



HAL
open science

Georges Scelle, les ambiguïtés d'une pensée prémonitoire

Florian Couveinhes

► **To cite this version:**

Florian Couveinhes. Georges Scelle, les ambiguïtés d'une pensée prémonitoire. Revue d'histoire des facultés de droit et de la culture juridique, du monde des juristes et du livre juridique, 2006, pp.339-406. halshs-01786197

HAL Id: halshs-01786197

<https://shs.hal.science/halshs-01786197>

Submitted on 2 Jul 2021

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

GEORGES SCELLE, LES AMBIGUÏTÉS D'UNE PENSÉE PRÉMONITOIRE

*« Qui se vantera donc dans ce cas
d'écarter de son âme les traits de sa colère ?
Car si pareilles conduites sont en honneur,
à quoi bon ma danse sainte ? »*

SOPHOCLE, *Œdipe roi*, v. 883-895¹

INTRODUCTION

Pour quelles raisons – autres qu'un intérêt purement intellectuel ou historique – un juriste peut-il s'intéresser à un auteur qui a écrit il y a de très nombreuses années ? En quoi la lecture d'un auteur ancien peut-elle éclairer le juriste, dont la mission est avant tout de comprendre et expliquer les normes de son temps ?

L'examen et l'apprentissage du droit positif, c'est-à-dire d'un droit applicable sur une très brève période de temps, aspirent l'essentiel de nos études juridiques. Cette réduction du champ de la connaissance juridique² à un « moment » du droit limite naturellement la perception et la compréhension des changements qu'il est possible qu'il subisse et même qu'il est quasiment inévitable qu'il connaisse au cours de son histoire. Le propre du droit est de se modifier, et le juriste issu d'études juridiques classiques – c'est-à-dire d'études du droit du passé le plus proche – n'est pas forcément bien outillé pour comprendre, percevoir les changements, et encore moins pour savoir y répondre. Or il existe de fortes probabilités pour qu'un tel travail lui incombe un jour, que ce soit comme juge, comme avocat, comme conseil, comme universitaire ou comme législateur.

¹ Tragiques grecs, Eschyle, Sophocle, Gallimard, NRF, La Pléiade, Lagny, 1967, pp. 680-681

² Il ne s'agit pas ici de discuter la légitimité de cette limitation du champ d'études mais de constater les effets qui peuvent s'attacher à elle.

Ouvrir un « grand » livre du passé peut alors être son réflexe. Sa lecture lui sera profitable à plusieurs titres :

En premier lieu, elle peut lui enseigner, directement et/ou indirectement, comment un phénomène social a été perçu par le droit à une époque donnée, ou encore comment la réponse que le droit lui a apporté a été comprise, critiquée ou applaudie.³ Cet enseignement peut permettre au juriste qui se tourne vers le passé, de percevoir la succession de faits et le cheminement intellectuel des législateurs, des juridictions et des auteurs de doctrine qui ont fait le droit d'aujourd'hui. S'il n'est pas uniquement un droit du passé, le droit d'aujourd'hui est un droit fait dans le passé et qui s'explique par lui. Connaître la manière avec laquelle des législateurs et des juristes d'hier ont réagi à la naissance d'un phénomène social ou d'une législation peut aider le législateur et le juriste d'aujourd'hui à savoir comment réagir à ceux de demain. *Brivetatis causae*, la lecture d'un auteur ancien nous fait partager son expérience.

En deuxième lieu, cette lecture peut s'avérer bénéfique si l'auteur s'intéresse non pas uniquement au droit de son époque, mais aussi plus globalement au mouvement, à la dynamique qui porte la branche de droit qu'il étudie ou qui porte le droit dans son ensemble. Percevoir cette dynamique, les enjeux qui motivent les modifications normatives peut aider à réagir à l'apparition de phénomènes nouveaux, donner des repères utiles pour appréhender l'avenir. Un grand auteur ancien peut s'être intéressé aux enjeux et au mouvement de la discipline et de ce point de vue être « d'actualité » au même titre qu'un auteur plus récent.

En troisième lieu, il peut arriver que l'auteur de l'ouvrage ancien que consulte le juriste d'aujourd'hui fasse des projections dans l'avenir et, sur cet avenir, mette en garde, émette des réserves, donne des conseils. Formulée antérieurement à l'apparition d'une norme, l'opinion que cet auteur porte sur elle peut être exempte des certitudes et des jugements de valeur qui s'établiront par la suite, avec l'habitude de son existence et de son application. Elle fait nécessairement sur ces normes potentielles preuve de davantage de recul (un recul qui a ses avantages et ses inconvénients) que celui du juriste auquel la question se pose dans l'urgence, et qui a souvent pour seul point de repère la norme qui existe déjà.

A première vue, la doctrine de Georges Scelle (1878-1961) semble réunir

³ Elle le fera directement lorsque le lecteur apprendra directement de l'auteur ce qu'il pense, et indirectement lorsque l'auteur décrit les réactions des législateurs et de la doctrine.

ces trois intérêts : elle est marquée par son époque en ceci qu'elle est une réaction directe à la doctrine classique et à ses conséquences réelles ou prétendues ; elle est axée, plus que sur le droit positif, sur la dynamique du droit international, sur ce que le droit pourrait être s'il suivait son propre mouvement ou ce qu'il *devrait* être ; enfin, elle ne cesse de faire des projections dans l'avenir. A ces divers titres, la lecture des travaux de Georges Scelle semble pouvoir être profitable à un juriste actuel de droit international. Cette impression s'accroît si l'on met au jour ce que furent les principales préoccupations de l'internationaliste : l'unité et la cohérence du système juridique international ; la moralisation des relations internationales par la prise en compte des « besoins » sociaux ; le « progrès » du droit par l'institutionnalisation. Si ce sont probablement des questions de toujours du droit international, elles sont aujourd'hui d'une actualité brûlante. Concernant la première d'entre elles, son importance aujourd'hui est soulignée par les débats récurrents, actuellement et dans un passé proche, touchant à la fragmentation du droit international, à la spécialisation de ses branches (notamment du droit international économique ou du droit international des droits de l'Homme) ou aux risques d'absorption du contentieux international par l'organe de règlement des différends de l'Organisation Mondiale du Commerce (O.M.C.). Pour ce qui est de la seconde préoccupation de Georges Scelle, la moralisation des relations internationales par la prise en compte des « besoins » sociaux de la société internationale, il n'est pas besoin d'être maître en histoire ou en sociologie pour noter l'ampleur inédite des exigences de ce qu'on appelle la « société civile » pour une régulation équitable des relations internationales – la réponse à ces attentes étant peut-être l'enjeu majeur du droit international du XXI^e siècle. Quant au « progrès » du droit international par l'institutionnalisation de la société internationale, l'explosion des relations transnationales menées par des personnes privées ont fait d'elle à la fois une revendication et une nécessité, dont tous prennent chaque jour davantage conscience.

Ces préoccupations peuvent et peut-être doivent être celles de l'internationaliste d'aujourd'hui. Aussi l'étude de la doctrine de Georges Scelle est-elle susceptible de l'attirer.

Dès le début de sa lecture, il ressentira cependant peut-être un malaise, un sentiment mêlant l'attraction et la répulsion, face à cette pensée à la fois si convaincue et si originale. Le risque est alors que ce malaise le pousse à s'enfermer dans une alternative radicale, consistant, ou à repousser cette doctrine comme extravagante et utopique, ou à l'accepter dans son entier, comme l'unique doctrine scientifique, positiviste capable d'expliquer avec cohérence

toutes les relations juridiques internationales – voire *toutes* les relations juridiques. S'il n'est pas étonnant qu'un tel choix paraisse nécessaire au lecteur, il nous semble qu'il n'est pas adéquat. En effet, ce choix prend racine dans un malentendu fondamental qui réside en ceci : alors que sa démarche est clairement engagée, moraliste, que sa vision du droit est finaliste, qu'il établit une doctrine dynamique présentant surtout le droit tel qu'il devrait être, Georges Scelle prétendra toujours sa méthode objective, scientifique et positiviste.

Finaliste, engagée, moraliste, la doctrine de Georges Scelle l'est assurément et ces caractéristiques frapperont le lecteur ne serait-ce que d'une page du *Précis de droit des gens*.⁴ Georges Scelle, d'une certaine manière, avoue cette orientation sans l'avouer lorsqu'il affirme son attachement à une école philosophico-juridique et indique que tout internationaliste se rattache à une école de ce type.⁵ Cette école, affirme-t-il encore, domine tout l'enseignement de celui qui y appartient ; et « sous peine de manquer de franchise envers lui-même et envers ses élèves il ne peut que souligner avec force ce qu'il croit être la vérité scientifique et, sous peine d'outrecuidance, il lui faut discuter les conceptions doctrinales qui diffèrent des siennes. »⁶

Dès ces premiers mots, le paradoxe inhérent à la doctrine de Georges Scelle apparaît. Ce qu'il affirme appréciable objectivement et scientifiquement est subjectif. Il existe une « vérité scientifique » mais aussi des « écoles doctrinales » qui en ont des conceptions différentes. Il « croit » à la vérité scientifique, mais ne la prouve ni ne la démontre. Et la démarche que Georges Scelle qualifiera plus loin de « scientifique » et « objective » est la même que celle qu'il présente au début de son *Précis* comme une démarche philosophico-juridique subjective menée avec franchise.

La méthode adoptée par le grand internationaliste vise à déceler la vérité et à tenter d'y mener l'homme, et non à décrire des textes et des institutions. La « vérité scientifique » n'est pas, pour le grand internationaliste, à découvrir dans des textes mais dans les sociétés. Il n'existe pas une vérité des textes ou du droit positif distincte de la vérité de la vie sociale. Le monde juridique n'existe vraiment, n'est « réel », n'est « véritable » que s'il répond à la vérité du monde social. Il n'y a pas de droit positif distinct d'un droit naturel, objectivement

⁴ *Précis de droit des gens (Principes et systématique)*, tome I (Introduction, le milieu inter-social), Paris, Recueil Sirey, 1932 ; tome II (*Droit constitutionnel international ; les libertés individuelles et collectives ; l'élaboration du droit des gens positif*), Paris, Sirey, 1934 (ci-après *Précis* t.I et *Précis* t.II)

⁵ *Précis* t.I, p. VIII

⁶ *Ibid.*

constatable, s'imposant à l'homme qui est le droit *objectif*. S'il existe un texte dont on dit qu'il est en vigueur mais que Georges Scelle affirme contraire aux nécessités de la vie sociale⁷, alors ce texte n'est pas « réel », il n'est pas « juridique » ; il est au contraire « fictif », « antiscientifique » et « antijuridique ».

Pour résumer, aux termes de la doctrine scellienne, sont véritables et scientifiques (en elles-mêmes) les nécessités sociales et le droit objectif qu'elles produisent nécessairement. Sont en revanche faux, fictifs et antiscientifiques, antijuridiques, tous les textes contraires à ce droit objectif. Parce qu'il est objectif, le droit devrait pouvoir être découvert et même formulé selon une méthode scientifique et objective.

L'ambiguïté de la doctrine scellienne tient en grande partie dans cette surprenante auto-qualification de scientifique et d'objective. Elle a été mille fois critiquée. Mais elle a probablement surtout été mal comprise. Avant de rechercher si la doctrine scellienne est effectivement scientifique et objective, peut-être convient-il de rechercher ce que Georges Scelle entend par là. On aperçoit alors, plutôt que son caractère scientifique ou non-scientifique, l'originalité, les avantages et les possibles faiblesses de la doctrine scellienne. (I)

Parmi ses avantages les plus frappants figure son caractère dynamique, cette capacité à expliquer le *mouvement* du droit international. Georges Scelle veut avant tout faire comprendre à ses contemporains, un destin de l'organisation sociale des hommes, un destin de la technique juridique, un destin du droit positif et la correspondance de ces trois destins. Toute son œuvre est dirigée en ce sens : elle présente un droit idéal, et un droit positif se dirigeant vers ce droit idéal ; elle présente les moyens d'évolution du droit. Ses grandes théories, celles du fédéralisme, de la hiérarchie des ordres juridiques, du dédoublement fonctionnel, du passage de l'interétatisme au superétatisme, des sujets de droit et des compétences ont pour but d'expliquer ce mouvement du droit, le sens dans lequel il évolue ou devrait évoluer. Plutôt que comme des livres reflétant le passé, il faut comprendre (et c'est exactement ainsi que Georges Scelle les comprenait) son *Manuel*⁸ ou son *Cours sur le fédéralisme international*⁹ comme des ouvrages sur l'*évolution* du droit internatio-

⁷ C'est d'ailleurs pourquoi la démarche de Georges Scelle n'est pas exclusivement juridique mais s'intéresse à la nature de l'homme et à ses comportements. Elle est « philosophico-juridique » et biologique, mais surtout influencée par la sociologie d'E. DURKHEIM.

⁸ SCELLE (G.), *Manuel de droit international public*, Paris, Domat-Montchrestien, 1948 (ci-après *Manuel*)

⁹ SCELLE (G.), *Cours de droit international public (rédigé d'après les notes et avec l'autorisation de M. G. Scelle) Le fédéralisme international, 1947-1948* (ci-après *Le fédéralisme international*)

nal. Aussi, c'est surtout à l'aune de la capacité qu'ont les travaux de Georges Scelle à expliquer les évolutions du droit international contemporain et à donner les clefs du droit international de demain, que nous pouvons les apprécier. Nous nous attacherons donc à rechercher si les grandes évolutions connues par le droit international depuis une cinquantaine d'année, ou encore la construction communautaire peuvent être expliquées par la « technique juridique » scellienne. (II)

1^{re} PARTIE : Les ambiguïtés d'une pensée radicale

Pour bien comprendre la doctrine de Georges Scelle, il convient avant toute chose de déterminer ses raisons d'être et son mode d'expression. L'extraire de la période dans laquelle elle a éclos, prendre ce qu'elle affirme « au mot » n'a ni sens ni intérêt car cette doctrine doit se comprendre à travers ses raisons historiques (A) et ses racines intellectuelles. L'étude de ces fondements intellectuels permet notamment de mieux comprendre le sens des termes que la doctrine scellienne emploie pour se qualifier, et les caractéristiques de cette doctrine auxquelles ils renvoient. (B) Mais cet étude ne suffit pas. Il faut aussi, pour se faire une juste idée de la pensée de Georges Scelle, se pencher sur la place ambiguë qu'elle attribue au pouvoir des gouvernants. (C) Il est alors possible de cerner plus précisément ses contours et de s'interroger sur les choix qu'elle a fait. (D)

A) Les raisons historiques de l'émergence de la doctrine de Georges Scelle

« Les doctrines qu'ils enseignent ne sont que préceptes d'hommes. »
(Matthieu 15.9)

*« Celui qui invente, au contraire de celui qui découvre,
n'ajoute aux choses, n'apporte aux êtres que des
masques, des entre-deux, une bouillie de fer »*

(René Char, *La bibliothèque est en feu*)

Historiquement, Georges Scelle appartient au mouvement doctrinal de l'entre-deux guerres qui visait à montrer que la conception du droit interna-

tional public retenue par les gouvernants étatiques et la doctrine volontariste du XIX^e siècle – la doctrine « classique » – est responsable des maux internationaux, au premier rang desquels se trouve évidemment la première guerre mondiale.¹⁰ Ce mouvement – essentiellement constitué de la nouvelle école du droit naturel¹¹ et de l'école de l'objectivisme sociologique à laquelle appartient Georges Scelle – se constitue autour de la volonté de frapper de nullité des règles de droit international allant à l'encontre d'une certaine Idée de la Justice.¹² Cette tendance se situe donc à l'opposé d'un courant dit « positiviste » très largement dominant jusque là. L'impuissance et l'inaction dont, pour rester cohérent avec elle-même, fit preuve l'école positiviste devant l'évolution des relations et mœurs internationaux sont montrés du doigt. Ce sont ces mœurs, la manière de percevoir la diplomatie et le rôle du pouvoir que le courant objectiviste et le nouveau droit naturel veulent renverser. Leur propos est de rappeler aux gouvernants étatiques que des obligations sont attachées aux pouvoirs qu'ils détiennent sur la scène internationale, et que la conformité de l'exercice des pouvoirs internationaux avec la finalité pour laquelle ils ont été attribués ou reconnus doit être contrôlée.

Comme l'ensemble de ce mouvement, la doctrine de Georges Scelle se veut un retour au bon sens, à une morale selon laquelle un « Sollen » (devoir être) ne peut pas être soumis à la contingence de la force et de volitions disciplinées comme l'est le « Sein » (être). Elle consiste à affirmer ou à réaffirmer que le droit n'est pas qu'un « art judiciaire »¹³ mais poursuit un but qui est « l'établissement de la paix parmi les hommes »¹⁴. Georges Scelle affirme que le monde du commandement, celui du droit positif ne peut pas être étranger à l'éthique. « Le Droit », écrit-il, « est la conjonction de l'éthique et du pouvoir »¹⁵. *A fortiori*, il n'est pas assimilable à l'expression d'une pure force, que celle-ci soit ou non acceptée par ceux sur lesquels elle s'applique.

¹⁰ Sur ce mouvement, voir le très intéressant – quoique volontairement très peu exhaustif – article d'Emmanuelle Jouannet : JOUANNET (E.), « La critique de la pensée classique durant l'entre-deux guerres : Vattel et Van Vollenhoven » *Miskolc Journal of International Law (Miskolci Nemzetközi Jogi Közlemények)* Vol. 1, 2004, N°2, pp. 45-63

¹¹ Sur celle-ci, voir en particulier : LE FUR (L.) « La théorie du droit naturel depuis le XVII^e siècle et la doctrine moderne », *R.C.A.D.I.* 1937-III (18), p. 263-441

¹² Sur la finalité des deux écoles, voir ce qu'indique implicitement Nicolas Politis à la fin de son article : POLITIS (N.), « L'influence de la doctrine de Léon Duguit sur le développement du droit international », *A.P.S.J.* 1932, n°1-2, pp. 80-81

¹³ Voir : « Critique de la « Théorie pure du droit » de Kelsen », *J.D.I. (Clunet)*, 1956, pp. 1062-1066

¹⁴ *Précis* t.I, p. IX

¹⁵ « Pouvoir étatique et Droit des gens (Réponse à une négation de l'Ordre juridique international) », in *Mélanges factives 1-7*, (1943) (A propos de l'ouvrage de Georges Burdeau : « Le Pouvoir politique et l'Etat ») (ci-après « Pouvoir étatique... ») p.199 ; *Le fédéralisme international* p. 11 ; *Manuel*, p. 8

Il n'est pas inutile de noter que l'émergence d'une doctrine critiquant l'assimilation du droit avec la volonté des Etats ou le pouvoir des gouvernants¹⁶ est concomitante avec l'ouverture et la publicité des relations internationales qui se fera après la première guerre mondiale.

Avant 1914 en effet, la direction des affaires étrangères était principalement confiée aux organes exécutifs de chaque Etat, cependant que la politique de ces mêmes affaires revenait à un corps spécialisé de fonctionnaires. Les constitutions nationales donnaient souvent compétences à des organes exécutifs pour négocier des traités secrets¹⁷. La première guerre mondiale a été le révélateur des catastrophes que la diplomatie secrète, les jeux d'alliance pouvaient entraîner. A cette « atmosphère d'intrigue » – pour reprendre les termes du président Wilson¹⁸ – l'opinion publique et un certain nombre d'hommes politiques ont voulu en 1918 substituer un principe de diplomatie ouverte, une « atmosphère d'amitié ».

L'origine précise de ce mouvement d'une relativement grande ampleur se trouve dans la publication en 1918 des archives secrètes du gouvernement tsariste par le gouvernement de Lénine, la demande du Labour party d'un contrôle de la politique étrangère britannique par le parlement, et surtout le premier des quatorze points du message du 8 janvier 1918 du président Wilson¹⁹ : « Conventions de paix conclues ouvertement après lesquelles il n'y aura plus d'accords internationaux secrets, de quelque nature qu'ils soient ; la diplomatie devra au contraire toujours procéder de manière ouverte et publiquement. »²⁰ Dès 1919, l'article 18 du Pacte de la

¹⁶ Très proches de cette position, on trouve notamment le juriste néerlandais Hugo KRABBE (1857-1936) et l'homme politique et juriste grec Nicolas POLITIS (1872-1942). Voir notamment : KRABBE (H.), « L'idée moderne de l'État », *R.C.A.D.I.*, 1926-III (vol. 13), pp. 509-583 ; POLITIS (N.), *La justice internationale*, Paris, 1924 ; « Le problème des limitations de la souveraineté et la théorie de l'abus des droits dans les rapports internationaux », *R.C.A.D.I.*, 1924-V (vol. 6), pp. 1-121

¹⁷ Ainsi les constitutions belge et française. Voir : DURU (S.), *Le principe de la diplomatie ouverte et l'enregistrement des Traités* (Thèse de doctorat), F°409 n°2038, Paris 1951, p. 25

¹⁸ Voir sur ces mots : *Id.*, p. 23.

¹⁹ Sur le premier des 14 points du président Wilson comme point de départ de l'obligation d'enregistrement et de publication des traités, voir notamment : HUDSON (M.-O.), « The Registration and Publication of Treaties », *AJIL*, 1925, p. 273 ; ANZILOTTI (D.), *Cours de droit international*, trad. GIDEL, Paris, 1929, p. 375 (§337) ; REITZER (L.), « l'enregistrement des traités internationaux », *R.G.D.I.P.* 1937, p. 68 et 69 ; TABORY (M.), « Recent Developments in the U.N. Treaty Registration and Publication Practices », *A.J.I.L.*, 1982, p. 350 ; JACQUE (J.-P.), commentaire de l'article 102 in COT (J.-P.) et PELLET (A.), (dir.), *La Charte des Nations-Unies*, Economica 1991, p. 1365

²⁰ « Open covenants of peace, openly arrived at, after which there shall be no private international understandings of any kind but diplomacy shall proceed always openly and in the public view »

S.D.N.²¹ répondit aux aspirations de l'opinion publique, en donnant à tous les membres de la Société des Nations l'obligation de transmettre tous les traités et engagements internationaux auxquels ils souscrivent, au Secrétariat de la Société pour que celui-ci procède à leur enregistrement et à leur publication.²²

Georges Scelle inscrit son travail dans cette évolution propre à surveiller, moraliser, juridisciser l'action des chancelleries. Dans tous ses travaux²³, il insiste sur le lien étroit entre l'ordre juridique et la société à laquelle il s'applique. L'ordre juridique positif doit être la transposition des nécessités sociales de cette société, et davantage encore celle du droit objectif « instinctivement dégagé par la conscience collective du groupe »²⁴. « Ce n'est [donc] la plupart du temps qu'une illusion du législateur et du gouvernant de croire qu'ils édictent la loi : ils la traduisent bien ou mal et, d'ordinaire, s'ils « font » le droit c'est qu'ils le violent. »²⁵ Aussi, Georges Scelle va jusqu'à affirmer qu'il faut refuser la positivité d'une norme établie par le pouvoir légitime, lorsqu'elle viole le droit objectif.

Quoiqu'il faille présumer une concordance entre ces deux « droits », il est pour Georges Scelle absolument nécessaire à la Justice que le milieu intersocial auquel le droit positif sera imposé, puisse confronter les règles *a priori* en vigueur avec le droit objectif, donc contrôler l'activité des chancelleries. C'est dans le sens de ce contrôle que s'est orienté la pratique internationale après la première guerre mondiale. Notons que l'évolution en faveur d'un contrôle,

²¹ Ainsi rédigé : « Tout traité ou engagement international conclu à l'avenir par un membre de la Société des Nations devra être immédiatement enregistré par le Secrétariat et publié par lui aussitôt que possible. Aucun de ces traités ou engagements internationaux ne sera obligatoire avant d'avoir été enregistré. »

²² Précisons ici que la préface de Georges Scelle à l'ouvrage intitulé *La promulgation des traités* n'a rien à voir avec l'enregistrement des traités auprès du secrétaire général de la S.D.N. ou des Nations-Unies. Ce qui y est traité et débattu (car l'auteur de la préface discute les positions de celui de l'ouvrage) est la promulgation des traités dans les ordres internes. Voir : SCELLE (G.), *Préface de SOTO (J. de) La promulgation des traités*, Pedone, Paris, 1945, 107 p. C'est aussi la question abordée aux pages 352 et 353 du tome II du *Précis*.

