notion du *droit des gens* si l'on veut d'une manière générale concevoir quelque idée sous ce terme.

Des *Etats en relations réciproques*, ne peuvent sortir de l'*état anarchique* qui n'est autre chose que la *guerre*, d'aucune autre manière rationnelle qu'en *renonçant*, comme des particuliers, à leur *liberté barbare (anarchique)*, en se soumettant à des *lois publiques de contrainte*, formant ainsi un *État des nations (civitas gentium)*... (p. 27)

2° Dans la situation actuelle, chaque État fait consister sa souveraineté dans son droit de ne se soumettre à aucune contrainte légale extérieure et de recourir à la guerre pour la réalisation de ses intérêts.

...chaque Etat fait consister sa Majesté... à *ne se soumettre à aucune contrainte légale extérieure*. (p. 23)

Or, la méthode employée par les Etats pour poursuivre leur droit ne peut jamais être une procédure comme devant un tribunal extérieur, mais *uniquement la guerre* ; par laquelle toutefois comme par son issue favorable, la victoire, il n'est rien décidé relativement au droit ; le traité de paix, il est vrai, met bien fin à la guerre présente..., mais non à l'état de guerre (pour lequel il se trouve toujours un nouveau prétexte)... (p. 25)

3° Tout en poursuivant leur politique guerrière, les États s'efforcent de justifier cette politique (du moins en paroles) par des arguments fondés sur la notion du droit.

Quand on connaît la *méchanceté de la nature humaine, qui se montre ouvertement dans les libres relations des peuples...*, il est toutefois étonnant que le mot droit n'ait pas été encore tout à fait banni, comme pédantesque, de la politique guerrière et qu'aucun Etat n'ait encore eu l'audace de se ranger publiquement à cet avis ; car on cite toujours ingénument Hugo Grotius, Puffendorf, Vattel, d'autres encore (*tous déplorables consolateurs*¹⁵), pour justifier une offensive de guerre, quoique leur code, rédigé sous forme philosophique ou diplomatique, n'ait pas et ne peut même pas avoir la moindre *force de loi* (*parce que des Etats, comme tels ne sont soumis à aucune contrainte extérieure commune*), il n'existe néanmoins pas un seul exemple qu'un Etat ait jamais été amené par des arguments étayés sur les témoignages d'hommes de cette importance, à renoncer à ses projets. Cependant cet hommage que tout Etat rend à la notion du droit (tout au moins en paroles) prouve qu'on peut rencontrer dans l'homme une *disposition morale plus haute* encore, quoiqu'elle sommeille pour le moment, qui lui permettra de se rendre maître un jour du mauvais principe en lui, et de l'espérer aussi des autres ; le mot *droit*, en effet, ne serait autrement jamais exprimé par les Etats qui veulent se combattre, à moins de vouloir s'en moquer. (p. 24)

4° La notion du droit des gens suppose la coexistence d'États voisins indépendants. Une telle situation constitue, en soi, un état de guerre, si une union

15. Les mots « *déplorables consolateurs* » traduisent l'expression allemande « *leidige Tröster* », que nous préférons traduire par « *malheureux consolateurs* ».

fédérative ne prévient pas l'ouverture des hostilités. Toutefois la situation susmentionnée est préférable à la monarchie universelle.

L'idée du droit des gens suppose la séparation (*Absonderung*¹⁶) de beaucoup d'Etats voisins, indépendants les uns des autres, et bien qu'une condition de ce genre constitue déjà en soi un état de guerre (si toutefois une union fédérative ne prévient pas l'ouverture des hostilités), cette condition vaut mieux néanmoins suivant l'idée rationnelle (*Vernunftidee*), que la fusion de ces Etats opérée par une puissance qui, l'emportant sur les autres, se transforme en une monarchie universelle. (p. 46)

5° Un *droit des gens* n'est possible que lorsqu'il existe un *état de droit*. Or, le seul état de droit compatible avec la liberté des États est une fédération ayant pour unique fin d'écarter la guerre.

Ce n'est qu'en supposant un état juridique quelconque... qu'il peut être question du droit des gens car, en tant que droit public, il contient déjà en sa notion la déclaration d'une volonté générale déterminant ce qui revient à chacun ; et ce *status juridicus* doit résulter de quelque contrat qui ne doit pas être fondé (comme celui qui donne naissance à un Etat) sur des lois de contrainte, mais qui à la rigueur peut être le pacte d'une association *permanente* et *libre* comme celui de la fédération de divers Etats dont il a été question ci-dessus. En effet, sans un *état juridique* (*rechtlichen Zustand*) qui unit activement les diverses personnes (physiques ou morales), donc dans l'état de nature, il ne saurait y avoir d'autre droit qu'un droit privé. (p. 79)

La condition pour qu'un *droit des gens* soit possible d'une manière générale, c'est qu'il existe tout d'abord un *état de droit* (*rechtlche Zustand*). Car sans un tel état, il ne saurait y avoir de droit public ; au contraire, tout droit que l'on peut concevoir en dehors de celui-là (dans l'état de nature) n'est qu'un droit privé. Or, nous avons vu précédemment qu'une fédération d'Etats, ayant pour unique fin d'écarter la guerre, est le seul état de droit, compatible avec leur liberté. (p. 82)

6° Le maintien de la paix exige la suppression des armées permanentes ainsi que de la thésaurisation de moyens financiers en vue d'une guerre.

Les armées permanentes doivent être entièrement supprimées avec le temps.

En effet, elles sont pour les autres Etats une perpétuelle menace de guerre étant toujours prêtes à paraître armées dans ce but ; elles poussent ces Etats à se surpasser les uns les autres par la masse d'hommes d'armes qui n'a pas de limite ; et comme les dépenses que l'on y consacre, rendent finalement la paix plus lourde encore qu'une guerre de courte durée, les troupes mêmes sont la cause de guerres offensives afin que l'on se libère de ces charges.

... Il en serait de même de la thésaurisation, qui, considérée par d'autres Etats comme une menace de guerre, les obligerait à des agressions préventives. (En effet, de ces trois puissances, celle des *armées*, celle des *alliances* et celle de l'*argent*, celle-ci pourrait bien être l'instrument de guerre le plus certain ; si la difficulté d'en connaître l'importance ne faisait pas obstacle). (pp. 5-6)

7° Est injuste la maxime selon laquelle un État peut ne pas tenir sa parole lorsque son salut est en jeu.

Lorsqu'un de ces Etats a fait à l'autre quelque promesse, soit de secours, soit d'une cession de territoires, soit de subsides, etc., la question se pose de savoir si, dans un cas d'où dépend le salut de l'Etat, il peut ne pas tenir sa parole en affirmant qu'on doit le considérer comme une personne double, d'abord comme

16. Nous préférons traduire le mot « *Absondering* » par « distinction » (au lieu de « séparation »).

souverain ne devant de compte à personne dans son Etat ; puis, d'autre part, comme premier fonctionnaire de l'Etat responsable vis-à-vis de celui-ci ; la conclusion est alors la suivante, qu'il est libéré en sa seconde qualité des obligations qu'il a contractées au nom de la première. – Mais si un Etat (ou son chef) déclarait cette maxime publiquement, il serait tout naturel que les autres Etats ou bien l'évitent, ou bien s'unissent à d'autres pour résister à ses prétentions ; ceci prouve que la politique, même en déployant toute sa ruse, manquerait en usant de ce procédé (c'est-à-dire de loyauté) son but et que par suite, cette maxime doit être injuste. (p. 80)

8° *Droit civique, droit des gens, droit cosmopolite*. Selon Kant, « tous les hommes qui peuvent agir réciproquement les uns sur les autres doivent relever d'une constitution civile quelconque » (p. 14). « Si un seul de ceux qui sont avec d'autres dans le rapport d'influence physique, se trouve dans l'état de nature, l'état de guerre résulterait de cette condition même » (p. 14).

Par ailleurs, les dispositions de toute constitution ont trois sources : le droit civique, le droit international et le droit cosmopolite.

Or, toute constitution juridique, relativement aux personnes qui en relèvent, est établie :

1° d'après le *droit civique* (*Staatsbürgerrecht*) des hommes dans un peuple (*jus civitatis*).

2° d'après le *droit international* (*Völkerrecht*) des Etats, les uns par rapport aux autres (*jus gentium*).

