

COLLECTION DROIT DE LA CONVENTION EUROPÉENNE
DES DROITS DE L'HOMME
DIRIGÉE PAR FRÉDÉRIC SUDRE

Colloques

**Les droits de l'homme
ont-ils constitutionnalisés
le monde ?**

Sous la direction de
Stéphanie Henrette-Vauchez
Jean-Marc Sorei



ment, avec les juges nationaux dans un système en train de devenir de plus en plus intégré) de la tâche du développement interprétatif de la Convention et en formant des jeunes juristes ayant les compétences nécessaires pour comprendre et gérer la complexité du système de la Convention, au niveau international en dernier lieu, mais aussi, ce qui est plus important, au sein de chaque ordre juridique national dans les contentieux de tous les jours. (17)

Les doctrines nationales n'ont pas seulement à leur crédit une contribution à l'histoire de la Convention ; elles ont aussi un bel avenir devant elles.

(17) Des idées largement reprises de *Birks*, *supra* note 7, pp. 401-402, 413.

LE PARADIGME DE LA CONSTITUTIONNALISATION VU DU DROIT INTERNATIONAL (1)

PAR

OLIVIER DE FROUVILLE

PROFESSEUR À LA FACULTÉ DE DROIT ET DE SCIENCES POLITIQUES DE MONTPELLIER
INSTITUT DE DROIT EUROPÉEN DES DROITS DE L'HOMME (I.D.E.D.H.)

Si l'on me demandait de répondre par oui ou par non à la question : « Existe-t-il une Constitution internationale ? », il est certain que je répondrais sans hésiter : « Oui ! » Je suis cependant bien content d'avoir vingt minutes (1) pour expliquer ce que j'entends par ce « oui », tant il est vrai que, je le reconnais, il ne va pas de soi.

Ce « oui » très net est fondé sur des présupposés théoriques bien identifiés. Et ces présupposés, je dois bien l'avouer, n'ont rien de très original, ni de très nouveau, même si, d'une certaine manière, ils restent novateurs, sinon révolutionnaires. Rien de nouveau, parce que l'essentiel de ce que j'ai à dire à cet égard se trouve dans un ouvrage de 1934, bien connu au demeurant – sinon lu – j'ai nommé *Le Précis de droit des gens. Principes et systématiques*, par Georges Scelle, dont la deuxième partie, faut-il le rappeler, est consacrée à l'étude du « droit constitutionnel international » (2). Si le droit positif et les institutions constructives – pour reprendre un terme scellien – ont bien changé depuis l'époque où Scelle écrivait, les fondements théoriques ne me semblent pas devoir être remis en cause, du moins pour l'essen-

(1) Bien entendu, j'ai modifié et complété mon intervention orale en vue de la publication, mais cette contribution reste limitée dans sa taille et sa portée, sur un sujet qui mériterait des développements bien plus approfondis. J'ai également conservé le style d'une intervention orale et un ton, non pas polémique, mais non exempt d'une nuance de provocation, correspondant à la règle du jeu qui nous était imposée par les organisateurs du colloque, et qui faisait que cette intervention devait venir en contrepoint de celle de Jean-Marc Sorel qui, pour sa part, devait jouer le rôle du « négateur » de l'idée de Constitution internationale. Ceci ne signifie pas que je n'assume pas tout ce qui est écrit ici – je l'assume entièrement ! – mais il est possible que le trait ait été forcé un peu ici où là dans l'idée de donner du relief à la *disputatio*.

(2) On doit saluer ici la réédition du premier volume du *Précis*, présenté par Carlo SANTULLI, aux éditions Dalloz en 2008... et espérer que cette heureuse initiative sera suivie de la publication du deuxième volume, paru aux éditions Sirey en 1934. Sur le droit constitutionnel international, v. aussi le cours de 1933 à l'Académie de la Haye : « Règles générales du droit de la paix », R.C.A.D.I. 1933-IV, t. 46.

tiel. J'y apporterai cependant quelques modifications, tenant à la place que je voudrais faire, dans ce raisonnement sur la constitution, à la pensée kantienne et néo-kantienne, telle qu'elle résulte notamment des réflexions de Jürgen Habermas, dont on sait qu'il a fait beaucoup pour « dé-transcendentaliser » la doctrine du droit de Kant, notamment à la lumière des apports de la sociologie du droit.

Le principal présupposé qui, à mon sens, permet à cette pensée de se développer à contre-courant de ce qui, aujourd'hui, représente la doctrine majoritaire, c'est le monisme juridique (3). Celui-ci part du constat que toute organisation collective ou politique est un milieu intersocial. Fondamentalement, il n'y a pas de différence de nature entre le milieu national et le milieu « international », pour la simple et bonne raison qu'« il n'y a de sociétés que d'individus » (4). De ce point de vue, l'État n'est jamais, dans les faits, une réalité sociale que l'on pourrait réduire à un archétype, ni une forme d'organisation sociale si spécifique qu'elle devrait être distinguée des autres formes d'organisation parce que relevant d'une autre nature.

Il résulte de ce constat une conséquence inévitable : c'est que le Droit est un, à la fois comme technique et comme concept et que les différents ordres juridiques partiels étatiques ou internationaux forment, pris ensemble, un seul ordre juridique universel (5). De même que l'on ne peut pas établir de différence de nature entre les milieux sociaux qui composent la société universelle, il n'est pas possible d'affirmer que la nature du droit international serait différente de celle des droits

(3) Je m'attache ici à suivre la pensée de Georges Scelle mais l'on verra que le monisme à primauté de droit international défendu ici est aussi grandement redevable à Hans Kelsen qui, à partir de présupposés très différents, parvient à une conception du droit international très proche de celle de Georges Scelle.

(4) G. SCELLE, « Règles générales du droit de la paix », *op. cit.*, p. 342.

(5) En revanche, le monisme n'implique pas qu'il y ait un seul et unique ordre juridique, mais ce n'est pas encore le sujet ici, j'y reviendrai plus loin. Disons à ce point – et pour répondre immédiatement à une objection que ne manquera pas de formuler le lecteur – que c'est caricaturer le monisme d'un Georges Scelle ou d'un Hans Kelsen que de leur imputer l'idée selon laquelle l'ordre juridique serait un et indivisible, à l'image de la pyramide ou du monolithe. Le monisme admet bien entendu la pluralité des ordres juridiques, mais remarque que l'unité du droit comme technique et comme concept conduit nécessairement à penser cette pluralité comme s'inscrivant dans un ordre juridique universel. La pluralité des ordres juridiques partiels ne peut donc se penser qu'en lien avec un ordre juridique universel qui les englobe tous. Sur ce point, la démonstration normativiste de Hans Kelsen est peut-être plus convaincante que les intuitions sociologiques de Georges Scelle. On renvoie à ses développements passionnants dans *Théorie générale du droit et de l'État*, trad. B. LAROCHE, L.G.D.J., 1997, pp. 409 et suiv. et en part. p. 418 : « L'unité du droit international et du droit étatique est un postulat épistémologique. Un juriste qui admettrait qu'ils forment tous deux des ensembles de normes valides doit s'attacher à les concevoir comme les parties d'un système unique et harmonieux. » V. aussi les explications données dans *Théorie pure du droit*, 2^e éd., trad. H. THÉVENAZ, Ed. de la Baconnière, 1988, pp. 181 et suiv. : « Toute science postule l'unité de son objet. »

internes. A chaque société son droit, *ubi societas, ibi jus*, comme le dit l'adage. C'est aussi dire que chaque société génère un droit qui est adapté non à sa nature particulière, mais à ses caractéristiques propres, qui sont elles-mêmes fonction d'une multiplicité de facteurs, culturels, historiques, religieux ou politiques...

Dans ces conditions, comparer le droit international public au droit public interne de la France n'a de sens que si l'on prend en compte les différences qui existent entre les milieux sociaux respectifs que sont la société internationale et la société française (6).

Dès lors, lorsqu'on se pose la question de l'existence d'une Constitution internationale, le problème n'est pas de savoir s'il existe, sur le plan international, quelque chose qui ressemblerait à la Constitution française de 1958 ; la question est plutôt de savoir si le concept de Constitution est inhérent au concept de Droit, ce qui implique de se dégager des particularisations données à ces deux concepts pour revenir, dans chaque cas, aux schèmes directeurs.

