

ANZILOTTI D'HIER ET D'AUJOURD'HUI

Olivier de Frouville

Presses Universitaires de France | « Droits »

2012/2 n° 56 | pages 239 à 254

ISSN 0766-3838

ISBN 9782130593492

Article disponible en ligne à l'adresse :

<https://www.cairn.info/revue-droits-2012-2-page-239.htm>

Distribution électronique Cairn.info pour Presses Universitaires de France.

© Presses Universitaires de France. Tous droits réservés pour tous pays.

La reproduction ou représentation de cet article, notamment par photocopie, n'est autorisée que dans les limites des conditions générales d'utilisation du site ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Toute autre reproduction ou représentation, en tout ou partie, sous quelque forme et de quelque manière que ce soit, est interdite sauf accord préalable et écrit de l'éditeur, en dehors des cas prévus par la législation en vigueur en France. Il est précisé que son stockage dans une base de données est également interdit.

ANZILOTTI D'HIER ET D'AUJOURD'HUI

Tout en remerciant les organisateurs de cette table ronde de m'avoir fait l'honneur et le plaisir de m'inviter à faire cette présentation, je dois souligner d'emblée – non pour me dédouaner par avance ! – que l'entreprise est difficile. Il s'agit en effet ni plus ni moins que de passer par un double prisme : d'abord, celui d'Anzilotti, contemplant l'image réfractée du droit international de son époque ; ensuite celui de Denis Alland contemplant Anzilotti à l'aube du XXI^e siècle. Et bien sûr, il faut ajouter un troisième prisme, qui est celui du commentateur lui-même, dont le regard est orienté par ses propres biais et opinions sur le droit international. Cela rappelle un peu le fameux tableau de Vermeer, intitulé *L'art de la peinture*, où l'on voit représenté, de dos, un peintre traçant le portrait de Clio, Muse de l'Histoire. Ma seule appréhension est que je ne suis pas Vermeer, et que je ne saurais certainement pas donner à voir avec autant de talent et de nuances l'art de l'internationaliste.

Il s'agit donc de parler d'Anzilotti, mais d'Anzilotti vu par Denis Alland. Et que nous donne à voir Denis Alland ? Cette photo, mise à la fin de l'ouvrage et qui, comme le livre lui-même, montre essentiellement trois choses.

La première, c'est l'image figée d'un auteur, presque un « automate », une statue de cire du musée Grévin. Cette image là, Denis Alland nous montre, par son livre, qu'il faut absolument la dépasser. Réduire Anzilotti à sa statue de cire, c'est se tromper. Et ne serait-ce que pour cela, le livre de Denis Alland est utile et bienvenu, en ce qu'il nous permet de dépasser les préjugés trop souvent accumulés à propos du maître italien. Car il en est un peu d'Anzilotti comme de George Scelle : tout le monde le cite, mais personne ne l'a lu ! Avec ce résultat que leurs noms sont utilisés comme des faire-valoir et que leurs doctrines sont caricaturées. On dit : « Anzilotti et le volontarisme », comme on dit : « Georges Scelle et le droit objectif », comme si cela suffisait. C'est évidemment méconnaître la complexité, la finesse de ces auteurs. Et cela s'applique plus encore à Anzilotti qu'à George Scelle, car si Scelle est effectivement systématique et n'a pas beaucoup varié au cours de sa carrière intellectuelle, Anzilotti, comme le montre bien Denis Alland, est plus difficile à suivre. C'est une dimension sur laquelle je reviendrai, et qui me paraît caractériser notre auteur italien.

D'Anzilotti, il ne restait pratiquement qu'une citation d'un arrêt de la Cour permanente de Justice Internationale¹. C'est le mérite de Denis Alland de nous

1. C.P.J.I., *Affaire du « Lotus »*, 7 septembre 1927, *Rec.* Série A, n° 10, p. 18 : « Le droit international régit les rapports entre des États indépendants. Les règles de droit liant les États procèdent de la volonté de ceux-ci, volonté manifestée dans des conventions ou

inviter à aller plus loin et à relire les écrits d'Anzilotti, en particulier son magnifique *Cours de droit international*, heureusement rendu à nouveau disponible, il y a quelques années, à l'initiative des professeurs Pierre-Marie Dupuy et Charles Leben¹.

La deuxième image, c'est l'arrière-plan : le flou des spectateurs, ces fantômes du passé qui flottent dans le couloir du Palais de la Paix et regardent la scène. Dionisio Anzilotti est un personnage de son temps, il reste dans « l'air frais de ce matin apprêté », comme l'écrit joliment Denis Alland. Et ce dernier ne l'ignore ni ne le cache : Anzilotti a bien entendu vieilli et le symbolisme de son *récit*² a perdu de sa force : un peu comme on écouterait une vieille histoire – *Les lettres de mon moulin*, par exemple, évoquées dans le livre : on admire le talent de conteur, on saisit le caractère intemporel de certaines figures narratives, on est touché par des intuitions vraies sur la nature des choses, mais si l'on devait *dire la même chose* aujourd'hui, on ne l'écrit certainement plus pareil !

Enfin, la troisième image est cette figure qui « parvient à n'exprimer plus que le fait brut de la présence de l'auteur, du juge, du président, du professeur » : un Anzilotti présent parmi nous, dont la pensée reste vive et opérante, parce que toujours capable de parler de la réalité du droit international d'aujourd'hui.

Si Denis Alland évacue à juste titre la première image dès le début du livre, la suite ne cesse de conjuguer les deux autres avec cette volonté, toutefois, de mettre en valeur la seconde, car telle est évidemment la raison d'être du livre : c'est parce qu'Anzilotti est utile pour comprendre le droit international d'aujourd'hui que l'on continue à le lire et à écrire sur lui aujourd'hui. Il ne s'agit pas d'une peinture aux teintes passées, mais bien d'un portrait en situation.

Reste à identifier dans quelle mesure et comment Anzilotti peut nous aider à comprendre le droit international d'aujourd'hui ? À cet égard, Denis Alland précise d'emblée que l'apport essentiel a trait à la question fondamentale suivante (qui en fait en recouvre deux) : celle de l'existence et de l'effectivité du droit international public. D'une part, en effet, Anzilotti défend *l'existence* même du droit international public en combattant, sur deux fronts, le jusnaturalisme et l'hégélianisme « négateur » du droit international. D'autre part, il veut assurer l'effectivité du droit international par le biais d'une théorie dite « dualiste » des « rapports de systèmes ».