3° d'après le *droit cosmopolite* en tant que des hommes et des Etats dans des conditions d'influence extérieures réciproques, doivent être considérés comme citoyens d'une cité humaine universelle (*jus cosmopoliticum*)¹⁷. (p. 14)

10. *David Hume* (1711–1776). Ce philosophe écossais consacre une section du livre III de son *Traité de la nature humaine*, publié en 1740¹⁸, aux *lois des nations*. Hume y examine notamment la validité de la maxime courante, consacrée par la pratique, selon laquelle « il y a un système de morale particulier aux princes, beaucoup plus libre que celui qui doit gouverner les personnes privées ». L'auteur estime que cette maxime doit être nuancée. En effet, si la morale des princes a la même étendue que celle des personnes privées, elle n'a pas la même force, car elle peut être transgressée pour des motifs plus légers. Les passages suivants de l'ouvrage sont significatifs, à cet égard :

Personne ne serait assez extravagant pour affirmer que les traités les plus solennels ne doivent avoir aucune force entre les princes. Car, puisque les princes concluent effectivement des traités entre eux, ils se proposent nécessairement quelque avantage de leur exécution ; la vue de ces avantages futurs les engage nécessairement à accomplir leur part et établit nécessairement cette loi de nature. Le sens de cette maxime politique est donc que, bien que la morale des princes ait la même étendue, elle n'a pourtant pas la même force que celle des personnes privées et qu'elle peut légitimement être transgressée pour un motif plus futile...

17. Le « droit cosmopolite » de Kant paraît correspondre d'assez près au « régime des étrangers » des droits internationaux privés actuels.

18. Les deux premiers livres du *Traité* ont été publiés à Londres, en 1739, sous le titre *A Treatise of Human Nature, Being an Attempt to Introduce the Experimental Method of Reasoning Into Moral Subject*. Le livre III parut à Londres, en 1740. Les citations figurant dans le texte sont empruntées à la traduction française publiée par André LEROY, sous le titre *Traité de la nature humaine*, 2 tomes, Paris, Aubier, 1973.

aucun homme, même le plus corrompu dans ses mœurs, n'approuvera un prince qui, volontairement et de son propre consentement, transgresse sa parole et viole un traité. Mais, pouvons-nous observer ici, bien que les relations entre les différents Etats soient avantageuses et parfois même nécessaires, elles ne sont pourtant pas aussi nécessaires ni aussi avantageuses que les relations entre les individus ; sans lesquelles il est absolument impossible que la nature humaine subsiste jamais. Donc, puisque l'obligation naturelle à la justice n'est pas, entre les différents Etats, aussi forte qu'entre les individus, l'obligation morale, qui en naît, en partage nécessairement la faiblesse ; et nous devons nécessairement accorder plus d'indulgence à un prince ou à un ministre, qui en dupe un autre, qu'à un particulier qui transgresse sa parole d'honneur. (pp. 691-693)

Quant à l'écart entre la morale des princes (ou des républiques) et celle des personnes privées, il ne saurait être précisé de manière quantitative. C'est la « pratique du monde » qui nous apprend « les degrés de notre devoir » (*op. cit.*, p. 693).

11. *Hegel* (1770-1831). Georg Wilhelm Friedrich Hegel publia, en 1821, un précis, connu, en allemand, sous son sous-titre *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, et dont le titre principal est *Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*. Le précis, destiné à son enseignement à l'Université de Berlin, a été traduit en français par André Kaan sous le titre *Principes de la philosophie du droit*¹⁹. Des passages importants y sont consacrés au droit des gens. Des extraits significatifs en seront cités ci-après.

§ 330

Le droit international (*das äussere Staatsrecht*) résulte des rapports d'Etats indépendants. Son contenu en soi et pour soi (*an und für sich*) a la forme du devoir-être (*Form des Sollens*), parce que sa réalisation dépend de volontés souveraines différentes.

§ 333

Le fondement du droit des gens²⁰ en tant que droit universel qui doit valoir en soi et pour soi (*an und für sich*) entre les Etats, en tant que différent du contenu particulier des traités positifs²¹, est que les traités doivent être respectés car c'est sur eux que reposent les obligations des Etats les uns par rapport aux autres. Mais comme leur relation a pour principe leur souveraineté, il en résulte qu'ils sont par rapport aux autres dans un état de nature, et que la réalité de leurs droits ne découle pas d'une volonté universelle, constituée en pouvoir au-dessus d'eux, mais de leur volonté particulière²². Aussi, la règle générale susmentionnée²³ reste à l'état de devoir-être (*bleibt beim Sollen*), et ce qui se passe réellement, c'est une succession de relations²⁴ conformes aux traités et d'abolitions de ces traités.

19. Voir HEGEL, *Principes de la philosophie du droit*, traduit de l'allemand par André KAAAN, préfacé par Jean HYPOLITE, Paris, Gallimard (Collection « Idées NRF »), 1940. Les citations dans notre texte se réfèrent à cette traduction.

20. La traduction française que nous suivons emploie l'expression « droit des peuples ». Elle a été remplacée dans le texte par « droit des gens » (*Völkerrecht*).

21. Le mot « contrats », figurant dans la traduction, a été remplacé par « traités positifs » (*positive Traktate*).

22. Le texte de la traduction française citée a été légèrement remanié, pour l'alléger.

23. Les mots « Aussi la règle générale susmentionnée » (en allemand : *Jene allgemeine Bestimmung*) ont été substitués à « Aussi cette condition générale ».

24. Le terme « relations » (en allemand : *Verhältnisse*) a été substitué à « situations ».

§ 334

Les conflits entre Etats, lorsque les volontés particulières ne trouvent pas de terrain d'entente, ne peuvent être réglés que par *la guerre...*

§ 336

Comme les Etats dans leur situation réciproque d'indépendance sont comme des volontés particulières, comme *la validité des traités repose sur ces volontés* et que *la volonté particulière d'un ensemble est dans son contenu le bilan de cet ensemble, ce bien est la loi suprême dans sa conduite envers autrui*, d'autant plus que *l'idée d'Etat est caractérisée par la suppression du contraste entre le droit comme liberté abstraite et le bien comme contenu particulier réalisé...*

§ 337

Le bien substantiel de l'Etat est son bien comme Etat particulier, avec ses intérêts et sa situation définie et, également avec les autres circonstances particulières qui accompagnent les relations contractuelles. Par conséquent, la conduite du gouvernement est une conduite particulière et non la providence générale. Aussi, la fin de la conduite envers les autres Etats et le principe de la guerre et des traités n'est pas une pensée universelle (philanthropique) mais la réalité du bien-être amoindri ou menacé dans sa particularité définie.

Remarque : ...le bien d'un Etat a une bien autre légitimité que le bien des individus et que la substance morale, l'Etat a immédiatement son existence, c'est-à-dire son droit dans quelque chose de concret et non pas abstrait. Seule, cette existence concrète et non pas une des nombreuses idées générales tenues pour des commandements moraux subjectifs peut être prise par l'Etat comme principe de sa conduite...

§ 338

Même dans la guerre, comme situation non juridique, de violence et de contingence, subsiste un lien dans le fait que les Etats se reconnaissent mutuellement comme tels. Dans ce lien ils valent l'un pour l'autre comme existant en soi et pour soi, si bien que dans la guerre elle-même, la guerre est déterminée comme devant être passagère. Elle implique donc ce caractère conforme au droit des gens que même en elle la possibilité de paix est conservée...

§ 339

D'ailleurs, cette conduite réciproque dans la guerre (par exemple, qu'on fait des prisonniers), et la part de droit qu'en temps de paix un Etat accorde aux ressortissants d'un autre Etat pour le trafic privé dépendent des mœurs des nations...

§ 340

Dans leurs relations entre eux, les Etats se comportent en tant que particuliers. Par suite, c'est le jeu le plus mobile de la particularité intérieure, des passions, des intérêts, des buts, des talents, des vertus, de la violence, de l'injustice et du vice, de la contingence extérieure à la plus haute puissance que puisse prendre ce phénomène. C'est un jeu où l'organisme moral lui-même, l'indépendance de l'Etat, est exposée au hasard.

12. *Conclusions.* Il résulte des passages précités que, depuis plusieurs siècles, des philosophes ont signalé l'antinomie entre *droit des gens* et *souveraineté*.

Pour résoudre la contradiction, certains penseurs ont fait prévaloir la souveraineté, en considérant le droit international comme un ensemble de règles reposant uniquement sur l'intérêt et l'utilité des États, qui s'y soumettent volontairement, et qui sont libres de les rejeter, dès qu'ils estiment qu'un changement de circonstances les incite à modifier leur comportement (Machiavel, Spinoza, Rousseau). Cette thèse a été soutenue de manière particulièrement vigoureuse par

J.-J. Rousseau, pour qui les règles de « ce qu'on appelle communément le droit des gens » ne sont « que chimères » (voir n° 8, *supra*). Spinoza, de son côté, estime que le souverain n'avait pas le droit de respecter ses engagements internationaux au détriment de son État. En agissant autrement, il manquerait à la foi due à ses sujets, car sa loi suprême est « le salut et l'utilité de l'État où il commande » (voir n° 6, *supra*).