La question est donc de savoir si l'on peut penser un ordre juridique sans Constitution ? A mon sens la réponse est non et de cela il résulte que si le droit international relève du Droit, il y a nécessairement une Constitution internationale.

Et c'est à partir de là que mon raisonnement se dissocie de la pensée de Scelle parce que j'estime qu'il n'est pas possible d'entériner son objectivisme sociologique, au risque de sombrer dans une tyrannie du social : l'idée selon laquelle le Droit découlerait de la rencontre entre l'éthique (c'est à dire le fait social transcendé sous l'effet des solidarités naturelles) et le pouvoir, sans aucune autre médiation, m'a toujours paru dangereuse ; de même que la nécessaire conformité du droit positif au Droit objectif résultant des phénomènes de solidarités sociales (7).

J'adopte donc ici une définition kantienne du Droit, la seule compatible, à mon avis, avec une conception démocratique du droit (8) : le

(6) Mais une telle réserve s'applique tout autant à la comparaison des ordres juridiques de deux pays. On oublie trop souvent, dans nos pays policés où le droit est « en gros » effectif, que c'est loin d'être le cas dans la plupart des pays du globe. Cette opposition naïve entre le « droit interne » effectif, parce que soumis à la sanction de l'État, et le droit « international » inefficace parce que dépourvu d'institution étatique pour en assurer l'exécution fait totalement l'impasse sur la réalité d'un grand nombre de pays ayant adopté la forme étatique, dotés d'une constitution et d'un ordre juridique, mais où celle-ci et celui-là soit n'ont pas les qualités intrinsèques que l'on doit prêter à la règle juridique, soit sont peu ou pas appliqués du tout dans les rapports sociaux.

(7) Sur ce point v. « Une conception démocratique du droit international », *Revue européenne des sciences sociales (Cahiers Vilfredo Pareto)*, t. XXXIX, 2001, n° 120, pp. 101-144. <http://ress.revues.org/659>

(8) V. « Droits de l'Homme et théorie démocratique du droit international », séance de clôture du séminaire de recherche « Droits de l'Homme et droit international » des professeurs Pierre-

Droit, comme concept et comme technique, se définit comme l'ensemble des conditions sous lesquelles l'arbitre de l'un peut être concilié avec l'arbitre de l'autre selon une loi universelle de la liberté. Autrement dit le Droit est ce par quoi se réalise, dans une société donnée, la conciliation entre d'une part les libertés de chacun et d'autre part entre les libertés de chacun et la liberté de tous (l'intérêt général).

Cette définition n'est évidemment pas celle à laquelle Georges Scelle se réfère, même si son actualisation par Habermas lui donne une tournure plus sociologique. Chez Habermas, comme chez Kant, le droit se caractérise non seulement par sa légalité (formelle), mais aussi par sa légitimité, c'est à dire à tout le moins sa prétention à garantir la liberté (9). Mais chez Habermas, cette légitimité a son fondement non dans la raison transcendantale, mais dans la pratique sociale de la discussion. Un tel fondement rejoint, dans une certaine mesure, le concept d'éthique chez Georges Scelle (10).

De même, je m'éloigne quelque peu, mais pour y revenir par la suite, des enseignements de Scelle relatifs au concept de Constitution. Sur ce plan, je me fonderai sur les travaux d'Olivier Beaud, pour dire qu'au sens moderne, la Constitution comme concept associe une dimension substantielle/politique et une dimension formelle/juridique (11). La Constitution, au sens moderne, c'est en effet la *politeia* aristotélicienne, c'est à dire l'idée de structuration du pouvoir qui, à partir du XVIII^e siècle, prend le sens d'une limitation du pouvoir de l'État (12) ; mais c'est aussi un texte juridique posant des normes supérieures aux autres normes de l'« ordre » juridique. Cette double dimension est parfaitement rendue dans une définition de Dieter Grimm, mise en exergue de sa démonstration par Olivier Beaud : « Elle [la constitution] se caractérise par la prétention à régir globalement et unitairement, par une loi supérieure à

toutes les autres normes, le pouvoir politique dans sa formation et ses modes d'exercice. » (13)

Ce qui compte ici, c'est que la Constitution soit conçue comme cet instrument de structuration – je dirais de canalisation (14) – du pouvoir (15). Si le Droit consiste en l'ensemble des conditions permettant la conciliation des libertés, alors la Constitution, comme instrument de canalisation du pouvoir, est inhérente au Droit. L'explication en est d'ailleurs donnée par la deuxième définition kantienne du droit, qui relie le droit, la contrainte et la liberté (16), à savoir que le Droit se définit comme « la possibilité d'une contrainte générale réciproque s'accordant avec la liberté de chacun selon des lois universelles. » Autrement dit, le droit détermine les conditions dans lesquelles le pouvoir – matérialisé par la contrainte institutionnalisée – peut être canalisé de manière à devenir un « obstacle à l'obstacle de la liberté ». La Constitution – par sa nature hybride politique/juridique – est l'instrument premier de cette maîtrise du pouvoir aux fins de réalisation de la liberté. Sans elle, le pouvoir se manifesterait sans but, sans limite, de manière à la fois imprévisible et inefficace.

De ce point de vue, on peut donc dire que là où il y a un Droit, il y a également une Constitution. La société internationale, comme milieu intersocial, n'échappe pas à cette règle.

Au-delà des définitions peu expressives de la Constitution qu'il donne, le Précis de droit des gens rejoint cette problématique en mettant en valeur le caractère central des libertés individuelles comme « limites de la compétence du législateur ordinaire et même du législateur constitutionnel » (17), faisant ainsi réapparaître la tension immanente au Droit entre pouvoir et liberté.

(13) *Id.*, p. 204.

(14) C'est à dire que le pouvoir doit être à la fois contenu et dirigé, pour produire des effets désirés et désirables, comme le torrent ou le fleuve sont contenus et dirigés par un canal pour servir de voie de circulation ou de source d'irrigation.

(15) De son côté Jürgen Habermas oppose une conception républicaine à une conception libérale de la constitution. Selon la tradition républicaine, portée par Rousseau, la constitution aurait essentiellement pour fonction de fonder la souveraineté de l'État; tandis que selon la tradition libérale, « la constitution n'a pas pour fonction d'instituer la souveraineté (Herrschaft), mais seulement de limiter le pouvoir (Macht). » J. HABERMAS, « Une constitution politique pour notre société mondiale pluraliste? », in J. HABERMAS, *Entre naturalisme et religion. Les défis de la démocratie*, Paris, coll. « Nrf essais », Gallimard, 2008, pp. 270-321 et ici p. 275.

(16) Définition, notons-le, qui permettra à Habermas de nouer la problématique opposant la validité des normes et la factualité du pouvoir, point de départ de sa refondation de la doctrine kantienne du droit.

(17) *Précis*, p. 12. Scelle donne à cet égard un fondement sociologique aux droits de l'Homme, à vrai dire assez peu convaincant : « L'élaboration du droit positif est une fonction publique et le législateur, s'il possède un large pouvoir discrétionnaire en ce qui concerne l'opportunité de l'exercer, ne dispose pas juridiquement d'un pouvoir personnel et arbitraire en ce

Marie DUPUY et Franco FRANCIONI, Institut universitaire européen de Florence, 11 décembre 2006. Sur le site : <http://www.frouville.org>

(9) J. HABERMAS, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, Paris, Gallimard, 1997, p. 478.

(10) Habermas se réclame d'ailleurs d'une théorie sociologique du droit : *Droit et démocratie*, *op. cit.*, p. 21 : « J'aimerais élaborer une approche reconstructive réunissant les deux points de vue, celui d'une théorie sociologique du droit et celui d'une théorie philosophique de la justice. » Mais l'éthique scellienne reste tributaire d'un certain idéalisme, là où la discussion habermassienne est plus fermement ancrée dans la praxis.

(11) V. Olivier BEAUD, *La puissance de l'État*, Paris, P.U.F., 1994, cf. Chapitre préliminaire de la Deuxième partie, « De l'acte constituant et du pouvoir constituant ».