²³ Tous ses travaux d'ordre général soulignent tout particulièrement ce point. Voir notamment : *Manuel* p. 97 : « Le Droit est une contrainte sociale s'imposant aux gouvernants, notamment au législateur, comme aux gouvernés, parce que dérivant des nécessités de la vie sociale. Or les doctrines volontaristes prennent le contre-pied de cette constatation scientifique en faisant de la règle de Droit l'expression de la volonté du législateur. ». (c'est l'auteur qui souligne) Georges Scelle rappelle cette conviction dans ses travaux plus particuliers : *Le fédéralisme international*, p. 35 ; « Pouvoir étatique... » pp. 190-191 : « La notion d' « Ordre juridique », inséparable de celle de société politique, à tel point que l'une ne se comprend pas sans l'autre (*ubi societas ibi jus*) est pour tant un phénomène social indiscutable, aisément constatable et universel. ». Voir aussi : « Le concept de société internationale, ses conséquences en technique juridique », Paris, Les éditions internationales (de la *Revue de droit international* n°1), 1955 (ci-après « Le concept de société... »).

²⁴ « Pouvoir étatique... », p. 200

²⁵ « Le concept de société... », p. 12.

notamment parlementaire, des activités de l'exécutif sur la scène internationale s'est faite essentiellement dans chaque ordre national – l'ordre international établissant quant à lui pour les membres de la Société Des Nations une obligation de publication et d'enregistrement des traités.

Georges Scelle ne se contente cependant pas de déduire de l'exigence de conformité du droit créé par le pouvoir à un droit objectif, la nécessité d'une publicité et d'un contrôle de l'activité du pouvoir. Il tire aussi de cette exigence la négation de la personnalité et de la souveraineté de l'Etat dans l'ordre international – comme dans l'ordre interne. L'internationaliste, en effet, accuse le postulat « controuvé » d'une société internationale composée d'« Etats-personnes » d'égale souveraineté²⁶, et le critique en se fondant de manière originale sur la sociologie « scientifique » d'E. Durkheim²⁷ et les conclusions qu'en tire le Doyen Léon Duguit.²⁸ Alors que la doctrine classique faisait de ce postulat l'observation fondamentale avec laquelle il fallait composer, Georges Scelle, avec l'école sociologique, l'entend comme une inorganisation primitive à laquelle il faut remédier. Le parallèle qu'il fait de manière récurrente²⁹, entre, d'une part, les Etats dans la vie internationale, et, d'autre part, les Seigneurs du Moyen-âge passant d'un système féodal – dans lequel ils disposent sur leur territoire d'une liberté quasi-souveraine – à un ordre étatique plus centralisé est à ce propos particulièrement frappant. C'est ainsi dans le sens de la lente soumission des Seigneurs à une sou-

²⁶ Cette conception du Droit international reposant sur un équilibre d'Etats-personnes a été celle adoptée par la majorité de la doctrine à la suite d'Emer de Vattel (Voir : VATTEL (E.) *Le droit des gens ou Principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains* Paris, 1863, trad. Pradier-Fodéré. En 1919, Cornélius Van Vollenhoven s'exclamera : « On continue toujours de bâtir sur le plancher pourri de Vattel » ! Voir : VOLLENHOVEN (C. Van), *Les trois phases du droit des gens*, 1919 ; l'article précité d'E. JOUANNET ; ainsi que du même auteur : « Regards sur un siècle de doctrine française du droit international », *A.F.D.I.* 2000, p.1-57

²⁷ Voir en particulier : DURKHEIM (E.), *De la division du travail social*, PUF, 11ème éd., *Quadrige* 84, Paris, 1986, 416 p. ; DURKHEIM (E.), *Leçons de sociologie, Physique des mœurs et du droit*, PUF, *Quadrige* n°119, 1990 (posthume 1950)

²⁸ Pour se faire une idée de l'influence de Léon Duguit sur la doctrine sociologique du Droit international, feuilletter les Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique l'année de la mort du Doyen (1932) est particulièrement éloquent. On y trouve un remarquable nombre d'articles consacrés à son influence sur la pensée en droit international, parmi lesquels : POLITIS (N.), « L'influence de la doctrine de Léon Duguit sur le développement du droit international », *A.P.D.S.J.* 1932, n°1-2, pp. 69-81 (ci-après « L'influence de la doctrine... ») ; et SCELLE (G.), « La doctrine de Léon Duguit et les fondements du Droit des Gens », *A.P.D.S.J.*, Cahier 1-2, 1932, pp.83-119 (ci-après « La doctrine de Léon Duguit... ») Les œuvres de L. Duguit qui ont le plus marqué cette doctrine sociologique, et en particulier Georges Scelle, sont : DUGUIT (L.) *L'Etat, le droit positif et la loi positive*, Paris, 1901, rééd. Bibliothèque Dalloz, 623 p. ; et la somme : DUGUIT (L.), *Traité de Droit constitutionnel*, 5 vol., de Bocard, 3è éd., 1929, rééd. CNRS, 1972.

²⁹ Voir parmi d'autres : « Le concept de société... », pp. 7-8 ; « Théorie et pratique... », p. 91 ; SCELLE (G.), *Le sens international*, PUF, Paris, 1942, p. 49 (ci-après *Le sens international*) ; Manuel p. 33 ; « Quelques réflexions hétérodoxes sur la technique de l'ordre juridique interétatique », in *Hommage d'une génération de juriste au Président Basdevant*, Paris, Pedone, 1960, pp. 476-477 (ci-après : « Quelques réflexions... »)

veraineté unique que doit aller et que va la société internationale. Cette dernière ne peut logiquement que trouver son aboutissement dans un système fédéral ou dans un empire.³⁰

En refusant de faire de la volonté des Etats la source du droit international, et en soumettant la validité du droit qu'ils créent à sa conformité à un hypothétique droit objectif, Georges Scelle paraît repousser clairement toute approche positiviste. Paradoxalement, la doctrine scellienne proclame son appartenance à l'école positiviste, ou plus exactement néo-positiviste – ce qui incite à s'interroger sur le sens que revêt ce terme sous la plume de l'internationaliste.

B) La qualification et l'auto-qualification de la doctrine de Georges Scelle

*« Il est dur de s'abandonner aveuglément au torrent universel :
il est impossible de lui résister. Les efforts impuissants
ou victorieux sont aussi dans l'ordre. »
(Diderot, Lettre à Mme de Mauv)*

Dans la doctrine de Georges Scelle, le droit international public positif est décrit, tantôt comme la résultante nécessaire³¹ des nécessités sociales de la

³⁰ Cette question de l'avenir de la société internationale est particulièrement développée dans les ouvrages *Le sens international* et *Le fédéralisme international*. Si la question est abordée dans les deux ouvrages dans une optique similaire, on voit cependant qu'en 1942, dans le premier ouvrage, Georges Scelle n'exclue pas du tout la possibilité d'un empire international et y consacre quelques (brefs) développements, alors que cinq ans plus tard, dans *le fédéralisme international*, Georges Scelle semble plus enclin à voir dans le fédéralisme la future organisation du monde. Les deux ouvrages se rapprochent quant à leurs deux traits essentiels : ils n'excluent pas la possibilité d'un empire mondial ; ils donnent les raisons de préférer un fédéralisme international. Voir : *Le sens international*, p. 60 : « Mais il faut retenir que la solution fédéraliste et la solution impérialiste sont l'une et l'autre non seulement pensables, mais réalisables. [...] Ce qui milite en faveur de la formule fédéraliste, c'est qu'elle est la seule qui permette de neutraliser progressivement l'obstacle essentiel, l'obstacle éthique : la répulsion pour tout gouvernement étranger, la soif de liberté. » ; *Le fédéralisme international* p. 24 : « Lorsqu'il s'agit d'organisation mondiale, on n'a pas le choix, ou bien c'est l'empire universel, ou bien c'est le fédéralisme ; il faut choisir entre les deux. » (Voir aussi p. 126)

Les deux travaux présentent, attachée à la question de la future organisation mondiale, la seconde guerre mondiale comme « une guerre de révolution faite pour conquérir le pouvoir mondial » (*Le sens international*, p.61 ; *Le fédéralisme international*, p. 24)

Dans son cours général de La Haye (DUPUY (P.-M.), « L'unité de l'ordre juridique international », *R.C.A.D.I.* 2002, t. 297, pp. 52-53) et dans son intervention du 20 juin 2005 au Collège de France, le professeur Pierre-Marie Dupuy a évoqué le « couple antagonique » empire/fédération – sans cependant faire sur ce point référence à Georges Scelle.

³¹ Voir par exemple : *Règles générales du droit de la paix*, *R.C.A.D.I.* 1933, IV, p. 349 (ci-après « Règles générales... ») : « La traduction normative de ces lois causales immanentes s'appelle le droit positif. Le droit positif n'est donc, par définition, que la transposition sur le plan normatif des lois causales d'une société ». Le droit positif perd sa normativité dans la mesure où il ne correspond plus au droit objectif.

société internationale³², tantôt comme la « conjonction de l'éthique et du pouvoir »³³.

Malgré la difficulté qu'il peut y avoir à concilier ces deux définitions du droit³⁴, elles se rejoignent dans l'idée anti-positiviste – si l'on comprend le terme « positiviste » au sens classique³⁵ – selon laquelle la validité du droit positif dépend de sa conformité à un « droit » supérieur. Contre toute attente, Georges Scelle qualifie cette conception de la validité de la règle de droit de « scientifique » et la doctrine qui en découle de « néo-positiviste ».³⁶

Pour qualifier son travail de positiviste ou de scientifique, il affirme que sa doctrine prend en considération des « faits » que la doctrine classique ignorait ou dont elle ne tirait pas toutes les conséquences.³⁷ Ainsi, les concepts de droit objectif, ou de nécessités sociales, ou encore d'une éthique s'imposant aux gouvernants par la force qui lui est inhérente sont des faits sociaux constatables. Le système juridique scellien reposerait donc, contrairement à la doctrine classique, sur des faits et non sur des présupposés.

Ces prétentions peuvent naturellement être critiquées et elles l'ont été effectivement : le contenu d'une éthique ou d'un droit objectif n'est pas un fait et on peut douter de la possibilité de le déterminer objectivement ou scientifiquement. Il est en conséquence difficile, voire impossible d'apprécier objectivement, scientifiquement si le droit positif y est conforme ou le viole ou y est indifférent. De plus, il est difficilement démontrable « objectivement » que des règles issues de la solidarité ou des nécessités sociales s'imposent effectivement aux gouvernants et dictent leur conduite.³⁸

³² Le droit se fonde sur le fait de la solidarité, qui implique une coercition naturelle biologique que les individus sont tenus d'accepter sous peine de mettre en danger la cohésion sociale. Le droit positif doit transcrire strictement ce « droit naturel » pour conserver sa validité.

³³ La définition du droit comme conjonction de l'éthique et du pouvoir est récurrente dans les travaux de Georges Scelle qui date des années 40 : *Lé fédéralisme international*, p. 37 ; *Manuel*, pp. 6-9. Voir aussi « Pouvoir étatique... »

³⁴ Voir sur ce point la partie C.

³⁵ On peut par exemple se référer à cette définition relativement neutre du positivisme (quoi qu'il soit naturellement possible de la discuter) : « Dans le domaine de l'analyse juridique, le positivisme signifie deux choses : la négation du droit naturel avec en corollaire, la séparation totale du droit et de la morale, et la réduction du droit positif à la volonté de l'Etat. » (LEGOHEREL (H.), *Histoire du droit international public*, PUF, *Que sais-je ?*, n°3090, Paris, 1996, p. 107)

³⁶ *Manuel* p. 63. Voir aussi au sein de cet ouvrage le chapitre consacré à l'histoire du droit international et aux doctrines du droit international.

³⁷ Georges Scelle affirme tantôt que la doctrine classique avait tort dans sa constatation des faits, tantôt que ce qu'elle pouvait affirmer avec raison autrefois ne reflète désormais plus la réalité. Voir par exemple : *Précis* t.1, p. VII ; « Règles générales » pp. 332-333 ; *Manuel*, p. 3

³⁸ Ceci ne signifie naturellement pas que cela ne soit pas le cas. Prétendre le démontrer scientifiquement ou objectivement est cependant probablement illusoire. Cela relève, quoi que puisse en dire Georges Scelle (voir par exemple : SCELLE (G.), « Fédéralisme et proudhonisme », p. 22 in PROUDHON (P.-J.), *Œuvres complètes*, Slatkine, Genève-Paris, 1982, vol. XV) de la psychologie.

Plus globalement, la lecture des travaux de Georges Scelle ne laisse pas l'impression qu'elle repose sur un rigoureux travail d'observation. Aussi convient-il de s'interroger sur les raisons pour lesquelles Georges Scelle qualifie sa propre doctrine de « scientifique » ou « positiviste » ou « sociologique ». Plus que dans leur sens courant ou celui que leur donne parfois la langue du droit, c'est peut-être dans le sens que la philosophie d'Auguste Comte leur donne qu'il faut comprendre ces qualificatifs. A notre connaissance, Georges Scelle ne cite jamais Auguste Comte. Aussi l'utilisation de ces termes a probablement sa source véritable dans la lecture par Georges Scelle des travaux de Léon Duguit et Emile Durkheim, eux-mêmes grands lecteurs d'Auguste Comte.

Chez Auguste Comte, la pensée est en progrès mais est « nécessairement assujettie dans sa marche à passer par trois états théoriques différents : l'état théologique ou fictif, l'état métaphysique ou abstrait, enfin, l'état scientifique ou positif. »³⁹ La dénonciation scellienne systématique du caractère « fictif » et « métaphysique » de la doctrine classique, et l'auto-qualification de « positive » et de « scientifique » de la pensée objectiviste de cette époque ne peut pas ne pas faire penser à la philosophie comtienne et à la sociologie durkheimienne. Cette dénonciation scellienne de la doctrine classique, comme une doctrine dépassée faisant abusivement de l'Etat un être vivant, ressemble à la critique comtienne de l'état théologique de la pensée, qui est, approximativement « un mode d'explication des phénomènes, qui fait intervenir, derrière eux, une volonté anthropomorphique cachée »⁴⁰. Quant au terme « métaphysique », « il ne se réfère pas aux grands systèmes de la philosophie classique [mais] désigne un mode d'explication des phénomènes, qui fait appel à des abstractions réalistes : hypothèse d'un éther en physique ou d'une âme en psychologie »⁴¹

Comprendre l'auto-qualification de la doctrine de Georges Scelle comme une référence au troisième état de la pensée, aux termes de la philosophie comtienne, permet d'expliquer de nombreux aspects de la pensée du grand internationaliste. Elle autorise à penser le rejet de la doctrine classique, et celui du droit naturel⁴² comme un refus d'adhérer aux doctrines correspondant à

³⁹ COMTE (A.), *Système de politique positive*, t. IV, Appendice, Vrin, 2000, p. 77

⁴⁰ GUILLEMAIN (B.), article « COMTE (Auguste) 1798-1857 » in *Encyclopédie Universalis*, t. 6, p. 203

⁴¹ *Ibid.*

⁴² Ce rejet n'est ferme que formellement car le seul reproche clair que Georges Scelle adresse à la doctrine du droit naturel est d'avoir une démarche purement « sentimentale » et donc vouée à l'échec. Avec cette école, Georges Scelle reconnaît la nécessité et le rôle d'une « éthique du Droit international », c'est-à-dire d'« un certain nombre de principes généraux ». (c'est l'auteur qui souligne) Si Georges Scelle refuse la notion de Droit naturel (voir notamment : *Manuel*, p. 71), il écrit pouvoir affirmer « scientifiquement » l'existence d'« ensembles normatifs autonomes qui, dans un milieu social donné, et notamment dans le milieu international, sont soutenus par un substratum

l'état théologique ou à l'état métaphysique de la pensée. Elle explique aussi l'auto-qualification de sa doctrine comme « sociologique ». Pour Georges Scelle, la doctrine sociologique est celle qui prend pour postulat de base⁴³ que le fondement de toute norme est, non la volonté de la personne qui l'édicte, mais la nécessité sociale des sujets de cette norme. Ce « point de vue social » est pour Georges Scelle le point de vue juridique. Il se caractérise par l'exclusion de toute référence à la psychologie et à la volonté de l'individu.⁴⁴

Georges Scelle s'éloigne cependant de la méthode sociologique durkheimienne en ce qu'il prétend expliquer les faits sociaux, et notamment la solidarité sociale, en s'appuyant sur des phénomènes naturels alors qu'Emile Durkheim refuse de faire ce raisonnement à plusieurs reprises.⁴⁵ Chez Durkheim, si les faits sociaux doivent être considérés « comme des choses », ils ne doivent cependant pas être appréhendés comme des faits physiques ou biologiques. Les faits sociaux ont une dynamique propre qui les distingue de ce qui n'est soumis qu'aux règles de la science.

De fait, les règles de « technique juridique » dégagées par Georges Scelle⁴⁶ semblent plus souvent relever de la « politique juridique » que de la sociologie ou de la science en général, car elles ne visent pas uniquement à décrire la réalité des faits ou des normes – au sens où tous ces termes sont habituellement entendus. Au contraire, elles visent dans un premier temps à comprendre le but poursuivi par les hommes s'organisant en collectivités politiques réglées par le droit.⁴⁷ Puis, dans un second temps, elles ont pour finalité de donner au

éthique si solide qu'il est aussi difficile de le violer que les règles positivement établies par la convention et la coutume. » (*Manuel*, p. 71). Ces règles de droit objectif, issu de la naissance de toute société, sont de droit naturel en ce sens que « tout phénomène social est naturel ». (*Règles générales*, p. 336) Aux termes du cours général de Georges Scelle à l'Académie de La Haye, ces règles se distinguent du droit naturel uniquement parce qu'elles varient d'une société à une autre. (*Ibid.*)

⁴³ Georges Scelle avoue de manière assez remarquable, dans le chapitre de son *Manuel* consacré à sa propre doctrine, que la doctrine sociologique « dévie vers l'éthique » lorsqu'elle affirme que « le fondement de la règle de Droit est dans la conviction de la collectivité ».

⁴⁴ Voir SCELLE (G.), « Fédéralisme et proudhonisme », in PROUDHON (P.-J.), *Œuvres complètes*, Slatkine, Genève-Paris, 1982, vol. XV, p. 22 (ci-après « Fédéralisme et proudhonisme »)

⁴⁵ Voir : DURKHEIM (E.), *Les règles de la méthode sociologique*, PUF, *Quadrige*, 7^e éd., Paris, 1993 (première éd. 1895), XXIV-149 p. ; *Le suicide, étude de sociologie*, PUF, *Quadrige*, Paris, 1999, (première édition 1897), 463 p.

⁴⁶ Sur celles-ci, voir notamment *Manuel* pp. 4 et ss.

⁴⁷ Ce but doit être dégagé des « expériences millénaires d'organisation sociale, constitutionnelle des sociétés politiques. » (*Règles générales*, p. 336) Cette appréciation n'est pas toujours facile car « [u]ne longue suite de lustres, de décades, peut-être de siècles ne constitue dans l'histoire de l'humanité qu'une brève approche de ses finalités », mais il n'en reste pas moins que « La science est explication et finalité et non seulement technique. » (*Manuel*, p. 9), et que « [t]out abandon [dans la réalisation de cette finalité] est anti-scientifique. » (SCELLE (G.), *Préface* de l'ouvrage : LEONARD (R.), *Vers une organisation politique et juridique de l'Europe – Du projet d'Union fédérale européenne de 1930 aux Pactes de sécurité*, Rousseau et Cie Editeurs, Paris, 1935, p.12)

droit les moyens de réaliser pleinement ce but⁴⁸, qui, approximativement, peut être réduit à cette formule : « la paix par le Droit. »⁴⁹

Les moyens de traduction du droit objectif préconisés par Georges Scelle sont directement fonction de la manière avec laquelle il perçoit le but de l'évolution des collectivités humaines et de la manière avec laquelle il pense qu'elles doivent l'atteindre. Parce qu'il se fait une certaine idée du but de l'évolution des sociétés humaines et des finalités poursuivies par le droit, Georges Scelle intègre en réalité probablement, dans le terme neutre de « technique juridique », sa propre conception de la Justice.

Aussi, il n'est pas vain de se demander si, en prétendant montrer le droit sous la forme que lui assignent la solidarité et les nécessités sociales, Georges Scelle ne présente pas en réalité le droit qui lui semble idéal sur un plan moral. Autrement dit, la doctrine scellienne n'est-elle pas une doctrine *jus naturaliste* déguisée ? La « technique juridique » n'est-elle pas en réalité un ensemble de principes considérés par Georges Scelle comme de droit naturel ?⁵⁰

L'opération de classification de la pensée de Georges Scelle dans ou hors du droit naturel n'est pas évidente car elle est sans cesse perturbée par les affirmations de la doctrine scellienne sur elle-même. Aussi, plutôt que de nous attacher aux qualifications que la doctrine scellienne s'auto-attribue, nous pensons plus pertinent d'analyser les arguments avancés par celle-ci pour réfuter les positions d'autres doctrines de son époque. Dans son cours général dispensé à l'Académie de la Haye, Georges Scelle écrit : « [...] l'argument [...] apparaît immédiatement comme peu scientifique : il repose sur une contin-

⁴⁸ Soulignons ici que la poursuite d'un tel but sous-entend qu'il existe « un » chemin de l'histoire et un intérêt pour l'homme d'y avancer le plus rapidement possible.

⁴⁹ *Précis*, p. IX : « Le Droit n'est ni la politique ni la morale. L'objectivité scientifique doit bannir d'un enseignement juridique tout idéal extra-juridique, toute « croyance », toute aspiration affective, tout point de vue subjectif et, notamment, dans notre domaine, les points de vue nationaux -, tout sentiment en un mot, si élevé, si légitime ou si profond soit-il. Le seul idéal que l'on puisse contempler c'est le « but », idéal aussi, puisque jamais atteint, que se propose le Droit : l'établissement de la paix entre les hommes. » Remarquons ici que Georges Scelle se contredit dans cette même phrase puisqu'il indique à son début que le droit ne doit contempler aucun idéal, et à la fin qu'il doit contempler celui de la paix entre les hommes. « La paix par le Droit » est l'un des grands idéaux de la fin du XIX^e siècle et de l'entre-deux guerres. Voir par exemple : LEGOHEREL (H.), « Histoire de la société internationale », in ALLAND (D.) (dir.), *Droit international public*, PUF, coll. Droit fondamental, Paris, 2000, pp. 63 et ss. Sur la paix par le droit, voir de Georges Scelle : « La paix par le droit », *La paix par le droit*, oct 1947, pp. 9-13.