D'autres penseurs ont cependant adopté des attitudes plus nuancées.

C'est ainsi que, selon David Hume, la *morale des princes* aurait la même étendue que celle des personnes privées, mais elle n'aurait pas la même force, car elle pourrait être transgressée « pour des motifs plus légers » (voir n° 10, *supra*).

Malgré le fait que les princes soient gouvernés par la force, qu'ils puissent continuellement « forcer ou être forcés », Montesquieu estime que les traités internationaux sont obligatoires, qu'ils aient été conclus de bon gré ou par force. Mais la force obligatoire des traités reste toute relative, car les États se voient reconnaître le droit de faire la guerre et ceci, non seulement pour se défendre, mais aussi pour attaquer, dans certaines circonstances. Par ailleurs, le caractère obligatoire des traités découlerait de la nature de la chose.

Les thèses de Kant, au sujet du droit des gens, sont originales et novatrices. Selon ce philosophe, la simple coexistence d'États indépendants constitue, en soi, un *état de guerre*. Or, un droit des gens n'est possible que lorsqu'il existe un *état de droit*. La seule manière d'instituer un état de droit entre États souverains, consiste dans la création, entre eux, d'une fédération permanente ayant pour unique fin d'écarter la guerre. Par ailleurs, Kant est un précurseur du désarmement, car il estime que le maintien de la paix exige la suppression des armées permanentes et des trésors de guerre. Enfin, le philosophe rejette la maxime selon laquelle un État peut ne pas respecter ses engagements, lorsque son salut est en jeu. Cependant, le rejet de cette maxime est fondé, non pas sur des raisons de morale, ou de droit naturel, mais sur des raisons d'ordre purement pratique. C'est que l'État qui se réserverait la liberté de ne pas respecter ses engagements, se verrait isolé dans la communauté internationale, car les autres États l'évitieraient ou s'uniraient contre lui (voir n° 9, *supra*).

Hegel distingue, d'un côté, le contenu et, de l'autre, la réalisation du droit international. Par son contenu, le droit des gens est un *devoir-être* (*ein Sollen*). Mais sa réalisation dépend des volontés souveraines des États.

Le *fondement du droit des gens* est que les traités doivent être respectés. Mais, cette règle générale reste à l'état de *devoir-être* (*bleibt beim Sollen*), car les relations entre États ont pour principe leur souveraineté et la réalité de leurs droits découle de leur volonté particulière. Il en résulte que ce qui se passe, en réalité, est une *succession de situations conformes aux traités* et de *situations qui s'en écartent*.

Le bien de l'État est la loi suprême de sa conduite envers autrui. Cette conduite est *déterminée par son existence concrète et non pas par des idées générales* fondées sur des commandements moraux subjectifs.

Par suite, *les relations entre États constituent un jeu mobile de passions, d'intérêts, de buts, de talents, de vertus, de violence, d'injustice, de vice et de contingence extérieure. C'est un jeu où l'indépendance de l'État est exposée au hasard.*

III – LES NÉGATEURS CONTEMPORAINS DU DROIT DES GENS

13. *Considérations générales.* Prenant la suite des grands philosophes, plusieurs juristes et politicologues contemporains ont mis en doute la possibilité de l'existence d'un droit des gens, en tant que discipline normative consubstantielle au droit interne ²⁵.

Parmi les négateurs français du droit des gens, il convient de citer notamment A. Decencière-Ferrandière, Georges Burdeau, Raymond Aron et E. Weil. En substance, ces auteurs estiment qu'à défaut d'un législateur, d'un juge et d'un gendarme, le droit international actuel n'est qu'un instrument politique mis en œuvre par les États pour servir leurs intérêts particuliers. Il est le résultat d'un calcul du rapport des forces des États.

Par ailleurs, plusieurs juristes américains ont exprimé la crainte d'un éclatement du droit des gens à cause de la divergence des idéologies qui séparent les différents membres de la communauté internationale. Des droits internationaux régionaux tendraient ainsi à se substituer au droit international général ²⁶.

Pour saisir les thèses des négateurs français contemporains du droit des gens, dans l'authenticité de leur propre expression, il paraît utile de citer ci-après des passages caractéristiques des œuvres de Georges Burdeau et Raymond Aron.

14. *Les conceptions de Georges Burdeau concernant le droit des gens.* Dans le tome I^{er} de son monumental *Traité de science politique*, Burdeau consacre de longs développements à « ce que l'on appelle aujourd'hui le droit international ». Les passages significatifs suivants ont été extraits de ces développements ²⁷ :

En dénonçant *l'inanité d'un droit international entendu comme un droit inter-étatique*, je ne nie pas la nécessité d'un droit véritable. J'en cherche seulement le fondement ailleurs que dans des égoïsmes, des ambitions ou des hypocrisies... (p. 364)

25. Voir les références aux négateurs contemporains du droit international dans Charles ROUSSEAU, *Droit international public*, t. I, Paris, Sirey, 1970, n° 6, p. 24 et Roger PINTO, *Le droit des relations internationales*, Paris, Payot, 1972.

26. Les idées d'un certain nombre d'auteurs américains ayant exprimé des doutes quant à l'avenir du droit international général sont indiquées et combattues dans l'ouvrage de G. I. TUNKIN, *Droit international public, problèmes théoriques*, traduit du russe par le Centre de recherches sur l'URSS et les pays de l'Est de la Faculté de droit et de sciences économiques de Strasbourg, Paris, Pédone, 1965, pp. 28-30. Parmi ces auteurs figurent notamment Q. WRIGHT, Ph. JESSUP et K. WILK. On peut ajouter à cette liste les noms de Richard A. FALK et Myres S. MACDOUGAL, cités dans l'ouvrage de PINTO (voir note 23, *supra*).

27. Les citations ont été faites d'après la deuxième édition du tome premier du *Traité de science politique*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1966.

Ce que je nie aussi, c'est qu'un arrangement provisoire entre Etats puisse mériter le nom de droit... Le « droit international » d'aujourd'hui est dominé par le pétrole, les bases aériennes ou stratégiques ; c'est le nom pudique donné à un dispositif de sécurité et de couverture qui précède la mobilisation... (p. 365)

Qu'il existe un droit international, c'est un fait dont on ne saurait douter sans impertinence. Il a ses organes, ses procédures, ses tribunaux : on l'enseigne dans nos facultés, c'est-à-dire que son existence est certaine. Pourtant il n'est pas inutile de s'élever au-dessus de cette observation superficielle pour déterminer les caractères de ce que l'on appelle le droit international, car de l'examen de ceux-ci se dégage l'idée que l'impuissance, que l'on déplore, de ce droit n'est que la conséquence de la nature qu'il doit à la manière dont il est actuellement conçu. (p. 366)

Un premier trait caractéristique de ce droit, c'est que ceux qui le conçoivent ne sont pas ceux qui le font... les constructeurs du droit international interprètent l'action des Etats sans tenir compte des intentions de ceux-ci. Ainsi a été possible une construction doctrinale du droit des gens sans aucun rapport avec l'utilisation qu'en font les Etats. Tel qu'il apparaît en doctrine, le droit international repose sur la croyance ou la suprématie de l'intérêt communautaire ; tel qu'il est pratiquement mis en œuvre par les Etats, il apparaît comme un instrument de politique, c'est-à-dire qu'il est utilisé au service d'un intérêt particulier... (pp. 366-367)

Cette absence d'une large assise, à la fois sentimentale et rationnelle, qui assurerait l'emprise du droit international sur le milieu qu'il est appelé à régir, explique un second aspect de ce droit qui est son caractère fragmentaire. Il est certain, en effet, qu'il n'existe pas, entre les Etats qui constituent ce que l'on appelle, d'un terme légèrement optimiste, la communauté internationale, un ensemble de règles et d'institutions juridiques aussi cohérent que celui qui forme les divers droits positifs internes... (p. 369)