(12) V. la définition de Vattel, encore rattachée à la conception classique de la Constitution comme instrument de structuration ou d'organisation du pouvoir : « Le règlement fondamental qui détermine la manière dont l'autorité publique doit être exercée, est ce qui forme la constitution de l'État. » Cité par O. BEAUD, *op. cit.*, p. 206. L'apport de XVIII^e siècle consiste à donner un sens à cette structuration, qui consiste à limiter la puissance publique pour, corrélativement, garantir les droits des citoyens. Ainsi, comme le montre encore O. BEAUD, p. 219, la thèse de la continuité entre la souveraineté monarchique et la souveraineté démocratique ne tient pas.

Mais surtout – et là Scelle demeure redevable d'une certaine philosophie de l'Histoire issue de l'Idéalisme – il refuse de rendre compte du droit international dans une perspective statique et, au contraire, l'envisage de manière dynamique et dans une perspective évolutive, faisant apparaître que l'évolution n'est pas le simple résultat d'un mouvement aléatoire, mais au-delà des interruptions, des détours et des retours, répond à une logique qui est celle de la réalisation d'une Idée. Une telle vision est perceptible dans sa description des fonctions, qui revêt un caractère fondamental pour la compréhension du concept de Constitution internationale :

« Tout ordre juridique implique en effet l'accomplissement de trois fonctions sociales sans lesquelles le phénomène de solidarité qui lui sert de base disparaîtrait et la collectivité avec lui. Dans les sociétés indifférenciées comme sont toutes les sociétés primitives ou récentes, la détermination des compétences fait que l'accomplissement de ces trois fonctions est souvent collectif, en tout cas inorganisé, concurrent, anarchique. Il n'y a pas d'institutions ou du moins ces institutions, généralement coutumières, œuvrent selon des procédés et des rythmes très différents de ceux que nous avons accoutumé de rencontrer dans les institutions étatiques. Mais la vie sociale n'y trouve pas moins son aliment essentiel. Elle ne pourrait continuer, en effet, sans une élaboration au moins rudimentaire des normes positives essentielles ; sans un jugement de valeur des activités individuelles et des volontés émises par les individus dans l'utilisation des compétences que la coutume leur reconnaît ; sans une garantie sociale des situations jugées conformes aux nécessités publiques, sans l'organisation d'une réaction ou d'une sanction contre les actes qui lui sont contraires. Cette triple activité où les membres du corps social participent à la fois individuellement et

qui concerne le contenu de la règle de Droit. Il a pour mission de traduire la nécessité ou l'utilité sociale et de réglementer à cette fin la compétence des sujets de droit. La collectivité politique étant essentiellement un agrégat d'individus, il semblera naturel qu'un rapport intime existe entre la vitalité présente et à venir de cette collectivité et le perfectionnement individuel de chacun de ses membres. On ne conteste pas qu'une certaine somme d'autonomie ou de liberté, dans le cadre de la réglementation sociale, doive être laissée par le droit positif à chacun des membres de la communauté politique. Il y a donc une limite aux contraintes juridiques formulées par le législateur, un équilibre nécessaire entre l'autonomie de la volonté individuelle et la réglementation sociale. C'est cette frontière que cherche le législateur constitutionnel et qu'il trace pour le législateur ordinaire, les gouvernants, et souvent pour lui-même. Ces prescriptions sont éminemment d'ordre constitutionnel puisqu'elles posent les bases fondamentales de l'organisation sociale, les rapports fondamentaux de l'individuel et du collectif. Nous pouvons donc nous attendre à trouver, soit dans le droit écrit, soit surtout dans le droit non écrit des sociétés internationales des normes de ce genre. Elles seront nécessaires à la naissance même d'un ordre juridique international, puisqu'elles indiqueront à quelles conditions les groupements interso-ciaux pourront se former sans étouffer chez l'individu les facultés naturelles qui sont à la base même de la sociabilité. »

collectivement, constitue, dès lors qu'elle obéit à certaines normes, l'essentiel d'un Droit constitutionnel et nulle société interétatique, extra-étatique ou superétatique ne subsisterait sans elle. » (18)

Pour Scelle, il ne fait aucun doute que ces fonctions sont remplies dans la société internationale. Il explique que si peu d'auteurs de doctrine l'ont relevé, c'est parce qu'elles le sont le plus souvent de manière implicite et non explicite, de manière invisible plutôt que visible, et cela faute d'institutions pour les incarner :

« La cause de l'invisibilité de l'activité constitutionnelle internationale c'est l'absence fréquente d'institutions constitutionnelles organiques spéciales aux milieux interétatiques » (19).

On connaît la solution trouvée par Scelle à cette problématique : le dédoublement fonctionnel, en vertu duquel la société inorganique internationale « emprunte » aux sociétés organiques, et surtout aux États, leur personnel gouvernant, et qui permet la réalisation des fonctions constitutionnelles internationales :

« L'ordre juridique international emprunte pour sa réalisation le concours des sujets de droit et des institutions politiques des ordres juridiques nationaux, mais il se réalise. On n'a jamais nié, il est impossible de nier, qu'il y ait une élaboration du droit positif, un contrôle juridictionnel des situations juridiques, une sanction exécutive allant jusqu'à l'emploi de la force – de la guerre, – dans les rapports interétatiques. Il y a donc législation, juridiction, gouvernement, au sens large et au sens restreint ou matériel du mot, activité constitutionnelle complète, aussi bien dans les sociétés du Droit des gens que dans celles du droit interne. Ce ne sont que les procédés de réalisation qui diffèrent. »

Par ailleurs, cette solution apparaît comme essentiellement transitoire, puisque le droit international tend à générer ses propres organes dans un phénomène d'institutionnalisation progressive :

« L'efficacité de ces ordres juridiques s'accroît et se régularise à mesure que les compétences se spécialisent et que les institutions internationales apparaissent. A la hiérarchie des normes correspondra, si la nébuleuse juridique se solidifie, la hiérarchie des compétences des agents et des gouvernants. Le monisme institutionnel ou constructif rejoindra le monisme normatif par l'intégration sociale. (...) Le progrès

(18) *Précis*, pp. 7-8.

(19) *Id.*, p. 10.

constructif s'accomplit, la dynamique juridique devient plus efficace, l'organisation change de degré, mais nullement de nature.» (20)

Il y a de l'idéalisme dans la manière dont Scelle exprime ses idées sur le monisme. Mais je ne crois pas qu'il ait jamais versé dans l'erreur consistant à n'envisager pour horizon de l'évolution institutionnelle que sa perfection en une république mondiale (21). Il est conscient que l'institutionnalisation peut s'opérer selon des voies qui ne sont pas celles qui ont caractérisé la constitution de l'État moderne. Aussi Scelle insiste-t-il bien plus sur l'accomplissement des fonctions et sur l'organisation des compétences que sur la mise en place d'institutions centralisées mimant les institutions de l'État.

Voilà pour les bases théoriques qui permettent d'affirmer l'existence d'une Constitution internationale et qui tiennent, finalement, en trois points :

- La Constitution est inhérente au concept de Droit; il n'y a pas de Droit sans Constitution, parce que la Constitution est l'instrument qui canalise le pouvoir et permet de réaliser l'accord entre contrainte et liberté, caractéristique de la règle juridique.
- Cette canalisation du pouvoir s'exprime, outre la protection des libertés, par la réalisation des fonctions constitutionnelles internationales que sont les fonctions législatives, exécutives et juridictionnelles (22).
- La Constitution peut non seulement être non écrite (invisible ou implicite), mais elle peut également se passer d'institutions qui lui

(20) *Id.*, p. 11. Selon la perspective normativiste, Kelsen ne parle ni de constitution, ni de « fonctions sociales », mais sa vision du développement du droit international est cependant très proche de celle de Georges Scelle: *Théorie pure du droit*, 2^e éd., trad. H. THEVENAZ, Ed. de la Baconnière, 1988, p. 181: « Dans la mesure où le droit international pénétrera dans des domaines jusqu'ici réservés aux ordres juridiques nationaux, il renforcera sa tendance à régler directement la conduite des individus, et le principe de la responsabilité individuelle fondée sur la faute se substituera progressivement à celui de la responsabilité collective fondée sur le résultat. Parallèlement se formeront des organes centraux chargés de la création et de l'application des normes du droit international, de tels organes n'existant pour le moment que dans le cadre de communautés internationales particulières. Comme ce fut le cas pour les ordres juridiques nationaux, la centralisation s'effectuera d'abord dans le domaine de la juridiction. »