⁵⁰ Charles Berlia, admirateur de Georges Scelle, refuse d'assimiler la doctrine scellienne à une doctrine *jus naturaliste*. Voir : BERLIA (G.), « La doctrine de Georges Scelle, études de quelques thèmes », in *Droit public interne et international, Etudes et réflexions* (Recueil publié en hommage à la mémoire de Georges Berlia), L.G.D.J. (1980), p. 5 et p. 54 ; ou in *Cours des Hautes études internationales*, 1961-1962, troisième partie (premier fascicule) : « le droit positif doit être critiqué, non pas à l'aune du droit positif lui-même, ce qui n'a pas de sens, ni à l'aune de principes naturalistes, mais à l'aune d'une technique juridique. »

gence, sur une forme actuelle : il est formel ou extrinsèque, non pas matériel ou intrinsèque. Il nous donne comme un absolu ce qui est relatif, il nous présente comme étant le Droit ce qui est un état du Droit. »⁵¹ Ici apparaît clairement la vision scellienne de la science et donc de la doctrine scellienne elle-même : elle n'est pas l'analyse des faits, contingents par nature, mais la recherche et la description d'un absolu⁵². La « science » de Georges Scelle n'est pas empirique, elle est philosophique.⁵³

On trouve aussi, dans le même cours, cette assertion : « si aucun élément anti-scientifique (préjugés, passions, intérêts malentendus) ne vient en obscurcir le sens »⁵⁴. Dans plusieurs travaux de Georges Scelle, on trouve des remarques comparables.⁵⁵ Elles laissent entendre que les passions humaines, les préjugés, les « mystiques collectives » ont une influence sur le droit en vigueur⁵⁶ ; mais que ce droit en vigueur n'est pas vraiment « le Droit ». « Le Droit » est chez Georges Scelle un monde sur lequel les hommes n'ont pas de prise car il est issu de leurs nécessités et non de leur volonté. Un juriste ne doit donc « jamais [...] faire de concessions [aux préjugés et passions humaines] sur le terrain des principes juridiques »⁵⁷ s'il souhaite que sa démarche soit « scientifique ».

Autrement dit, le droit n'est pas le produit direct de ses sujets, ni même l'enregistrement de leurs pratiques, mais « ce qui est nécessaire à une société ». Même si Georges Scelle prétend déduire objectivement les nécessités sociales de l'observation des faits sociaux⁵⁸, la détermination du contenu de ces nécessités est souvent profondément subjective. Ce que Georges Scelle va prétendre

⁵¹ « Règles générales... » p. 333.

⁵² A la page 9 de son *Manuel*, Georges Scelle écrit : « On se condamne, pensons-nous, à mal concevoir le sens et la portée d'un ordre juridique, en tous cas à ne pas pouvoir porter de jugement de valeur sur telle ou telle institution juridique, si on les isole arbitrairement du phénomène social, ou « politique » (au sens large) dont ils ne sont que de manifestations particulières. La science est explication et finalité et non seulement technique. »

⁵³ Remarquons d'ailleurs que la doctrine scellienne rejoint ici la philosophie d'Auguste Comte en ce qu'elle condamne l'empirisme.

⁵⁴ « Règles générales... », p. 366

⁵⁵ Voir notamment : *Précis* t.I, p. 9 et *Le fédéralisme international*, p. 146 : « La loi, dans aucun cas, n'est l'expression de la volonté humaine, tout au moins si on l'envisage dans son essence scientifique et non dans son infirmité pragmatique. » Ce que Georges Scelle désigne par l'expression « dans son infirmité pragmatique » est ce qu'un positiviste classique ou un scientifique (au sens strict) aurait dit exister « dans les faits ».

⁵⁶ Soulignons qu'il s'agit d'une influence sur le droit positif lui-même et non sur des conceptions que les individus pourraient en avoir.

⁵⁷ *Précis* t.I, p. IX

⁵⁸ Qui suppose que « nous saisiss[ions] le phénomène [social] tel qu'il est réellement, sans avoir recours à des formes subjectives pour le rendre concevable. » Voir : BONNARD (R.), « Léon Duguit, ses œuvres, sa doctrine », *R.D.P.* 1929, p. 36 cité in MAULIN (E.), *La théorie de l'Etat de Carré de Malberg*, Léviathan, PUF, Paris, 2003, p. 165. Dans le même sens : REGLADE (M.), « Théorie générale du droit dans l'œuvre de Léon Duguit », *A.P.D.* 1932, n°1-2, p. 23 cité in le même ouvrage : Léon Duguit croit « à la concordance de la réalité avec les idées que nous nous en faisons sans interposition de formes subjectives ou de catégories *a priori*, qui seraient nécessaires pour le rendre concevable ».

être la règle de droit sera donc généralement son *Idée de ce qui est nécessaire à une société donnée*.

Il en résulte une démarche consistant à tenir compte du droit en vigueur et de la pratique des sujets de droit dans la stricte mesure où ils tendent à réaliser l'Idée que Georges Scelle se fait du droit nécessaire, c'est-à-dire dans la mesure où il estime qu'ils correspondent à une Idée de la Justice. Les normes en vigueur ne sont ainsi considérées comme de droit positif, et la pratique des sujets de droit comme un « fait », qu'à la condition que ces normes (dans le premier cas) et cette pratique (dans le second) réalisent l'Idée scellienne de la Justice. Le terme « fait » ou « fait social » prend donc dans la doctrine de Georges Scelle le sens particulier de « fait qui, objectivement, réalise l'Idée de droit »⁵⁹. C'est par la concordance des faits à une Idée du droit ou de la Justice que Georges Scelle va conclure à leur existence ou à leur inexistence.

Aussi, si l'internationaliste du début du XX^e siècle affirme que les normes « réelles » découlent de la nécessité des faits (au contraire des normes « fictives » qui, bien que produites par le législateur, ne découlent pas de ces nécessités), c'est parce qu'il définit les faits comme « ce qui réalise nécessairement le droit ». Ainsi, il est en mesure d'exclure de la catégorie des faits la volonté ou la pratique des gouvernants⁶⁰ et d'y inclure des notions abstraites et subjectives telles que la solidarité ou les nécessités sociales. Il faut donc faire un raisonnement circulaire pour comprendre la notion de fait dans la doctrine scellienne : elle affirme que le droit est le produit nécessaire des faits, mais elle ne retient parmi ceux-ci que ceux qui réalisent une certaine Idée du droit. Une fois ces faits réunis et qualifiés d'objectifs, il est possible de fonder sur eux une Idée du droit, puisque justement, ils ont été choisis en fonction de leur concordance avec cette Idée.

Décidant de ce qui, au regard des faits, doit être obligatoire, et négligeant ce que les « vrais » législateurs internationaux décident, Georges Scelle usurpe en quelque sorte le rôle de ces législateurs.

Avant d'essayer de montrer en quoi cette expulsion de la volonté et de la force des gouvernants peut être problématique, nous voudrions indiquer deux traits importants qu'elle imprime à sa démarche.

⁵⁹ Dans l'article « Pouvoir étatique et droit des gens » Georges Scelle rejette le concept « d'Idée de droit », selon lui métaphysique. (« Pouvoir étatique... », p. 196) Cela ne nous empêche pas de penser que c'est cette expression qui désigne le mieux sa démarche.

⁶⁰ « Théorie et pratique... », p. 91 : « l'histoire diplomatique n'est bien souvent que celle de la défiguration et de la méconnaissance systématique de la règle de droit. » Dans le même sens, voir : *Précis* t.I, p. IX : « [...] Il est vrai que la pratique des hommes d'Etat est souvent contraire au Droit »

Le premier de ces traits consiste en un raisonnement qui va toujours du tout à la partie, de l'ordre juridique aux sujets, des intérêts communs aux intérêts individuels.

Si l'on considère qu'en droit international, une doctrine prend toujours pour point de départ et finalité ultime du raisonnement, ou l'Etat individuel, ou les intérêts communs⁶¹, on peut clairement classer Georges Scelle dans la catégorie des auteurs qui font primer sur l'existence, la puissance et les intérêts des sujets de droit, l'existence et la puissance du droit qui s'impose aux sujets. Comme de nombreux auteurs appartenant à la deuxième catégorie, Georges Scelle justifie ses écarts au positivisme en invoquant le refus de l'anarchie⁶², les besoins d'une organisation sociale supérieure aux individus et groupes d'individus⁶³, c'est-à-dire les exigences du droit tel que celui-ci lui semble nécessaire. Il affirme aussi dans une sous-partie de son *Précis*, consacrée à la souveraineté que « le droit objectif s'impose à la société qu'il régit et, par conséquent, à tous ses membres, le Droit seul est souverain. »⁶⁴. Il inverse ainsi le rapport souveraineté de l'Etat-ordre juridique international en faisant de ce dernier la seule force souveraine.

Le second trait méthodologique qui découle de la volonté d'expulser la puissance et la volonté étatiques de la création normative internationale est une préférence systématique des critères matériels sur les critères formels.⁶⁵ « Le critère formel », écrit Georges Scelle, « est antiscientifique. La nature

⁶¹ Comme le propose Robert Kolb. Voir : KOLB (R.), *Réflexions de philosophie du droit international – problèmes fondamentaux du droit international public : théorie et philosophie du droit international*, Bruxelles, Bruylant, collection de droit international, 2003 p. 105 (IV. – La règle résiduelle de liberté en droit international (« Tout ce qui n'est pas interdit est permis 1. Position du problème) : « Selon la *conception positiviste*, l'Etat avec ses fins propres, est le *prius* ; il est investi de pouvoirs originaires illimités ; le droit n'est qu'une projection de sa volonté incontrôlable [...] ; la vie externe n'est que le reflet du « moi étatique ». [...] Selon une *conception communautaire*, c'est le droit international avec ses exigences de bon ordre qui est le *prius* ; la répartition des compétences originaires ne peut se faire que selon un ordre juridique supérieur aux Etats individuels car autrement ce serait l'anarchie ; [...] les besoins de la vie sociale et l'idée de protection de l'autre l'emportent sur les visées du « moi » étatique sans freins. »

⁶² Voir notamment sur le refus de l'anarchie : *Précis* t.I, p. 55 ; *règles générales...*, p. 332 ; « Théorie du gouvernement... », p. 46 ; « Le concept de société... », pp. 29-30 ; « Théorie et pratique... », p. 93 et 108 ; *Manuel*, p. 96 ; « Quelques réflexions sur l'abolition ... », p. 8 ; « Quelques réflexions hétérodoxes... », p.482 ; « Fédéralisme et proudhonisme », pp. 9 et ss.

⁶³ Voir parmi beaucoup d'autres : *Règles générales*, p. 91 ; *Manuel*, p. 33 ; « Le concept de société... », p. 7-8 ; « Quelques réflexions sur l'abolition... », p. 8

⁶⁴ *Précis*, t. I, p. 13

⁶⁵ Voir pour des exemples : « Critique... », p. 371 ; *Précis* t.I, p.56 et p. 193 ; *Préface* à CARABIRER (Ch.), *Les juridictions internationales de droit privé*, Ed. de la Braconnière, Neuchâtel, Les éditions de la colonne Vendôme, Paris, 1947, p. 19 : « [...] le critère organique n'a aucune pertinence scientifique. Pour caractériser une institution, il faut s'attacher à sa finalité, à son but social, à son contenu matériel[...] ; *Le fédéralisme international*, p. 44, pp. 110-11, pp. 128-129, p. 259. De manière plus implicite, voir : *Règles générales*, p. 346. *Etrangement a contrario* (quoi que ce soit implicite) : *Le fédéralisme international*, p. 131.

intrinsèque d'un acte ne se détermine que par le critère matériel : celui du contenu de l'acte. ».⁶⁶ A notre connaissance, Georges Scelle n'explique jamais véritablement pourquoi le critère matériel est plus scientifique que le critère formel. Cependant, on peut penser que cette préférence pour les critères matériels a sa source dans la conviction que l'origine de l'obligatorité d'une norme est la *nécessité sociale* et non la *volonté étatique*. En effet, les nécessités sociales trouvent surtout leur expression dans le contenu d'une norme, alors que la volonté des gouvernants peut davantage influencer sa forme.

Georges Scelle donne beaucoup d'effets à la priorité du matériel sur le formel, puisqu'il indique que c'est le contenu de la norme qui doit imposer son adoption dans une certaine forme, et qui lui donne une certaine valeur. Ainsi, la valeur par exemple conventionnelle, législative ou constitutionnelle d'une norme ne dépend pas de sa forme mais de son contenu.⁶⁷

Par les deux traits méthodologiques de sa pensée que nous venons de citer, on peut remarquer que Georges Scelle se révèle tout à fait clairement être un « Ancien », au sens philosophique du terme. Il affirme l'existence d'une réalité objective (le droit objectif, qui a sa source dans la nature sociale de l'homme) et la possibilité de la connaître et la décrire objectivement. Quant à la préférence des critères matériels sur les critères formels, elle peut se comprendre comme la volonté d'expliquer les phénomènes juridiques en se fondant sur leurs causes finales, davantage que sur leurs causes efficientes.⁶⁸

En faisant primer systématiquement le matériel sur le formel et les normes de l'ordre juridique international sur le comportement de ses sujets, Georges Scelle imagine souvent davantage un ordre idéal, dans lequel la

⁶⁶ « Théorie du gouvernement... », p. 55

⁶⁷ Pour Georges Scelle, le contenu d'une norme impose aussi, en droit international comme en droit interne, sa forme et, plus implicitement, son rang hiérarchique. Ainsi déclare-t-il p. 295 de son *Manuel* à propos de l'acte ou la norme énonçant la constitution d'un Etat fédéral : « Il est bien vrai que la formation d'un Etat fédéral n'est nullement le résultat d'un contrat et que la Constitution fédérale a, de toute évidence, le caractère législatif. C'est une loi constitutionnelle quelle que soit son origine : traité-loi constitutif ou concession unilatérale du pouvoir constituant [...]. C'est que cette Constitution, quelle que soit la forme sous laquelle elle prend corps, est la constatation et non la création d'un phénomène de solidarité préexistant et devenu conscient, lequel n'a nullement son origine dans la volonté des gouvernements fédérés [...] » (c'est l'auteur qui souligne) Cette position est rigoureusement opposée à celle des volontaristes, qui peut se résumer en cette phrase du professeur Combacau : « Puisque le droit international repose entièrement sur l'acceptation d'obligations par des Etats également souverains [...] la dignité particulière de l'objet sur lequel elles portent n'est [pas] pertinente pour déterminer un ordre hiérarchique entre deux normes conventionnelles par exemple [...] » (COMBAUCAU (J.), « Le droit international : bric-à-brac ou système ? », *A.P.D.*, 1986, p. 88)

⁶⁸ Sur la préférence des modernes pour les causes efficientes et leur désaffection des causes finales, voir : VILLEY (M.), *La formation de la pensée juridique moderne*, PUF, *Léviathan*, Paris, p. 496

volonté et la force des gouvernants ne peuvent être, ou ne peuvent être seules à la source du droit, qu'il ne rend compte de la réalité de son temps. Lorsque cependant il tente de témoigner fidèlement des aspects de la réalité qu'il réprouve le plus, il se voit contraint de reconnaître la force normative de l'exercice de la puissance. La volonté de concilier la description d'un ordre idéal vers lequel tendent nécessairement les réalités internationales, et la description de ces réalités mêmes, rend ambiguë le rôle normatif accordé par Georges à la puissance.

C) La place ambiguë du pouvoir dans la doctrine de Georges Scelle

Dès les premiers ouvrages de Georges Scelle, la question de la place à accorder au pouvoir et à la volonté des gouvernants étatiques dans la création du droit apparaît problématique. Dans son *Précis*, son ouvrage le plus virulent, il prend fermement position contre le pouvoir des gouvernants et affirme que « [s]'il est nécessaire de tenir compte de la force, c'est uniquement pour l'assujettir au Droit [...] Mais lorsque, sous prétexte de réalisme, on consent à considérer comme un élément du droit positif les compromis soit-disant nécessaires entre les aspirations de puissance et les normes de solidarité, on cesse de faire du réalisme juridique et l'on confond le Droit et la politique. [...] Il est vrai que la pratique des hommes d'Etat est souvent contraire au Droit. Mais les politiques font leur métier en faisant de la politique. Les juristes ne font pas le leur en s'inclinant devant les contingences, et en donnant comme Droit objectif des pratiques contradictoires à la règle de droit. Consciemment ou non, ils deviennent complices des apologistes de la force. Et le Faustrecht est la négation du Droit. »⁶⁹

Georges Scelle opte donc pour une séparation stricte du droit – notamment du droit positif – et de la politique. Cette séparation est le pendant de la théorie scellienne selon laquelle le droit ne naît pas de la volonté des gouvernants et ne se définit pas par la contrainte qu'ils organisent⁷⁰ mais par sa nature sociale et sa finalité qui est la paix entre les hommes. Ce point de vue est confirmé dans le cours général tenu en 1933 à l'Académie de La Haye⁷¹, et plus encore dans l'article « Pouvoir étatique et droit des gens » dans lequel

⁶⁹ *Précis*, t. I, pp. IX-X

⁷⁰ *Précis* t.I, p. 22 : « L'existence de la règle de droit objective ou positive est indépendante de la sanction. »

⁷¹ Si Georges Scelle affirme dans ce cours que la règle de droit est « la contrainte sociale », il indique ensuite que la règle de droit se distingue d'autres contraintes sociales (ce qui, naturellement, est contradictoire avec la première assertion selon laquelle le droit est la seule contrainte sociale) en ceci qu'« elle monopolise la force sociale ou la contrainte organisée » (p. 348). Il souligne cependant que la règle de droit n'a droit à ce monopole que parce qu'elle est issue de la nécessité sociale « immanente ou biologique » (pp. 348-9), et que le droit positif n'a de valeur obligatoire que parce qu'il concorde avec le droit objectif (pp. 349-350).

Georges Scelle se penche longuement sur la nécessité et la possibilité de distinguer droit et pouvoir⁷².

La position de l'éminent internationaliste paraît se nuancer dans ses travaux postérieurs à la seconde guerre mondiale. Dans son cours sur *Le fédéralisme international* (1947-1948) et dans son *Manuel* (1948), il réintègre la force dans le droit.⁷³ Dans le premier ouvrage, il affirme : « Le Droit naît de l'éthique dans laquelle l'Etat n'est pour rien, et de la conjonction de cette éthique avec le pouvoir, c'est alors que l'Etat intervient, non pas pour créer le Droit, mais pour mettre à sa disposition un mécanisme d'exécution du Droit, législatif, judiciaire et exécutif. » Cette phrase fait bien ressortir l'ambiguïté de la position adoptée par Georges Scelle après le second conflit mondial. Il y affirme d'une part que le droit naît de la conjonction de l'éthique et du pouvoir, et d'autre part que le pouvoir n'intervient qu'une fois le droit élaboré. Sa position est donc surtout marquée par une hésitation⁷⁴ à faire rentrer la force dans la définition du droit.

Il aurait semblé naturel que Georges Scelle fasse de la sanction organisée le critère du droit positif, afin de le distinguer du droit objectif. Mais cette attitude aurait entraîné la réduction du droit objectif à un ensemble de règles dépourvues de force juridique obligatoire. Or, c'est précisément ce que veut éviter Georges Scelle puisque son objectivisme tente de se distinguer de la nouvelle école du droit naturel en insistant sur la nature juridique et non morale (ou d'une quelconque autre nature) des obligations pesant sur les gouvernants étatiques.

Dans son *Cours sur le fédéralisme international* et dans son *Manuel*, Georges Scelle fait du pouvoir un élément de la règle de droit.⁷⁵ Mais chose tout à fait remarquable, il affirme dans ces ouvrages que l'éthique et le pouvoir ont une source unique, qui est le fait social, la solidarité sociale. Le pouvoir des gouvernants étatiques n'a donc pas une histoire radicalement différente de celle de l'éthique. Il s'agit de deux éléments d'un même processus. Le pouvoir ne peut exister, tout comme l'éthique, que comme réponse aux besoins de la solidarité de

⁷² Georges Scelle s'oppose de manière remarquable à Georges Burdeau sur ce point. Il lui reproche de faire du Pouvoir « l'énergie de l'idée de Droit » ou « la règle elle-même », ce qui revient à « donner au Pouvoir une légitimation irréfragable, en faisant de lui l'équivalent du Droit », ainsi qu'à accréditer l'idée selon laquelle le droit n'est rien sans le pouvoir. Voir : « Pouvoir étatique... », p. 196

⁷³ *Le fédéralisme international*, p. 143 ; *Manuel*, p. 8 et p. 9

⁷⁴ La doctrine de Georges Scelle n'est en effet pas exempte de nuances et d'hésitations. Il n'est pas inintéressant de le souligner tant cette caractéristique, occultée par la plupart des commentateurs de Georges Scelle, est obscurcie par la virulence avec laquelle l'internationaliste s'exprime souvent. Pour un aveu exprès d'un changement d'opinion, voir SCELLE (G.), *Préface* de l'ouvrage : SOTO (J. de) *La promulgation des traités*, Pedone, Paris, 1945, pp. 1-3

⁷⁵ *Le fédéralisme international*, p. 143 ; *Manuel*, p. 5 : « seules les règles sociales garanties par les sanctions de l'autorité publique constituent des règles de Droit. [...] [Le Pouvoir] peut sanctionner des règles de morale, de religion, de bienséance et, par là, faire des règles de Droit. »

groupes humains.⁷⁶ Et le pouvoir des gouvernants, lorsqu'il est durable, est soumis à l'éthique.⁷⁷ Autrement dit, le pouvoir est attribué et maintenu par des règles ; c'est le droit qui est à la source du pouvoir et non l'inverse.

De toutes ces positions, plus ou moins nuancées, sur la place du pouvoir dans la création du droit, il ressort une grande confusion qui traduit probablement un malaise et des incertitudes de l'internationaliste sur la naissance du droit, et la place qu'y prend le pouvoir. Ce qui est certain, c'est que pour Georges Scelle, tout pouvoir durable est attribué par une règle de droit de l'ordre juridique international. Il découle de la nécessité de maintenir ce postulat l'impossibilité logique de constater qu'un Etat détient (ou « occupe matériellement ») des compétences, sans considérer l'attribution et la détention de ces compétences autrement que conformes à la règle de droit.

La position de l'internationaliste du début du XX^e siècle concernant l'attribution des compétences internationales de l'Etat peut être résumée comme suit : Le droit positif admet que les Etats sont des *personnes juridiques* ou *personnes morales*, des sujets de droit, et il leur confère des compétences⁷⁸. La réglementation des compétences de ses sujets de droit étant le rôle d'un Ordre juridique⁷⁹, il n'existe tout simplement pas s'il n'exerce pas cette fonction. Or l'existence de cet ordre juridique est incontestable. C'est le « tout » sans lequel il n'est pas possible de penser le droit international. Le principe est donc que « [l]es compétences des gouvernements ne se présument pas. »⁸⁰ Elles ne sont jamais des droits fondamentaux des Etats⁸¹, mais sont au contraire conférés par le droit international ; et leur utilisation est souvent obligatoire.⁸²

Une question essentielle à laquelle Georges Scelle ne répond pas clairement est celle de savoir si ces normes d'attribution de compétence sont de droit objectif ou de droit positif.

⁷⁶ *Manuel*, p. 6 : « Les règles de Droit viennent du fait social lui-même et de la conjonction de l'éthique et du pouvoir, produits de la solidarité sociale. »

⁷⁷ *Manuel*, p. 8 : « Mais le pouvoir, lui aussi doit être accepté et n'est durable que s'il satisfait à l'éthique. » (c'est l'auteur qui soigne)

⁷⁸ *Id.*

⁷⁹ Voir : *Manuel*, p. 4

⁸⁰ *Précis* t.I, p. 78

⁸¹ Sur cette importante notion de la doctrine de la fin du XIX^e et du début du XX^e siècle, voir notamment : PILLET (A.), « Recherches sur les droits fondamentaux des Etats », *R.G.D.I.P.* 1898, pp. 236 et ss. ; GIDEL (G.), « La théorie classique des droits fondamentaux de l'Etat », *R.C.A.D.I.*, 1925-V, vol.10, p.541-599 ; Lord PHILLIMORE, « Droits et devoirs fondamentaux des Etats », *R.C.A.D.I.*, 1925-I, pp.29 et ss. Il n'est pas inintéressant de consulter les chapitres qui concernent cette question dans les manuels de la période qui a vu fleurir cette théorie, aujourd'hui en grande partie oubliée. Voir par exemple : LÉ FUR (L.), *Précis de droit international public*, Précis Dalloz, 2^{me} éd., Paris, 1933, pp. 340 et ss. (§ 638)

⁸² Voir : *Précis* t.I, p. 14

Fréquemment, Georges Scelle affirme non l'*existence* de règles internationales positives attribuant et réglementant les compétences des Etats, mais leur *nécessité sociale*. Or pour Georges Scelle, la règle de droit apparaît *nécessairement* dès qu'il y a *nécessité sociale*. Elle apparaît tout d'abord sous la forme de droit objectif. Puis, si cette *nécessité sociale* persiste et qu'elle exige d'être sanctionnée par le droit positif, la société dans laquelle elle est née s'organise et transforme la règle de droit objectif en droit positif.