*...Il n'y a pas, à vrai dire, un droit international, mais des règles internationales, d'origines d'ailleurs fort diverses, puisqu'à côté de principes généralement reconnus, tels que la règle *pacta sunt servanda* ou la clause *rebus sic stantibus*²⁸, il existe un grand nombre de règles découlant de conventions particulières ou de sources coutumières ou doctrinales, encore que l'autorité de ces dernières ne soit pas toujours incontestée. Or toutes ces règles ne s'articulent pas dans un système cohérent et sans fissure : il y a des lacunes, et même, lorsque la question est réglementée, il est rare que l'obligation lie la collectivité tout entière. Il y a une série d'accords bi- ou plurilatéraux et l'absence d'un véritable législateur international ne permet pas de remédier à ce caractère fragmentaire de l'ordre existant. (pp. 369-370)*

D'ailleurs... l'action du droit international est sporadique. Nous voyons une inter-pénétration de rapports juridiques et d'épreuves de force, faisant succéder l'ultimatum aux démarches courtoises. Si bien qu'après chaque bouleversement guerrier du monde la question se pose d'une reconstruction du droit international... (p. 371)

En réalité, pas plus qu'il ne connaît la loi, le droit international ne connaît le gendarme... A quoi sert d'organiser une justice internationale si personne ne peut contraindre les délinquants à s'y présenter et si l'incertitude règne quant à la règle du droit applicable ? (p. 374)

En bref, cette impuissance du droit international... tient sans doute à l'absence d'un législateur libéré de tous les égoïsmes particuliers et d'une force coercitive impartiale. Mais il faut bien comprendre que derrière ce défaut d'organisation... il y a l'existence des Etats, avec le souci de leur indépendance, la charge des intérêts nationaux, les rivalités qui les opposent. Si bien que l'on peut dire, sans

28. On peut s'étonner de voir le professeur Burdeau considérer la règle *pacta sunt servanda* comme « principe généralement reconnu ». Depuis Machiavel, jusqu'au professeur Charles Chaumont (voir n° 17, *infra*), cette règle, qui convertit le droit des gens en droit naturel, a été fortement contestée par des philosophes, des sociologues, des juristes.

paradoxe, que le seul obstacle à l'instauration d'un droit international digne de ce nom... c'est l'existence des Etats. (pp. 376-377)

On pourrait donc soutenir avec quelque apparence de raison que l'expression même de *droit international* constitue une contradiction. Il n'y a de droit que là où existe une société où les rapports de subordination et la réalisation des intérêts communs sont assurés par un Pouvoir différencié exercé par des organes qui se superposent aux différents groupes internes... (p. 377)

Ce que nous appelons aujourd'hui *droit international*, c'est simplement du *droit national* à l'usage externe. C'est un ensemble de règles, sans cohérence ni principe directeur autre que celui qui peut se dégager de l'intérêt particulier des Etats, du contenu desquelles les gouvernements nationaux sont les seuls maîtres et dont l'autorité dépend de leur bonne volonté²⁹. (p. 377)

Quant à la possibilité de voir naître un vrai droit international, les idées de Georges Burdeau relèvent de la futurologie. Selon cet auteur, il ne peut y avoir de *droit international* s'il n'y a pas de *société internationale* (p. 379). Or la *conscience internationale* ne vient pas se superposer dans l'homme à sa conscience nationale ; elle lutte contre elle, car pour être effective il faut qu'elle la remplace (p. 383). *Ce ne sont pas les États qui créeront un Pouvoir international* (p. 388). Le droit international ne pourra être fondé sur un réseau de politiques nationales, mais directement sur une vision politique de la *civitas maxima* (p. 389). Dans cette perspective, il n'y a rien à attendre de l'action spontanée des États qui ne peuvent réagir par d'autres réflexes que ceux de la souveraineté étatique. C'est de la *conscience que les hommes prendront de leur finalité commune* que se dégagera l'énergie animatrice d'un *Pouvoir dégagé de servitudes nationales* (p. 391). L'ordre international a plus de chance d'être un jour atteint en faisant confiance aux hommes qu'en s'obstinant à laisser son sort à la discrétion des États. En effet, ce n'est plus dans le cadre d'un territoire étatique que peuvent être résolus les problèmes économiques et sociaux ; dans la guerre comme dans la paix, l'interdépendance des hommes est telle que le monde entier est devenu leur foyer commun (p. 393).

Si la formation d'une *idée de droit à l'échelle mondiale* se situe encore dans une perspective lointaine, du moins assistons-nous à un indiscutable *mouvement d'unification des systèmes juridiques* (p. 396). C'est surtout dans les domaines où les individus ou les groupes ont un intérêt direct à l'*uniformisation des règles juridiques* que se manifestent les prémices d'un droit humain unifié (p. 398).

Par ailleurs, la formation d'un ordre juridique mondial n'implique pas la disparition des États, qui subsisteront en tant qu'organisations juridiques subordonnées au Pouvoir international (p. 388).

15. *Le droit international selon Raymond Aron.* Les réflexions que Raymond Aron a consacrées au droit international se trouvent notamment dans son livre intitulé *Paix et guerre entre les nations*, rédigé en 1960-1961 et paru en 1962³⁰.

29. Voir L. FOCSANEANU, « Norme et comportement en droit international. Pour un droit international phénoménologique », dans « Symbolæ Garcia Arias », nos 33-36 de la revue *Temis*, publiée par la Faculté de droit de l'Université de Saragosse, Zaragoza, 1973-1974, n° 8, pp. 61-62.

30. Les passages cités dans le texte ont été empruntés à la 5^e édition du livre, Paris, Calmann-Lévy, 1968.

L'auteur y souligne « *l'imperfection essentielle du droit international* » (p. 704). Les passages suivants illustrent sa pensée.

...aucune théorie du droit international n'a jamais été satisfaisante ni en elle-même, ni par rapport à la réalité. Logiquement, une théorie qui posait l'absolutisme de la souveraineté ne justifiait pas le caractère obligatoire du droit international. Politiquement, une telle théorie restreignait l'autorité de la loi et encourageait l'anarchie internationale. Une théorie qui posait l'autorité d'un droit superétatique était incapable de trouver soit des « faits normatifs », soit une norme originaire qui fussent comparables à ces mêmes faits ou à cette même norme dans le cas du droit interne. De plus, l'absence d'une instance suprême d'interprétation et d'une force irrésistible de sanction compromettait la rigueur logique de la théorie d'un droit superétatique et la rendait étrangère à la réalité.

La permanence des controverses, les objections valables contre n'importe quelle théorie, prise en elle-même ou dans sa portée politique, s'expliquent, me semble-t-il, par le caractère ambigu et, d'une certaine manière, contradictoire du droit international et de la « société internationale », dont il est l'expression. (p. 707)

La tendance moderne à nier le droit naturel, ou du moins à en nier le caractère proprement juridique aurait dû, semble-t-il, inciter les juristes, à l'imitation des philosophes du XVII^e siècle, à mettre l'accent sur l'état de nature (absence de tribunal et de police) dans lequel vivent les Etats, voire à nier le caractère juridique stricto sensu de ce que l'on appelle le droit international. En fait, au moins jusqu'à une date récente, la majorité des spécialistes du droit international raisonnèrent tout autrement et s'ingénierent à démontrer que le droit international était un droit authentique à partir de prémisses qui, en apparence, suggéraient la conclusion opposée. Toute théorie qui prend comme point de départ la souveraineté des Etats et, d'une manière ou d'une autre, rattache le droit à cette souveraineté dépouille le droit international de certains caractères constitutifs du droit. (pp. 709-710)

Les Etats n'ont jamais consenti et ne consentent pas à s'engager inconditionnellement à soumettre à un arbitre ou à un tribunal des questions qu'ils considèrent d'intérêt vital. Les différends qui sont susceptibles de provoquer la guerre sont baptisés politiques et, du même coup, non justiciables des procédures légales. Pas davantage les Etats n'acceptent d'être liés inconditionnellement par le droit existant, parce qu'en certaines circonstances les traités et conventions peuvent être ou sembler injustes et qu'ils hésitent à confier à des juges qui, d'ailleurs, hésitent à l'assumer, la charge de juger selon l'équité. Ce double refus est l'expression d'une volonté d'autonomie ; il implique un élément d'acharchie internationale... (p. 711)

Compte tenu des constatations qui précèdent, l'auteur se demande si le droit international est en progrès ou en déclin. Et il répond :

Personnellement, j'avoue ne pas apercevoir de progrès, qu'il s'agisse de la société transnationale, du système international ou de la conscience de communauté humaine.

Quant à la possibilité de voir naître un vrai droit international dans une véritable « communauté internationale », Raymond Aron la relègue, comme Georges Burdeau, dans la futurologie. Il estime, en effet, qu'un tel droit et une telle communauté exigent la réunion de quatre préalables, à savoir :

- l'homogénéité des États ;
- la parenté de leurs idéaux ;
- la similitude de leurs pratiques constitutionnelles ;
- la renonciation à la course aux armements.