Mais sur ces deux points, le jugement de Denis Alland est toujours nuancé : on retrouve les deux images mêlées : d'un côté, Anzilotti homme de son temps, attaché aux fantômes du passé et à un certain matin frais au Palais de La Haye ; de l'autre Anzilotti incarné, présent parmi nous. Si Denis Alland ne manque jamais de souligner la pertinence de certaines réflexions

dans des usages acceptés généralement comme consacrant des principes de droit et établis en vue de régler la coexistence de ces communautés indépendantes ou en vue de la poursuite de buts communs. »

1. Dionisio Anzilotti, *Cours de droit international*, trad. G. Gidel, 1929, reprint Paris, Ed. Université Panthéon-Assas, L.G.D.J., 1 999.

2. D. Alland, p. 172 : « [C]'est cela la doctrine, faire des récits ».

d'Anzilotti, il en remarque également toujours le caractère partiellement périmé et la nécessité de revisiter certains problèmes. Plus encore et plus troublant, il met également en valeur l'évolution même de la pensée d'Anzilotti dans le temps : le maître de Pescia a varié sur un certain nombre de sujets, qui n'ont pourtant rien d'anodins ou de secondaires, en passant de la *Vereinbarung* à la *Grundnorm* kelsenienne comme fondement du caractère obligatoire du droit, ou de la guerre *hors du droit* à la guerre *dans le droit*... C'est évidemment souligner la finesse d'esprit d'Anzilotti, mais aussi son honnêteté intellectuelle, sa capacité à, contrairement à d'autres, se remettre en question et à admettre ses erreurs. Mais n'est-ce pas également pointer les faiblesses de sa théorie ?

Mon sentiment sur ce point est que les deux sont liés : c'est à dire que de l'honnêteté intellectuelle, de la finesse d'esprit d'Anzilotti, de son besoin constant d'approcher la théorie toujours un peu plus près de la réalité du droit positif découlent les faiblesses de sa théorie. L'idée que j'aimerais ici soutenir est qu'Anzilotti a cherché à construire une théorie qui rende compte exactement du droit positif tel qu'il se présentait au moment où il l'observait. Et si sa théorie a évolué, c'est parce qu'il voyait le droit international positif évoluer, et qu'il sentait la nécessité d'en rendre compte. La théorie d'Anzilotti est donc, à mon sens, une théorie fixiste et non évolutionniste, contrairement à celles de Georges Scelle ou de Hans Kelsen : elle ne rend pas compte d'un processus, d'une marche vers des fins dernières toujours plus lointaines. Elle rend compte d'un état du droit à un moment donné. D'une certaine manière, elle est donc la plus juste qui soit au moment où elle est exprimée, mais inversement, elle se condamne à perdre de sa pertinence le moment d'après. D'où la nécessité de la réévaluer, de l'adapter, d'en faire changer certaines prémisses.

D'une part, en effet, Anzilotti évolue du volontarisme vers l'objectivisme, au point de devenir *in fine* celui que l'on pourrait qualifier du « plus objectiviste des volontaristes ». D'autre part, il tient ferme sur une position dualiste héritée de Triepel, qu'il ne changera pas fondamentalement, et dont on peut se demander si elle est bien en mesure de rendre compte des réalités du droit international contemporain.

LE PLUS OBJECTIVISTE DES VOLONTARISTES

L'évolution de la théorie d'Anzilotti fait de lui le plus objectiviste des volontaristes. De cette évolution témoigne évidemment sa conception « objective » de la responsabilité internationale de l'État qui prépare et préfigure la conception aujourd'hui dominante. C'est là sans doute l'aspect le plus connu et d'ailleurs parfaitement documenté dans l'ouvrage de Denis Alland¹. Dans ses deux fameux articles sur la responsabilité internationale

1. D. Alland, chapitre III, pp. 123 et suiv.

des États¹, Anzilotti opère une véritable refondation du régime de la responsabilité des États pour l'adapter aux temps nouveaux : *exit* la faute et le dommage comme faits générateurs. Il leur substitue le *fait illicite*, autrement dit la violation du droit international, cause *objective* par excellence, puisqu'elle renvoie à l'ordre juridique et non à la personne de l'État lésé (avec le dommage) ou de l'État violateur (avec la faute). Je ne m'attarde pas sur ce point, je reviendrai sur un aspect particulier de la réflexion d'Anzilotti sur la responsabilité, à savoir l'exclusion de la catégorie de la complicité. Je préfère pour l'instant me concentrer sur la manière dont la théorie d'Anzilotti en arrive progressivement à relativiser la place de la volonté, pour aller jusqu'à l'adoption de la *Grundnorm* kelsenienne.

Cette relativisation de la volonté est en effet marquante pour un auteur que l'on perçoit et décrit souvent comme l'archétype même du volontariste. Je voulais à cet égard souligner trois aspects qui ressortent de la lecture du livre : le premier a trait aux liens entre volontarisme et positivisme, le second concerne le lien qui existe d'une part entre le double rejet du jusnaturalisme et de l'hégélianisme, et d'autre part la relativisation de la volonté, tandis que le troisième aspect porte sur la notion ambiguë d'accord tacite.

Volontarisme et positivisme juridique

Premier aspect, c'est le lien qui est fait entre *volontarisme* et *positivisme* juridique. Denis Alland souligne à cet égard le fait qu'à la base de la démarche anzilottienne, il y a l'idée d'une « étroite solidarité entre le volontarisme et le positivisme »². Mais il semble pourtant que cette solidarité ne cesse de s'étioler si l'on suit les écrits du maître.

L'idée centrale du volontarisme est que le droit émane de la volonté des États, qu'il s'agisse de leur volonté individuelle ou collective. Cette idée devient de toute évidence de plus en plus étrangère à un Anzilotti marqué, comme tous les juristes de sa génération, par le positivisme Comtien et le progrès des sciences sociales. Sur ce plan, il faut remarquer qu'Anzilotti ne fait que prolonger la critique déjà adressée par Heinrich Triepel au courant hégélien du droit international, mais aussi, en dernier lieu à Georg Jellinek qui prétendait, avec la théorie de l'auto-limitation, trouver une parade aux arguments négateurs de la doctrine hégélienne³.