Si cette théorie d'attribution des compétences par le droit objectif a pour but d'expliquer la prééminence de l'ordre juridique international sur ses sujets, elle est cohérente avec le reste de la doctrine scellienne. Notons en outre, qu'elle est modérée en ce sens que ce qu'elle considère comme des créatures de l'ordre juridique international, ce sont les « compétences internationales » des gouvernants – c'est-à-dire des « pouvoirs d'action » attribués dans le but de remplir une « fonction sociale » internationale – et non les ordres juridiques étatiques eux-mêmes, dont on peut raisonnablement estimer qu'ils se forment généralement « en dehors du droit international et sans lui ». ⁸³ Elle échappe ainsi aux critiques d'auteurs qui voient la théorie de la délégation contraire au bon sens ⁸⁴ en ceci que cette délégation, outre qu'elle n'est ni nécessaire, ni logique, ni historiquement fondé, ni conforme au sentiment des Etats, infirme cette constatation d'évidence que l'« Etat n'est pas la créature de l'ordre juridique international, lequel ne peut donc lui conférer la souveraineté, ni lui octroyer des compétences. » ⁸⁵

⁸³ VIRALLY (M.), « Sur un pont aux ânes : les rapports entre droit international et droits internes », *Mélanges offerts à Henri Rolin*, Paris Editions A. Pédone, 1964, p. 494

⁸⁴ Voir par exemple : CONDORELLI (L.), « Scholie sur l'idiome scellien des manuels francophones de droit international public », *J.E.D.I.*, 1990, p. 234 : « Sur cette question précise, l'enseignement d'Anzilotti ne saurait être catalogué simplement, aux yeux de la doctrine italienne, comme une opinion digne du plus grand respect : il est perçu comme indiquant une vérité première, voire une évidence. » Le professeur Condorelli fait ici référence au passage suivant du Cours de droit international du grand auteur italien : « [l]e droit international est supérieur à l'Etat en ce sens qu'il constitue une limitation juridique de son pouvoir, mais non pas dans le sens que le pouvoir de l'Etat est une délégation du droit international ; cette thèse non seulement n'est pas logiquement nécessaire : elle a contre elle-même l'expérience historique mais aussi – et principalement – la conviction des Etats, auxquels rien ne répugne davantage que l'idée d'exercer un pouvoir qui leur serait octroyé par l'ordre juridique international » ANZILOTTI (D.), *Cours de droit international*, 1929, trad. Gidel, réimpr. GAP 1999, Ed. Panthéon-Assas (avant-propos de DUPUY (P.-M.) et LEBEN (Ch.)) ; voir par exemple aussi : ASCENSIO (H.), « chapitre 3 : Etat », in ALLAND (D.) (dir.), *Droit international public*, PUF, coll. Droit fondamental, Paris, 2000, p. 148 (§115) : « ...l'Etat est indépendant donc [...] il détermine lui-même quelles sont ses compétences [...]. Néanmoins, dans le cadre du système juridique international et pour pacifier les relations internationales, des règles de droit spécifiques ont été élaborées de manière à limiter l'exercice par l'Etat de ses compétences d'exécution, de la compétence normative et de la compétence juridictionnelle. ». Voir sur ce point la position intéressante de M. Virally : VIRALLY (M.), « Sur un pont aux ânes : les rapports entre droit international et droits internes », *Mélanges offerts à Henri Rolin*, Paris Editions A. Pédone, 1964, p. 494

⁸⁵ CONDORELLI (L.), « Scholie sur l'idiome scellien des manuels francophones de droit international public », *J.E.D.I.*, 1990, p. 234. L'auteur ajoute : « L'Etat existe *per se* et *de facto* comme Etat souverain » et « le système international en prend acte [...] »

Avant de rentrer dans un tel débat, il convient de dresser plusieurs constats : en premier lieu, l'ordre juridique international n'autorise pas davantage un Etat à exister et à être maître de son territoire et de sa population, qu'un ordre juridique national n'autorise ses citoyens à respirer ou à disposer d'une autorité sur leur corps. En second lieu, il faut rappeler cette évidence que, de même qu'un ordre juridique interne n'existe pas s'il n'affirme pas limiter la liberté avec laquelle chaque individu dispose de son corps, un ordre juridique international n'existe pas s'il n'affirme pas limiter le pouvoir de l'Etat. Tant dans l'ordre interne que dans l'ordre international, il est absolument impossible que, dans les faits, cette limitation soit absolue. Cependant, il est inévitable qu'un droit qui veut s'imposer à ses sujets n'affirme pas uniquement une limitation *a posteriori* mais aussi une autorisation *a priori* de la liberté de ses sujets – ceci, même dans le cas où cette autorisation est pure fiction. Le droit international n'autorise pas la naissance d'un Etat davantage qu'un droit national le fait généralement de celle d'un enfant. Cependant, s'il se prétend antérieur à cette naissance, il peut s'imposer à son nouveau sujet au nom de tous ceux qui l'ont créé antérieurement. Si au contraire il se proclame produit par ses nouveaux sujets, la soumission du nouveau sujet de droit dépend exclusivement et à tout moment de son acceptation. Celle-ci est alors beaucoup plus difficile.

Il nous semble quoi qu'il en soit, qu'un jeune enfant, tout comme un Etat venant de naître, respecte un certain nombre de règles imposées avant sa naissance. Ces règles sont celles d'une société dans laquelle il entre et dont il n'est encore qu'un membre de peu d'importance.

En droit international, si une compétence est qualifiée d'« internationale », c'est parce qu'elle s'exerce dans les relations existant entre le titulaire étatique de la compétence et les autres membres de la société internationale. Or si ces membres refusent d'établir des relations avec le nouveau venu, refusent sa qualité de sujet de droit, et donc sa possession de compétences internationales, il ne pourra dans les faits posséder ces qualités, à moins que sa puissance soit suffisante pour renverser le jeu et s'imposer à tous – ce qui est improbable car un Etat jeune est souvent fragile, et faible.

Le raisonnement de Georges Scelle s'inscrit dans cet ordre d'idées : si des compétences particulières existent, c'est qu'elles trouvent leur fondement dans une nécessité sociale ; si ces compétences sont « internationales », c'est qu'elles trouvent leur fondement dans une nécessité sociale dont a pris

conscience un milieu intersocial « international » – c'est-à-dire des individus de différentes nationalités entretenant des rapports ; puisque ces compétences répondent à une nécessité du milieu intersocial « international », il faut que le milieu intersocial international vérifie qu'elles existent avec quelque légitimité, c'est-à-dire qu'elles sont exercées effectivement et dans le but pour lequel elles ont été attribuées.⁸⁶

Plutôt qu'une règle d'attribution proprement dite, il s'agirait donc d'une autorisation que le milieu intersocial des sociétés internationales adresserait de manière très implicite aux gouvernants d'un Etat. Ce milieu intersocial pourrait ainsi autoriser, limiter ou refuser aux gouvernants d'un Etat le pouvoir de conclure des traités en refusant, par la bouche de chaque Etat, d'en conclure avec eux. Le droit de l'Etat en question serait impuissant à s'auto-attribuer la compétence de conclure des traités puisque le milieu intersocial international – une règle de droit international objectif – s'y opposerait. Le rôle du droit interne de l'Etat se limiterait à investir un individu particulier des compétences internationales que le milieu intersocial international lui accorderait ou lui refuserait.⁸⁷

Le plus souvent, Georges Scelle ne s'arrête cependant pas à considérer les règles internationales d'attribution de compétences comme des nécessités sociales. Il les qualifie au contraire de règle de droit positif.⁸⁸

Pour sa majeure partie, cette qualification est cohérente avec le reste de sa doctrine puisqu'elle confirme l'emprise du droit positif sur la société interna-

⁸⁶ Rappelons que chez Georges Scelle, un pouvoir n'est légitime que s'il peut faire l'objet d'un contrôle de légalité. Notons aussi qu'une fois de plus, Georges Scelle soumet l'Etat aux exigences d'une société organisée, et non le niveau d'organisation de la société – sensé dépendre des rapports inter-individuels – aux exigences de liberté des Etats. Cette attitude constitue le contre-pied exact de la formule « Le droit international est fait pour les Etats et non les Etats pour le droit international. »

⁸⁷ Voir notamment : *Règles générales...*, p. 373 et p. 380 Dans le même sens chez Georges Scelle, voir : « Le concept de société... », p. 21 et *Manuel*, p. 508 : « Si, dans tous les cas, c'est la règle de Droit international coutumière ou conventionnelle qui détermine la compétence internationale, en fixe le contenu et le mode d'utilisation, ce sont au contraire, le plus généralement, les ordres juridiques étatiques qui déterminent le mode d'investiture. Ainsi, c'est le droit étatique qui détermine la nationalité des individus, l'investiture des gouvernants et agents. » (c'est l'auteur qui souligne). Dans le même sens chez un autre auteur, voir : VIRALLY (M.), « Sur un pont aux ânes : les rapports entre droit international et droits internes », *Mélanges offerts à Henri Rolin*, Paris Editions A. Pédone, 1964, p. 494 : « le droit étatique peut seulement désigner les autorités qu'il charge d'exercer en son nom, ses compétences internationales, et ces autorités peuvent revendiquer la plénitude des avantages juridiques que le droit international confère à l'Etat, en demandant à être reconnues. »

⁸⁸ C'est notamment le cas dans les pages 380-381 de ses *Règles générales...*, où Georges Scelle indique que ce sont des règles coutumières qui donnent aux ordres juridiques internes compétence pour investir les individus qui seront titulaires de pouvoirs internationaux, et que c'est le droit international positif qui confère et détermine « incessamment » ces pouvoirs.

tionale et la fonction essentielle de l'ordre juridique qui est de distribuer les compétences aux sujets de droit. Mais qualifier de droit positif des règles d'attribution de compétences emporte une difficulté : Comment est-il possible que des Etats obtiennent parfois des compétences internationales en violation de règles de droit international positif, si c'est bien le droit international positif qui leur confère toutes les compétences internationales dont ils disposent ?

Pour résoudre cette difficulté, Georges Scelle va élaborer une théorie de l'occupation des compétences. Dans un cours sur la fonction exécutive en droit international⁸⁹, il écrit : « L'investiture des compétences, qu'il s'agisse de particuliers, d'agents ou de gouvernants, peut être déterminée soit par un fait qui en est la condition, soit par un acte générateur. »⁹⁰ En droit international, remarque Georges Scelle, c'est le plus souvent par la survenance d'un fait-condition que des individus, et en particulier des gouvernants, sont investis de compétences. Plus précisément, il est courant que ce fait-condition résulte de l'occupation matérielle des compétences par le sujet de droit qui prétend l'exercer.

Lorsqu'une situation – et en particulier la possession de compétences par un Etat – s'impose définitivement dans les faits mais contrairement à une règle de droit positif, deux principes s'opposent : celui de légitimité, selon lequel un acte illicite ne peut pas produire d'effet de droit, et celui de nécessité selon lequel le déroulement de la vie sociale et de l'ordonnement juridique – c'est-à-dire l'« ensemble des situations juridiques objectives et subjectives, actives et passives réalisées à un moment donné dans une collectivité donnée [...] »⁹¹ – doit nécessairement continuer, même dans un milieu social où l'investiture s'est faite irrégulièrement.⁹²

Le droit, face à ce dilemme, n'a que deux portes de sortie : ou bien, « conformément à la coutume et le droit international classique », il reconnaît le pouvoir de fait ; ou bien il destitue de force les gouvernants illégitimes. Si la destitution ne se produit pas, le droit positif doit nécessairement reconnaître l'existence du pouvoir *de facto*.

La compétence *de facto* de l'Etat est, pour Georges Scelle, « une compétence juridique » tant que le droit international positif reconnaît que « l'occupation de la compétence [est] un mode d'investiture. »⁹³ La prescription, qui

⁸⁹ « Théorie et pratique... »

⁹⁰ « Théorie et pratique... », pp. 107-108

⁹¹ « Théorie et pratique... », p. 94

⁹² Voir : « Théorie et pratique... », pp. 133-134.. Dans un sens qu'on pourrait comparer, H. KELSEN distingue dans ses *Principles of International Law* un principe de légitimité, et un principe d'effectivité qui le restreint. Voir notamment : KELSEN (H.), *Principles of International Law*, 2^e éd., revue par R. W. Tucker, éd. Holt, Rinehart & Winston, New-York, 1966, p. 414

⁹³ Voir : « Théorie et pratique... », pp. 108-109 et 134

transforme une situation de fait en une situation de droit, a pour fondement la nécessité sociale de stabilité de l'ordonnement juridique. Cette reconnaissance n'est pas temporaire mais elle est limitée, car les pouvoirs du gouvernement de fait sont restreints, provisoires, et surtout ne sont pas garantis par l'ordre juridique. Ils peuvent donc disparaître ou décroître sans réaction sociale des autres Etats. Ce mode d'investiture est naturellement insatisfaisant et appelé à disparaître ; mais il doit être reconnu tant qu'un monopole des procédures juridiques d'investiture n'est pas établi.

Si l'on examine la théorie de l'occupation des compétences internationales avec quelque recul, et qu'on la confronte au reste de la doctrine de Georges Scelle, on ne peut manquer d'être surpris. La doctrine scellienne, nous l'avons vu, est une doctrine de soumission du fait, de la politique, de la volonté et du pouvoir des gouvernants au droit. La théorie de l'« occupation des compétences », à l'inverse, soumet le droit au fait, à la force, au pouvoir. Elle incarne toute entière l'attitude bannie par Georges Scelle dans la préface déjà citée de son *Précis* : « Lorsque », dénonçait-il, « sous prétexte de réalisme, on consent à considérer comme un élément du droit positif les compromis soit-disant nécessaires entre les aspirations de puissance et les normes de solidarité, on cesse de faire du réalisme juridique et l'on confond le Droit et la politique. On démonte les ressorts de l'histoire diplomatique, on n'établit pas les principes du Droit des gens. »⁹⁴

Certes, Georges Scelle affirme que c'est une *norme* de droit international qui transforme une violation du droit en situation de droit, une norme fondée sur un principe de nécessité.⁹⁵ Mais cette norme ne ressemble guère à la règle de droit telle que présentée dans tout le reste de la doctrine de Georges Scelle. Elle n'est plus ici cette règle de droit résistant à tous les compromis que le pouvoir peut lui proposer. En acceptant cette « terrible » exception au principe fondamental de sa doctrine, selon laquelle le pouvoir n'est pas à la source du droit, Georges Scelle la fragilise grandement.

⁹⁴ *Précis* t.I, pp. IX-X

⁹⁵ Il s'agit plus exactement d'une règle de droit objectif. Voir : *Précis* t.I, p. 23 : « Lorsque les règles de compétence de l'activité des gouvernants ne sont formulées ni par le droit coutumier, ni par le droit écrit, on dit qu'il y a *gouvernement de fait* ; au cas contraire qu'il y a *gouvernement de droit*. Mais cette fois encore la terminologie a besoin d'être précisée. Le pouvoir de fait qui est à l'origine de toutes les sociétés et de tous les régimes, est un pouvoir *de droit objectif*, sinon de droit positif, car il a son origine dans une nécessité sociale. Il n'y a pas de société sans ordre, sans organisation des compétences, sans hiérarchie. » Voir aussi *Id.*, p. 24 : ces phrases dont le caractère flou trahit peut-être la perception par Georges Scelle lui-même de la limite de sa doctrine : « Arrivé à ce point limite, il faut bien constater que dans une société déterminée la soumission du pouvoir à la règle de droit est une question d'équilibre de force et de moralité gouvernementale. On n'en doit pas moins maintenir que la soumission des gouvernants au droit objectif est l'axiome fondamental de la science politique. »

Certes, il tente de modérer les conséquences de l'application de la « terrible exception », en indiquant que la transformation d'une situation de violation du droit en une situation de droit ne signifie pas que le droit *garantisse* la situation. Mais qu'est-ce qu'une situation de droit si ce n'est une situation garantie juridiquement ? Le grand juriste et moraliste du début du XX^e siècle, obligé de proclamer le règne de l'effectivité pour justifier le caractère de droit positif des règles d'attribution, tente de nuancer ses propos, en assurant que la garantie juridique accordée par le droit n'est pas semblable à celle qu'il accorde généralement. Il voudrait affirmer que cette consécration de la violence et de la force n'est pas du droit, puisque celui-ci ne naît jamais de la volonté de gouvernants mais uniquement de l'éthique et de la solidarité. Mais comment ne pas constater qu'il n'en va pas toujours ainsi ? Georges Scelle le constate, et ce faisant accepte que le droit puisse parfois être un « compromis (...) entre les aspirations de puissance et les normes de solidarité ».

D) Les caractères et le contenu de la doctrine de Georges Scelle

L'ambiguïté de la place de la force dans le droit est au cœur d'un flou sur la définition du droit, qui traverse toute la doctrine de Georges Scelle. En son sein, le flou concerne essentiellement la frontière existante entre le droit objectif et le droit positif⁹⁶, logiquement tracée par le pouvoir politique. En jetant un flou sur cette frontière, Georges Scelle rend difficile à percevoir ce qui relève du droit positif et ce qui relève du droit objectif, ce qui relève du droit en vigueur et ce qui relève du droit estimé nécessaire. Ce faisant, il jette un doute sur le rôle du pouvoir étatique, et sur la liberté dont il dispose pour tracer une frontière. L'objectif critique et politique de Georges Scelle tire partie de ce flou. Cette confusion permet à Georges Scelle de soumettre la pratique diplomatique et les normes positives de droit international à d'autres règles, plus imprécises et dont la force obligatoire est, aux termes de son système, similaire et même plus importante. Sur un plan logique, on peut contester l'intérêt qu'il y a à transformer les normes objectives en normes positives si elles disposent toutes deux d'une force obligatoire de la même nature et de la même puissance, ou si les premières sont sensées s'imposer aux

⁹⁶ D'une manière qui peut surprendre *a priori* puisqu'il est l'un des chantres de cette distinction, Georges Scelle, n'emploie pas systématiquement les expressions « droit positif » et « droit objectif », mais emploie fréquemment le terme plus ambiguë de « Droit » ou l'expression « règle de droit ». C'est notamment le cas du début de son cours « Règles générales... ». Pour un refus explicite de distinguer clairement les différentes contraintes sociales, voir la page 346 du même : « Dans ce groupe, quel qu'il soit, [l'homme] est le sujet des contraintes sociales : le langage, les comportements extérieurs, la mode même, les convenances, s'imposent à lui presque aussi tyranniquement que les contraintes morales, religieuses ou juridiques »

secondes.⁹⁷ Mais du point de vu des objectifs politiques et moraux de Georges Scelle, l'absence de supériorité du droit positif sur le droit objectif a l'avantage de frapper de nullité des normes de droit positif en s'appuyant sur un motif désigné comme juridique (sa non-conformité avec une règle de droit objectif).

Pour un homme comme Georges Scelle, dont l'un des objectifs fondamentaux était de moraliser les mœurs et pratiques diplomatiques de son temps et de convaincre de la nécessité de cette moralisation, l'adoption d'une telle démarche n'est pas sans pertinence. Dans l'impossibilité d'affirmer la soumission des gouvernants à des règles de droit positif auxquelles ils n'ont pas consenti, dans l'impossibilité également de les soumettre à des morales religieuses dont l'influence diminuait, Georges Scelle a préféré les soumettre aux nécessités sociales de leurs sujets de droit – en présentant ces nécessités sociales, non seulement comme une pression sociale, mais aussi comme un droit supérieur. Ce choix laisse présager une vision plus « démocratique » de la société internationale ou, plus encore, une vision de la société internationale de demain comme d'un « Etat de droit »⁹⁸.

C'est dans sa prédiction de ce droit international de demain tout à fait différent du droit international de son temps que la pensée de Georges Scelle est marquante. Plus qu'un changement dans le choix des outils d'analyse de la société internationale et du droit international⁹⁹, c'est un changement d'attitude à l'égard du droit international que Georges Scelle amorce et incarne. Alors que les internationalistes classiques prenaient l'Etat pour point de départ, sa puissance et sa souveraineté, Georges Scelle part de (la nécessité logique et de fait de) l'ordre juridique international pour arriver aux Etats. Il part du tout pour aller à la partie. Il reverse les principes qui prévalaient avant lui : ce n'est plus l'Etat souverain qui impose ses compétences internationales à la société des Etats (ou « milieu intersocial international »), mais la communauté souveraine des Etats et l'ordre juridique qui lui correspond qui reconnaissent comme une nécessité les compétences de leur membres, et donc

⁹⁷ En ce sens, voir : KELSEN (H.), *Droit et compétence - Remarques critiques sur la théorie du droit international de Georges Scelle*, Editions Panthéon-Assas, à paraître : « on peut renoncer à se demander pourquoi un droit objectif déjà donné, et qui se réalise avec l'infailibilité d'une loi naturelle, devrait être transposé en un droit positif d'une qualité et d'une efficacité beaucoup moins certaines, pourquoi l'homme, à qui la nature a donné l'heureux privilège de posséder le vrai droit, ne s'en contente pas et préfère se lancer dans la tentative extrêmement risquée consistant à transposer ce droit objectif en droit positif. »

⁹⁸ Notons que dans la doctrine scelliennne, « il n'y a que des compétences déterminées par la règles de droit » (« Règles générales... », p. 333) et qu'en conséquence, toutes les compétences étatiques tirent leur existence, non de la volonté générale – comme le veut la démocratie – mais du droit en tant qu'il reflète les nécessités sociales des gouvernés.

⁹⁹ Ce que prétend faire sa doctrine.

les leur attribue. Dans le même sens, l'existence de conventions internationales implique qu'un ordre juridique international oblige leurs parties à les respecter. De fait, il n'est pas impossible, qu'avant qu'un ordre juridique clair ne garantisse effectivement les rapports entre les sujets de droit, la garantie de ces rapports repose dans la conviction des sujets dans cet ordre juridique, dans leur volonté qu'il en existe un entre eux – même si cette volonté ne va pas jusqu'à s'accompagner de l'établissement d'un juge obligatoire ou d'un pouvoir exécutif centralisé s'imposant à eux.¹⁰⁰ Certains auteurs ont pu écrire en ce sens que le droit international était un droit largement « en puissance ».¹⁰¹

Georges Scelle, lui, écrit que l'ordre juridique international est nécessaire, qu'il existe *nécessairement* dès la première règle de droit particulière, parce que toute société et toute règle particulière impliquent son existence. Le raisonnement que l'internationaliste tient ici pour l'ordre juridique international est très proche de celui qu'Aristote tint à l'égard de la cité : « Le tout » écrivait le grand philosophe, « [...] est nécessairement antérieur à la partie ; si le corps entier est anéanti, il n'y aura ni pied ni main [...]. Ainsi donc, il est évident que la cité existe par nature et qu'elle est antérieure à chaque individu ; en effet, si chacun isolément ne peut se suffire à lui-même, il sera dans le même état qu'en général une partie à l'égard du tout ; l'homme qui ne peut pas vivre en communauté ou qui n'en a nul besoin, parce qu'il se suffit à lui-même, ne fait point partie de la cité : dès lors, c'est un monstre ou un dieu. »¹⁰²

Pour Aristote, donc, la cité existe *avant* l'individu, parce qu'il ne peut exister d'individu au sens propre avant qu'il ne fasse partie de la cité. De même pour Georges Scelle, l'ordre juridique international existe nécessairement

¹⁰⁰ Aussi Kant a-t-il pu écrire que « [...] si dans l'état de nature il n'y avait pas provisoirement un mien et un tien extérieurs, il n'y aurait pas de devoirs de droit à cet égard, et il n'y aurait non plus un commandement nous ordonnant de sortir de cet état. » (*Remarque KANT (E.), Métaphysique des mœurs – première partie Doctrine du droit*, Vrin, Bibliothèque des textes philosophiques, Paris, 1993, p. 195) (c'est nous qui soulignons) Autrement dit, avant même que le tien et le mien soient déterminés par des règles de droit positif, l'idée d'une répartition et d'une répartition équitable existe dans la conscience des sujets de droit. Il existerait, même en l'absence d'ordre juridique, une éthique qui en serait le substitut temporaire. Cette éthique serait constituée de la conscience d'une possible répartition équitable, et de la conscience de la nécessité de cette répartition et des fruits qui pourraient en être retirés.