Il est évident que la réalisation de ces préalables ne saurait être envisagée dans un proche avenir.

IV – CRITIQUE DU DROIT INTERNATIONAL TRADITIONNEL

16. *La contradiction interne du concept traditionnel de droit international public.* La notion traditionnelle du droit des gens postule l'existence de règles juridiques préétablies, s'imposant, de manière contraignante, aux États souverains.

Les règles ainsi postulées comportent deux éléments : a) *l'obligation* et b) *la sanction*, ou encore, selon la terminologie du professeur Wilhelm Wengler, *l'injonction* et *la contrainte*³¹. En effet, dans une récente étude, Wengler écrit :

...tout ordre juridique représente un « système clos d'injonctions et de contraintes » (*Rechtswingungssystem*), distinct d'autres systèmes semblables d'injonctions et de contraintes. (p. 329)

Or, le concept traditionnel de la souveraineté est incompatible aussi bien avec l'un qu'avec l'autre élément constitutif de la règle juridique.

En ce qui concerne *la contrainte*, l'incompatibilité est manifeste. En tant que pouvoir suprême, inconditionnel et absolu, l'État souverain ne peut admettre aucune contrainte extérieure.

Mais l'incompatibilité existe également entre la souveraineté et l'autre élément de la norme, qui est *l'obligation*. En effet, la souveraineté propre interdit au souverain de disposer de son avenir. L'État souverain ne peut aliéner sa liberté d'agir, qui doit toujours rester entière. Tous les philosophes cités au chapitre II ci-dessus ont souligné la fragilité et l'instabilité des engagements internationaux pris par le souverain, dont le premier devoir doit être celui d'assurer le salut et l'utilité de son propre État. Selon Spinoza, le prince qui respecterait ses engagements internationaux au détriment de son État, se rendrait coupable de trahison à l'égard de ses sujets.

D'ailleurs, ce concept incohérent d'un droit des gens, analogue aux systèmes de droit interne, est une création relativement récente, qui ne date que du XVII^e siècle. Il est complètement étranger à la tradition juridique romaine. Pour les jurisconsultes romains, l'idée d'un droit limitant la liberté d'action extérieure de leur État à l'égard des autres cités, aurait été impensable. La politique extérieure de Rome, avec ses guerres, ses conquêtes, ses traités (*fœdera*), n'avait rien à voir avec le *jus civile*.

Ce n'est qu'au XVII^e siècle que des juristes protestants, appartenant à de petits États, ont conçu l'idée de transposer aux relations interétatiques des concepts et principes empruntés au droit interne. Il est significatif de constater que Hugo Grotius (1584–1645) était un Néerlandais protestant ; que Samuel Pufendorf (1632–1694) était un protestant né en Saxe, qui avait enseigné aux universités

31. Voir Wilhelm WENGLER, « La crise de l'unité du droit international », dans *Mélanges offerts à Charles Rousseau*, Paris, Pédone, 1974, pp. 328–340.

de Heidelberg et de Lund ; que Emer de Vattel (1714–1767) était un protestant, originaire de Neuchâtel, en Suisse. Peut-être la motivation de ces pères fondateurs du droit des gens n'était-elle pas exempte d'arrière-pensées politiques. Le droit international ne pouvait-il pas aider les petits États à résister à la politique d'hégémonie des grandes monarchies centralisées ?

Une fois constituée, la nouvelle discipline connut un succès prodigieux dans l'enseignement et la diplomatie. Des chaires de droit international furent créées dans les universités, instituts d'enseignement et centres de recherche. Des milliers de traités, manuels, cours, précis, revues, etc., furent publiés dans presque toutes les langues. Leur terminologie et phraséologie furent adoptées par les diplomates.

De manière assez surprenante, la systématique traditionnelle du droit des gens survécut même aux démentis que semblaient lui infliger les deux guerres mondiales, les mouvements révolutionnaires et les bouleversements de la décolonisation.

États nouveaux et États socialistes (de type soviétique) manifestèrent leur attachement au droit des gens, en même temps qu'ils professaient une doctrine nationaliste, exacerbée, de la souveraineté. L'illogisme de cette attitude ne semblait pas les déranger outre mesure. Il eut cependant pour résultat de créer un écart grandissant entre le droit international traditionnel et la réalité. Le droit des gens devint, en grande partie, une rhétorique dépourvue d'« effectivité ».

17. *Expédients juridiques mis en œuvre pour tenter de surmonter la contradiction interne du droit des gens.* Les juristes attachés au concept traditionnel du droit des gens ont eu recours, successivement, à trois procédés pour essayer de surmonter la contradiction interne qui menace la cohérence logique de cette branche du droit. Ce sont : a) l'adage *pacta sunt servanda*, b) la doctrine du *jus cogens* et c) la *négarion de la souveraineté et son remplacement par le concept de « compétences étatiques »*, déléguées aux gouvernants nationaux par la communauté internationale.

a) Les auteurs attachés à la doctrine *pacta sunt servanda* affirment que l'exercice de la souveraineté des États est limité par une règle supérieure, qui leur commande de respecter les traités. Quant au fondement juridique de cette prétendue règle supérieure, l'accord est loin d'être réalisé. Selon leurs préférences personnelles, les juristes ont vu dans la maxime *pacta sunt servanda* soit un principe général de droit, soit une règle morale, ou une règle sociologique, ou encore un postulat indémontrable, etc.³².

Il faut avouer qu'à première vue la maxime semble découler du bon sens et s'appuyer sur les enseignements des religions et sur la morale chevaleresque du respect de la parole donnée.

32. Voir Charles ROUSSEAU, *Droit international*, tome I, Paris, Sirey, 1970, n° 11, pp. 136–137.

Grâce à ce caractère insidieux, elle a réussi à se faire accepter, en tant que règle de droit, par les rédacteurs de la Convention de Vienne, du 22 mai 1969, sur le droit des traités. En effet, l'article 26 de ladite convention stipule :

Article 26. *Pacta sunt servanda*. Tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi.

Cependant, un regard, même superficiel, sur la réalité internationale, suffit pour constater que la prétendue règle supérieure manque de vérité. Lorsque leurs intérêts sont en jeu, les États n'hésitent pas à répudier unilatéralement leurs traités pour reprendre le libre exercice de leur souveraineté. Faute de trouver un appui dans la réalité du droit positif, l'adage *pacta sunt servanda* relève des spéculations subjectives du droit naturel. Aussi certains juristes contemporains l'ont-ils rejeté³³.

b) Selon la doctrine du *jus cogens*, le fondement du droit des gens reposerait sur l'existence de certains principes juridiques impératifs, non écrits et supérieurs aux traités, auxquels ces derniers ne sauraient déroger. Une telle conception, qui se rattache visiblement à l'école du droit naturel, a néanmoins été entérinée, lors de la Conférence de Vienne sur le droit des traités, par 87 voix contre 8 et 13 abstentions. Elle se trouve inscrite aux articles 53, 64 et 71 de la Convention de Vienne.

Ajoutons toutefois qu'il n'a pas été possible de réaliser un consensus sur la liste, même approximative, de ces prétendues « normes impératives du droit international général ». En conséquence, on ne voit pas quelles seraient les limites exactes que le *jus cogens* imposerait à la souveraineté des États, ni quel pourrait être le fondement juridique de ces limites. Par ailleurs, le nombre des règles faisant partie du *jus cogens* étant nécessairement limité, le problème de la cohérence logique du droit des gens traditionnel reste entier pour les autres normes de ce droit. Aussi certains juristes ont-ils pris une position très réservée à l'égard de la nouvelle doctrine³⁴.

c) Une troisième voie pour surmonter la contradiction interne du droit des gens consiste à nier purement et simplement la souveraineté et à la remplacer par le concept des « compétences » déléguées aux États par la communauté internationale. Cette doctrine, énoncée et défendue par le professeur George Scelle, a connu son heure de succès, dans les cercles universitaires français, qui ont été séduits par sa cohérence dogmatique. Elle a le défaut de l'irréalité totale. Dans le monde actuel, les gouvernants étatiques sont fortement attachés au

33. Voir, par exemple, l'intervention du professeur Charles CHAUMONT à la Deuxième rencontre interuniversitaire de Reims (23-24 juin 1974) dans *Réalités du droit international contemporain. Actes des seconde et troisième rencontres de Reims*, Centre d'études des relations internationales, Faculté de droit de Reims, Reims, 1974, p. 19.