Comme Triepel, en effet, Anzilotti perçoit le caractère artificiel de la notion de personne morale et l'impossibilité de l'assimiler à une personne naturelle

1. D. Anzilotti, « La responsabilité internationale des États à raison des dommages soufferts par des étrangers », *R.G.D.I.P.* 1906, pp. 5-29 et 285-309. Réédité dans la collection « Tiré à part », Dalloz, 2012, avec une introduction critique de D. Alland.

2. D. Alland, p. 70.

3. V. à cet égard la critique de Heinrich Triepel, *Droit international et droit interne*, Paris, Pedone, 1920, reprint, avant propos d'Olivier Beaud, Ed. Université Panthéon-Assas, coll. « Introuvables », 2010, note n° 1, p. 78.

dotée d'une volonté¹. Mais surtout, Anzilotti reprend à son compte – et c'est nouveau – la distinction néo-kantienne articulée par Kelsen entre droit et fait, entre le monde des faits régi par la causalité, et le monde du droit régi par un principe d'imputation. Dès lors, il paraît clair que la *volonté* d'un sujet ne peut pas *causer* la création d'une norme. Pour qu'une volonté crée une norme, il faut que le droit lui impute cette conséquence². Comme le souligne Denis Alland, la volonté dont parle Anzilotti n'est plus la volonté naturelle du sujet, mais bien une volonté juridique. Et je cite ici un passage significatif, à cet égard, du cours d'Anzilotti :

« Les expressions volonté et activité ont, dans la science du droit, une signification propre, différente de celle qu'elles ont dans d'autres sciences : psychologie, morale, physiologie, etc. Tandis que, par exemple, pour la psychologie, la volonté est l'acte volitif concret ou volition, pour la science du droit, la volonté est ce qui vaut, juridiquement, comme voulu, c'est à dire ce que le droit impute comme propre à un sujet donné, qu'il y ait ou non coïncidence avec un acte volitif au sens psychologique du mot. (...) L'imputation juridique se distingue par là nettement du rapport de causalité : un fait est juridiquement propre à un sujet, non parce qu'il est produit ou voulu par ce sujet dans le sens qu'ont ces mots dans la physiologie ou dans la psychologie, mais parce que la norme le lui attribue »³.

De même, l'État au sens juridique ne désigne pas à proprement parler, pour Anzilotti, un groupe humain au sens de la Sociologie ou de l'Histoire, mais bien « l'État du droit international », une « unité de rattachement » à laquelle les normes imputent des actes ou des faits juridiques⁴.

1. V. déjà chez Triepel, *Droit international et droit interne*, op. cit., pp. 76-77 : « L'État n'est qu'une abstraction, formée d'une profusion de divers phénomènes réels ; sans les « organes » par lesquels il se présente à nous, l'État n'est rien. (...) Toujours est-il qu'en les considérant dans leur réalité, tous les rapports entre l'État et ses membres sont toujours des rapports de particuliers à particuliers ; ils ne doivent qu'à la situation publique de quelques-uns l'importance prépondérante qu'ils ont vis-à-vis des autres rapports de la vie sociale. »

2. Il faut observer que Triepel disait la même chose, mais dans un langage non kelsenien, lorsqu'après avoir identifié la *Vereinbarung* (déclarations concordantes et semblables de volonté de plusieurs personnes) comme source du droit international (v. pp. 27-80), il constate que la réponse à la question de la *force obligatoire* de la *Vereinbarung* ne peut pas trouver de réponse juridique : « Certes, cette force repose sur la loi, peut-être sur la Constitution. Mais d'où celles-ci tirent-elles leur force ? D'une loi plus ancienne ? On le voit, on ne peut que reculer la question ; on ne peut pas y répondre *juridiquement*. On doit toujours et partout en arriver à un point où une explication *juridique* du caractère obligatoire du droit lui-même devient impossible. Le « fondement » de la validité du droit est en dehors du droit. » Puis Triepel tente tout de même de formuler « quelques indications » relatives à « la plus importante de toutes les questions "métaphysico-juridiques" ». Il résume sa pensée de la manière suivante : « Je crois qu'on peut se contenter d'affirmer qu[e] l'État se *sens* tenu par cette règle. C'est un fait qu'on ne peut nier en renvoyant à des violations de droit. On peut tirer de ce fait d'autres déductions, mais c'est en tout cas inutile pour les juristes. »

3. D. Anzilotti, *Cours*, pp. 251-252.

4. *Id.*, p. 122. Ce qui permet dans un même mouvement de se débarrasser de la question épineuse de la nature juridique du Saint Siège (pp. 143 et suiv. et part. p. 153), mais aussi des dominions britanniques et de l'Inde (pp. 124-126) : ce ne sont pas des

Autrement dit, la signification du positivisme juridique s'est clairement distinguée du volontarisme à un certain moment de l'évolution de la pensée d'Anzilotti. Le positivisme désigne chez lui, comme chez Kelsen, la distinction entre le *Sein* et le *Sollen*. Sur un plan méthodologique, le positivisme signifie également – et c'est plus banal – « limiter le champ opératoire de la connaissance », autrement dit distinguer entre le droit en vigueur et le droit souhaité, mais aussi entre les sources matérielles du droit et ses sources formelles. Et Anzilotti est d'autant plus à l'aise dans ces distinctions que, comme le montre bien Denis Alland à plusieurs reprises¹, il n'est nullement imperméable à toutes les considérations qui précèdent le droit, qui sont à l'origine du droit, ni même aux considérations morales dont il reconnaît l'existence, tout en les tenant à part du monde juridique².

Vers une volonté « juridique » (soumise au droit)

Le deuxième aspect de la relativisation de la volonté chez Anzilotti, est lié à la double offensive qu'il mène contre le jusnaturalisme et l'hégélianisme, ou plus généralement contre les doctrines de négation du droit international. Il y a là un chemin logique qui conduit progressivement Anzilotti de la *Vereinbarung* de Triepel jusqu'à la norme fondamentale kelsenienne.