(21) V. sur ce point J. HABERMAS, « Une constitution politique pour notre société mondiale pluraliste? », *op. cit.*, p. 273: « ... Kant ne parvient pas à concevoir la constitutionnalisation du droit international autrement que comme une transposition au niveau international des relations intra-étatiques. Il soutient jusqu'au bout l'idée d'une république mondiale, même s'il propose une première étape sur la voie de cet État des nations (Völkerstaat) en lui supplantant une société des nations (Völkerbund). »

(22) Pour une vision contemporaine de l'exercice des fonctions constitutionnelles en droit international, v. le cours général de Christian TOMUSCHAT à l'Académie de La Haye: « International Law: ensuring the survival of mankind on the eve of a new century: general course on public international law », R.C.A.D.I. 1999, vol. 281, pp. 9-438.

soient propres, même si l'évolution de tout ordre juridique tend à une institutionnalisation progressive, le monisme institutionnel rejoignant, à terme, le monisme normatif.

On sent, pour autant, que tout n'est pas réglé. En 1934, Georges Scelle ne pouvait certes pas prévoir l'ampleur que prendrait le développement du droit international, à la fois sur le plan universel et régional. Il ne pouvait pas anticiper le formidable développement non seulement des régimes juridiques de toutes sortes, mais également des organisations internationales chargées de les élaborer et de les mettre en œuvre.

Si la vision moniste de Scelle semblait pouvoir tenir le choc de la confrontation avec la réalité en 1934, où le développement du droit international restait relativement concentré, la majorité des auteurs rejettent aujourd'hui le monisme pour lui préférer un pluralisme relativiste qu'ils pensent plus adapté à ce qui est souvent décrit comme le chaos de la postmodernité.

Aussi, comment appliquer ce cadre théorique au droit international d'aujourd'hui, si complexe, voire « fragmenté », pour reprendre une expression si significative d'un « malaise dans la doctrine du droit international », correspondant à une difficulté à rendre compte de cette complexité ?

* * *

La difficulté vient de ce que le droit international se trouve pris dans un processus de transition dans le cours duquel il est appelé à changer à la fois de structure et de signification. Si le droit international est complexe, c'est qu'il est aujourd'hui le fruit d'une dialectique, cette fameuse dialectique entre le « relationnel » et l'« institutionnel » si bien décrite par René-Jean Dupuy. Autrefois ordonné exclusivement autour d'un axe horizontal, le droit international tend de plus en plus à intégrer des éléments de verticalité dans sa structure. Et à vrai dire, ce mélange d'horizontal et de vertical fait qu'il n'est plus possible d'en rendre compte en deux dimensions !

Aux deux dimensions initiales, dont on peut rendre compte par la description de la transformation des « fonctions sociales » de la Constitution, il faut ajouter deux autres dimensions: la profondeur, représentée par les principes substantiels de l'ordre juridique international; et le temps, qui permet de ne pas en rester à une vision trop photographique de la situation.

Commençons par la Constitution historique de la société internationale. Nous la connaissons bien, c'est celle qu'on enseigne en priorité à nos étudiants dans les facultés de droit, celle dont nous disons à nos étudiants qu'il s'agit d'un droit effectif, parce que fondé sur une logique de l'équilibre et de la réciprocité. C'est la Constitution qui régit le droit interétatique, le droit dont l'objet est d'assurer la coexistence entre États et le minimum de coopération nécessaire à cette coexistence.

Il faut en effet réaliser que la conquête de la liberté se fait d'abord par la formation des États modernes. La première garantie de la liberté des peuples et des individus, c'est l'indépendance. La première servitude à repousser, c'est celle qu'impose la puissance étrangère. Dans l'Europe du XIX^e siècle, le principe des nationalités est avant tout perçu comme un principe démocratique. Le principe d'auto-détermination sera ensuite invoqué par les peuples soumis à domination coloniale pour s'affranchir de leur tutelle. La Constitution du droit interétatique répond pleinement à cette exigence : elle établit les principes d'un droit dont l'objet est bien d'assurer la conciliation des libertés, par l'affirmation de la Souveraineté. Ou, pour le dire à la façon de Kelsen, le droit remplit là sa fonction essentielle, qui consiste à délimiter les sphères de validité territoriale et personnelle de tous les ordres juridiques étatiques, de manière à en assurer la coexistence pacifique (23).

On trouve donc là les premiers principes constitutionnels qui structurent le droit international public : l'égalité souveraine et ses corollaires, la non intervention, l'autodétermination (le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes)... Il y a là non seulement des principes constitutionnels, mais une Constitution effective, avec organisation des fonctions sociales et mobilisation des agents de l'État pour les mettre en œuvre : l'élaboration des normes, leur exécution et leur sanction sont assurés par la voie du dédoublement fonctionnel, par les organes de l'État : chefs d'États et de gouvernements, ministres des affaires étrangères, juridictions nationales... Le principe d'égalité souveraine trouve par exemple sa traduction classique dans l'immunité de juridiction, dont le respect est assuré directement par les États sur leurs territoires ; plus généralement dans les principes régissant la répartition des compétences entre États, qu'il s'agisse de la délimitation des territoires, de la répartition des populations (nationalité) ou des règles relatives à la mise en œuvre des compétences souveraines (normatives, exécutives, juridictionnelles) ; et encore dans la reconnaissance fondamentale de compétences juridictionnelles (appréciation des comporte-

(23) Hans Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'État*, op. cit., pp. 396-397.

ments) et exécutives (sanction) pour faire respecter le droit international, y compris par l'usage de la force armée.

Progressivement, toutefois, cette Constitution s'est trouvée altérée du fait de deux changements fondamentaux intervenus dans le courant du XX^e siècle. Le premier, c'est l'accélération de la mondialisation et, corrélativement, l'apparition de problèmes globaux posant la question de la survie de l'humanité toute entière (armes nucléaires, environnement, migrations, pauvreté...) Le second, comme le dit Habermas, c'est le fait que les États aient perdus définitivement la présomption d'innocence dont ils bénéficiaient jusqu'alors. Non seulement les États n'apparaissent plus nécessairement comme une garantie absolue de la liberté, mais ils prennent également, dans certains cas, le visage d'une organisation criminelle aux dimensions et aux pouvoirs sans précédents dans l'Histoire : à cet égard, la condamnation de l'État nazi, à travers la punition de ses dirigeants, appelle nécessairement à rechercher d'autres formes de garanties de la liberté que celles qu'offre l'État et, par conséquent, d'autres formes de légitimité du droit que le droit d'origine étatique ou interétatique. C'est à dire que la garantie doit être recherchée au-delà des États : il doit pouvoir exister, au-dessus des États, une instance d'appel garante de la liberté humaine et apte, en même temps, à régler des problèmes globaux qui, par définition, ne peuvent l'être par le biais d'une simple coopération dans laquelle les États restent concentrés sur leurs intérêts nationaux. La sauvegarde de l'humanité et de la liberté des hommes au-delà de l'État exige d'être en mesure d'articuler une conception de l'intérêt général à l'échelle globale : c'est, autrement dit, l'exigence de la construction d'un niveau fédéral, sur le plan juridique et institutionnel, au-dessus des États, qui vient directement mettre en question leur souveraineté, jusque là au principe de la Constitution internationale.