34. Dans son intervention précitée à la Deuxième rencontre de Reims (23-24 juin 1974), le professeur Chaumont déclarait : « D'un côté, je n'accepte pas cette notion de *jus cogens* parce que je la trouve abstraite et j'estime qu'elle échappe au problème, que c'est une fuite en avant, précisément dans son abstraction. Mais d'un autre côté, je comprends l'impact, la force idéologique de cette notion pour les pays du Tiers-Monde » (voir *ibid.*, p. 21).

principe de la souveraineté, qui prend des formes de plus en plus exacerbées et intransigeantes. D'ailleurs, on peut se demander de quelle manière une communauté internationale inorganisée et dépourvue de structure institutionnelle aurait pu déléguer des compétences aux États.

18. *Inanité des expédients proposés pour sauver la cohérence du droit des gens traditionnel. Conséquences.* Des trois essais susmentionnés, tentés pour remédier à l'illogisme du droit international traditionnel, deux représentent un retour aux spéculations subjectives du droit naturel. *Pacta sunt servanda* et *jus cogens* sont, en effet, des conceptions dépourvues de positivité. Le troisième expédient (théorie des compétences prétendument déléguées aux États par la communauté internationale) relève du droit-fiction. Il faut en conclure que l'incohérence du droit des gens traditionnel reste foncière et irrémédiable.

La survie de ce droit a entraîné un écart, grandissant chaque jour, entre les normes qui le composent et la réalité des relations internationales. Documents diplomatiques et ouvrages de doctrine deviennent, de plus en plus, des textes purement rhétoriques, sans contact avec la vie réelle. Ils se ramènent, plus d'une fois, à un verbiage emphatique au service, plus ou moins conscient, d'une idéologie politique.

Pour rétablir la crédibilité du droit international, celui-ci doit être reconstruit sur des bases entièrement nouvelles. Une méthode phénoménologique pourrait être utilisée à cet effet. Elle sera tentée dans les deux chapitres suivants.

V – UNE MÉTHODE PHÉNOMÉNOLOGIQUE ABOUTISSANT À UN DROIT INTERNATIONAL SANS OBLIGATION, NI SANCTION

19. *Le retour au concret.* Comme toute analyse phénoménologique, celle des normes régissant la communauté internationale devra commencer par un « retour aux choses ». À cette fin, le droit international rénové devra procéder, en premier lieu, à l'observation et à la description minutieuse du rôle et du fonctionnement de la norme juridique dans les relations interétatiques. Ce fonctionnement devra être étudié, non pas dans les textes, mais dans la réalité concrète du *comportement* des États. L'étude aboutira à une sorte d'*histoire naturelle* ou de *morphologie des relations internationales*.

En effet, *les normes* du droit des gens *s'objectivent* dans les *actes de comportement*, dans lesquels elles sont incluses. Le droit des gens naît *dans* et *par l'action des États*, il ne *s'élabore pas dans l'abstrait*.

20. *La découverte des normes par la réduction phénoménologique des faits internationaux.* Cependant, le juriste ne saurait se contenter d'enregistrer les actes de comportement des États pour les laisser à l'état brut. Il ne sombrera pas dans un empirisme dépourvu de signification, mais procédera au déchiffrement des faits pour découvrir les articulations maîtresses de la dynamique internationale. Les faits seront sélectionnés, interprétés et valorisés par une intention. En ce qui concerne le droit des gens, l'intentionnalité de la réduction phénoménologique des

faits paraît réunir un consensus pratiquement unanime. Il s'agit du projet de maintien de la paix, du respect de la vie humaine, du plein épanouissement de la personnalité humaine, de l'élévation du niveau de vie. Tous les États qui adhèrent à la Charte de l'Organisation des Nations unies participent à cette intentionalité.

21. *Normes contraignantes préétablies et normes contingentes déduites du comportement des États.* Ainsi qu'on peut le constater, dans le schéma méthodologique ci-dessus esquissé, la relation norme-souveraineté se trouve inversée par rapport à celle que préconise la dogmatique traditionnelle du droit international. Ce n'est plus la norme préétablie qui prétend régenter, donc limiter, la souveraineté, mais c'est l'exercice de la souveraineté qui crée et permet de dégager la norme.

La règle juridique n'est plus transcendante par rapport aux comportements étatiques, mais immanente à ces comportements, desquels elle peut être déduite par l'analyse phénoménologique.

Il résulte également du schéma ci-dessus exposé qu'en droit international la relation entre la norme et ses destinataires est profondément différente de celle du droit interne. Dans les systèmes de droit interne, la règle est imposée, de manière contraignante, par l'État souverain à ses ressortissants. La communauté internationale, composée de sujets souverains, ne connaît pas de rapports de subordination, mais seulement des rapports de coordination, réalisés par l'adhésion libre et facultative des sujets souverains à certains modèles de comportement. Cette adhésion reste toujours précaire, car elle peut être retirée à tout moment.

22. *Instabilité fondamentale des normes du droit des gens.* Dégagées par l'analyse des actes de comportement étatiques, les normes du droit des gens ont un caractère essentiellement fragile et instable, car elles participent à l'historicité des actes dont elles découlent.

Leur fragilité est d'autant plus grande, qu'elles sont dépourvues des deux attributs principaux de la règle de droit interne, qui sont *l'obligation* et *la sanction* (voir n° 16, *supra*).

Cependant, la différence entre les normes des deux ordres juridiques est peut-être moins grande qu'il ne paraîtrait à première vue. Dans un livre récent, publié sous le titre *Flexible droit. Textes pour une sociologie du droit sans rigueur*³⁵, le professeur Jean Carbonnier rappelle que le prétendu « fixisme » du droit interne est dû à la persistance tenace de certaines tendances anti-évolutionnistes des doctrines de droit naturel. En réalité, depuis Héraclite, beaucoup d'esprits ont partagé la conviction que toutes règles de droit ont un caractère essentiellement provisoire et relatif (p. 6).

Dans ce même livre, l'auteur écrit :

...la plupart des rapports de droit n'accèdent pas à la litigiosité. Ils s'accomplissent à l'amiable, et même si quelque différend surgit à leur occasion entre

35. La troisième édition du livre a été publiée en 1976 à la Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, R. Pichon et R. Durand-Auzias, Paris.

les intéressés, ce différend ne franchit pas le seuil d'importance psychologique ou économique au-delà duquel on se décide à plaider. *Le contentieux ne nous découvre qu'une très faible partie du droit effectif.*

Enfin, Carbonnier rappelle que l'obligation naturelle, dépourvue de sanction, est néanmoins reconnue par le droit positif français (art. 1235 c. civ.).

La conclusion qui se dégage des développements qui précèdent est que, sans obligation, ni sanction, les règles du droit des gens ne sont nullement inexistantes. Malgré leur précarité et leur instabilité, elles régissent effectivement le comportement des États qui leur apportent leur adhésion facultative et contingente. Par là elles rendent possibles et coordonnent la coexistence et la coopération des États.

VI – LES PRINCIPES FONDAMENTAUX D'UN DROIT INTERNATIONAL SANS OBLIGATION, NI SANCTION

23. *Considérations générales.* Les développements qui suivent constituent une esquisse pour un droit des gens sans obligation, ni sanction. L'esquisse énonce un certain nombre de principes déduits de l'observation phénoménologique du comportement réel des États, dans leurs relations réciproques. Elle n'a pas la prétention d'être exhaustive.

24. *Caractère précaire et révocabilité unilatérale et ad nutum de tous les traités et accords internationaux.* L'observation de la vie internationale permet de constater que les États ne respectent pas les traités et accords internationaux qu'ils ont conclus, lorsque l'exécution des engagements contractés porte préjudice à leurs intérêts politiques ou économiques.

Il est évident que la répudiation unilatérale d'un instrument international, régulièrement conclu, est susceptible d'entraîner des mesures de représailles ou de rétorsion de la part du ou des co-contractants. Ces mesures peuvent même aller jusqu'à l'emploi de la force armée, lorsqu'il s'agit, par exemple, de la violation d'un traité de délimitation de frontières.

Ainsi, le respect de tout traité dépend, à chaque instant, de l'évaluation comparée des avantages de sa répudiation et des inconvénients des représailles probables. Les États estiment trouver dans leur souveraineté l'habilitation pour procéder librement et unilatéralement à cette évaluation comparée et d'en tirer les conséquences.

Si un État exécute fidèlement un engagement international, la motivation de son attitude ne se trouve pas dans la prétendue règle *pacta sunt servanda*, mais dans la crainte des représailles.