Du côté de Charybde, il fallait « éliminer les résidus périmés de la tradition » jusnaturaliste³. Et cela impliquait de condamner les doctrines subjectivistes du droit naturel qui attachent à la personne des droits naturels antérieurs à toute société. Si une telle conception doit être condamnée dans les sociétés politiques à l'intérieur des États, elle doit l'être plus encore dans la société des États : et Denis Alland montre bien comment Anzilotti s'est opposé de manière résolue à la doctrine des « droits fondamentaux des États », qui transposait la doctrine du droit naturel dans la « sphère internationale », assimilant les États à des individus dotés d'une volonté autonome.

États au sens historique, mais ils se voient attribués les mêmes droits que les États par le droit international et sont donc sujets du droit international. Georges Scelle n'a pas cette difficulté, puisqu'il admet d'emblée que les États ne sont pas les seuls sujets du droit international (et à vrai dire ne sont pas des *vrais* sujets, mais des personnes morales parmi d'autres recouvrant un phénomène intersocial parmi d'autres). V. Georges Scelle, *Précis de droit des gens. Principes et systématique*, vol. I, Sirey, 1932, reprint avec une présentation de C. Santulli, Paris, Dalloz, 2008, pp. 225 et suiv. sur le « fédéralisme britannique » et pp. 294 et suiv. sur l'Église et le droit des gens.

1. Notamment : D. Alland, p. 67.

2. D. Anzilotti, *Cours*, p. 67 : « Les promesses que les États se font de se comporter d'une façon déterminée dans des hypothèses de fait déterminées, ont leur cause première dans les besoins concrets et les intérêts de ces mêmes États, ou dans des exigences idéales de justice qui sont, à un moment donné, diffuses dans la conscience sociale. Tous ces éléments fournissent la matière des dispositions juridiques concrètes, en sont la source éloignée et indirecte, la source *dans le sens matériel*. »

3. D. Alland, p. 29.

Du côté de Scylla, il fallait se défendre contre l'idée d'un droit international conçu comme « droit externe de l'État », autrement dit contre l'affirmation de l'État comme monade et de la Souveraineté de l'État comme valeur absolue¹. Anzilotti est on ne peut plus clair au début de son cours, sur les conditions de possibilité du droit international : il commence par décrire les États comme des groupes sociaux qui « se posent les uns à l'égard des autres comme complètement indépendants entre eux et comme n'étant pas soumis à une puissance commune »². Mais il poursuit :

« La solidarité de certains intérêts et la communauté de civilisation empêchent les groupes sociaux dont nous parlons de vivre longtemps isolés ; elles déterminent entre eux des rapports et font naître ainsi ce que l'on peut appeler au sens large la *Société des États* ou *Communauté internationale*. Cette communauté internationale n'est possible que dans la mesure où les États qui y participent n'agissent pas d'une manière arbitraire, mais conformément leur conduite à des règles qui limitent la liberté d'action de chacun des États et établissent la façon dont ils doivent se comporter dans leurs rapports réciproques »³.

C'est admettre, autrement dit, que le droit international a pour rôle d'assurer la délimitation entre ordres juridiques et la répartition des compétences entre États, ne serait-ce que pour garantir, au minimum, leur coexistence. Or, faire de la volonté – même collective – le fondement du caractère obligatoire du droit international, c'est condamner d'emblée cette coexistence en admettant, comme le fait Triepel, qu'il ne peut exister « un droit international *général*, au sens d'un droit s'imposant également à tous les États. » « Toute règle de droit international, nous dit encore Triepel, a une validité limitée, mesurée d'après le nombre des États qui ont participé à sa formation, et qui n'embrasse dans chaque cas qu'une partie du monde international. Il n'y a, pour ainsi dire, qu'un droit international « particulier » »⁴.

Anzilotti est donc conduit à admettre l'explication kelsenienne de la norme fondamentale : ou plutôt, l'absence d'explication quant au fondement du droit que fournit la *Grundnorm*. Car c'est de cela qu'il s'agit : la seule manière de concevoir le caractère obligatoire du droit à l'égard des sujets, c'est de l'objectiviser en le faisant dépendre d'une norme qui ne soit pas à la portée de la « volonté » des sujets. Il faut donc pré-supposer l'ordre juridique et la seule manière d'opérer est de poser une condition logique-transcendante, ce qui a pour effet, dans le même mouvement, de reléguer l'explication factuelle du caractère obligatoire du droit en dehors du champ de la connaissance juridique.

On voit le cheminement intellectuel : d'une certaine manière, le mouvement d'Anzilotti vers l'objectivisme est presque la conséquence inévitable de sa réflexion sur le positivisme et de ses efforts pour affirmer l'existence du droit international face à ses négateurs.

1. D. Alland, p. 45.

2. D. Anzilotti, *Cours*, p. 42.

3. *Id.*, p. 43.

4. Triepel, *Droit international et droit interne*, p. 82.

L'accord tacite et les sources spontanées du droit international

Le troisième aspect a trait à la notion, fort ambiguë, d'accord tacite, qui permet à Anzilotti de faire apparaître l'idée de source « spontanée »¹ au cœur même de sa construction prétendument « volontariste ». Et même si Anzilotti continue de fonder le caractère obligatoire du droit coutumier sur « sa » norme fondamentale, *pacta sunt servanda*, il admet que cette norme ne résume pas à elle seule le « mystère » de la formation coutumière :

« Au point de vue des disciplines explicatives, le problème est, en partie, analogue à celui qui se présente pour les traités ; en partie, il le dépasse, en pénétrant dans l'analyse de toutes les forces latentes, et, en partie, encore obscures, auxquelles se rattachent la formation et le respect des usages sociaux »².

Autrement dit, l'accord tacite devient le véhicule de tout le droit spontané non volontaire, dont Anzilotti n'hésite pas à reconnaître l'existence. Et il est si peu volontariste qu'il va même jusqu'à toucher au *jus cogens* sans le nommer, lorsqu'il reconnaît la possibilité de la réglementation de l'objet des actes juridiques :

« [I]l faut certainement admettre que la volonté ne peut tendre (...) à une chose interdite par le droit (illicéité ou impossibilité juridique, qui comprend également le cas de l'acte immoral, parce que les préceptes de l'éthique acquièrent une pertinence juridique dans la mesure où ces préceptes sont assumés expressément ou tacitement par le droit) »³.