Le droit international s'était jusque là bâti sur le présupposé d'une liberté réalisée par le médium de la souveraineté de l'État. Autrement dit, la liberté des peuples et des individus se réalisait par la liberté et l'indépendance des États. Aujourd'hui la souveraineté apparaît, au mieux, ambivalente. Déjà au début du XX^e siècle, certains auteurs proposaient-ils de la mettre directement sous la tutelle des libertés, en en faisant une souveraineté fonctionnelle (24). Cette idée est fonda-

(24) Cette théorie et ses conséquences radicales sont expliquées avec éloquence par Antoine ROUGIER dans son fameux article consacré à la « théorie de l'intervention d'humanité », *R. G. D. I. P.* 1910, pp. 468-526 et ici pp. 495-496 : « Le gouvernement qui manque à sa fonction en méconnaissant les intérêts humains de ses ressortissants commet ce que l'on pourrait appeler un détournement de souveraineté : sa décision ne s'impose plus souverainement au respect des tiers, car,

mentale et on la voit progresser de multiples manières. Elle se traduit par l'introduction dans la Constitution internationale de deux nouveaux principes fondamentaux, qui viennent totalement bouleverser l'ordre constitutionnel international.

Le premier principe, bien sûr, c'est celui de l'interdiction du recours à la force dans les relations internationales, avec ses deux corollaires : l'obligation de recourir à des modes pacifiques de règlement des différends ; la mission reconnue par les États membres des Nations Unies au Conseil de sécurité d'assurer « la responsabilité principale du maintien de la paix et de la sécurité internationale. »

Cet amendement à la Constitution internationale est fondamental, parce qu'il crée une « dérivation » majeure du pouvoir international : désormais, le pouvoir dans son expression la plus crue – la violence – n'est plus seulement réglementé dans son exercice, il se trouve également en partie institutionnalisé. Les États doivent désormais compter avec un nouvel acteur, dépositaire d'une part du pouvoir international : le Conseil de sécurité.

Le deuxième principe fondamental, c'est le principe de respect des droits de l'Homme. On l'a déjà dit ailleurs, avec l'introduction des droits de l'Homme dans le droit international, les États établissent les bases d'une constitution fédérale substantielle. Désormais, la liberté n'est plus garantie seulement sur le plan étatique, par le médium de l'État ; elle est également garantie directement par la protection des normes internationales d'inspiration fédérale⁽²⁵⁾. La souveraineté de l'État

ainsi que le dit énergiquement Fiore, les actes arbitraires ne sont pas des actes de souveraineté. Les autres membres de la communauté internationale auront intérêt à intervenir pour le contrôler, de par la solidarité qui les unit tous, et ils auront le droit d'intervenir pour cause de violation d'une règle du droit humain. A la souveraineté du gouvernement coupable se substituera une souveraineté étrangère, soit pour remplir à sa place la fonction qu'il a négligée, soit pour annuler l'acte entaché de faute si l'annulation en est possible, soit pour empêcher que des défaillances analogues ne se produisent dans l'avenir. »

(25) On peut d'ailleurs opérer un parallèle entre les mutations provoquées par l'introduction des droits de l'Homme en droit international et l'émergence et la concrétisation dans les sociétés modernes d'une conception de la constitution comme « garantie des droits » et non plus seulement comme « séparation des pouvoirs », pour reprendre une distinction introduite par Dominique ROUSSEAU (v. en particulier son article « Constitutionnalisme et démocratie », publié sur *La Vie des idées.fr*). La description par celui-ci des « ruptures » liées à la conception de la constitution comme garantie des droits est éclairante : ainsi l'écart entre « corps des représentants » et « corps des représentés », qui contraste avec la « fusion » entre ces deux corps dans l'ancienne conception de la constitution comme séparation des pouvoirs, est à rapprocher de l'écart créé entre l'État et sa population en droit international par la proclamation des droits de l'Homme ; de même, la délibération s'opposant au « régime monopolistique de production de la volonté générale » est à rapprocher du constat selon lequel, après l'introduction des droits de l'Homme en droit international, l'État n'a plus le monopole de l'initiative du droit international ; enfin, lorsque Dominique Rousseau affirme : « là où la constitution-séparation des pouvoirs a pour objet l'État, la constitution-garantie des droits a pour objet la société des individus », on pourrait le

trouve ici un cadre normatif qui non seulement limite l'autonomie de l'État, mais est même susceptible de la conditionner, comme cherche à le faire le concept de la « responsabilité de protéger » qui, après tout, n'est qu'une nouvelle expression pour désigner les vieilles théories du pouvoir fonction et de l'intervention d'humanité⁽²⁶⁾. L'introduction des droits de l'Homme dans le droit international a également une incidence sur les conditions de légitimité de la norme internationale : dans un monde où les droits sont internationalement garantis et où la « législation internationale » investit tous les champs du droit, les processus d'auto-législation ne peuvent plus être cantonnés aux frontières nationales et il devient nécessaire de démocratiser les organisations internationales, et ceci alors même que la démocratisation des États ne serait pas achevée.

Ce double amendement de la Constitution internationale a notamment pour effet de provoquer une diversification radicale des acteurs et, par conséquent, des sujets du droit international. En effet, alors qu'au concept de paix négative – l'absence de guerre – vient se juxtaposer celui de paix positive – la construction de la paix et de la sécurité, c'est à dire d'une paix perpétuelle – de vastes champs normatifs s'ouvrent à la coopération internationale et suscitent la création de nouvelles organisations internationales. Si ces dernières sont au départ conçues comme des simples instruments de la coopération internationale entre États, on doit bien constater que la dynamique institutionnelle qui les anime et les autonomise progressivement, ainsi que le développement exponentiel de leurs activités normatives et opérationnelles, les conduit à acquérir progressivement une part du pouvoir international.

Cette expansion du champ d'application du droit international provoque des transferts – même implicites ou invisibles – de compétence et une perte progressive par les États de leurs marges de manœuvres dans certains champs d'activités, suscitant une crise de la légitimité des normes et une contestation des opérations menées sous la houlette d'organisations non soumises à un contrôle démocratique. Parallèlement, la prise de conscience que les personnes privées doivent être protégées contre l'État mais aussi qu'il peut être parfois nécessaire d'engager la responsabilité des individus derrière l'État (les

paraphraser en disant : « là où la Constitution ancienne du droit international avait pour objet les États (et leurs relations de coexistence) la Constitution nouvelle (postérieure à l'introduction des droits de l'Homme) a pour objet la société des individus. »

(26) Comparer, à cet égard, les paragraphes 138 et 139 du Document final du sommet mondial de 2005 et les passages cités ci-dessus de l'article d'Antoine ROUGIER. Sur la « R2P », v. S.F.D.I., Colloque de Nanterre. *La responsabilité de protéger*, Paris, Pedone, 2008.

agents étatiques coupables de crimes internationaux) ou en l'absence d'État (les organisations internationales criminelles privées) conduit à dépasser la limite propre à la Constitution interétatique, qui faisait des personnes privées des simples sujets médiats du droit international. Aussi les personnes privées deviennent-elles non seulement titulaires d'obligations, sujettes à des sanctions internationales, mais aussi titulaires de droits, non plus seulement sur le plan national, mais également au sein des organisations internationales, leur participation étant perçue comme une condition de légitimation du droit international (27).

Il résulte de cette diversification des acteurs et des sujets que la question de la répartition des compétences en vue de la réalisation des fonctions sociales s'en trouve compliquée. Il faut trouver la nouvelle clé pour une répartition des compétences, et à plusieurs niveaux. En effet, si la question de la répartition des compétences entre États reste régie par les vieux principes de la Constitution interétatique (quoique à certains égards obligés de trouver une conciliation utile avec certains nouveaux principes issus du droit global contemporain, comme par exemple la confrontation entre immunités de juridiction et droits de l'Homme : cf. affaire Pinochet et les autres...), l'apparition des nouveaux acteurs, et surtout leur montée en puissance, oblige à de nouveaux partages :

- sur un axe généralement (28) horizontal, la répartition des compétences entre les différentes organisations internationales (29) ;

(27) V. notamment H. GHERARI et S. SZUREK, *L'émergence de la société civile internationale. Vers la privatisation du droit international?*, Paris, Pedone, 2003 ; N. ANGELET et al., *Société civile et démocratisation des organisations internationales*, Gent, Academia Press, 2005 ; Pierre-Marie DUPUY, Luisa VIERUCCI, *NGOs in International Law. Efficiency in Flexibility*, Cheltenham, Edward Elgar, 2008.

(28) A l'exception des hypothèses régies par l'article 103 ou par le Chapitre VIII de la Charte.