Cette crainte est elle-même très nuancée et modulée par des facteurs multiples, découlant des impératifs de l'équilibre des deux superpuissances et du partage du monde en zones d'influence.

Par ailleurs, si tout État est libre de répudier, à tout moment, tout traité international, il est, d'autant plus, libre d'interpréter, comme il l'entend, les

clauses du traité. Compte tenu du libellé souvent très vague et imprécis des traités, ce *pouvoir d'interprétation unilatérale* se rapproche du *pouvoir de répudiation*. Ici encore, la liberté d'interprétation n'est limitée que par la crainte des représailles et par le poids probable de celles-ci.

25. *Indifférence de la forme juridique et des procédés d'élaboration des instruments internationaux.* Du moment que tous les accords internationaux, sans distinction, sont susceptibles d'être dénoncés *ad nutum*, par chacune des parties contractantes, la forme et le mode d'élaboration de ces accords sont indifférents. Dans la mesure où et aussi longtemps qu'il détermine le comportement réel des États contractants, l'accord est source de droit des gens. S'il n'est pas ou n'est plus générateur de comportements étatiques, l'accord est un simple texte rhétorique, sans signification juridique.

Il s'ensuit que lors de chaque acte d'application concrète d'un traité, ce dernier est *recréé*, car chacune des parties contractantes a le libre choix entre l'exécuter ou le répudier. En optant pour l'exécution, l'État recrée le traité. Les accords internationaux ne sont pas des énoncés figés, préétablis, s'imposant à la souveraineté des États, mais des *processus de libre création continue, se renouvelant lors de chaque acte d'application*.

Les considérations qui précèdent expliquent la prolifération des formes nouvelles de création d'instruments internationaux, en droit des gens contemporain. À côté des traités de type classique, les accords en forme simplifiée, les accords-cadre, les déclarations communes, les communiqués conjoints, les résolutions d'organisations internationales, etc., jouent un rôle de plus en plus important dans la détermination du comportement des États dans lequel se manifeste le droit international réel³⁶. On peut ajouter à cette liste certaines conférences de presse, allocutions radiodiffusées ou télévisées, certains interviews ou articles de chefs d'État ou de gouvernement, qui influent de manière significative sur la conduite des affaires internationales des États.

En somme, l'origine et la forme de l'instrument servant de base ou de référence à un comportement étatique sont indifférents. Chaque acte concret de comportement porte en lui-même sa règle et la fonde. Les seules limites à cette *création spontanée et continue du droit des gens* se trouvent dans la crainte des représailles, qui assure une certaine stabilité, provisoire et contingente, des relations interétatiques.

26. *Caractère facultatif de la coutume internationale.* Les développements qui précèdent, concernant le droit écrit, s'appliquent également au droit international coutumier.

36. Voir, sur les formes nouvelles et les nouveaux modes d'élaboration des instruments internationaux, Roger PINTO, «Tendances de l'élaboration des formes écrites du droit international» et Pierre VELLAS, «Les sources informelles du droit international public», dans *L'élaboration du droit international public*, Colloque de Toulouse de la Société française pour le droit international, 16-18 mai 1974, Paris, Pédone, 1975, pp. 13-30 et 70-80.

Chaque État trouve, dans sa souveraineté, la liberté permanente d'observer la règle coutumière ou de la répudier. La seule limite réelle à sa liberté de décision se trouve dans la crainte des représailles. Les règles coutumières n'ont qu'une valeur indicative et facultative pour les États. Elles ne se réalisent que dans les actes concrets de comportement de ces derniers.

27. *La paix du monde fondée sur l'équilibre des forces nucléaires de dissuasion des deux superpuissances.* À l'heure actuelle, deux États possèdent des armes de destruction massive qui leur permettent d'anéantir toute vie sur la terre. Les dirigeants de ces États se sont reconnu des *responsabilités spéciales* pour le maintien de la paix et se sont engagés à éviter une confrontation nucléaire.

Dans le rapport présenté le 27 janvier 1959 au XXI^e Congrès du parti communiste de l'Union soviétique, N. Khrouchtchev déclarait ³⁷ :

Nous avons déjà souligné plus d'une fois la *grande responsabilité qui incombe pour le maintien de la paix aux deux grandes puissances* : l'Union soviétique et les États-Unis.

Dans un discours prononcé, le 24 septembre 1959, à un déjeuner offert, à Pittsburgh, par le gouverneur de la Pennsylvanie, N. Khrouchtchev soulignait ³⁸ :

Ce n'est un secret pour personne qu'une *responsabilité particulière incombe à nos deux pays*.

La volonté des deux États de prévenir une guerre nucléaire a été réaffirmée lors de la visite du président Nixon en Union soviétique, en 1972, ainsi qu'à l'occasion des rencontres « au sommet » de 1973 et 1974 entre dirigeants soviétiques et américains.

À l'occasion de la visite du président Nixon en Union soviétique, les représentants des deux superpuissances signèrent, à Moscou, le 29 mai 1972, un document intitulé *Principes des rapports entre l'Union des républiques socialistes soviétiques et les États-Unis d'Amérique* qui pose les normes fondamentales du maintien de l'équilibre des Deux Grands ³⁹. Le document stipule entre autres :

Les deux parties reconnaissent que les *tentatives d'obtenir, directement ou indirectement, des avantages unilatéraux au détriment de l'autre partie sont incompatibles avec ces buts* (éviter une guerre nucléaire).

La reconnaissance des *intérêts de la sécurité des parties* fondée sur le principe de l'égalité, et le *renoncement à la menace ou à l'emploi de la force*, sont les *conditions nécessaires au maintien et au renforcement des rapports de paix entre l'U.R.S.S. et les États-Unis*.

Tout exposé systématique du droit des gens contemporain doit prendre comme point de départ *l'hégémonie des deux superpuissances*. Ignorer cette réalité fondamentale aboutit à des systématisations dépourvues de vérité.

37. Voir XXI^e Congrès du parti communiste de l'Union soviétique, 27 janvier-5 février 1959, Recueil de documents, *Cahiers du Communisme*, supplément, février 1959, p. 75.

38. Voir « *Vivre en paix et amitié. Le séjour du Président du Conseil des Ministres de l'U.R.S.S., N. Khrouchtchev, aux U.S.A.* », du 15 au 27 septembre 1959, pp. 318-320.

39. Voir la version anglaise des « Principes » (« Basic Principles ») du 29 mai 1972 dans *The Department of State Bulletin*, n° 1722, du 26 juin 1972, pp. 898-899. La traduction en français du document a été publiée au supplément au n° 23 (1080) du 3 juin 1972 de la revue *Les Nouvelles de Moscou*, pp. 5-6.

28. *Le droit de guerre et le droit de la guerre.* En vertu du Pacte général de renonciation à la guerre, signé à Paris, le 27 août 1928 (Pacte Briand-Kellogg), les États contractants ont *solennellement condamné le recours à la guerre* pour le règlement des différends internationaux. Ils ont reconnu que le règlement ou la solution de tous les différends qui pourraient surgir entre eux ne devront jamais être recherchés que par des moyens pacifiques.

De même aux termes de l'article 2, paragraphe 4 de la Charte de l'ONU, « les membres de l'Organisation *s'abstiennent, dans leurs relations internationales, de recourir à la menace ou à l'emploi de la force*, soit contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout État, soit de toute autre manière incompatible avec les buts des Nations unies ».

Toutefois, conformément à l'article 51 de la Charte de l'ONU, aucune disposition de celle-ci « ne porte atteinte au *droit naturel de légitime défense, individuelle ou collective*, dans le cas où un membre des Nations unies est l'objet d'une *agression armée...* ».

Or, depuis 1950, l'ONU cherche la définition de l'agression, sans la trouver.

On doit donc considérer que les textes interdisant ou condamnant la guerre d'agression ont un caractère purement rhétorique, puisque les États ne sont pas d'accord sur le critère qui sépare l'agression de la légitime défense.

Aussi, l'observation du comportement des États, depuis la fin de la Deuxième Guerre mondiale fait-elle apparaître que des gouvernements n'hésitent pas à recourir à l'emploi de la force armée pour la réalisation de certains objectifs nationaux jugés essentiels.

En effet, de nombreux conflits armés, présentant le caractère de guerres internationales, ont éclaté au cours de la période de 1945 à 1977. Rappelons, à titre d'exemples, la guerre de Corée, les trois guerres israélo-arabes, la guerre sino-indienne « des quatre jours », la guerre indo-pakistanaise, les affrontements sanglants sino-soviétiques sur l'Oussouri et l'Amour, les conflits armés actuels entre l'Éthiopie et la Somalie, entre l'Égypte et la Libye, etc.