Denis Alland se demande s'il n'y a pas là un reste de droit naturel dans la doctrine anzilottienne. Je ne le crois pas. Je crois simplement qu'Anzilotti a définitivement dissocié le positivisme du volontarisme et qu'il reconnaît ce faisant que des normes internationales puissent émerger de façon spontanée, en dehors de toute expression de volonté de la part des États.

Que reste-t-il donc de la volonté chez Anzilotti, et du volontarisme ? Un langage certainement : Anzilotti continue d'une certaine manière à parler un langage « volontariste ». Mais la raison pour laquelle il croit utile de conserver ce langage me semble davantage liée à son attachement à une conception « dualiste » des rapports de systèmes, plutôt qu'à une véritable conviction volontariste. Ce qu'il veut dire lorsqu'il écrit que « le droit international est issu de la volonté des États », c'est que les États sont les seuls sujets (originaires) du droit international, alors que les individus sont les sujets des ordres internes. Autrement dit, il veut avant tout, par là, exclure l'idée que des normes puissent émaner directement des individus, qui ne sont pas sujets de l'ordre international. Seule cette conception dualiste, qu'il ne changera pas durant toute sa carrière, le rattache encore au volontarisme. Et ce sont les limites de ce dualisme anzilottien que j'aimerais maintenant mettre en lumière.

1. D. Anzilotti, *Cours*, p. 74.

2. *Id.*

3. *Ibid.*, p. 340.

LES LIMITES DU DUALISME ANZILOTTIEN

Il ne s'agit pas ici, que l'on se rassure, de refaire le procès du dualisme, et encore moins d'en reproduire les caricatures¹. Il est incontestable que le dualisme, qu'il s'agisse de celui de Triepel ou d'Anzilotti, ne prétend pas que la séparation des ordres juridiques aboutisse à les rendre imperméables les uns aux autres. Il est bien évident que le but du dualisme est d'une part d'assurer l'autonomie de l'ordre juridique international face aux ordres juridiques internes – et donc de garantir l'effectivité du droit international – et d'autre part, précisément, de systématiser les formes d'échanges qui s'établissent entre deux ou plusieurs ordres juridiques, c'est à dire la circulation des normes entre ces ordres juridiques. Il n'y a donc aucun malentendu : le dualisme n'est pas en soi une doctrine « nationaliste » ou « souverainiste »² et, il est à peine nécessaire de le souligner, Anzilotti est dans le même « camp » que Scelle ou Kelsen, à savoir le camp des internationalistes face à tous les négateurs du droit international.

Je n'en suis pas pour autant convaincu de l'actualité du dualisme anzilottien, bien au contraire. J'aimerais à cet égard d'une part souligner ce que je perçois comme étant les faiblesses de ce dualisme ; et d'autre part, essayer de montrer en quoi le monisme juridique offre, me semble-t-il, des perspectives bien plus fécondes au regard des développements les plus récents du droit international.

Les faiblesses conceptuelles du dualisme anzilottien

Je ne veux pas donner l'impression de revenir sur de vieilles querelles que Denis Alland, dans son ouvrage, cherche à juste titre à dépasser. Au fond, on aimerait pouvoir dire que dualisme et monisme reviennent au même et que l'opposition a été exagérée. Et il est vrai que dans bien des cas, Denis Alland le montre et j'y reviendrai, on arrive à des résultats semblables, que l'on applique un raisonnement moniste ou un raisonnement dualiste.

Mais la question est plus profonde que cela : il s'agit de savoir si le dualisme constitue véritablement une option conceptuelle à part entière, qui se distinguerait du monisme à primauté de droit interne et du monisme à primauté de droit international. Autrement dit, il y a t'il vraiment, comme on le dit souvent, *trois approches possibles* des rapports de systèmes, le dualisme représentant en quelque sorte la voie médiane entre deux positions extrêmes ? Je ne le crois pas.

Le dualisme constitue, en réalité, une forme de relativisme, bien exprimé par l'idée de « point de vue ». Le dualisme admet la validité ou la vérité relative de deux points de vue opposés : celui du droit international et celui du droit interne – et ceci aux termes d'une logique pluraliste toute post-moderne avant l'heure. Selon le dualisme, *a* et non-*a* sont tous les deux vrais, parce qu'ils relèvent d'ordres différents.

1. D. Alland, p. 92.

2. *Id.*, p. 105.

Le « point de vue du droit international » est celui d'un monisme à primauté du droit international : le droit international prévaut sur le droit interne. Inversement, le point de vue du droit interne est celui d'un monisme à primauté de droit interne : le droit interne prévaut sur le droit international. Finalement, le dualisme constitue moins une approche alternative, qu'une affirmation du caractère relativement valide des points de vue opposés qui sont ceux des deux monismes. Le dualisme maintient une neutralité, voire un scepticisme philosophique face aux deux approches, et prétend organiser la relation des deux systèmes sur la base de cette neutralité. Mais il en est de cette neutralité comme de celle de Kelsen face à l'alternative entre les deux monismes. On se souvient que Kelsen se fait un devoir, au regard des exigences de sa théorie « pure », de considérer que les deux monismes se valent en tant qu'hypothèses épistémologiques, et que le choix entre l'un ou l'autre ne relève pas de la Science juridique. Mais il est évident qu'il y a un peu d'hypocrisie dans cette neutralité, et que l'on voit tout de suite, en le lisant, où va le choix de Kelsen¹. Anzilotti n'est lui-même pas tout à fait neutre : tout en refusant l'hypothèse kelsénienne de la délégation de l'ordre interne par le droit international, il souligne que le « droit international est supérieur à l'État en ce sens qu'il dérive d'un principe qui s'impose à la volonté de l'État »². Une autre solution est-elle envisageable si l'on veut, comme Anzilotti, défendre l'existence du droit international ?