¹⁰¹ LEBEN (Ch.), « La juridiction internationale », in *Droits* 1989, p. 146 ; KOJEVE (A.), *Esquisse d'une phénoménologie du droit*, Gallimard, 1981, pp. 376 et ss

¹⁰² ARISTOTE, *La Politique*, I, 2, 12-14, trad. J. Aubonnet, préf. J.-L. Labarrière, Gallimard, coll. Tel, 1993, p. 10. Une autre traduction (*Op. cit.*, trad. J. Tricot, éd. Vrin, 1962, p. 30) indique de manière peut-être plus parlante : « ou une brute ou un dieu ». Le parallèle entre la pensée aristotélicienne (et l'école du droit naturel qui en a découlé) et la pensée de Georges Scelle n'a que plus d'intérêt si l'on pense que la sociabilité des Etats est comparable à celle des individus parce que la première découle de la seconde. Pour Georges Scelle, seule existe la solidarité des individus ; il n'y a donc pas de différence essentielle entre la sociabilité dont font preuve les individus au niveau national et celle dont ils témoignent au niveau international.

avant la formulation de la première règle particulière car une règle de droit ne peut pas exister en tant que telle sans ordre juridique.

L'ambition de rechercher ce qui est nécessaire en bonne technique juridique plutôt que de se contenter de ce qui est, donne à la doctrine scellienne un dynamisme particulier, qui n'est pas le propre des internationalistes classiques. Il nous semble que, lorsque la plupart des juristes non-internationalistes tentent de résoudre un problème, ils cherchent la solution la plus équitable et la plus pertinente en droit, alors que les internationalistes, confrontés à un problème du même type, s'attachent à déterminer comment les sujets de droit réagissent déjà à ce problème, et comment il serait possible de généraliser ou de perfectionner cette solution déjà existante. Il se peut que les internationalistes aient quelque réticence à proposer une solution (à un problème quelconque de droit international) qui soit distincte de l'une de celles déjà adoptées en pratique par les sujets de droit. Et il nous semble qu'il n'est pas rare que les juristes – y compris ceux qui affirment avec virulence l'existence d'un *vrai* droit s'appliquant à la société internationale – considèrent, lorsqu'ils se penchent sur un problème particulier, le droit international prisonnier de ce qui est, de la pratique déjà existante.

Cette attitude est prudente et de bon sens, car le droit et la sanction du droit sont, dans une société aussi décentralisée que l'est la société internationale, les œuvres quasi-exclusives des sujets de droit. Mais cette attitude est peut-être néfaste au développement du droit international. Les internationalistes présentent, sans le savoir peut-être, souvent un ensemble de règles d'apparence infra-juridique sur l'évolution de laquelle la logique, l'intelligence et les réflexions de la doctrine semblent n'avoir pas de prise.

La démarche doctrinale de Georges Scelle, qui est de confondre le droit nécessaire et le droit positif – grâce à une théorie soumettant le second au premier – est très différente. Elle se rapproche de la démarche d'un législateur dans l'ordre interne. Le législateur national, lorsqu'il édicte des règles, les présente sous une forme qui fait croire à leur correspondance avec ce qui est déjà, et qui gomme sa « construction » : « Il est interdit de s'arrêter. », « Tout Français jouira des droits civils »¹⁰³ ; « En matière de délit, la prescription de l'action publique est de trois années révolues [...] »¹⁰⁴, « N'est pas pénalement responsable la personne qui, face à un danger actuel ou imminent qui menace elle-même, autrui ou un bien, accomplit un acte nécessaire à la sauvegarde de la

¹⁰³ Article 8 du Code civil français.

¹⁰⁴ Article 8§1 du Code français de procédure pénale.

personne ou du bien. [...] »¹⁰⁵. Le législateur imprime souvent aux règles cette formulation impersonnelle qui paraît correspondre à l'ordre naturel des choses. Elle tend à faire oublier aux sujets de droit le caractère volontaire des règles et le « contrat social » par lequel ils autorisent le législateur à édicter des règles juridiquement obligatoires.¹⁰⁶ L'oubli de cette base consensuelle par les sujets de droit donne au droit interne une force dont ne bénéficie pas le droit international.

Parce qu'il n'existe pas, en droit international, de législateur central, et que, quantitativement, la majeure partie de ce droit découle *directement* de la rencontre des volontés des sujets de droit, le rattachement des normes obligatoires à une base consensuelle est systématique. En minimisant autant que possible (et probablement davantage) le rôle de la volonté des sujets de droit dans la formation du droit et en augmentant celui de la nécessité, Georges Scelle réussit à présenter les règles de droit international comme un législateur national le ferait de règles internes.

Il nous paraît vain et inadéquat de voir dans le destin du droit international celui d'un droit interne *bis*. Telle ne nous paraît d'ailleurs pas, à la lecture des travaux de Georges Scelle, la destinée exacte que le grand internationaliste lui donne. Tout en martelant l'unité conceptuelle du droit, Georges Scelle reconnaît les différences existant entre les sociétés et conséquemment entre leurs ordres juridiques. Il n'assigne pas à tous ces ordres juridiques des missions similaires, mais au contraire souligne fréquemment que le droit lui-même doit répartir les champs d'application et les missions de chaque branche de droit – ce qui signifie bien qu'ils ont chacun leur rôle et leur propre génie, même si leur coordination doit être assurée par le droit international. Georges Scelle donne souvent l'impression de voir dans le droit international un droit interne appliqué sur une échelle plus large, mais il nous semble que son intention était surtout de prémunir contre ce préjugé suivant lequel ce qui est doté d'un ou de plusieurs caractères du droit interne ne peut *par nature* pas appartenir au droit international.

À nos yeux, la société internationale globale n'est dans son intégralité assimilable à aucune autre, et le droit international dispose certainement de son

¹⁰⁵ Article 122-7 du Code pénal français.

¹⁰⁶ En ce sens : KANT (E.), *Métaphysique des mœurs – première partie Doctrine du droit*, Vrin, Bibliothèque des textes philosophiques, Paris, 1993, p. 201, Remarque générale sur les effets juridiques qui découlent de la nature de l'union civile, A) : « Une loi qui est si sacrée (inviolable) qu'*au point de vue pratique* la mettre en doute, donc en suspendre l'effet un moment, est déjà un crime, ne peut être présentée comme ayant sa source chez les hommes, mais chez quelque législateur suprême ou infaillible, et telle est la signification de cette assertion : « Toute autorité vient de Dieu », qui n'exprime pas un *fondement historique* de la constitution civile, mais une Idée comme principe pratique de la raison : on obéit au pouvoir législatif actuellement existant, qu'elle qu'en puisse être l'origine. »

propre génie. Mais il nous paraît vain et inadéquat de refuser toute évolution du droit international au prétexte qu'il partagerait alors, certaines caractéristiques avec des droits internes. Lorsque Georges Scelle indique que le droit international devrait avoir certaines caractéristiques, il faut, nous semble-t-il, surtout retenir que le droit international *peut* acquérir ces caractéristiques, si cette acquisition lui permet de répondre aux besoins de la société à laquelle il correspond. Si une branche de droit développe son propre génie, c'est bien parce qu'elle grandit dans et pour les besoins d'une société particulière.

En recherchant les besoins de la société internationale et en indiquant que le droit international pourrait y répondre en obtenant certains caractères du droit interne, Georges Scelle n'a pas eu une attitude aussi inconséquente que cela a pu être dit. Lorsque par exemple, dans la première moitié du *XX^e* siècle, le grand internationaliste affirme que le droit international doit abroger *ipso facto* la norme interne qui le viole, il montre du doigt, à l'Europe qui se déchire, la possibilité d'établir, via le droit international, des règles communes garantissant la paix et s'imposant aux droits des Etats membres. Utopique à cette époque, cette proposition se rapproche, sans l'atteindre, de celle qui a été retenue par l'Union européenne, dans laquelle tout règlement communautaire est aujourd'hui invocable directement devant les juges des Etats membres, et prime toutes les lois nationales. Aussi, sa présentation du droit international comme un droit susceptible d'acquérir des qualités propres au droit interne rend conceptuellement et psychologiquement possible le passage d'une société internationale anarchique et décentralisée, à une fédération mondiale dans laquelle les compétences extérieures des Etats sont attribuées par des règles positive de droit fédéral.

Ces dernières réflexions invitent à considérer la doctrine de Georges Scelle comme une doctrine qui affirme, pour la précipiter, l'avènement d'une ère. Plus précisément, elle établit *un* modèle, une « conception réaliste » de la Société et du droit international global vers lequel Georges Scelle pense que la Société et le droit international tendent, même si « nous ne nous [en] approchons que lentement »¹⁰⁷.

Nous sommes-nous rapprochés de cette « conception *réaliste* d'une communauté œcuménique » depuis la mort de Georges Scelle ? Les mutations suivies par le droit international contemporain se sont-elles produites dans les domaines où Georges Scelle les annonçait et dans le sens qu'il annonçait ? Est-il possible d'expliquer ces mutations ou encore la construction d'un droit

¹⁰⁷ *Manuel*, p. 536

régional comme le droit communautaire, à l'aide des principales théories scelliennes ? Répondre de manière positive à ces questions soulignerait l'intérêt que le juriste de droit international d'aujourd'hui peut nourrir pour la pensée de Georges Scelle.

2^e PARTIE : La doctrine scellienne, outil d'explication des mutations du droit international contemporain et de la construction communautaire ?

« Si quelque chose qui me fût utile fût préjudiciable à ma famille, je la rejeterai de mon esprit. Si je savais quelque chose utile à ma famille et qui ne le fût pas à ma patrie, je chercherais à l'oublier. Si je savais quelque chose utile à ma patrie et qui fût préjudiciable à l'Europe, ou bien qui fût utile à l'Europe et préjudiciable au genre humain, je la regarderai comme un crime. »

MONTESQUIEU, *Cahiers*

La doctrine scellienne a à cœur, nous l'avons dit, de ne pas donner une image statique du droit international, de ne pas l'enfermer dans la forme qui est la sienne à une époque donnée. Elle présente ce droit international dépendant des nécessités de la société internationale et évoluant naturellement avec elles. L'Etat, en particulier, est présenté comme un mode d'organisation sociale correspondant aux besoins temporaires d'un groupe d'individus. Ces besoins variant dans le temps, il ne faut pas considérer l'Etat comme une personne distincte de la volonté et des nécessités d'un groupe d'individus, car ce groupe est susceptible de transformer, détruire et remplacer ce mode d'organisation sociale, tout comme il l'a mis en place.

Georges Scelle ne s'arrête pas à la description d'une société et d'un ordre juridique susceptibles d'évolution ; il prévoit aussi ces évolutions. Parce qu'il croit que les sociétés humaines tendent toutes à s'organiser dans un même sens, et que les ordres juridiques qui leur correspondent répondent nécessairement à leurs besoins, Georges Scelle prévoit l'évolution « nécessaire » des sociétés internationales et régionales, et celle des règles de droit qui régiront ces sociétés. Ces projections sont présentées de manières différentes – comme des projections proprement dites, comme du droit nécessaire ou objectif, comme du droit positif, comme *lex ferenda*. Mais il nous semble que c'est *en tant que projections* qu'il est à la fois le plus cohérent avec la doctrine scelle-

lienne, et le plus intéressant pour le juriste d'aujourd'hui de les appréhender.

Elles avaient pour but de faire comprendre la nécessité de la transformation du droit international d'hier en droit international de demain, et de présenter ce droit international de demain. C'est à l'aune de la réussite de Georges Scelle à atteindre ces buts que nous pensons qu'il faut apprécier l'apport de sa doctrine. Pour ce faire, nous rechercherons tout d'abord si ce système permet d'expliquer les grandes évolutions que le droit international a connu depuis une cinquantaine d'années (A). Mais parce que Georges Scelle estimait sa technique applicable aux droits régionaux, et qu'il traitait ces derniers comme les piliers du droit international de demain, il nous a aussi semblé intéressant de nous interroger sur la capacité de sa doctrine à expliquer les phénomènes sociaux et juridiques que l'Europe a connu depuis cinquante ans. (B)

A) La doctrine de Georges Scelle, outil d'explication des mutations du droit international contemporain ?

Un rapide coup d'œil sur la réalité de la société internationale et du droit international d'aujourd'hui fait naturellement penser que ceux-ci sont bien loin des modèles de société internationale et de droit international proposés par Georges Scelle.

Cependant, si nous nous penchons sur le chemin suivi par la société internationale et le droit international depuis 1961, celui-ci ressemble beaucoup à celui que « prédisait » Georges Scelle au début du XX^e siècle.

Les grandes mutations connus par la société internationale et son droit depuis 1961 sont notamment les suivantes : apparition de nouveaux sujets et en tous les cas de nouveaux acteurs dans la vie internationale, extension des domaines couverts par le droit international et fragmentation consécutive de ce droit, intégration croissante et dépassement de l'interétatisme, naissance de l'idée de « communauté internationale », apparition des normes de *ius cogens*, judiciarisation et juridictionnalisation accélérée de la vie internationale.¹⁰⁸

Pour Georges Scelle, rappelons-le, le droit international a, comme tous les autres droits, les individus pour seuls destinataires. Et si le droit des gens de

¹⁰⁸ Voir pour un très rapide aperçu de ces tendances : JOUANNET (E.), « Histoire de la pensée juridique internationale » in ALLAND (D.) (dir.), *Droit international public*, PUF, coll. *Droit fondamental*, Paris, 2000, § 57 pp. 89-90. Voir aussi : SANDS (Ph.), « La société civile et la mise en œuvre du droit international », in GHERARI (H.) et SZUREK (S.) (dir.), *L'émergence de la société civile internationale – Vers la privatisation du droit international ?*, CEDIN PARIS X, Cahiers internationaux, Colloque de 2001, n°18, Pedone, Paris, 2003, p. 101 (ci-après *L'émergence...*) ; WEIL (P.), « Toujours le même et toujours recommencé : les thèmes contrastés du changement et de la permanence en droit international », in WEIL (P.), *Écrits de droit international*, PUF, Paris, 2000, pp. 9 et ss.

son époque a essentiellement les gouvernants pour destinataires finaux, la situation va changer car ce qui caractérise la fin du XIX^e et le début du XX^e siècle n'est plus « la juxtaposition des sociétés politiques » mais « *l'internationalisme* »¹⁰⁹. L'internationalisme est dans le vocabulaire de Georges Scelle ce que nous appelons aujourd'hui la mondialisation, c'est-à-dire l'expansion de l'activité des personnes privées au dessus des frontières, le débordement quasi-automatique de ces activités du national vers l'international. Cet internationalisme s'accompagne inévitablement, aux termes de la doctrine de Georges Scelle, d'une expansion de l'activité des personnes privées sur la scène internationale et donc d'un accroissement de leur importance dans le droit international.

L'une des transformations fondamentales du droit international public depuis la mort de Georges Scelle est qu'il s'adresse de plus en plus souvent directement aux personnes privées, et que, corrélativement, il s'étend à des matières qui étaient initialement de la compétence exclusive des Etats. (1) En ceci, on peut penser qu'il a déjà changé dans son contenu et sa structure. Mais de sérieux indices mènent à penser que cette transformation ne fait que s'amorcer. En effet, les acteurs privés non-étatiques, dont la nature et l'activité sont transfrontières et, ce faisant, échappent au moins partiellement à l'emprise d'un seul Etat, sont chaque jour plus nombreux. Plus encore, ces entités prétendent fréquemment défendre des intérêts de la société transfrontière globale et influencer sur la création et l'application des normes de cette société. La pratique des sujets classiques du droit international reconnaît et formalise d'ailleurs peu à peu le rôle de ces acteurs extraétatiques dans l'élaboration et l'application des normes de droit international. (2) Parallèlement à ces évolutions de la société transfrontière et de son droit, l'existence d'une « communauté internationale » a été affirmée et on en a posé les premières règles. En établissant ces règles d'ordre public, et en reconnaissant le rôle des personnes privées dans le jeu international, le droit international a consacré une remise en cause annoncée de la place de l'Etat. (3) Cette évolution normative s'est accompagnée d'une évolution constructive constante, quoique parfois plus discrète, consistant en une institutionnalisation et plus encore une juridictionnalisation croissante de la société internationale. Au terme de ce bref exposé des évolutions du droit international, nous pouvons légitimement nous demander si la société transfrontière et son droit n'ont pas marché jusqu'à aujourd'hui sur les traces d'un chemin que Georges Scelle leur avait tracé. (4)

¹⁰⁹ Voir : *Précis*, t.I, p. VIII (les italiques sont de l'auteur)

1) *La nouvelle place accordée aux personnes privées par le droit international*

L'individu étant dans le système scellien le seul « agent juridique » réel, les règles de tout ordre juridique tendent à s'appliquer de plus en plus directement à lui. De même que les règles de la cité ont percé le voile de la famille, que les règles des provinces féodales ont percé le voile de la cité, et que les règles de l'Etat ont percé le voile des provinces, le droit international aura naturellement tendance à transpercer le masque étatique pour toucher plus directement les individus.

Cette tendance qui est sous-jacente dans tout ordre juridique superposé tentant de s'affirmer aux ordres juridiques inférieurs, commence, selon Georges Scelle à se manifester véritablement à son époque, c'est-à-dire la première moitié du XX^e siècle. L'interdépendance des sociétés est trop forte, estime l'internationaliste, pour que les sociétés internationales ne s'institutionnalisent pas, qu'elles ne se dotent pas d'organes propres, capables de régler les rapports interindividuels sans passer chaque fois par des mécanismes étatiques. A la naissance de ces organes inter- ou supranationaux accessibles aux individus devraient naturellement correspondre l'octroi de droits subjectifs aux personnes privées.

Il est impossible d'ignorer la formidable percée des personnes privées dans la sphère internationale ces cinquante dernières années. Elle s'est notamment produite en matière de droits de l'Homme, dans le droit international des investissements, et dans le droit international pénal – c'est-à-dire des disciplines qui, très récemment, sont apparues sur le plan international ou s'y sont particulièrement développés.

Dans le domaine des droits de l'Homme, la révolution consiste non dans le fait que les destinataires des normes sont des individus, mais dans le fait qu'ils en sont destinataires parce qu'ils sont des personnes humaines, et non pas parce qu'ils sont les citoyens d'un Etat.¹¹⁰ Certes, chaque individu peut, au plan international, faire valoir ses droits humains uniquement si son Etat de nationalité a signé le texte qui les consacre, mais l'idée selon laquelle ces droits appartiennent aux individus parce qu'ils font partie de la communauté humaine, la « communauté œcuménique » de Georges Scelle, est omniprésente. Et de fait, l'objet du droit international des droits de l'Homme n'est pas

¹¹⁰ Voir par exemple : BETTATI (M.), *Le droit d'ingérence – mutations de l'ordre international*, Odile Jacob, Paris, 1996, p. 14 ; et FROUVILLÉ (O. de), *L'intangibilité des droits de l'Homme en droit international public, régime conventionnel des droits de l'homme et droit des traités*, Thèse de doctorat, Pedone, coll. « Fondation Marangopoulos pour les Droits de l'Homme », Paris, 2004

de défendre les citoyens d'un Etat contre les agissements d'un autre Etat, mais de les défendre contre tout Etat – et notamment leur Etat de nationalité. *Brevetatis causae*, il s'agit bien davantage des relations qu'un Etat entretient avec ses propres ressortissants que des relations qu'un Etat entretient avec d'autres Etat ; il s'agit bien d'une matière interne par nature, et qui touche *directement* les individus.

Cette matière des droits de l'Homme s'est progressivement mais relativement rapidement internationalisée : les Etats ont d'abord accepté « un droit de regard de la communauté internationale sur les conditions de vie de leurs propres citoyens, [et] ensuite une prohibition des comportements contraires à certains principes démocratiques de base. »¹¹¹

Le rôle très limité que joue la réciprocité dans le droit des droits de l'Homme montre bien que les intérêts en jeu sont ceux d'une communauté, et qu'il ne s'agit plus d'obtenir des avantages de ses partenaires étatiques en respectant les leurs. Il est difficile de ne pas observer, dans le domaine des droits de l'Homme, un recul (au moins sur le plan juridique) de l'intersubjectivité, et une avancée vers un droit garantissant des intérêts communs à tous, c'est-à-dire une évolution dans le sens préconisé par Georges Scelle. En la matière, on peut aussi remarquer que le fondement volontaire du droit apparaît moins que dans d'autres matières du droit international classique. Le fait qu'un individu puisse déposer directement une plainte devant un certain nombre d'organes internationaux¹¹² ou régionaux¹¹³ de contrôle du respect du droit, sans que son Etat de nationalité ait juridiquement ou politiquement la possibilité de s'y opposer, participe naturellement à l'effacement de ce caractère volontaire – même si ces organes sont encore peu nombreux.

Or, nous l'avons vu, la dissimulation du caractère volontaire du droit est une caractéristique du droit interne, que ne possède pas du tout le droit international classique. En tendant dans son apparence, au moins, à effacer son origine volontaire, le droit international des droits de l'Homme acquiert une caractéristique du droit interne. Il s'adresse de plus au même sujet (les individus) et se fonde sur une communauté de valeurs. En ceci, le droit international des droits de l'Homme commence à donner – du moins en partie – raison au destin que Georges Scelle disait être celui du droit international.

¹¹¹ BETTATI (M.), *Le droit d'ingérence – mutations de l'ordre international*, Odile Jacob, Paris, 1996, p. 15

¹¹² Par exemple, la Commission des droits de l'Homme des Nations Unies et sa Sous-commission pour la protection des minorités.

¹¹³ Notamment la Cour européenne des droits de l'Homme.

Dans le domaine du droit international pénal, l'évolution du droit s'est aussi orientée dans un sens favorable à la vision de Georges Scelle. En premier lieu, les normes de droit international pénal affectent avant tout des individus. En second lieu, les juridictions *ad hoc* de droit international pénal que furent les tribunaux de Nüremberg et de Tokyo¹¹⁴, que sont les tribunaux pour l'ex-Yougoslavie et pour le Rwanda¹¹⁵, n'ont pas fait l'objet d'un consentement libre et exprès de la part des Etats dont les ressortissants ont été ou sont jugés.

Tant sur un plan normatif que sur un plan constructif, cette évolution ne paraît pas ralentir aujourd'hui. Les projets de mise en place de tribunaux et la mise en place effective de tribunaux, internationaux ou *sui generis*¹¹⁶ le montrent. Certes, la plupart de ces tribunaux se caractérisent le plus souvent par leur caractère temporaire et par la faiblesse de l'Etat dont ils jugent les ressortissants. Mais l'établissement d'une Cour pénale internationale, malgré les difficultés de son fonctionnement et les limites de son accessibilité, pourrait être une formule parant à ces deux inconvénients. Le propre de cette juridiction est en effet d'être permanente et d'avoir vocation universelle. Si cette cour devient effectivement permanente et universelle, elle pourrait libérer le droit international pénal de sa dépendance à l'égard des rapports de force entre Etats. C'est aujourd'hui loin d'être le cas. Cependant, l'internationalisation d'une partie du droit pénal et l'établissement de juridictions de droit international pénal sont autant de tentatives de fondation du droit internatio-

¹¹⁴ Le premier étant institué par l'Accord de Londres du 8 août 1945 et le second par la Décision du Commandant en chef des troupes d'occupation au Japon du 19 janvier 1946.