(29) Nombreuses sont les questions aujourd'hui régies, parfois sous différents angles, parfois sous un angle identique, par les ordres juridiques et les institutions de différentes organisations internationales, se situant sur le même plan (universel, ou régional d'une même région) ou sur des plans différents (universel/régional ; région/sous-région ; région1/région2). Ces recouvrements ne sont jamais autant visibles que dans des situations donnant lieu à des développements contentieux. V. par ex. l'affaire des « pneus rechappés » impliquant l'Union européenne et le Brésil et portée devant le tribunal arbitral du MERCOSUR et devant l'ORD de l'OMC ; en dernier lieu, v. l'affaire de l'usine de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay), dont certains aspects ont été jugés par la CIJ dans son arrêt du 20 avril 2010, tandis que d'autres dimensions étaient soumises à tribunal arbitral du MERCOSUR et au Compliance Advisor Ombudsman (CAO) de la Société Financière Internationale. Du côté de l'OMC, on connaît les appels répétés du Directeur général, Pascal Lamy, à la « cohérence » à la fois horizontale et verticale, c'est à dire à la non contradiction des normes adoptées en vertu des différents ordres juridiques internationaux partiels. Par ex. Pascal Lamy, *La démocratie-monde. Pour une autre gouvernance globale*, Le Seuil, coll. « La République des idées », 2004, p. 72.

- sur un axe vertical, la répartition des compétences entre organisations internationales et États (30) ;
- encore sur un axe vertical, mais sur un autre plan, la répartition des compétences entre États et personnes privées (physiques ou morales) et entre organisations internationales et personnes privées (31).

Outre qu'elle pose de nouveaux problèmes en matière de répartition des compétences, cette diversification des acteurs est également à l'origine de la multiplication des ordres juridiques partiels, composant l'ordre juridique universel « du droit des gens » pour reprendre l'expression scellienne : aux ordres juridiques des États et à l'ordre juridique international, viennent s'ajouter les ordres juridiques des organisations internationales et les normes transnationales régissant une partie de l'activité des acteurs privés.

L'acquisition de nouveaux pouvoirs par ces différents acteurs se traduit également par une modification profonde des modes d'effectuation des fonctions sociales. Si le « bon vieux » traité interétatique demeure, la forme conventionnelle est de plus en plus sollicitée aux fins de produire une véritable « législation internationale », de même d'ailleurs que la coutume, les deux phénomènes de mutation étant accentués – cela est bien connu pour qu'il ne soit pas la peine d'y insister – par l'institutionnalisation de la « diplomatie normative » (32) dans le cadre des organisations internationales. On pourrait aussi évoquer le développement de modes de production alternatifs – multiplication et importance croissante de la soft law – et faire des constats semblables au titre des fonctions d'adjudication et d'exécution (développement de mécanismes souples, non juridictionnels ou quasi juridictionnels et de

(30) L'exemple le plus frappant étant peut-être le principe de complémentarité établi dans le cadre du Statut de Rome de la Cour pénale internationale qui oblige les États parties au Statut à établir ou à réaménager leurs compétences en matière pénale pour punir les crimes graves en droit international ; et à pour effet indirect de mettre l'exercice de ces compétences par les États sous la surveillance de la Cour.

(31) Par exemple, de manière très visible, dans un certain nombre d'institutions internationales complexes impliquant des acteurs non gouvernementaux au stade de la conception et/ou de l'exécution des politiques : cf. par ex. ONUSIDA (qui intègre d'ailleurs également des OI ou des agences internationales en tant que « co-parrains ») ; sur le même modèle les réunions pays de la Commission de consolidation de la paix, faites pour réunir l'ensemble des « stakeholders » autour de la table. On peut aussi penser, en termes de répartition des compétences, à l'Autorité des fonds marins, autorité intergouvernementale attribuant des droits d'exploitation aux « investisseurs pionniers ». Tandis qu'en droit de l'espace on assiste à une transition « d'un droit inter-étatique issu de la guerre froide à l'encadrement des activités privées » : cf. Armel KERREST, in *S.F.D.I. Le droit de l'espace et la privatisation des activités spatiales*, journée d'étude, Paris, Pedone, 2003, pp. 3-16.

(32) Pour reprendre l'expression forgée par Pierre-Marie DUPUY, *Droit international public*, 9^e éd., Dalloz, 2008, § 367 et suiv.

sanctions institutionnalisés impliquant de manière croissante les OI et les personnes privées) (33).

Ces évolutions apportent incontestablement des éléments de complexité dans la Constitution internationale; elles peuvent même être à la source d'une certaine perplexité. D'une clé de répartition des compétences simple entre États, on passe à un enchevêtrement des compétences mêlant acteurs publics et acteurs privés; de la dualité rassurante entre ordre juridique international et ordres juridiques nationaux, on passe à la pluralité des ordres juridiques partiels; aux règles claires et bien ordonnées pour la production et la sanction du droit se substituent des procédés hybrides défiant les catégories classiques. Et pourtant: les fonctions sociales sont assurées, mais selon des modalités encore transitoires et qui sont encore mal identifiées et peu systématisées. Seule une prise de conscience de la portée réelle des amendements apportés à la Constitution substantielle (non recours à la force et droits de l'Homme) permettra de rationaliser progressivement l'exercice des fonctions sociales dans une société internationale profondément renouvelée.

Il y a cet égard plusieurs pistes à suivre: comment développer davantage, notamment, les pratiques de «coordination», d'«harmonisation», voire même d'«unification par hybridation» qui permettent, sans prétendre faire prévaloir un ordre juridique sur un autre, de passer d'un pluralisme chaotique à un «pluralisme ordonné», selon la méthode si bien théorisée par Mireille Delmas-Marty? (34) Comment créer les conditions d'une démocratisation des organisations internationales pour renforcer à la fois la légitimité des normes internationales et l'efficacité de l'action internationale?..

Parmi toutes ces pistes, une peut être ici examinée de plus près: c'est celle qui consisterait à créer une ou des voies de recours permettant le contrôle de constitutionnalité des actes des organisations internationales ou, plus modestement, à multiplier les occasions d'exercer incidemment, ou par voie d'exception, un tel contrôle. En l'état des choses, chaque organisation internationale, régie par le principe de spécialité et bornée par une conception stricte de l'effet relatif des traités, privilégie la référence à sa charte constitutive, sans toujours prendre en

(33) Sur ce dernier point, v. une thèse récente mettant en évidence, de manière éclairante, l'apparition d'une activité spécifique de suivi venant compléter la fonction traditionnelle de contrôle: Mihaela AILINGAL, *Le suivi du respect des droits de l'homme au sein du Conseil de l'Europe. Contribution à la théorie du contrôle international*, thèse dact., Université Pierre Mendès France, Grenoble 2, soutenue le 8 décembre 2009.

(34) V. Mireille DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit (II). Le pluralisme ordonné*, Paris, Seuil, 2006.

compte les principes constitutionnels ni même interpréter sa charte à la lumière de ces principes. Ainsi, les droits de l'Homme en tant que principes constitutionnels se trouvent-ils bizarrement relégués institutionnellement et sociologiquement au sein dans cette organisation «spécialisée» dans le général qu'est l'ONU... tandis que les organisations spécialisées dans des secteurs particuliers peinent à intégrer les droits de l'Homme dans leur approche, faute de voies de recours permettant d'opérer une référence directe à ces normes constitutionnelles (35). Le contrôle de constitutionnalité permettrait, à cet égard, d'améliorer considérablement la coordination entre organisations ayant des compétences concurrentes, en encadrant leur activité dans un cadre juridique commun. Plusieurs problèmes concrets se posent ici, sur lesquels on ne s'attardera pas en détail, faute de temps et de place. Quelles normes de référence? A mon sens, il n'est pas possible de réduire les principes constitutionnels du droit international à des normes conventionnelles, aussi éminente et universelle que puisse être la convention considérée. Autrement dit, je ne pense pas que la Charte des Nations Unies, en particulier, puisse être considérée comme un document constitutionnel se suffisant à lui-même (36). Il est évident que la Charte énonce un certain nombre de principes constitutionnels; il est également certain que la Charte, sur le plan institutionnel et procédural, contient bon nombre de règles qui relèvent de la Constitution. Mais la Constitution interna-