Le dualisme n'est donc pas une hypothèse épistémologique à part entière, mais constitue davantage une formule relativiste reconnaissant l'équivalente vérité des deux positions monistes. Or, si l'on veut adopter un point de vue réaliste et ancré dans la pratique du droit comme réglementation des rapports sociaux, on ne peut se contenter de la bienveillante « neutralité » de la théorie pure du droit. Il faut dire sans fard que le point de vue du monisme à primauté de droit interne aboutit à un non sens. Car il revient toujours à nier l'existence du droit international en subordonnant sa validité ou son effectivité au droit interne – voire en niant même que le droit international puisse exister *en tant que tel* dans le droit interne, puisqu'en tout état de cause, il ne peut déployer ses effets que par l'intermédiaire d'une norme interne. Une telle position est

1. Kelsen place le choix entre les deux « hypothèses épistémologiques sans aucune implication dans le domaine du droit positif » sur le terrain éthique et politique. Il n'est pas difficile de deviner de quel côté se situe l'auteur de *Peace Through Law* et de *La démocratie. Sa nature, sa valeur*. V. par ex. *Théorie générale du droit et de l'État* (1945), Paris, L.G.D.J., 1997, p. 433. « Nous sommes aussi libres de choisir l'une ou l'autre de ces hypothèses que d'opter pour la philosophie subjectiviste et objectiviste. De même que le choix d'une philosophie ne saurait être dicté par la science naturelle, le choix d'une hypothèse ne peut être fait à notre place par la science du droit. Nous sommes guidés dans nos choix par des préférences éthiques et politiques. Telle personne que ses opinions politiques portent vers le nationalisme et l'impérialisme aura tout naturellement tendance à admettre l'hypothèse du primat du droit étatique. Telle autre, dont les sympathies vont à l'internationalisme et au pacifisme, sera encline à admettre le primat du droit international. »

2. D. Anzilotti, *Cours*, p. 51. Et D. Alland, p. 105 : « Une lecture sérieuse d'Anzilotti ne manque pas de faire apparaître qu'il admet expressément un rapport étroit (...) , et même un rapport de subordination du droit interne au droit international. »

un non sens logique, qui justifie effectivement, selon moi, les accusations kelsenienne de « solipsisme », qui laissent sceptique Denis Alland¹. Le solipsisme apparaît comme étant la conséquence inévitable du *point de vue* d'un monisme à primauté de droit interne, qui prétend soumettre la validité du droit international aux conditions fixées par l'ordre juridique interne. Dans ce contexte, le solipsisme désigne seulement cette attitude consistant à dire : le monde n'existe pas en dehors de moi et par moi. De même le dualisme admet que l'État puisse dire : il n'y a pas de droit international en dehors de moi et par moi.

On peut comprendre toutefois qu'Anzilotti ait pu admettre la validité d'un tel point de vue dans une perspective pragmatique. On l'a rappelé, Anzilotti est avant tout un internationaliste qui cherche une théorie visant à favoriser l'application effective du droit international en droit interne. À cet égard, son dualisme peut se justifier sur le plan de la tactique : il s'agit en quelque sorte de *faire croire* à l'État qu'il conserve toute son autonomie, alors même qu'il ne fait que se conformer aux exigences du droit international. En admettant le « point de vue » de l'État, c'est à dire le solipsisme étatique, on satisfait son exigence d'autonomie. Mais ce que l'on donne d'une main, on le retire de l'autre, puisque l'on maintient simultanément la validité du point de vue inverse, à savoir que le droit international prévaut sur le droit interne. Le dualisme est donc essentiellement une formule tactique tendant à l'application effective du droit international dans un milieu social fortement marqué par la revendication d'autonomie des groupes sociaux constitués en États. Une fois de plus, la théorie anzilottienne apparaît située dans le temps. Elle vise à répondre *hic et nunc* à un certain nombre de problèmes du juriste des années 1920. Est-elle pour autant transposable aujourd'hui ? Sans doute une position moniste à primauté de droit interne pouvait-elle être soutenue, sans paraître trop absurde, à une époque où le droit international était peu développé matériellement et où les États étaient surtout soucieux de consolider leurs souveraineté à l'extérieur et leur unité nationale à l'intérieur. Mais il ne peut en être de même aujourd'hui, dans un monde globalisé et interdépendant, où le droit international pénètre toutes les sphères de la vie sociale et conditionne les processus d'élaboration des droits nationaux. Qui plus est, le jeu en vaut-il la chandelle ? Autrement dit, la perspective

1. D. Alland, p. 93. Rappelons la thèse de Kelsen à cet égard, par ex. dans *Théorie générale du droit et de l'État*, op. cit., pp. 431-432 : « La théorie du droit étatique est un subjectivisme étatique. Elle fait de l'État pris comme point de départ de l'interprétation, l'État du théoricien, le centre souverain de l'univers du droit. Cette philosophie du droit se révèle toutefois incapable de concevoir les autres États comme égaux à l'État du philosophe, comme des entités légales elles aussi souveraines. La souveraineté de l'État-*ego* est incompatible avec la souveraineté de l'État-*tu*. La conséquence ultime du primat du droit étatique, c'est le solipsisme étatique. [Nous pouvons concevoir l'*ego* et le *tu* comme des êtres égaux seulement si notre philosophie part du monde objectif où ils existent tous deux mais dont chacun d'eux n'est qu'un élément et non le centre souverain. De la même façon, nous ne pouvons soutenir l'idée de l'égalité de tous les États qu'à la seule condition de fonder l'interprétation des phénomènes juridiques sur le primat du droit international. Nous ne pouvons concevoir les États comme égaux entre eux qu'à condition de ne pas supposer qu'ils sont souverains. »

pragmatique d'Anzilotti se justifie-t-elle encore ? Ou : le droit international est-il plus efficace s'il s'avance masqué sous les oripeaux de la loi nationale ? À mon sens, on atteindrait le même degré d'efficacité si l'on s'appuyait sur une doctrine moniste à primauté de droit international, qui aurait par ailleurs le mérite scientifique de rendre compte de manière exacte de l'état du droit positif.

Actualité du monisme

La question posée par Denis Alland à la fin de la discussion sur le dualisme d'Anzilotti est de savoir comment résoudre l'« antinomie » du droit international et du droit interne (à savoir que le droit international prétend prévaloir sur le droit interne et que, symétriquement, le droit interne prétend prévaloir sur le droit international). Et il exprime sa conviction que le monisme n'apporte aucune réponse convaincante à cet égard¹. Je me bornerai à cet égard à opposer deux arguments à cette affirmation.