La même période a été caractérisée par de nombreuses guerres civiles insurrectionnelles, qualifiées parfois de « guerres de libération » (Viêt-nam, Algérie, Biafra, Cambodge, Angola, Liban, etc.).

Cependant, à l'époque de l'hégémonie des superpuissances, il est difficile de tracer la limite entre guerre civile et guerre internationale, la première étant souvent déclenchée à l'instigation ou avec l'appui d'une grande puissance qui fournit aux insurgés l'appui économique, politique et parfois militaire (fourniture d'armes, envoi d'instructeurs ou de conseillers militaires, etc.).

Le droit international phénoménologique se doit d'écarter les déclamations rhétoriques de l'ONU concernant le désarmement, les relations amicales entre États et toutes les théories qui tendent à dissimuler la permanence des conflits armés, sous le double aspect de guerre internationale et de guerre civile insurrectionnelle.

Les États font des efforts considérables pour renforcer et augmenter leur potentiel militaire et ne se laissent pas retenir par des principes juridiques dans l'emploi de la force armée.

Les seuls freins réels à l'emploi de la force sont la crainte devant la riposte de l'adversaire et de ses alliés ainsi que le souci de ne pas dépasser le seuil de nucléarisation du conflit. En effet, depuis la fin de la Deuxième Guerre mondiale, aucun État n'a osé prendre le risque d'une guerre atomique.

Dans la rénovation phénoménologique de la doctrine du droit des gens, le droit de la guerre devrait occuper une place beaucoup plus importante que celle qu'il tient actuellement dans les livres des juristes. Il devrait s'efforcer de décrire et de systématiser les normes concernant le régime des combattants, des prisonniers, des blessés, des populations civiles, des partisans, des insurgés, des territoires occupés, des neutres, etc., à la lumière de l'expérience des trois dernières décennies de guerres civiles et internationales.

29. *La négociation directe, seul moyen significatif de règlement pacifique des différends internationaux.* La Charte des Nations unies ainsi que les ouvrages de droit international énumèrent une large panoplie de moyens de règlement pacifique des conflits internationaux. Cette panoplie présente un caractère fictif, car l'étude concrète des faits politiques montre que le seul moyen ayant abouti au règlement des conflits internationaux a été *la négociation directe par voie diplomatique ou lors des rencontres au sommet* entre les représentants des États concernés. Le nombre des affaires portées devant la Cour internationale de justice est insignifiant par rapport à l'ampleur du contentieux international. Quant à la Cour permanente d'arbitrage, elle constitue une virtualité et n'a joué aucun rôle dans la solution des différends. Des procédures de conciliation ou de médiation ont parfois réussi à obtenir certains résultats, comme l'accord de cessez-le-feu de Colombo, qui a mis fin aux hostilités sino-indiennes, mais le nombre des affaires réglées de cette manière reste peu important.

Le fait que la négociation directe soit l'unique moyen pratique pour résoudre les conflits internationaux révèle le fort attachement des États à leur souveraineté. Le comportement des gouvernements étatiques devant les situations conflictuelles montre, sans aucun doute possible, l'hésitation, sinon la répulsion, que les gouvernements éprouvent à confier à des tiers la solution de problèmes qu'ils estiment relever de leur souveraineté.

30. *La sécurité des États moyens et petits repose sur le système des alliances et le partage du monde en zones d'influence.* Comme la guerre est un phénomène permanent de notre époque et comme la solution pacifique des différends internationaux ne peut être réalisée qu'au moyen des négociations directes, les États moyens et petits ne peuvent voir leur existence et leur sécurité assurées qu'au moyen d'un système d'alliances militaires, bilatérales ou multilatérales. Aussi, chacune des deux superpuissances a-t-elle élaboré et développé un système de traités d'alliances multiples. Il suffira de rappeler, pour mémoire, le traité de l'Atlantique Nord, le traité de Rio, le traité nippon-américain, le pacte de Varsovie, le traité soviéto-indien, etc.

Il existe, certes, un nombre assez important d'États qui se disent « non alignés ».

Ces États se réunissent, de temps en temps, en grandes conférences internationales⁴⁰ pour affirmer leur politique indépendante. Il est toutefois permis de se demander si le sentiment de sécurité que ces États tirent du « non-alignement » n'a pas comme fondement, conscient ou subconscient, leur appartenance à la zone d'influence stratégique d'une superpuissance.

Par ailleurs, les alliances conclues après la Deuxième Guerre mondiale présentent trois caractéristiques nouvelles, par rapport à celles d'avant 1945 :

1° Les nouvelles alliances comportent parfois l'octroi de bases militaires ou le droit de faire stationner des troupes, en faveur de l'allié le plus puissant. Se trouve ainsi posé le problème du statut juridique des bases et des troupes stationnées en territoire étranger. Si le développement des fusées intercontinentales et des sous-marins nucléaires armés de vecteurs porteurs d'ogives nucléaires réduit l'importance des bases et du stationnement des troupes, dans l'éventualité d'une guerre nucléaire, en échange, ces facteurs conservent toute leur valeur pour les guerres de type classique.

2° Les nouvelles alliances militaires se doublent d'alliances économiques, politiques et sociales, destinées à rassurer l'opinion publique des pays moins puissants, pour lui faire accepter des limitations de souveraineté sur le plan militaire.

3° À l'élément conventionnel s'ajoute parfois un élément institutionnel qui confère à l'alliance un véritable caractère confédéral⁴¹.

Si, en principe, tout État souverain peut dénoncer, à tout moment, un traité d'alliance, comme tout autre traité, il est évident que les liens institutionnels, civils et militaires (par exemple, commandement unifié, système d'alerte commun, etc.) et la présence physique, sur son territoire, de forces et d'installations militaires étrangères rendent la dénonciation souvent malaisée. Aussi la mise en œuvre de la dénonciation exige-t-elle parfois un temps plus ou moins long.

31. *La consolidation des situations de faits.* L'observation des comportements étatiques au cours des trois dernières décennies fait apparaître que des situations de fait, acquises par la force, tendent à se consolider et trouvent finalement la consécration dans des documents diplomatiques qui les transforment, directement ou implicitement, en situations de droit. Rappelons, pour mémoire, l'occupation soviétique des territoires orientaux ayant appartenu à l'Allemagne, l'occupation de l'île Sakhaline et des Kouriles méridionales, l'occupation israélienne d'une partie du Sinaï, de Gaza et de la Cisjordanie, etc. On a l'impression que la crainte

40. Voir Georges FISCHER, « La conférence des non-alignés d'Alger », *Annuaire français de droit international* XX, 1973, pp. 9-33.

41. Voir B. BOUTROS-GHALI, *Contribution à une théorie générale des alliances*, Paris, Pédone, 1963, notamment pp. 107ss.

d'un affrontement majeur détermine les États à se résigner à une sorte de *uti possidetis*, plutôt que de courir les risques d'une guerre.

Cette constatation confirme le point de vue ci-dessus exprimé selon lequel le droit des gens est l'expression d'un rapport de forces.

VII – CONCLUSIONS

32. *Ni passéisme, ni futurologie, mais droit des gens concret, sans obligation, ni sanction.* Les développements qui précèdent ne doivent pas laisser l'impression que la communauté internationale est une société sans droit, ni loi, où règne le désordre total de l'arbitraire et du hasard.

En réalité, l'interdépendance économique, scientifique et culturelle des pays du monde contemporain est telle que les États souverains qui le composent doivent nécessairement coopérer et coordonner leur action en suivant certains modèles de comportement (*patterns of behaviour*). Ces modèles constituent les normes du droit des gens.

Toutefois, pour retrouver sa cohérence logique, le droit international doit abandonner le « fixisme » passéiste de *pacta sunt servanda* et du *jus cogens*. Il doit également éviter l'écueil de conceptions relevant du droit-fiction, telle que celle des « compétences étatiques » déléguées.

La transposition au domaine des relations internationales des concepts et principes du droit interne aboutit à des constructions doctrinales irréelles.

Cette transposition doit être définitivement abandonnée et remplacée par l'observation minutieuse et précise du comportement réel des États, dans leurs relations réciproques. L'analyse phénoménologique des actes de comportement permettra de découvrir les normes. Il en résultera un droit international contingent et mouvant, sans obligations, ni sanction, fondé sur la libre adhésion des États.

Le droit international ainsi rénové renouera avec la pratique romaine et avec la pensée philosophique européenne.