(35) Sur cette difficulté à traduire dans les faits la dimension constitutionnelle des droits de l'Homme sur le plan universel v. par ex., sur les liens entre droits de l'Homme et commerce: Habib GHERARI, «Les droits de l'Homme et l'Organisation mondiale du commerce», in Laurence BOY et al., *Droit économique et droits de l'Homme*, Larcier, 2009. V. aussi nos contributions consacrées à la relation entre droits de l'Homme et développement et droits de l'Homme et terrorisme: «Article 1 § 3», in J.-P. COT, A. PELLET, M. FORTEAU, *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article*, 3^e édition, ECONOMICA, pp. 357-378; «Droit de l'Homme et développement», communication lors du colloque Les droits de l'homme: une nouvelle cohérence pour le droit international? VIII^e Rencontre internationale de la Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis, 17-19 avril 2008, Paris, Pedone, 2008, pp. 99-109; «La lutte contre le financement du terrorisme. La dimension droits de l'homme: les mesures prises dans le cadre des Nations Unies», communication lors de la journée d'étude organisée par l'Institut Magna Carta et le CERDIN de l'Université Paris 1, La lutte contre le financement du terrorisme: perspectives transatlantiques, 7 novembre 2008, Paris, Pedone, 2010, pp. 127-140.

(36) Sur la Charte comme constitution mondiale, v. not. P.-M. DUPUY, «L'unité de l'ordre juridique international. Cours général de droit international public», 2002, vol. 297, pp. 215 et suiv.; B. SIMMA, «From Bilateralism to Community Interest in International Law», *R.C.A.D.I.* 1994, vol. 250, pp. 217-384, en part. pp. 256 et suiv. De nombreuses réflexions très substantielles ont été consacrées à cette question, à l'occasion du 60^e anniversaire de la Charte, notamment par la doctrine française. V. notamment S. SZUREK, «La Charte des Nations Unies: constitution mondiale?» in J.-P. COT, A. PELLET, M. FORTEAU, *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article*, Paris, 3^e éd., Economica, 2005, pp. 29-68 et les actes du colloque du CEDIN: Régis CHEMAIN et Alain PELLET (dir.), *La Charte des Nations Unies, constitution mondiale?*, Paris, Pedone, 2006.

tionale ne se réduit pas à la Charte, elle va au-delà (37). Et sur le plan substantiel, notamment, elle trouve sa source formelle principale dans le droit non écrit, à savoir la coutume internationale et les principes généraux du droit international. Ces règles et ces principes ont-ils la qualité de jus cogens ? A cet égard, j'aurais tendance à rejoindre la Cour internationale de Justice lorsqu'en 1996, elle faisait remarquer que « [I] a question de savoir si une règle fait partie du jus cogens a trait à la nature juridique de cette règle. » (38) Autrement dit, le jus cogens ne nous dit rien quant au statut de la règle, ni même quant à sa position dans une possible hiérarchie des normes : il nous dit simplement que la norme est indérogeable, c'est à dire qu'elle n'admet aucune dérogation, autrement dit que l'on ne peut la suspendre ou y mettre fin sous quelque motif que ce soit, y compris par le biais d'une norme contraire qui doit, de ce fait, être déclarée nulle. Il me semble donc que la qualité de jus cogens d'une norme ne se confond pas avec son statut constitutionnel qui lui, exprime véritablement une place dans la hiérarchie des normes.

Bien sûr, aux termes de ce raisonnement un peu glissant, je ne peux pas esquiver une petite incursion dans l'affaire Kadi, même très rapide. Mon propos tient en trois points :

- tout d'abord, le raisonnement structurel de base du Tribunal de première instance se tenait, à savoir que dans l'impossibilité de contrôler la conformité d'une mesure de transposition d'une résolution du Conseil de sécurité au regard du droit communautaire – ceci en raison de la primauté de principe des obligations des États en vertu de la Charte établie par l'article 103 – il était nécessaire de se référer soit aux normes contenues dans la Charte elle-même, soit à des normes non écrites à caractère constitutionnel, de nature à lier le Conseil de sécurité dans son activité.
- malheureusement, le reste de l'arrêt est gâché, à la fois par la référence au jus cogens, plutôt qu'à des normes proprement constitutionnelles, ensuite par une interprétation trop « libre » de la notion et du contenu du jus cogens, enfin par un résultat sur le fond très décevant, les mesures de sanction étant in fine validées.
- quant à l'arrêt de la CJCE, il est la manifestation typique d'un repli sur soi au nom d'un « pluralisme juridique » qui, en réalité, masque le retour en force d'un dualisme qui ne dit pas son nom. Certes, le

(37) Dans ce sens : H. MOSLER, « The International Society as a Legal Community », *R.C.A.D.I.*, vol. 140, 1974, pp. 1-320 et en part. pp. 31 et suiv.

(38) Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, 8 juillet 1996, § 83.

résultat est bien plus satisfaisant sur le fond, mais la manière d'y parvenir est régressive pour une Europe qui prétend jouer un rôle sur la scène internationale. J'y reviendrai en conclusion.

* * *

On a vu que dans le processus de transition (pour combien de temps ?) que connaît la société internationale, la Constitution internationale est soumise à nombre de mutations qui la rendent beaucoup plus difficilement lisible qu'à l'apogée de l'interétatisme pur. Est-ce à dire qu'elle n'existe plus ? Je ne crois pas : il y a bien, toujours, une Constitution internationale faite de principes substantiels et procéduraux ayant pour objet la structuration du pouvoir international, condition de possibilité de l'instauration d'un vrai Droit international, c'est à dire de règles ayant pour fondement et finalité la conciliation universelle des libertés de chacun et de tous. S'il n'y avait plus de Constitution internationale, il n'y aurait, tout simplement, plus de droit international. Mais cela ne veut pas dire que cette Constitution soit parfaite, qu'elle soit gravée dans le marbre, comme la Constitution des États-Unis d'Amérique par exemple : tout d'abord parce qu'elle est non écrite, ensuite parce qu'elle est instable, incomplète, en construction. Elle a ses points aveugles, ses carences institutionnelles, mais cela ne l'empêche pas d'être une vraie constitution. Jamais il n'est venu à l'idée de personne de dire que la France n'avait pas de Constitution avant 1971, parce que la France n'avait pas de vrai contrôle de constitutionnalité des lois (sans compter qu'il faudra attendre 2008 pour le contrôle par voie d'exception) ! Pourquoi voudrait-on juger aujourd'hui l'existence d'une constitution internationale à l'aune de ce type de critère, qui mesure plutôt la plus ou moins grande sophistication d'une constitution par rapport à une autre ?

Je dois, pour conclure, répondre à une autre interrogation : est-ce que le désordre ambiant et cette multiplication des ordres juridiques que j'ai évoquée plus haut ne doit pas conduire à abandonner toute explication moniste ? Je ne le crois pas.

D'une part, il est évident que la complexification de l'ordre juridique international ne vient en rien contredire la thèse de l'unité du Droit comme technique. Bien au contraire, elle vient la conforter. A l'âge où la Constitution internationale posait le principe de la sauvegarde de la liberté par le médium de la Souveraineté, on pouvait avoir des raisons de douter de l'unité de la technique juridique, tant la technique du droit international s'était éloignée de celle du droit interne qui, de son côté,

était profondément marquée par une conception de l'État comme imperium, et donc par des concepts qui, au fil du temps, finissaient par apparaître comme consubstantiels au phénomène juridique : la juridiction obligatoire, l'exécution forcée, la sanction... D'une certaine manière, le contraste qui pouvait exister entre des techniques du droit appelées à régir respectivement une société ordonnée autour d'un axe vertical (la relation État/individus) et une société d'égaux, formée sur un axe horizontal, était accentué par la prégnance d'une conception autoritaire du droit.

Aujourd'hui, dans cette nouvelle configuration où la verticalité et l'horizontalité sont entremêlées, la technique du droit international s'est rapprochée, dans une certaine mesure, de celle du droit interne, tandis que la démocratisation des ordres juridiques internes ouvre des perspectives vers de nouvelles formes de régulation dans l'ordre interne où l'usage de la « puissance publique » cède du terrain au profit de la consultation, de la contractualisation ou de l'incitation, à travers des techniques qui rappellent celles de la « vieille » coopération intergouvernementale (39).