Premièrement, il faut souligner qu'en tant que « mode de coopération » entre les ordres juridiques, c'est à dire en tant que technique juridique visant à résoudre des problèmes pratiques, la « technique » moniste vaut la « technique » dualiste tel que développée par Anzilotti : tandis que le dualisme s'appuie sur la notion de *renvoi*, le monisme prend pour base l'idée de *délégation*. D'un côté, l'ordre juridique international « renvoie » au droit interne soit pour l'accomplissement de certaines formalités conditionnant la conclusion d'un traité, soit pour la mise en œuvre effective de certaines normes². De l'autre, l'ordre juridique international « délègue » l'ordre juridique interne pour les mêmes fonctions. Ainsi Kelsen montre-t-il, dans sa fameuse étude sur « La transformation du droit international en droit interne », que le droit international général s'en remet à l'ordre juridique interne des divers États en ce qui concerne la réglementation de la procédure selon laquelle l'État devra exprimer son consentement à être lié par un traité³. On ne voit pas ce que cela change fondamentalement sur le plan pratique. La seule différence est conceptuelle : d'un côté (le monisme), les ordres juridiques sont perçus comme étant superposés les uns autres et compris dans le même ordre global, formant ce que Georges Scelle appelait un « fédéralisme normatif » ; de l'autre, les ordres juridiques sont vus comme étant juxtaposés les uns par rapport aux autres, mais isolés les uns des autres, leur « communication » s'effectuant par la technique du « renvoi ».

Deuxièmement, on peut remarquer que si le monisme était effectivement appliqué par les États, il ferait disparaître l'antinomie elle-même, s'épargnant ainsi d'avoir à en résoudre les conséquences. Autrement dit, l'antinomie est davantage la conséquence d'un blocage psychologique et politique qu'un problème de droit positif ou de théorie juridique.

1. D. Alland, p. 118.

2. H. Triepel, p. 229.

3. H. Kelsen, « La transformation du droit international en droit interne », in H. Kelsen (présentation Ch. Leben), *Écrits français de droit international*, Paris, PUF, 2001, pp. 175-214.

C'est parce que Denis Alland se fonde sur une conception dualiste – qui admet la validité au moins relative du « point de vue » moniste à primauté de droit interne – qu'il peut s'exclamer : « toute l'ingéniosité du monde ne permettrait pas de trouver le moyen pour une constitution ou un de ses organes constitués de placer le droit international au-dessus d'elle-même. D'où lui viendrait la puissance de lévitation permettant de hisser la valeur de quelque acte que ce soit hors de sa propre portée »¹.

Mais il n'est nul besoin de léviter pour arriver à un tel résultat. L'obstacle est dans la pensée elle-même : il suffit en effet que la Constitution ou l'organe concernés se conçoivent comme étant délégués par le droit international pour appliquer celui-ci. Autrement dit, pour reprendre l'image scellienne, chaque organe de l'État doit en même temps pouvoir se penser comme un organe du droit international chargé d'en assurer l'exécution. On ne voit pas pourquoi le juge interne, par exemple, devrait s'obstiner à se penser uniquement comme un « organe de l'État », ne tirant ses pouvoirs que de la Constitution nationale. Si l'on admet que c'est le droit international qui reconnaît à chaque État un pouvoir et une compétence exclusifs sur son territoire, on doit admettre que le juge interne, avant de tirer son pouvoir de juger de la Constitution, le tire d'abord du droit international. C'est parce que le droit international reconnaît que l'État est compétent pour exercer son pouvoir et ses compétences sur un territoire et une population, que le juge peut rendre une sentence « avec force de chose jugée » qui sera pleinement exécutoire, dans les limites des compétences exécutives conférées à l'État, qui sont elles-mêmes fonctions des compétences concurrentes des autres États.

Pour terminer, il faut dire quelques mots des avantages du monisme par rapport au dualisme au regard de sa capacité à s'adapter aux nouveaux enjeux du droit international. Le dualisme repose sur une prémisse qu'il ne peut écarter, qui est la séparation des ordres juridiques et par conséquent la répartition des « sujets » entre « sujets internationaux » et « sujets internes », dont résulte une forte réticence à reconnaître d'autres sujets que les États sur le plan international. Sur ce point, Denis Alland, dans la dernière partie de son ouvrage, va jusqu'à se demander s'il faut « renoncer totalement à Anzilotti »². Et de répondre par la négative, tout en soulignant que cela n'irait pas sans difficultés... Car en effet, comme il l'écrit un peu plus loin, « la question s'est beaucoup compliquée » depuis Anzilotti et il est aujourd'hui indéniable, par exemple, que « la responsabilité "inter-nationale" s'est enrichie des relations de responsabilité entre un État et un particulier, qu'elle n'est plus, précisément, seulement interétatique »³.

Comment interpréter ces nouveaux phénomènes ? De même, comment interpréter l'extension d'une responsabilité pénale à des acteurs privés poursuivant un « but politique », mais inassimilable pour autant à des agents étatiques ?⁴ À vrai dire, il semble bien que le dualisme anzilottien constitue à cet égard un

1. D. Alland, p. 119.

2. D. Alland, p. 163.

3. *Id.*, p. 167.

4. *Ibid.*, pp. 168-169.

frein à la compréhension, alors même que, comme on l'a rappelé plus haut, il apparaît au mieux comme une tactique, située dans le temps, de promotion du droit international dans l'ordre interne.

Révélatrice à cet égard est la condamnation par Anzilotti de la notion de « complicité » dans le droit de la responsabilité internationale, toujours au nom du dualisme : puisque les États sont les seuls sujets du droit international et que les individus sont sujets du droit interne, on ne peut concevoir l'idée d'une « complicité » de l'État avec des individus privés ayant accomplis des faits illicites en droit international. La responsabilité de l'État dans cette hypothèse doit par conséquent résulter de son propre fait, à savoir son manque de *due diligence* à remplir ses obligations de prévenir lesdits actes illicites et à punir leurs auteurs¹.

Mais un tel raisonnement soulève deux objections.