¹¹⁵ Le premier institué par la Résolution 808 (1993) du 22 février 1993 du Conseil de Sécurité des Nations-Unies, et le second par la Résolution 955 (1994) du 8 novembre 1994 du même organe.

¹¹⁶ Un tribunal spécial pour la Sierra Leone – que certains appellent tribunal national internationalisé (P. Tavernier) – a notamment été récemment mis en place par un accord entre la Sierra Leone et le Secrétaire général des Nations Unies. (compétent sur le fondement du mandat que le Conseil de Sécurité des Nations Unies lui a délivré dans sa résolution 1315 du 14 août 2000) Cet accord a été signé à Freetown le 16 janvier 2002 et ratifié par le parlement en mars 2002. Le tribunal a rendu ses premières décisions.

L'établissement d'un tribunal pénal relativement similaire au Cambodge est en cours. L'Assemblée générale des Nations Unies a adopté le 13 mai 2003 une résolution approuvant une proposition d'accord entre l'ONU et le Cambodge sur la poursuite des principaux responsables des crimes commis entre 1975 et 1979 (A/RES/57/228B). L'accord prévoit la création d'une chambre extraordinaire intégrée au système judiciaire existant mais à laquelle des juges internationaux prendrait part. Le 4 octobre 2004, l'assemblée nationale cambodgienne a ratifié le traité. Des difficultés politiques semblent retarder l'accord du Sénat et du président du Cambodge, nécessaire à l'établissement de ladite chambre.

Le fait que ces tribunaux soient (ou seraient *a priori*) établis sur la base d'un accord entre l'Etat dont les ressortissants sont concernés et l'ONU doit être souligné. Mais ce qui est plus important, de notre point de vu, c'est la nature mixte de ces tribunaux, dont les juges sont à la fois internes et internationaux, c'est-à-dire appartiennent pour partie à l'ordre juridique national et pour partie à l'ordre juridique international. Cette nature semble refléter les intérêts en cause, à la fois locaux et internationaux, au sein d'un même litige. La pénétration des intérêts ressort aussi des règles appliquées par ces tribunaux. Par exemple, le tribunal spécial pour la Sierra Leone applique, aux termes de son statut, des règles à la fois des règles internationales (articles 2, 3 et 4) et des règles nationales (article 5).

nal rêvé par Georges Scelle : un droit applicable aux individus de quelque nationalité qu'ils soient, un droit « vertical », un droit qui défend les valeurs d'une communauté internationale globale.

Dans le domaine du droit des investissements, les plus récentes mutations montrent aussi, de notre point de vue, que les personnes privées deviennent, comme le pensait Georges Scelle, des sujets de droit international. Un abondant contentieux relatif aux investissements oppose aujourd'hui fréquemment des Etats et des personnes privées. Ce contentieux arbitral transnational – ou contentieux arbitral mixte – a crû de manière tout à fait remarquable depuis les années soixante¹¹⁷. La ratification massive¹¹⁸ de la Convention de Washington du 18 mars 1965 instituant le CIRDI¹¹⁹, et l'activité croissante de ce dernier (en particulier grâce à la multiplication des traités bilatéraux de protection des investissements y renvoyant) confirment que les litiges relatifs aux investissements ne se règlent généralement plus sur un plan interétatique¹²⁰ mais sur un plan transnational (entre un Etat et une personne privée). Ces arbitrages transnationaux sont nés en grande partie de l'incapacité de la protection diplomatique à résoudre efficacement les litiges relatifs aux investissements¹²¹ et du danger de soumettre les investissements à la loi du pays d'accueil.¹²² Aussi, le droit international des investissements évolue dans le sens de la prévision scellienne selon laquelle ni la protection diplomatique ni

¹¹⁷ L'histoire de l'arbitrage mixte commence avec l'affaire *Lena Goldfield* en septembre 1930, se poursuit avec quelques arbitrages importants dans les années 50/60 Voir notamment : BASTID (S.), « Le droit international public dans la sentence *Aramco* », *A.F.D.I.* 1961, pp.300-311 ; LALIVE (J.F.), « Un récent arbitrage suisse entre un organisme d'Etat et une société privée », *A.S.D.I.* 1962, pp. 293-302

¹¹⁸ La Convention est aujourd'hui ratifiée par au moins 139 Etats.

¹¹⁹ Le Centre International de Règlement des Différends relatif aux Investissement.

¹²⁰ Comme cela étaient par exemple le cas dans les affaires : C.i.J., 5 février 1970, *Barcelona Traction Light and Power company (fond)* (Belgique c./ Espagne) ; et C.i.J. (Chambre), 20 juillet 1989, *Elettronica Sicula (ELSI)* (Etats-Unis c./ Italie), *Rec.* 1989, p. 13

¹²¹ Voir par exemple : LEBEN (Ch.), « La théorie du contrat d'état et l'évolution du droit international des investissements », *R.C.A.D.I.* 2003, vol. 302., pp. 216-218

¹²² D'où le développement de clauses de stabilisation ou de gel du droit national. Voir parmi de très nombreuses autres références : WEIL (P.), « problèmes relatifs aux contrats passés entre un Etat et un particulier », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, t.128, 1969-III, pp. 229 et ss. (chapitre 1 section 2 II f) ; WEIL (P.), « Les clauses de stabilisation et d'intangibilité insérées dans les accords de développement économique », in *Mélanges offerts à Charles Rousseau*, Paris, Pedone, 1974, pp. 301-328 ; DAVID (N.), « Les clauses de stabilisation dans les contrats pétroliers. Questions d'un praticien », *J.D.I.* 1986, pp.79-107 ; PETER (W.), « Les clauses de stabilisation dans les contrats d'Etat », *Revue du droit des affaires internationales.*, 1998, p. 883 ; PAASIVIRTA (Esa), « Internationalization and stabilization of contracts versus state sovereignty », *BYBIL*, 1989, pp. 315-350 ; MAYER (P.), « La neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat », *Journal de droit international*, 1986, pp.5-78 ; LEBEN (C.), « Retour sur la notion de contrat d'Etat et sur le droit applicable à celui-ci » in *L'évolution du droit international. Mélanges offerts à Hubert Thierry*. Paris, Pedone, pp.247-280.

l'application des droits internes ne sont adéquats pour résoudre des litiges opposant plusieurs personnes privées de différentes nationalités, ou un Etat et une personne privée étrangère.¹²³ L'évolution récente du droit international des investissements confirme également la pertinence de la solution préconisée par Georges Scelle qui était de reconnaître des droits transfrontières aux personnes privées, et d'instituer des mécanismes de règlement des différends leur permettant de faire valoir directement ces droits.

Les mécanismes arbitraux mixtes¹²⁴ – et en particulier ceux réglant les litiges relatifs aux investissements – sont des tribunaux établis par un traité international, qui rendent des décisions appliquant des règles de droit international¹²⁵ à des litiges d'ordre international, selon une procédure régie par le droit international – autrement dit, selon des critères classiques, des juridictions internationales¹²⁶. Ces tribunaux sont ainsi à la fois internationaux et ouverts aux individus. En outre, le CIRDI rend des décisions non seulement obligatoires mais aussi exécutoires dans les ordres internes.¹²⁷ Plus remarquable encore, cette juridiction internationale rendant des décisions exécutoires dans l'ordre interne tient sa compétence, ou d'un accord entre Etats, ou d'un accord entre Etat et personne privée. Or, dans ce second cas, le CIRDI a estimé qu'il avait compétence pour régler un litige entre une personne privée et un Etat, si l'Etat avait exprimé son consentement à l'arbitrage dans une loi nationale (sentence *SPP c. Egypte*¹²⁸) ou dans un traité de protection des investissements conclu avec l'Etat de la nationalité de la personne privée en litige (sentence *A.A.P.L. c. Sri Lanka*¹²⁹). Autrement dit, le CIRDI s'est reconnu compétent pour statuer sur un

¹²³ Voir en particulier, sur la protection diplomatique : « Théorie du gouvernement... », pp. 66 et ss. (la protection y est décrite comme une procédure « naturelle » et indispensable », mais qui ne s'explique que par « l'absence d'une action directe de l'individu lui permettant de défendre ses droits en justice contre tout gouvernement étranger se refusant à l'application du droit international commun » et qui se révélera impraticable à long terme) Sur les inconvénients qu'il y a à prendre, sur la base d'un droit interne, une décision juridictionnelle affectant plusieurs ordres juridiques, voir notamment : *Précis* t.I, p. 55 ; et « Théorie du gouvernement... », pp. 56-57

¹²⁴ Le CIRDI, essentiellement, mais aussi le Comité d'arbitrage de la Chambre de commerce et d'industrie de Genève, la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale, etc.

¹²⁵ Dans sa décision *Amco c. Indonésie* du 5 juin 1990, le CIRDI affirmait qu'il appréciait toute prétention juridique au regard du droit international, quel que soit le droit applicable choisi dans le contrat d'investissement.

¹²⁶ Voir notamment pp. 331-342 LEBEN (Ch.), « La théorie du contrat d'état et l'évolution du droit international des investissements », *R.C.A.D.I.* 2003, vol. 302, et la bibliographie donnée dans ce cours sur cette question en note 201 (et dans les notes suivantes).

¹²⁷ Voir l'article 54 de la Convention de Washington instituant le CIRDI. Voir aussi : LEBEN (Ch.), « La théorie du contrat d'état et l'évolution du droit international des investissements », *R.C.A.D.I.* 2003, vol. 302, p. 342 (et la bibliographie sur le sujet en notes 221 et ss.)

¹²⁸ S.A., CIRDI, *Southern Pacific Properties (SPP) c/ Egypte* du 20 mai 1992 (affaires des pyramides), Case No. ARB/84/3, in *J.D.I. (Clunet)* 1994, p. 229 (obs. E. Gaillard)

¹²⁹ S.A., CIRDI, *Asian Agricultural Product. (A.A.P.L.) Ltd c. République du Sri Lanka* – S.A. CIRDI, décision et opinion dissidente du 27 juin 1990, *I.L.M.* 1990, p. 580, *J.D.I.*, 1992, pp. 216-232

litige opposant un Etat et une personne privée qui n'ont pas de lien contractuel strictement entendu, mais qui ont exprimé, à des moments différents (l'Etat avant la naissance du litige, la personne privée après l'écllosion du litige) leur consentement à sa juridiction. Ce type de règlement des différends, connu sous le nom, en anglais, d'*arbitration without privity* (J. Paulsson), et ceux, en français, d'arbitrage sans lien contractuel, ou d'arbitrage sans accord spécifique (B. Stern), ou encore d'arbitrage transnational unilatéral (W. Ben Hamida)¹³⁰ s'est tout à fait banalisé dans le cadre du CIRDI.¹³¹

Ce qui est frappant dans la compétence du CIRDI en tant qu'arbitre transnational unilatéral, c'est qu'il est saisi, non par les deux parties, mais par une seule partie qui se prévaut de l'acceptation antérieure de la juridiction par l'autre partie.¹³² Le consentement de l'Etat à la juridiction est ici plus diffus, plus lointain qu'il ne l'est habituellement en droit international, et l'on a pu parler d'arbitrage forcé ou d'arbitrage automatique.¹³³ A côté de ce premier changement (la compétence du CIRDI est fondée de manière de moins en moins apparente sur une rencontre des volontés), « les évolutions actuelles tendent à valider l'idée d'une sorte de juridiction générale du CIRDI pour les litiges en matière d'investissement mettant en cause un investisseur et un Etat étranger [...] »¹³⁴

Si l'on rassemble ces diverses remarques, il nous semble que tout est fait pour que tous les acteurs internationaux estiment que, quelles que soient les circonstances, un litige concernant les investissements internationaux est soumis à l'appréciation du CIRDI. Certes, l'existence de cette juridiction repose sur un traité conclu entre Etats, et sa compétence pour un litige particulier sur une rencontre des volontés. Mais le consentement à la juridiction que donne l'Etat concerne, non un ou plusieurs litiges aux contours très définis, mais une multitude de litiges dont il ne sait encore rien. La juridiction du CIRDI n'est pas uniquement permanente, elle ressemble aussi de plus en plus à une juridiction de droit commun.

Le droit qu'il applique suit la même évolution. Certes, lorsque le CIRDI est saisi sur le fondement d'un traité de protection des investissements, il

¹³⁰ Voir : LEBEN (Ch.), « La théorie du contrat d'état et l'évolution du droit international des investissements », *R.C.A.D.I.* 2003, vol. 302, p. 365 et la bibliographie qu'il donne en note 263.

¹³¹ Voir : BEN HAMIDA (W.), *L'arbitrage transnational unilatéral. Réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique*, thèse, Paris II, 2003 (ss la dir. De Ph. Fouchard), pp. 35 et ss. (ci-après *L'arbitrage transnational...*)

¹³² La saisie est donc « unilatérale ».

¹³³ Voir : DERAÏNS (Y.), « L'impact des accords de protection des investissements sur l'arbitrage », *Les cahiers de l'arbitrage* (éd. *Gazette du Palais*), 2002, p. 51. Voir aussi sur cette question : *L'arbitrage transnational...*, pp. 143, 162, 193

¹³⁴ STERN (B.), « Le consentement à l'arbitrage CIRDI en matière d'investissement international : que disent les travaux préparatoires ? », *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XX^e siècle. Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Dijon, Université de Bourgogne, C.N.R.S. et Litec, 2000, cité p. 370 LEBEN (Ch.), « La théorie du contrat d'état et l'évolution du droit international des investissements », *R.C.A.D.I.* 2003, vol. 302, pp. 197-386

applique les règles de ce traité et celles auxquelles elles renvoient ; et lorsqu'il est saisi sur le fondement d'un contrat internationalisé, il applique les règles de ce contrat et celles auxquelles elles renvoient. Mais le plus souvent, ces règles sont quasiment similaires, et l'application des règles d'un traité dans un cas d'espèce a les mêmes conséquences que celles d'un contrat internationalisé – et inversement. Certes, le CIRDI n'est pas encore une juridiction obligatoire de droit commun appliquant des règles uniformes. Mais il nous semble que c'est dans ce sens, un sens rêvé par Georges Scelle, que tend le droit international des investissements en ce début de XXI^e siècle, à la suite de l'évolution qu'il a suivi durant la seconde moitié du siècle précédent.

L'évolution du droit international du commerce confirme aussi sur plusieurs points l'évolution préconisée par le grand internationaliste : d'abord, l'Organisation Mondiale du Commerce tend à devenir *l'unique* organisation traitant des affaires commerciales internationales. Ensuite cette organisation a établi un système permanent de règlement des différends, dont le caractère juridictionnel s'est fortement renforcé. En effet, au caractère très politique qu'avait le règlement du litige avant 1995 a succédé un mécanisme qui, s'il semble hybride sur le papier, est au moins quasi-juridictionnel dans les faits.¹³⁵ Rappelons enfin l'importance considérable des litiges qui ont pu lui être soumis.

¹³⁵ Grâce au procédé dit du « consensus négatif » établi par l'article 17.14 du Mémorandum d'accord. Voir par exemple : JACKSON (J. H.), « Observations sur les résultats des cycles de l'Uruguay », in *R.G.D.I.P.* 1994, pp. 684 et ss. ; CANAL-FORGES, « Le système de règlement des différends de l'O.M.C. », in *R.G.D.I.P.* 1994, p. 702 et ss. ; et plus généralement : CARREAU (D.) et JUILLARD (P.), *Droit international économique*, Précis Dalloz, Paris, 2003, 1^{re} éd., pp. 63 et ss. (et la bibliographie se trouvant au début du chapitre). Il serait intéressant de comparer cette transformation de l'organe de règlement de l'O.M.C. avec l'évolution qu'ont pu subir d'autres organes juridictionnels au début de leur histoire. Chargés d'un contentieux qui ne leur était pas traditionnellement dévolu, ces juridictions n'ont acquis leur indépendance à l'égard du pouvoir politique, et en particulier du pouvoir exécutif, que progressivement.

On pense au Conseil d'Etat qui, sous l'Ancien Régime, était toujours personnellement présidé par le roi ; qui à l'époque napoléonienne, se bornait à préparer les affaires que Napoléon 1^{er} tranchait ; qui par la suite a été fortement menacée de politisation, et sous le Second Empire ne statuait pas en appel (où les litiges étaient tranchés par l'Empereur) ; le Conseil d'Etat qui avec la III^e République et la fin de la « justice retenue » deviendra enfin l'organe juridictionnel indépendant que l'on sait. (voir sur ces questions : PACTEAU (B.), *Le Conseil d'Etat et la fondation de la justice administrative française au XIX^e siècle*, PUF, Léviathan, Paris 2003 ; pour une présentation plus succincte : pp. 214 et ss. CHABANNE (R.), *Les institutions de la France – de la fin de l'ancien régime à l'avènement de la III^e République (1789-1875)*, L'Hermès, 2^e éd., Lyon, 1990)

On pense aussi au mécanisme initial de contrôle du respect des droits garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. A l'origine hybride, mi-juridictionnel mi-politique, ce mécanisme s'est transformé pour satisfaire aux exigences d'une justice impartiale et efficace. (le volume du contentieux ayant constamment augmenté depuis sa naissance) Comme chacun le sait, c'est surtout l'entrée en vigueur du Protocole 11 le premier novembre 1998, qui réalisera cette transformation, en ouvrant de plein droit à l'individu la saisine de l'organe judiciaire de contrôle, et en substituant aux trois organes de décision (la Commission, la

Contre l'évolution préconisée par Georges Scelle, en revanche, on peut avancer que l'organe de règlement des différends ne semble pas enclin à s'ouvrir directement aux requêtes des personnes privées – et en particulier des entreprises multinationales. Cette remarque n'est pas fautive. Cependant, si l'on examine le contentieux de l'organe de règlement des différends de l'Organisation Mondiale du Commerce (O.M.C.), il n'est pas rare que, même si les parties en litige sont des Etats, des personnes privées soient directement intéressées par les solutions. « Dans l'affaire opposant les Etats-Unis d'Amérique au Japon concernant *les mesures affectant les pellicules et papiers photographiques destinés aux consommateurs*, le différend opposait en réalité deux sociétés transnationales. Par-delà un contentieux Etats-unis/Japon, c'était Kodak c. Fudji et très concrètement ce sont les conseils de ces deux sociétés qui préparaient les dossiers. »¹³⁶

Or si le contentieux oppose en réalité des personnes privées, et que ces litiges sont réglés par des tiers par rapport aux parties, l'intérêt de la médiation de l'Etat est assez restreint. Il ne nous paraît donc pas impossible que l'organe de règlement des différends de l'O.M.C. règle un jour directement les litiges opposant des personnes privées, sans que chaque Etat soit obligé d'endosser leur réclamation. L'organe de règlement des différends ne pourrait-il pas, à l'instar du CIRDI depuis l'affaire *A.A.P.L. c. Sri Lanka*, permettre à une entreprise de se plaindre directement, à condition que l'Etat ait accepté au niveau interétatique la compétence de principe de l'organe de règlement des différends ?

Cette évolution, qui irait dans le sens de Georges Scelle, n'est pas encore d'actualité. Il en va autrement d'autres attitudes de l'O.M.C. Globalement, l'O.M.C. fait montre de la volonté de donner le plus de légitimité possible aux normes internationales du commerce et de rapprocher ces normes des

Cour et le Comité des ministres du Conseil de l'Europe) un seul organe permanent : la Cour Européenne des Droits de l'homme. Voir par exemple sur la transformation de la Cour européenne des droits de l'homme : ABRAHAM (R.), « La réforme du mécanisme de contrôle de la Convention européenne des droits de l'homme : Le Protocole N° 11 à la Convention », *A.F.D.I.*, 1994 (1995), vol. 40, pp. 619-632 ; BADINTER (R.), « Du Protocole n°11 au Protocole n°12 », in *Mélanges offerts à Louis Edmond Pettiti*, Bruylant, Bruxelles, 1999, pp. 103-112 ; COHEN-JONATHAN (G.), PETTITI (Ch.), *La réforme de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, coll. Droit et justice, Bruxelles, 2003 ; COHEN-JONATHAN (G.), « Le Protocole N° 11 et la réforme du mécanisme international de contrôle de la Convention européenne des droits de l'homme », *Europe*, vol. 4, n° 11, pp. 1-3 ; PETTITI (L.-E.), « Le Protocole 11, son historique et son avenir », *Justices*, n°6, Avril/Juin 1997, pp. 71-94 ; PETTITI (L.-E.), « Le Protocole N° 11 – Bilan et perspectives », *Bulletin des Droits de l'Homme*, vol. 3, 1994, pp. 20-23 ; WACHSMANN (P) (dir.), *Le Protocole n° 11 à la Convention européenne des droits de l'homme – Actes de la Table ronde organisée le 22 septembre 1994 par l'Equipe de recherche « Droit comparé des droits de l'homme » de l'Institut des hautes études européennes de l'Université Robert Schuman à Strasbourg*, Nemesis-Bruylant, Série Droit et Justice, vol. 15, Bruxelles, 1995, 194 p.

¹³⁶ AUDEOUD (O.), « Le statut de la société civile internationale, un statut pour les O.N.G. ? » in GHERARI (H.) et SZUREK (S.) (dir.), *L'émergence...* (précité), pp.25-26

citoyens des Etats. En témoignent le discours tenu sur le site internet de l'O.M.C.¹³⁷ et une initiative audacieuse consistant à associer les parlements nationaux à la production des normes internationales du commerce. Les auteurs du site écrivent sur ce point que « La légitimité exige, en partie, que les parlements soient associés à [...] l'élaboration des règles de l'OMC. »¹³⁸

Cette attitude constitue un prolongement intéressant du mouvement d'ouverture des relations internationales et de contrôle du comportement des Etats par les parlements nationaux, auquel nous faisons référence au début de l'article. En effet, il n'est pas évident que dans un futur proche, le rôle international des parlements nationaux reste cantonné à celui de contrôleur de l'activité normative de leur gouvernement. Plus les normes internationales touchent directement les personnes privées, plus, nous semble-t-il, le principe démocratique veut que la légitimité de ces normes ait son fondement dans la volonté de ces personnes ou de leurs représentants. S'il est vrai que le droit international se rapproche des personnes privées, il sera nécessaire, aux termes de la doctrine scellienne, qu'il ne soit plus créé de manière décentralisée et concurrente par des organes nationaux (selon le processus du dédoublement fonctionnel) et des organes de collaboration interétatique, mais au contraire par des organes défendant les intérêts d'acteurs privés transnationaux (individus, acteurs économiques, Organisations non gouvernementales (O.N.G.)).

2) *L'essor des acteurs extraétatiques transfrontières et la constitution d'une « société civile internationale »*

Ces sociétés et en particulier les « associations à but non-lucratif » – que nous qualifierions aujourd'hui d'O.N.G. – sont, dans la doctrine scellienne, créatrices directes et mode d'expression direct de la solidarité internationale.¹³⁹ A ce titre, elles doivent être associées à la création normative. Plus généralement, le système interétatique de formulation des règles internationales devra se transformer en un système superétatique à la fois plus centralisé¹⁴⁰ et plus proche des individus et de leur activité « réelle ». Le « défaut essentiel » d'une organisation internationale comme la Société des Nations était ainsi, aux yeux de Georges Scelle, « d'être une pure société de gouverne-

¹³⁷ Voir notamment le chapitre 5 (« Transparence et dialogue avec la société civile ») de la rubrique « L'avenir de l'OMC » sur le site : www.wto.org *A contrario*, l'O.M.C. se montre réticent à ouvrir trop grand la porte aux organisations non gouvernementales en tant qu'*amicus curiae*. Voir notamment : Etats-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes, AB-1998-4, WT/DS58/AB/R, 12 octobre 1998.