D'autre part, la thèse selon laquelle la pluralité des ordres juridiques doit toujours être envisagée avec pour horizon l'ordre juridique universel du droit des gens se trouve également, là aussi, non affaiblie mais bien renforcée. Dans une société internationale qui se résumait aux États et à leurs relations de coexistence, la théorie des deux sphères, bien qu'inexacte, pouvait faire illusion. Ce n'est plus le cas aujourd'hui. Ceci résulte à la fois de l'augmentation et de l'expansion des activités normatives et opérationnelles menées directement par et au sein des organisations internationales mais aussi du fait qu'un nombre croissants de problèmes ne peuvent être réglés qu'à l'échelle internationale et non sur le plan national. Il en résulte que pour toutes les questions qui, selon un principe de subsidiarité, relèvent de l'échelle fédérale, les États peuvent continuer à se donner l'illusion qu'ils ont conservé un ordre juridique autonome et séparé de l'ordre juridique international, il n'en demeure pas moins qu'ils sont ou seront conduits tôt ou tard à absorber au sein de leur ordre juridique des règles élaborées sur le plan international.

(39) Cf. notamment : V. l'analyse critique du droit administratif contemporain opérée par J.-L. AUMIN et C. RIBOT, *Droit administratif général*, 5^e éd., Litec, 2007, qui soulignent « l'exubérance de la contractualisation » (p. 247), le « renoncement à la puissance de l'État », à laquelle se substitue la notion d'« autorité publique », ce qui implique que l'action de l'État se traduit désormais par l'exercice de compétences définies et encadrées par le droit et les droits (de l'Homme) (pp. 251-254). V. aussi Jacques CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, Paris, L.G.D.J., 2003, chapitre 2 sur les « transformations du droit », en particulier section 3 « La démarche pragmatique », pp. 123 et suiv.

Georges Scelle parlait d'ailleurs, au titre de sa conception du « fédéralisme normatif », d'un phénomène d'absorption progressive des ordres juridiques internes par l'ordre juridique international (40). Il pourrait être intéressant, à cet égard, de répondre scientifiquement à la question suivante : quelle est la part, aujourd'hui, des ordres juridiques internes qui ne dépendent en rien de normes internationales ? Quelles sont les normes appliquées dans l'ordre interne qui soit ne sont pas la simple application ou transposition de normes internationales, soit ne sont pas conditionnées dans leur application par des normes internationales ? Je n'ai pas fait la recherche, mais je suis certain que l'on trouverait un pourcentage en moyenne très faible.

Fermer les frontières du droit relève aujourd'hui de la même utopie que de fermer les frontières physiques des États : on peut bâtir des forteresses à un point, on n'arrêtera pas le flux (41). Pour se prémunir contre toute influence extérieure, il faudrait construire un mur. Mais ces murs là sont toujours des murs de la honte...

Le dualisme relève de cette utopie : perpétuant la fiction construite par la théorie des deux sphères, il croit pouvoir maintenir une séparation étanche entre la « sphère interne » et la « sphère internationale », entre le « droit interne » et le « droit international », irréductibles l'un à l'autre. Pourtant, cette idée selon laquelle, dans l'ordre interne, le droit international ne tirerait sa validité que de la Constitution semble être admise comme une évidence dans beaucoup de pays, y compris en France. Aujourd'hui, l'article 55 de la Constitution française a pris une signification ambivalente : à la fois porte d'entrée pour le droit international, directement applicable en droit français et ayant une valeur supérieure à celle des lois, mais aussi dernier barrage érigé pour préserver coûte que coûte l'isolement et la sécurité du petit village gaulois... alors que le mur d'enceinte s'est écroulé depuis belle lurette ! (Mais courage ! Il nous reste notre potion magique ! Et la France reste la France !) Le pire, c'est lorsque ce dualisme cherche à se dissimuler sous le masque du « pluralisme », non le « pluralisme ordonné »

(40) Observons, pour répondre à une critique souvent formulée, que l'idée de « fédéralisme normatif » interdit par essence l'idée d'uniformisation du droit. Par essence, le modèle fédéraliste est pensé pour « gérer » la diversité. Plus profondément, v. Olivier BEAUD, *Théorie de la Fédéralisation*, Léviathan, PUF, 2007, notamment le passage (Chapitre VIII, Section 1) consacré à la définition du telos fédératif, se caractérisant par un « balancement entre deux aspirations contraires, mais aussi la réalisation imparfaite de celles-ci » : la « fin particulariste », qui traduit « l'aspiration des États à demeurer identiques à eux-mêmes » et la « fin commune » qui se rapporte à la volonté des États de « s'unir avec leurs futurs "co-États" membres ».

(41) En ce sens, Mireille DELMAS-MARTY, *op. cit.*, sur les insuffisances d'un « pluralisme de séparation », pp. 18 et suiv.

de Mireille Delmas-Marty – qui s'inscrit dans la perspective, dans le projet, de construction d'un « droit commun » - mais un pluralisme relativiste postulant l'équivalence et l'irréductibilité des ordres juridiques les uns aux autres. Kelsen avait bien vu que ce pluralisme là n'est rien d'autre qu'un dualisme, parce qu'il refuse d'admettre que la validité des ordres juridiques étatiques est conditionnée par l'ordre juridique international. Il avait aussi démontré pourquoi le dualisme n'est, in fine, qu'une forme de monisme inversé, c'est à dire un monisme à primauté de droit interne, expression d'une philosophie subjectiviste proclamant la « souveraineté de l'ego » : « La théorie du primat 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. » (42)

Ce pluralisme-dualiste est aujourd'hui repris, on l'a vu dans Kadi, par le juge européen pour penser les rapports entre cet « ordre interne » un peu particulier qu'est le droit communautaire avec le droit international (43). Il est regrettable que l'ordre juridique de l'Union européenne choisisse de s'« internaliser » en se refermant sur lui-même, plutôt qu'en admettant pour postulat son intégration au système plus vaste de l'ordre juridique universel. Cela est d'autant plus regrettable qu'en matière de droits de l'Homme, la référence doit demeurer universelle, au risque de développer une conception « européenne » des droits de l'Homme, qui ne ferait qu'amener de l'eau au moulin de ceux qui contestent la portée universelle des textes internationaux. Mais les européens ont, semble-t-il, oublié que la Convention européenne des droits de l'Homme avait été adoptée pour « prendre les premières mesures propres à assurer la garantie collective de certains des droits énoncés dans la Déclaration universelle [de 1948] »...

Peut-on interpréter ce choix du dualisme sous un angle psychologique, en considérant qu'il répond à un certain malaise, voire à une peur face au phénomène de mondialisation du droit ? Car il est vrai que l'on peut concevoir quelque angoisse face à ce monde qui change et à ce Droit qui, lui aussi, change, dans une période de transition pleine d'incertitudes et exposée aux crises de toutes sortes. De ce point de vue, il

(42) Hans Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'État*, op. cit., p. 431. V. aussi *Théorie pure du droit*, 2^e éd., trad. H. THÉVENAZ, Ed. de la Bacconnière, 1988, pp. 181 et suiv.

(43) CJCE, 3 sept. 2008, aff. jointes C-402/05 P et C-415/05 P, Yassin Abdullah Kadi et Al Barakaat International Foundation c/ Conseil et Commission. V. en particulier le pt 316 : « le contrôle, par la Cour, de la validité de tout acte communautaire au regard des droits fondamentaux doit être considéré comme l'expression, dans une communauté de droit, d'une garantie constitutionnelle découlant du traité CE en tant que système juridique autonome à laquelle un accord international ne saurait porter atteinte ».

peut être bon, psychologiquement parlant, de conserver une autonomie formelle de l'ordre juridique national dans des domaines où, pourtant, cette autonomie n'existe plus factuellement... Mais il n'en reste pas moins qu'il est important, je dirais même vital, de faire face à la réalité et d'affronter le nouvel état du monde, ce qui consiste notamment à ne pas reculer devant la difficulté de penser la Constitution internationale.