La première, c'est qu'il n'est nul besoin de recourir au dualisme pour rejeter l'idée de la complicité de l'État : ce rejet résulte en réalité de la structure même de l'immense majorité des normes internationales, qui imposent des obligations à l'État ou à l'individu, mais non aux deux simultanément. La deuxième objection, c'est qu'il est nécessaire de dépasser cette explication dualiste si l'on souhaite, précisément, pouvoir rendre compte de certaines exceptions à cette règle, dont la catégorie ne cesse de grossir, qui pourraient donner lieu à la reconnaissance d'une complicité entre États et individus. Un bon exemple est celui de l'interdiction du génocide. Le génocide est à la fois un acte illicite de l'État et un crime de droit international imputable à des individus : dans l'affaire relative à *l'Application de la Convention sur le génocide*, la Cour a accepté l'idée que la République Fédérale de Yougoslavie puisse être reconnue responsable pour « complicité » du génocide perpétré par la Republika Srpska – un acteur non étatique – à Srebrenica². On se demande comment rendre compte d'une telle « complicité » à travers un schéma dualiste qui n'admet pas que les acteurs non étatiques puissent se voir imputer des violations du droit international.

De même, on peut facilement imaginer qu'une « complicité » entre États et acteurs non étatiques puisse naître des résolutions du Conseil de sécurité lorsque celui-ci s'adresse indifféremment à des États ou à des responsables étatiques et à des groupes armés sans lien avec l'État pour leur imposer des obligations communes³.

1. D. Anzilotti, « La responsabilité internationale des États... », *op. cit.*, pp. 18-19.

2. C.I.J., *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, 26 février 2007, §§ 416 et suiv.

3. V. deux exemples récents : résolution 2088(2013), Situation en République Centrafricaine, 24 janvier 2013, not. § 15 du dispositif, où le Conseil « [d]emande à toutes les parties d'identifier et de libérer de leurs rangs sans tarder les personnes enrôlées de force, en particulier les enfants, et de donner des instructions précises au sujet de la violence sexuelle (...) engage les parties au conflit à favoriser l'accès immédiat des victimes de violence sexuelle aux services disponibles et encourage les donateurs à aider à accroître les services destinés à répondre à leurs besoins, et se félicite des engagements pris pour prévenir et combattre la violence sexuelle, notamment des communiqués conjoints du 12 décembre 2012 entre l'Organisation des Nations Unies et le Gouvernement centrafricain ainsi que

Plus généralement, il faut constater que le dualisme ne permet pas de prendre en compte ce que l'on appelle la diversification des acteurs dans la formation et l'exécution du droit international. Il semble notamment incapable de conduire à une réflexion pertinente sur la conception d'une nouvelle clé de répartition des compétences à l'échelle internationale entre États, organisations internationales, organisations non gouvernementales, individus et entreprises, faute de reconnaître que ces différents acteurs relèvent en réalité d'un seul et même ordre juridique¹.

En conclusion, je citerais les propos de Mirkine-Guetzévitch, tels que rapportés par Denis Alland son ouvrage : « toute théorie est vraie si on la rapporte à une époque donnée, le dualisme correspondait à un stade du développement du droit international "d'avant-guerre" et aujourd'hui c'est le monisme à primauté de droit international qui rend le mieux compte de la pratique »².

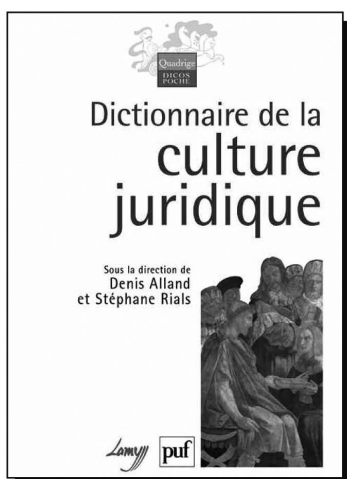
Anzilotti fait partie de ces grands auteurs du début du XX^e siècle qui ont su fonder l'existence du droit international sur des bases théoriques solides. À cet égard, son œuvre reste d'une grande valeur explicative et doit continuer d'être lue et relue. Quant au dualisme d'Anzilotti, on peut considérer qu'il n'est pas en mesure de rendre compte des évolutions du droit international contemporain. Il n'en reste pas moins d'actualité, puisque plus grande partie des États du monde continuent de pratiquer, tant bien que mal, un schéma dualiste d'intégration du droit international au droit interne (quand bien même ils se réclament, comme la France, du monisme)... Là aussi, Anzilotti reste donc une référence, un phare, et il faut savoir gré au professeur Denis Alland d'en avoir rallumé la flamme.

d'autres parties au conflit. ». Résolution 2078 (2012), 28 novembre 2012, Situation en République Démocratique du Congo, § 8-9 du dispositif : « 8. *Se déclare vivement préoccupé* par les informations indiquant qu'un appui extérieur continue d'être fourni au M23, notamment sous forme de la fourniture de renforts de personnels militaires, de conseils tactiques et de matériel, ce qui accroît considérablement les capacités militaires du M23, et *exige de nouveau* que tout appui extérieur au M23 cesse immédiatement. 9. *Exprime* son intention d'envisager de nouvelles sanctions ciblées (...) contre les dirigeants du M23, contre les personnes qui fournissent un appui au M23 depuis l'extérieur et contre celles qui agissent en violation du régime des sanctions et de l'embargo sur les armes (...) ».

1. V. à cet égard nos autres contributions : « Le paradigme de la constitutionnalisation vu du droit international », in S. Hennette-Vauchez, J.-M. Sorel, *Les droits de l'homme ont-ils constitutionnalisé le monde ?*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 193 et suiv. ; « La place de la société civile dans les organisations internationales : quelle stratégie pour la France au XXI^e siècle ? », conférence à l'Université Paris II (Panthéon-Assas), 29 novembre 2010, in G. Cahin, S. Szurek, F. Poirat, *La France et les organisations internationales au XXI^e siècle*, Paris, Pedone, à paraître en 2013.

2. Cité par D. Alland, p. 90.

QUADRIGE



Sous la direction de
Denis Alland et Stéphane Rials

• 213 AUTEURS • 409 ENTRÉES •
• 1680 PAGES • 45€

Un dictionnaire d'un genre inédit : plus de 400 articles dans lesquels se croisent droit privé, droit public, histoire du droit, philosophie et théories juridiques. Il donne un aperçu des différents domaines et des grandes institutions de la tradition juridique des origines à nos jours.

Des index complètent ce travail de référence : index des matières, des personnes et des principaux textes cités.

puf

**VIVRE AVEC SON ÉPOQUE,
PENSER AVEC ELLE.**