¹³⁸ Rubrique « L'avenir de l'OMC » sur le site : www.wto.org, §§203-204, chapitre 5 (« Transparence et dialogue avec la société civile »)

¹³⁹ Voir : « Quelques réflexions hétérodoxes... », p. 478

¹⁴⁰ Mais pas extrêmement centralisé puisque le modèle idéal de l'organisation mondiale est celui du fédéralisme.

ments, une sorte de congrès diplomatique intermittent inaccessible aux considérations de solidarité internationale [...]. »¹⁴¹

L'évolution de la société internationale depuis une cinquantaine d'années est marquée par l'immense essor et l'activité débordante des acteurs transfrontières non étatiques, souvent regroupés – à tort selon nous¹⁴² – sous l'expression de « société civile internationale ». Les impacts que la participation de ces acteurs très divers¹⁴³ à la vie internationale engendre sur le système juridique international divisent beaucoup, mais nul ne doute que des mutations sont en cours¹⁴⁴ et que « d'ores et déjà, [...] le droit international doit savoir compter avec une « *opinio juris* » qui n'est plus seulement celle des Etats mais aussi celles d'intérêts collectifs projetés ou élargis à l'échelle mondiale. »¹⁴⁵ Quoique ses origines embryonnaires soient probablement très anciennes¹⁴⁶, la société civile prend véritablement son envol à partir de 1945¹⁴⁷ et sa constitution et son activité s'accroissent de manière remarquable¹⁴⁸ dans les années 1990.

¹⁴¹ SCELLE (G.), Préface de LEONARD (R.), *Vers une organisation politique et juridique de l'Europe – Du projet d'Union fédérale européenne de 1930 aux Pactes de sécurité*, Rousseau et Cie Editeurs, Paris, 1935, p. X. Dans le même sens, voir : « Théorie et pratique... », p. 196 : La « transformation fondamentale de la Société des peuples » suppose la création d'organes super-étatiques spécialisés, ou « l'adjonction, dans les organes collectifs [existant], de représentants des forces sociales internationales extra-étatiques aux délégués gouvernementaux. »

¹⁴² La doctrine internationaliste oppose souvent l'Etat, qui serait le représentant d'intérêts publics, et les acteurs non-étatiques qui ne seraient les représentants que d'intérêts privés. C'est oublier que c'est sur le plan de leur ordre juridique national que chaque Etat est le représentant de l'intérêt général et le garant de l'ordre public. Sur le plan international, les Etats agissent *avant tout* à titre individuel comme le font des personnes privées dans n'importe quelle société. Aussi, ils ont été et sont la plus grande partie de la « société civile internationale ». Quelle entité pourrait être considérée comme représentante de l'intérêt général ou de certains intérêts de la société internationale ? L'ONU, et les organisations interétatiques quasi-universelles ou à vocation universelle, mais certainement pas un Etat pris isolément. Si des Etats affirment être représentants des intérêts publics de la société internationale globale, il ne s'agit que d'une prétention, en partie comparable à celle de certaines O.N.G. Quel titre à agir (excepté – mais ces exceptions sont discutables et discutées – une habilitation du Conseil de sécurité et une norme impérative de droit de droit international général) pourraient-ils faire valoir pour agir au nom des intérêts de la société internationale ?

¹⁴³ En ce qui concerne leur taille, leur organisation, leurs finalités, les méthodes qu'ils emploient, etc. Généralement, on en distingue surtout deux types : les organisations non gouvernementales et les entreprises multinationales. Mais il semble aussi indispensable de distinguer les organisations non gouvernementales selon leur taille, leur finalité, leur sérieux, leur légitimité, etc.

¹⁴⁴ Voir par exemple Avant-propos de H. Gherari et S. Szurek in GHERARI (H.) et SZUREK (S.) (dir.), *L'émergence... (précité)*, p. ii

¹⁴⁵ « Le concept de société civile... », p. 6 Dans le même sens et le même ouvrage, voir : SZUREK (S.), « La société civile internationale et l'élaboration du droit international », p. 66

¹⁴⁶ Voir par exemple le rôle qu'elle a joué dans l'interdiction des balles *dum dum* in HUBERT (D.), « The Landmines Ban : A Case Study in Humanitarian Advocacy », *Occasional Paper* n°42, Thomas J. Watson Institute for International Studies, 2000 ; AUDEOUD (O.), « Le statut de la société civile internationale, un statut pour les O.N.G. ? » in GHERARI (H.) et SZUREK (S.) (dir.), *L'émergence... (précité)*, pp. 24-25

¹⁴⁷ On ne les désigne pas encore à cette époque sous le vocable « organisations non gouvernementales ». Voir : BÉTTATI (M.) et DUPUY (P.-M.), *Les O.N.G. et le droit international*, Paris, Economica, 1945 et plus récemment : RUIZ-FABRI (H.), « Organisations non gouvernementales », *Répertoire international*, Dalloz, Paris, 1999

¹⁴⁸ Voir notamment : « Le concept de société civile... », p. 6 et p. 11

Traduisant les solidarités croissantes existant entre ces acteurs, les règles internationales ont de plus en plus pour objet de régler des relations transétatiques privées, et de moins en moins de défendre ou concilier des intérêts étatiques. Or ce sont les gouvernements étatiques, dont la fonction est de défendre les intérêts étatiques et non les intérêts de sociétés transnationales extraétatiques, qui établissent ces règles. Il est en conséquence plus que probable que l'exclusivité gouvernementale de la création normative paraîtra bientôt abusive aux yeux des sociétés transnationales extraétatiques que sont les organisations non-gouvernementales ou les entreprises multinationales.

Dans la Société internationale actuelle, les O.N.G. ne participent pas systématiquement à la production normative. Leur rôle est cependant important dans ce domaine et croît de manière considérable. Un grand nombre de chartes constitutives d'organisations intergouvernementales (notamment l'O.N.U.¹⁴⁹, l'O.I.T.¹⁵⁰, l'UNESCO¹⁵¹, l'O.M.C.¹⁵², l'O.M.S.¹⁵³, l'Institut international pour la démocratie et l'assistance électorale¹⁵⁴) et d'organisations régionales (l'O.E.A.¹⁵⁵, l'Union européenne¹⁵⁶) prévoient une coopération avec les organisations non gouvernementales ou plus généralement avec la société civile. Mais au-delà de ces textes, c'est surtout la pratique des organisations internationales et régionales qui consacre le rôle des organisations non gouvernementales dans la création normative internationale.¹⁵⁷ Cette partici-

¹⁴⁹ Article 71 de la Charte de San Francisco.

¹⁵⁰ Par exemple l'article 3.5 de sa Charte constitutive.

¹⁵¹ Article IV. 13 de sa Charte constitutive.

¹⁵² Article V : 2 des Accords de Marrakech.

¹⁵³ Article 2) b) de la Charte constitutive.

¹⁵⁴ Article IV de la convention de Stockholm du 27 février 1995 qui établit cette organisation internationale. Cet article IV revêt dans cet étude un intérêt particulier puisqu'il prévoit que les O.N.G. peuvent devenir « membres associés » de l'Organisation et être représentés au sein du conseil au même titre que les Etats et les organisations internationales (sans pouvoir les dépasser en nombre).

¹⁵⁵ Article 45 g) de la Charte de l'O.E.A.

¹⁵⁶ L'Union Européenne ne définit pas un statut mais dresse une liste des O.N.G. et organise régulièrement des forums de coopération.

¹⁵⁷ Parmi d'autres exemples, nous pouvons naturellement citer l'O.N.U. En effet, « au début des années 90, la pratique plus souple des « conférences mondiales » thématiques [de l'O.N.U.] permettant d'associer les O.N.G. aux Etats a semblé prendre le relais des sessions extraordinaires dans l'agenda des Nations-Unies : Conférence de Rio sur l'environnement en 1992, Conférence mondiale des Droits de l'Homme tenue à Vienne en 1993, Sommet de Copenhague sur le développement social en 1994, Conférence sur les femmes de Pékin en 1995. » Par souci d'économie, il a en suite été décidé de revenir aux sessions extraordinaires. Voir : DECAUX (A.), *Droit international public*, 3^e éd., Dalloz, HyperCours, p. 146 § 166

Sur le rôle des O.N.G. dans l'élaboration du droit international, voir notamment : SZUREK (S.), « La société civile internationale et l'élaboration du droit international » in GHE-RARI (H.) et SZUREK (S.) (dir.), *L'émergence...* (précité). Sur les relations entre organisations intergouvernementales et organisations non gouvernementales, voir : *Etat des relations entre certaines organisations internationales et la société civile, rapport de l'O.C.D.E.*, C (99) I 30 ;

pation des O.N.G. à l'activité normative tend de plus à s'institutionnaliser¹⁵⁸ et leur rôle est de plus en plus formellement reconnu.¹⁵⁹

L'influence de cette participation s'est faite ressentir dans les négociations ayant précédées la conclusion des grandes conventions multilatérales¹⁶⁰ des années 1990 et 2000 telles la Convention cadre sur les changements climatiques de 1992, l'Accord instituant l'Organisation Mondiale du Commerce de 1995, la Convention d'Ottawa sur l'interdiction des mines anti-personnel de 1997, le Protocole de Kyoto de 1997 ou encore celle qui porte statut de la Cour pénale internationale. Les O.N.G. sont fréquemment considérées comme responsables – au moins partiels – de l'échec de l'Accord Multilatéral sur l'Investissement (AMI)¹⁶¹ et du succès de la Convention cadre de contrôle du tabac¹⁶². Le nombre immense des acteurs mobilisés¹⁶³ pour la négociation, la conception, la ratification de cette dernière convention (comme par ailleurs pour la convention pour l'abolition des mines antipersonnels) tranche de manière frappante avec l'image classique de traités négociés entre Etats.

Il nous semble que l'activité des O.N.G. ne se limitera pas à la fonction normative. En effet, parce que ce type de conventions défendent des valeurs communes et non des intérêts étatiques particuliers, parce que soumettre l'application de ces conventions à une condition de réciprocité n'a généralement pas de sens, il est probable que les Etats n'assureront pas toujours efficacement

DAUDET (Y.), « Les acteurs privés, nouveaux partenaires de l'Organisation des Nations-Unies », *bulletin du Centre d'information des Nations Unies*, oct. 2000 ; OTTO (D.), « Nongovernmental Organizations in the United Nations System: The Emerging Role of International Civil Society », in *Human Rights Quarterly*, febr. 1996, vol. 18, n°1, pp. 107-141.

¹⁵⁸ Certaines conventions concernant l'environnement, plutôt que de créer de nouveaux organes intergouvernementaux, préfèrent confier – au moins à titre temporaire – à une O.N.G. la responsabilité du secrétariat permanent chargé du suivi et de la préparation des amendements.

¹⁵⁹ Voir : SANDS (Ph.), « La société civile et la mise en oeuvre du droit international », in GHERARI (H.) et SZUREK (S.) (dir.), *L'émergence...* (précité), p. 85, p. 88 et p. 92.

¹⁶⁰ Pour un point de vue sur l'influence des O.N.G. sur l'adoption des conventions internationales, voir : BRETON-LE GOFF (V.G.), *L'influence des Organisations non gouvernementales (ONG) sur la négociation de quelques instruments internationaux*, Bruxelles, Bruylant, Editions Yvon Blais, 2001.

¹⁶¹ Voir notamment sur l'échec de l'A.M.I. : S.F.D.I., *Un accord multilatéral sur l'investissement : d'un forum de négociation à l'autre ?*, Colloque I.H.E.I./S.F.D.I., Pedone, Paris, 1999, pp. 7-32.

¹⁶² Adoptée par l'assemblée générale de l'O.M.S. le 21 mai 2003.

¹⁶³ L'O.M.S. a collaboré avec des organes des Nations-Unies et différentes organisations nationales, locales et internationales pour élaborer et adopter cette convention : la Banque Mondiale, le Fond Monétaire International, l'Organisation Mondiale du Commerce, l'UNICEF, le Centers for Disease Control and Prevention (C.D.C.) des Etats-Unis d'Amérique, l'Agence pour la protection de l'environnement, mais aussi le National Institutes of Health (N.I.H.), le Centre International de Recherche et de développement canadien, l'Agence suédoise de développement international (A.S.D.I.), les Organisations non-gouvernementales regroupées sous la bannière de la Framework Convention Alliance, le secteur privé (notamment les médias, le secteur pharmaceutique et les industries de loisirs) et les centres universitaires.

le respect de ces normes. Ils n'y auraient pas d'intérêt direct ; et ils n'en ressentiraient pas forcément la nécessité. Ceux qui ressentiront la nécessité et l'intérêt d'assurer l'effectivité de ces normes seront les organisations non étatiques dont l'activité concerne le domaine dans lequel les normes ont été adoptées. Dans la réalité de la vie internationale, on constate d'ailleurs qu'il n'est pas rare que des O.N.G. pèsent davantage que les Etats ou les organisations inter-étatiques sur le comportement adopté par certains acteurs internationaux.¹⁶⁴ « On a vu récemment des entreprises de travaux publics, des fabricants de vêtements de sport, des compagnies pétrolières amenées à modifier leur comportements et à se soumettre à des codes de conduite (sur la construction des barrages, le travail des enfants, les droits de l'homme en général), là où ni la Commission des droits de l'homme de l'O.N.U. ni l'O.I.T. n'avaient pu agir. »¹⁶⁵ Il faut aussi souligner qu'il arrive que l'exécution d'une convention soit déléguée à des O.N.G., multinationale ou nationale.¹⁶⁶

Ainsi, nous pensons que Georges Scelle avait raison lorsqu'il affirmait qu'à moyen terme, il serait nécessaire d'associer des organisations traduisant directement des solidarités transfrontières à la production normative internationale, et plus encore, lorsqu'il préconisait que les représentants de ces intérêts transfrontières travaillent aux côtés des représentants étatiques au sein des organisations internationales dotés de compétences normatives.¹⁶⁷ Un travail de coopération des Etats et des organisations interétatiques avec les organisations non gouvernementales paraît aujourd'hui plus que jamais une condition de la réussite de la création normative internationale et du suivi de l'applica-

¹⁶⁴ Et ceci pour une multitude de raisons : parce que les organisations non gouvernementales ne défendent souvent qu'un nombre très restreint d'intérêts, qu'elles sont en général constituées d'une congruence d'associations et de réseaux répartis sur la planète, parce qu'elles bénéficient, pour les plus grandes, d'une couverture médiatique, parce que l'ONU manque souvent de moyens financiers, parce qu'elles s'appuient parfois sur des opinions publiques importantes. Voir en ce sens : DÉCAUX (A.), *Droit international public*, 3^e éd., Dalloz, HyperCours, pp. 156-157 § 182

¹⁶⁵ SMOUTS (M.-C.), « commentaire » de la contribution de P.-M. DUPUY, *Le concept de société civile...* in GHERARI (H.) et SZUREK (S.) (dir.), *L'émergence... (précité)*, p. 22

¹⁶⁶ C'est par exemple le cas de la Convention sur l'adoption internationale. Voir : Discussion sous la présidence de P. LAMY in GHERARI (H.) et SZUREK (S.) (dir.), *L'émergence... (précité)*.

¹⁶⁷ Voir par exemple : SCELLE (G.), *Préface* de LEONARD (R.), *Vers une organisation politique et juridique de l'Europe – Du projet d'Union fédérale européenne de 1930 aux Pactes de sécurité*, Rousseau et Cie Editeurs, Paris, 1935, p. X

¹⁶⁸ Marque frappante de ce succès, la rapidité de l'entrée en vigueur, moins d'un ou deux ans après leur signature, de la convention d'Ottawa sur les mines antipersonnels ou de la convention cadre de contrôle du tabac doit être souligné. Voir aussi en ce sens : AUDEOUD (O.), « Le statut de la société civile internationale, un statut pour les O.N.G. ? », p. 25 et STERN, « La société civile internationale et la mise en œuvre du droit international : l'exemple de la convention d'Ottawa sur l'élimination des mines antipersonnel », p. 110 in GHERARI (H.) et SZUREK (S.) (dir.), *L'émergence... (précité)*

tion de ces normes.¹⁶⁸ Mais cette collaboration n'est, de notre point de vu, pas uniquement une condition du succès de la création et du respect des normes internationales ; elle est un besoin. En effet, lorsque les O.N.G. ne sont pas conviées aux grandes conférences aux enjeux économiques, écologiques ou humanitaires importants, elles sont présentes sans qu'on les y ait invitées¹⁶⁹, et elles influent de manière parfois brutale et incoordonnée sur les décisions qui y sont prises¹⁷⁰. Laisser ces forces s'exprimer ainsi, en dehors de tout cadre et de toute collaboration, ne pourrait qu'affecter la légitimité et l'effectivité des normes internationales.

L'évolution du rôle des acteurs économiques internationaux sur la scène internationale peut se comparer à celle des O.N.G. Comme elles, ces acteurs ont acquis dans la négociation de certaines conventions – particulièrement les conventions unifiant le droit privé – un rôle fondamental¹⁷¹, même s'il reste souvent informel. Et de même que certaines O.N.G. ou coalitions d'O.N.G. sont responsables de l'échec ou du succès de certaines conventions internationales, les opérateurs privés ont été à l'origine de l'échec de négociations importantes, telles celles menées dans le cadre de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (O.M.P.I.) à la fin de l'année 2000¹⁷² ou celles concernant le projet de convention mondiale sur la compétence et les effets des tribunaux étrangers en 1999. Dans ce dernier cas, alors que les travaux préparatoires avaient commencé en 1992, « toute volonté politique initialement avérée [a été] minée par une lame de fond venant des opérateurs » économiques transnationaux.¹⁷³

L'État en tant qu'organe normatif international exclusif est, dans le domaine de l'unification du droit privé, complètement remis en cause : « [...] plus aucune règle uniforme internationale ne peut aujourd'hui être adoptée sans que [l]es acteurs [privés] le demandent ou, s'ils n'en sont pas les initiateurs,

¹⁶⁹ Voir : « Le concept de société civile... », p. 16

¹⁷⁰ Ainsi, par exemple, la création par la Banque mondiale d'un Panel d'inspection en son propre sein a pour origine les critiques formulées par certaines O.N.G. pointant du doigt les dommages économiques, sociaux, écologiques et culturels de réalisations financées par la Banque. Voir : Résolution n°93-10 du conseil des administrateurs de la *Banque internationale pour la reconstruction et le développement* établissant le « Panel d'inspection », adoptée le 22 septembre 1993. Voir : BOISSON de CHAZOURNE (L.), « Le Panel d'inspection de la Banque mondiale, à propos de la complexification de l'espace public international », *R.G.D.I.P.* 2001/1, pp. 145 et ss.

¹⁷¹ Voir sur ce point : KESSEDJIAN (C.), « Codification du droit commercial international et droit international privé. De la gouvernance normative pour les relations économiques transnationales », *R.C.A.D.I.*, 2002, vol. 300, pp. 79-308

¹⁷² Dont le but était un accord sur la règle de conflit de loi à appliquer en matière de droit d'auteur.

¹⁷³ KESSEDJIAN (C.), « L'unification internationale du droit privé », in GHERARI (H.) et SZUREK (S.) (dir.), *L'émurgence...* (précité), p. 76

¹⁷⁴ *Id.* p. 78

qu'ils en acceptent pleinement l'idée (...). »¹⁷⁴ La composition des délégations des Etats aux négociations se transforme pour accueillir des praticiens ; le nombre d'observateurs décuple à la suite d'un assouplissement des critères d'admission ; le consensus remplace le vote comme détermination du moment de l'accord ; et les méthodes de rédaction des textes sont bouleversées.

Il n'est pas étonnant que les acteurs transnationaux – notamment les O.N.G. et les acteurs économiques – donnent aux Etats l'impression que leur activité lui échappe. De fait, le propre de l'activité de ces entités est d'être transfrontière et non limité au territoire d'un Etat. Généralement, ces entités ne se situent pas sur un seul territoire et ne sont pas composées d'individus d'une seule nationalité, ce qui exclue la pertinence des traditionnels critères de compétence étatique : la nationalité et le territoire. Parce que l'activité de ces entités dépasse les frontières des Etats, et parce qu'aucun Etat ou groupe d'Etats ne représente leurs intérêts, il n'y a pas véritablement de raison qu'un droit d'origine exclusivement étatique ou interétatique s'applique à elles. L'Etat n'a pas de véritable légitimité à établir, en tous les cas à établir seul les règles applicables à ces acteurs et à leur activité. Dans les faits, on observe d'ailleurs qu'il n'y parvient pas véritablement. Pourtant, l'importance de ces entités est telle, que des règles générales déterminant leur légitimité, leur rôle, leurs droits, leurs obligations, etc. paraissent ou paraîtront bientôt tout à fait nécessaires. Or, puisque le droit d'origine étatique ou interétatique n'a pas de légitimité démocratique à établir ces règles et à accorder unilatéralement un statut à ces acteurs, il n'est pas impossible qu'un autre droit, produit à la fois par des acteurs étatiques et par des acteurs transnationaux non étatiques – sera choisi. C'est en tous les cas la solution que préconisait Georges Scelle, qui voyait en ce droit mixte une transition entre le droit interétatique classique et un droit mondial possédant des qualités de droit interne.

De notre point de vu, Georges Scelle a eu raison d'établir une corrélation entre la multiplication historique des relations d'individus de différentes nationalités, l'internationalisation de nombreuses activités traditionnellement réservées à la sphère de l'Etat, et la naissance d'une véritable « communauté internationale ». Car de fait, l'idée selon laquelle le droit international n'a pas pour finalité exclusive la coexistence pacifique et l'égalité souveraine des Etats, mais qu'il a également pour objet la coexistence des personnes privées autour de valeurs communes, s'est fréquemment incarnée dans le système international sous la pression de personnes privées. L'expression « communauté interna-

tionale » a trouvé notamment une réalité dans la création des « crimes internationaux d'Etat » et dans la reconnaissance d'un « droit d'ingérence humanitaire », qui sont des institutions dont l'émergence est en grande partie liée à des revendications de ce qui est couramment appelé « la société civile internationale ».

3) *L'affirmation de l'existence d'une communauté internationale « œcuménique »*

Si l'on se reporte à l'une des théories scellienne des plus importantes, celle du *dédoulement fonctionnel*¹⁷⁵, on notera que les gouvernants d'une collectivité étatique assurant l'une des fonctions sociales internationales n'agissent pas uniquement en leur nom propre, mais au nom de la « Communauté des peuples » ou « Société universelle des hommes »¹⁷⁶ ou encore de la « Société internationale œcuménique ».

L'une des innovations majeures du droit international « normatif »¹⁷⁷ dans la seconde moitié du XX^e et le début du XXI^e siècle consiste en la reconnaissance, prudente, d'une « communauté internationale ». Aux

¹⁷⁵ Sur la doctrine scellienne du dédoublement fonctionnel, voir en particulier de Georges Scelle : *Précis de droit des gens. Principes et systématique* (Vol. I) (1932) pp. 43, 54-56, 217 ; (Vol. II) (1934) pp. 10, 319, 450 ; pp.91-202 ; *Règles générales du droit de la paix, R.C.A.D.I.* 1933, IV, p. 356 ; « Théorie du gouvernement international », in *Annuaire de l'Institut international de droit public* (1935) pp. 46-59 ; « Théorie et pratique... » (l'intégralité du cours est traversé par l'idée du dédoublement fonctionnel) ; préface de l'ouvrage CARABIERER (Ch.), *Les juridictions internationales de droit privé*, Ed. de la Braconnière, Neuchâtel, Les éditions de la colonne Vendôme, Paris, 1947, pp. 16-21 ; *Manuel de droit international public* (1948) pp. 15-24, p. 799 ; *Cours de droit international public (rédigé d'après les notes et avec l'autorisation de M. G. Scelle) Le fédéralisme international – diplôme d'études supérieures Droit public 1947-1948*, Paris, (l'idée de dédoublement fonctionnel est omniprésente ; mais il en est traité expressément :) pp. 104 et ss. ; « Quelques réflexions sur l'abolition de la compétence de guerre », *R.G.D.I.P.*, 1954 ; « Le phénomène juridique du dédoublement fonctionnel », in *Rechtsfragen der Internationalen Organisation - Festschrift für H. Wehberg* (1956) pp.324-342 ; « Quelques réflexions hétérodoxes sur la technique de l'ordre juridique inter-étatique », in *Hommage d'une génération de juristes au Président Basdevant* (1960) pp. 473-488.

Voir par d'autres auteurs et sur la théorie scellienne du dédoublement fonctionnel : avant tout l'étude poussée – malgré quelques erreurs dans les références bibliographiques – d'A. CASSESE : « Remarks on Scelle's Theory of « Role Splitting (dédoublement fonctionnel) in International Law », *J.E.D.I.*, 1990 ; et en allemand : WIEBRINGHAUS (H.), *Das Gesetz der funktionellen Verdoppelung. Beitrag zu einer universalistischen Theorie des internationalen Privat- und Völkerrechts*, 2ème éd., 1955. Voir aussi : CARABIERER (Ch.) « Le fédéralisme international dans l'œuvre du professeur G. Scelle », in *La technique et les principes du droit public - Etudes en l'honneur de Georges Scelle* (Vol. I) (1950) pp. 55-66 ; LUCHAIRE (F.), « L'exercice de la fonction exécutive du droit international par les organes étatiques », in *La technique et les principes du droit public - Etudes en l'honneur de Georges Scelle* (Vol. II) pp. 815-820 ; VACHLOS (G.), « La théorie du pluralisme international de Georges Scelle », in *Philosophia Yearbook of the Research Center for Greek Philosophy at the Academy of Athens* (1983-84) pp. 13-14 et 429-443 ; enfin, en espagnol : MIAJA DE LA MUELA (A.), « La teoría del desdoblamiento funcional en el derecho internacional privado » in *Revista española de derecho internacional* (Vol. VI) (1953), pp. 133-141.

¹⁷⁶ *Manuel*, p. 4

¹⁷⁷ Comme le fait Georges Scelle (d'ailleurs de manière relativement floue), nous distinguons droit « normatif » et droit « constructif ». Le premier concerne davantage « ce qui doit être », les objectifs du droit ; et le second les moyens de réaliser le droit normatif.

termes des textes qui reconnaissent cette communauté (à tort ou à raison), chaque Etat auraient certaines obligations à l'égard de la « communauté internationale dans son ensemble », c'est-à-dire des obligations *erga omnes*. Rappelons-en uniquement les grandes étapes : les articles 53 et 64 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969, le fameux *obiter dictum* de l'arrêt rendu dans l'affaire de la *Barcelona traction* en 1970¹⁷⁸, l'arrêt *Blaskic* du 29 octobre 1997¹⁷⁹, les articles 40 et 41 du projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite de 2001 annexé à la résolution 56/83 de l'Assemblée générale des Nations-Unies. Rappelons aussi que le corollaire de l'émergence des notions de communauté internationale et d'obligations de *jus cogens* a été la naissance des *crimes internationaux* et celles des *crimes internationaux d'Etat*.

Si le système international restait strictement décentralisé et qu'on essayait néanmoins de donner vie aux notions d'obligation de *jus cogens* et de crime international, il faudrait reconnaître à tout Etat le droit de poursuivre, au nom de la communauté internationale dans son ensemble, les atteintes qui lui sont portées et d'adopter des contre-mesures afin de mettre fin à ces atteintes. En outre, si les valeurs de la communauté étaient bafouées par un Etat en la personne de ses propres ressortissants et sur son propre territoire, il faudrait reconnaître le droit pour tout Etat d'intervenir sur le terrain pour faire cesser la violation, et son obligation de ne pas se rendre complice du comportement incriminé.

Aujourd'hui, le droit pour les Etats d'intervenir sur le terrain d'un autre Etat n'est naturellement pas reconnu ; et le principe classique de non-ingérence dans les affaires intérieures des Etats est fermement maintenu.¹⁸⁰ L'obligation de ne pas se rendre complice de la violation d'une norme de *jus cogens* a en revanche été formulé¹⁸¹ dans l'article 41 §2 du projet d'ar-

¹⁷⁸ C.I.J., 5 février 1970, *Barcelona Traction Light and Power company (fond)* (Belgique c./Espagne) (2^e phase)

¹⁷⁹ T.P.I. (C.A.), 29 octobre 1997, *Blaskic* (IT-95-14-AR- 108 bis). Au paragraphe 26 de cet arrêt, la chambre d'appel du T.P.I. pour l'ex-Yougoslavie a interprété les obligations de coopération et d'entraide judiciaire des Etats avec le Tribunal comme « des obligations envers la communauté internationale dans son ensemble ».

¹⁸⁰ Voir notamment sur ce point l'affaire du *Détroit de Corfou* : C.i.J., 9 avril 1949, *Détroit de Corfou (fond)* (Royaume-Uni c./ Albanie) (Rec. 1949 p. 4) et *Nicaragua* : C.i.J., 27 juin 1986, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (fond)* (Nicaragua c./ Etats-Unis) (Rec. 1986 p.14). Voir aussi : BETTATI (M.), *Le droit d'ingérence – Mutations de l'ordre international*, Odile Jacob, Paris, 1996, p. 15

¹⁸¹ « Aucun Etat ne doit reconnaître comme licite une situation créée par une violation grave au sens de l'article 40 [c'est-à-dire une « violation grave par l'Etat d'une obligation découlant d'une norme impérative de droit international général] ni prêter aide ou assistance au maintien de cette situation »

ticles de la Commission de Droit International (C.D.I.) sur la responsabilité de l'Etat.¹⁸² L'absence de progrès constructifs à la hauteur de la révolution constituée apparemment par le concept de *jus cogens* s'explique facilement. Cette notion est encore aujourd'hui très contestée par un grand nombre d'Etats, ce qui rend son caractère obligatoire incertain. Mais des changements survenus dans la pratique internationale montre que l'idée de communauté internationale ou d'obligation de *jus cogens* l'influence. Ces changements concernent notamment (outre ce qui a été dit plus haut à propos des droits de l'Homme et des tribunaux pénaux internationaux) la reconnaissance d'un libre accès aux victimes dans des circonstances particulières d'urgence, et l'attitude de certaines juges nationaux.

En ce qui concerne tout d'abord le principe de libre accès aux victimes – plus connu sous le nom de droit d'ingérence¹⁸³ –, ce dernier a été reconnu¹⁸⁴ sur le fondement idéologique d'une communauté réunie autour de normes universelles relatives aux droits de l'Homme.

Ce droit d'accéder aux victimes de catastrophes humanitaires est dans les textes réservé aux O.N.G. et limité à une finalité exclusivement humanitaire. Il n'était pas question, originellement, d'imposer militairement quelque intervention que ce soit. L'opération alliée en Kurdistan irakien en mars 1991¹⁸⁵ et surtout l'intervention collective en ex-Yougoslavie ont modifié cette approche.¹⁸⁶ Dans le cas de l'ex-Yougoslavie, les organes principaux des Nations-Unies¹⁸⁷ ont « fait de l'assistance humanitaire l'objet premier de l'intervention collective et la justification de l'interposition armée dans certaines zones ainsi que de l'embargo. [...] Les réactions des Nations Unies dans les affaires de Somalie et du Rwanda [ont présenté par la suite] des caractères comparables. »¹⁸⁸

¹⁸² Voir : Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite annexé à la résolution 56/83 adoptée par l'Assemblée générale des Nations-Unies le 12/12/2001. La valeur juridique de ce projet, forcément relative, est sujette à discussion.

¹⁸³ Sur la terminologie juridique désignant le phénomène, voir notamment : BETTATI (M.), *Le droit d'ingérence – Mutations de l'ordre international*, Odile Jacob, Paris, 1996, pp. 7-8

¹⁸⁴ Par les résolutions 43/131, 45/100 et 46/182 du Conseil de Sécurité des Nations-Unies. Il a ensuite été consacré par l'arrêt *Nicaragua* : voir pp. 124-125 C.i.J., 27 juin 1986, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, (Nicaragua c./ Etats-Unis d'Amérique) (fond) (*Rec.* 1986)

¹⁸⁵ Décidée sur la base de la résolution 688 du Conseil de Sécurité.

¹⁸⁶ Voir : DAILLIER (P.) et PELLET (A.) (Nguyen Quoc Dinh +), *Droit international public*, L.G.D.J., Paris, 7^e édition, § 288. Dans le même sens, DUPUY (P.-M.), *Droit international public*, Dalloz, 4^e éd., Paris, 1998, § 107

¹⁸⁷ En particulier la C.i.J. dans son ordonnance du 8 avril 1993 et le Conseil de Sécurité dans sa résolution 819 du 16 avril 1993.

¹⁸⁸ DAILLIER (P.) et PELLET (A.) (Nguyen Quoc Dinh +), *Droit international public*, L.G.D.J., Paris, 7^e édition, § 288.

Les mises en œuvre du principe de libre accès aux victimes ne constituent cependant pas les seules pratiques qui se fondent sur l'idée d'une communauté internationale. Au plan interne, les cours nationales, surtout occidentales, prétendent de plus en plus agir, non dans l'intérêt de leur Etat, mais dans celui de la communauté internationale. Celles-ci fondent parfois leur droit d'agir sur une norme conventionnelle¹⁸⁹. D'autres fois cependant, elles ont cette prétention sans qu'aucun titre particulier ne les y autorise. Ainsi, elles se sont prononcées sur la licéité ou l'illicéité de l'usage de la force¹⁹⁰, et ont jugé des individus coupables de crimes internationaux et non poursuivis par l'Etat territorialement compétent.¹⁹¹ Elles ont aussi parfois revendiqué une « compétence universelle » en se fondant sur le caractère des infractions dont les plaignants demandaient la sanction.¹⁹²

4) *L'explication des mutations connues par la société internationale et le droit international par la doctrine de Georges Scelle*

Si l'on tente une synthèse de toutes ces évolutions, on peut indiquer ce qui suit : les règles de la société internationale – ou pour être plus précis, de la société transfrontière – ont eu depuis cinquante ans de plus en plus tendance à partir des personnes privées et à s'y appliquer – et non plus à partir des autorités des Etats pour s'appliquer à ces autorités. Ses destinataires finaux sont devenus de plus en plus fréquemment des personnes privées, et matériellement, ces règles ont aussi, de plus en plus, des acteurs privés transfrontières pour auteur et organe d'application. « [II] s'en suit que la promotion, le développement et l'application de règles de droit international public ne relèveront plus [à l'avenir] exclusivement du Foreign and Commonwealth Office, du Quai d'Orsay, du State Department, ou encore de leurs quelconques 190 équivalents dans le monde. Le monopole de l'Etat [...] est graduellement remplacé par le sentiment que la communauté internationale comprend une

¹⁸⁹ Sur les Conventions de 1949 sur les victimes des conflits armés par exemple.

¹⁹⁰ Voir l'affaire *Shimoda*: *The Shimoda case*, 8 *Japanese Annual of International Law*, 1964, p.212.

¹⁹¹ Voir l'affaire *Eichmann* (36 *International Law Reports* (1968) p. 300 et 304) mais aussi l'affaire *Demjanjuk* (A U.S. Court of Appeals (Sixth Circuit) 31 October 1985 776 F.2d 571 (1985)) dans laquelle les juges ont prétendu « agir pour toutes les nations » (§ 21), et l'affaire *Yunis* (681 F. Supp. 896 (D.D.C. 1988)) où les juges ont écrit « Not only is the United States acting on behalf of the world community to punish alleged offenders of crimes that threatened the very foundations of world order, but the United States has its own interest in protecting its nationals. » (p.903) Les références de ces affaires se trouvent dans l'article : CASSESE (A.), « Remarks on Scelle's Theory of « Role Splitting (dédoublément fonctionnel) in International Law », *J.E.D.I.*, 1990

¹⁹² Voir le mandat d'arrêt du 11 avril 2000 lancé contre la personne de M. Yérodià : C.i.J., 14 février 2002, *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (R.D.C. c./ Belgique), *I.L.M.* 2002

gamme beaucoup plus étendue d'acteurs, y compris des individus, O.N.G. et entreprises. »¹⁹³ Autrement dit, un droit de moins en moins produit, d'un point de vue matériel, par l'Etat s'applique de plus en plus aux éléments de son corps. Formellement, ces règles tirent leur force obligatoire de la volonté des Etats qui les ont édicté. Mais matériellement, les acteurs privés transfrontières n'appliquent souvent de règles que celles à la formation desquelles ils ont participé ou consenti,¹⁹⁴ de sorte que leur propre acception emporte parfois davantage de conséquences que celle des Etats.

A la montée en puissance du rôle des personnes privées dans la société internationale a donc correspondu la montée en puissance de leur rôle dans la formation et l'application du droit. Cette montée en puissance a aussi correspondu à une extension du droit international à de nouveaux domaines et à l'apparition des concepts de « communauté internationale » et de « *jus cogens* ». Ce faisant, le droit international a cessé d'être restreint à ses activités traditionnelles¹⁹⁵ et à compter, au moins de l'après seconde guerre mondiale, il n'y a plus eu de séparation rigide entre les domaines relevant du droit interne et ceux relevant du droit international, mais au contraire, une continuité a commencé à s'établir. A l'extension du droit international à de nouvelles disciplines a correspondu de manière remarquable une augmentation du contrôle de son application par des organes internationaux, ainsi qu'une augmentation de la permanence de ces organes, de leurs domaines de compétences, et de leur caractère juridictionnel.¹⁹⁶ L'exigence d'effectivité d'un droit international dont les destinataires sont des individus a rendu de plus en plus nécessaires l'existence de juges internationaux et la pénétration des règles et décisions internationales dans les ordres internes. La juridictionnalisation de la société interna-

¹⁹³ SANDS (Ph.), « La société civile et la mise en œuvre du droit international », in GHERARI (H.) et SZUREK (S.) (dir.), *L'émergence...* (précité), p. 91

¹⁹⁴ Voir notamment : KESSEDJIAN (C.), « L'unification internationale du droit privé », in GHERARI (H.) et SZUREK (S.) (dir.), *L'émergence...* (précité)

¹⁹⁵ « Le concept de société civile... », p. 12. Il résulte de cet « enrichissement » du droit international une « fragmentation » sur laquelle on a beaucoup écrit. Voir notamment les rapports de la C.D.I. sur la fragmentation du droit international : Rapport de la C.D.I., 52^e session, A/57/10, pp. 267 et ss. ; et le rapport de G. HAFFNER, « Les risques que pose la fragmentation du droit international », in Rapport de la C.D.I. 52^{ème} session, A/55/10, pp. 305 et ss. Voir aussi le chapitre introductif de FROUVILLE (O. de), *L'intangibilité des droits de l'Homme en droit international – Régime conventionnel des droits de l'Homme et droit des traités*, thèse de doctorat, préf. de DECAUX (E.), Pedone, Paris, 2004, pp. 4 et ss. et la bibliographie qui se trouve dans les notes de ces pages.

¹⁹⁶ Voir notamment sur l'ensemble de ces questions : S.F.D.I., *La juridictionnalisation du Droit international, Colloque de Lille*, Paris, A. Pedone, 2003. Voir aussi sur la justiciabilité importante des relations interétatiques comme « l'une des évolutions majeures de la société internationale au XX^e siècle » : LEBEN (Ch.), « La juridiction internationale », in *Droits* 1989, p. 150

tionale, en particulier à partir des années 1980, a été fréquemment souligné.¹⁹⁷ « En moins d'un siècle » a-t-on affirmé, « on est passé de la rareté à l'abondance voire au trop-plein de juridictions internationales permanentes. »¹⁹⁸ L'incidence du droit international sur la société internationale a été dans les faits accentuée par cette juridictionnalisation. Mais celle-ci n'a pas été accompagnée, comme Georges Scelle l'aurait souhaité, d'une reconnaissance du monisme absolu – où la contradiction entre une norme nationale et une norme internationale engendre *ipso facto* l'abrogation de la première. Dans la pratique cependant, on a pu remarquer que les Etats prennent de plus en plus en considération les contradictions existantes entre l'ordre interne et l'ordre international. « Avec l'institution des juridictions internationales permanentes, la perméabilité de l'ordre juridique national aux décisions internationales s'est [en effet] accrue ».¹⁹⁹

Si l'on réunit toutes ses tendances, on peut tirer la conclusion qu'il y a bien eu, comme Georges Scelle le pensait, correspondance entre la société, le droit normatif qui la régit et le droit constructif. Les effets d'annonce d'une révolution du droit normatif (le *jus cogens* par exemple) ont pu correspondre aux effets d'annonce d'une révolution du droit constructif (la Cour pénale internationale, par exemple), sans que ces embryons de changements radicaux bouleversent brutalement la structure du droit international. La solidification véritable de nouvelles règles (les droits de l'Homme, par exemple) a quant à elle correspondu à un véritable renforcement du droit constructif en la matière. (La création de Cours régionales des droits de l'Homme étant ici révélatrice) L'approfondissement de la juridicité du droit international et la judiciarisation des rapports internationaux ont emprunté d'autres voies qu'une révolution de la structure décentralisée de la société internationale. On peut penser qu'à moins d'un renversement complet et radical de la société transfrontière et du droit international, ce n'est qu'avec l'extension de l'applicabilité (temporelle, matérielle et personnelle) du droit international, ainsi que l'extension de la compétence (temporelle, matérielle et personnelle) d'organes de règlement des différends qu'augmenta dans un avenir proche la place du droit international dans la société qu'il régit. C'est de cette manière

¹⁹⁷ Voir notamment : JOUANNET (E.), « La notion de jurisprudence en question » in *S.F.D.I., La juridictionnalisation du Droit international, Colloque de Lille*, Paris, A. Pedone, 2003, p.333. Dans le même sens, voir : SANDS (Ph.), « La société civile et la mise en œuvre du droit international », in GHERARI (H.) et SZUREK (S.) (dir.), *L'émergence...*(précité), p. 91

¹⁹⁸ KAMTO (M.), « Les interactions des jurisprudences internationales et des jurisprudences nationales », in *S.F.D.I., La juridictionnalisation du Droit international, Colloque de Lille*, Paris, A. Pedone, 2003, p. 393

¹⁹⁹ KAMTO (M.), « Les interactions des jurisprudences internationales et des jurisprudences nationales », in *S.F.D.I., La juridictionnalisation du Droit international, Colloque de Lille*, Paris, A. Pedone, 2003, pp. 422-423

que l'anarchie des rapports internationaux sera au mieux rétrécie progressivement et solidement, sans pour autant la supprimer entièrement ni empêcher tout à fait un retour toujours possible à une anarchie plus grande.

Au terme de cette partie, il nous semble que la doctrine de Georges Scelle, au début du XX^e siècle, avait en grande partie pressenti le chemin que prendrait la société internationale et le droit international par la suite. Aussi, regarder les mutations du droit international à travers deux calques différents, celui du droit international classique, et celui du droit international de Georges Scelle, est un moyen intéressant de mesurer le chemin parcouru par le droit international sur des questions précises ou sur un plan plus global.

À l'aide de ces deux calques, il est aussi possible de rechercher l'« étape » à laquelle se trouve un droit régional, tel celui de l'Union Européenne, sur le chemin d'une organisation et d'une judiciarisation plus grandes. Il est aussi possible de s'interroger sur la capacité de la doctrine scellienne à expliquer à elle seule la construction européenne.

B) La doctrine scellienne, outil d'explication de la construction européenne ?

Quoique l'optimisme de Georges Scelle varie fréquemment selon ses écrits, l'internationaliste est rarement enclin à penser que le fédéralisme international est pour demain.²⁰⁰ Au contraire, il s'agirait davantage d'un but idéal vers lequel doivent converger tous les efforts des partisans du droit. Le prochain stade d'organisation de la société mondiale serait plutôt la constitution de blocs régionaux. Ces derniers constitueraient les « piliers essentiels » d'une construction fédéraliste mondiale²⁰¹ et ce serait conséquemment un tort de concevoir le fédéralisme politique international « sous l'angle universel, uniquement » et non aussi sous l'angle régional²⁰², car le mouvement de ces sociétés est le même.²⁰³

²⁰⁰ Voir par exemple les dernières pages de « Théorie du gouvernement... » ; et *Le fédéralisme international...*, p. 25 : L'O.N.U. est une belle initiative mais « sans doute l'éthique du fédéralisme international et du fédéralisme global n'est-elle pas encore suffisamment mûre. »

²⁰¹ Voir : *Le fédéralisme international...*, p. 133 et p. 409 ; et dans le même sens *Le sens international* (précité), p. 13 : « [...] il peut y avoir plusieurs sociétés internationales superposées, régionales ou continentales, avant d'atteindre la société mondiale, l'« œcuménique ». Voir dans le même sens la préface de Georges Scelle à l'ouvrage LEONARD (R.), *Vers une organisation politique et juridique de l'Europe – Du projet d'Union fédérale européenne de 1930 aux Pactes de sécurité*, Rousseau et Cie Editeurs, Paris, 1935 ; et cet ouvrage lui-même. Dans un sens comparable, Jean Monnet aurait déclaré dans les années 50 : « La construction européenne, à mes yeux, n'est qu'une étape vers l'organisation du monde de demain. », cité in LAMY (P.), « discussion » in GHERARI (H.) et SZUREK (S.) (dir.), *L'émergence...* (précité), p. 340

²⁰² *Le fédéralisme international...*, p. 409. Notons que ce reproche peut être fait à la doctrine scellienne qui, lorsqu'elle se penche sur la possibilité d'un fédéralisme universel, indique rarement (les seules exceptions que nous ayons rencontrées se trouvent dans la note précédente) que celui-ci peut s'appuyer sur de préalables fédéralismes régionaux.

²⁰³ Voir par exemple : MIRKINE-GUETZEVITCH (B.), SCELLE (G.), *Documents de politique européenne. L'union européenne*, Librairie Delagrave, Paris, Bibliothèque d'histoire et de politique, Documents de politique contemporaine, 1931, p. 5.

Parce qu'il croit que la technique juridique est « une », Georges Scelle estime ce qu'il écrit applicable à toutes les sociétés. Aussi, il est intéressant de se demander si l'histoire originale de la construction européenne peut être expliquée par le diagnostic qu'il fit des maux et du destin de la société internationale, ainsi que par les grandes règles de sa technique juridique. Mais comme d'autres internationalistes de la période de l'entre deux guerres mondiales, Georges Scelle s'est aussi parfois précisément attaché à évoquer l'éventualité d'un fédéralisme européen.²⁰⁴

Aussi, il est pertinent de rechercher en quoi la doctrine de Georges Scelle, dans son ensemble (qu'elle s'attache à la société européenne, aux sociétés régionales, ou à la société internationale globale) permet d'expliquer la construction communautaire.

De notre point de vue, la société européenne a réalisé sur un espace géographique limité une partie importante du chemin que Georges Scelle souhaitait à la société internationale globale. Selon la formule de Jean Monnet, la société européenne s'est avant tout construite sur le fondement d'un accroissement des solidarités de fait. L'union des Etats du continent européen a été « sans cesse plus étroite » et le droit de cette union s'est sans cesse élargi à de nouvelles matières, relevant traditionnellement des ordres internes. Les normes communautaires se sont adressées et s'adressent de plus en plus aux individus et de moins en moins aux gouvernements.²⁰⁵ La plupart d'entre elles priment sur la plupart des normes des Etats membres. Quant au contentieux porté devant ses juridictions, il est de plus en plus souvent consécutif à une plainte d'une personne privée et non d'un gouvernement²⁰⁶.

²⁰⁴ Voir encore son étude du projet d'Union fédérale européenne dans le cadre de la S.D.N., écrite avec Mirkine-Guetzevitch : *Documents de politique...* (cité note précédente) (et les nombreux articles de journaux écrits par Georges Scelle sur la question européenne, dont les références se trouvent dans le livre susdit). Voir, d'un autre auteur mais sur le même sujet, un ouvrage paru la même année : LAPRADELLE (A. de), *Union fédérale européenne*, Editions internationales, Paris, 1931. Voir aussi de Georges Scelle : *Préface à LEONARD (R.), Vers une organisation politique...* ; *Le fédéralisme européen et ses difficultés politiques*, Nancy, *Centre européen universitaire*, 1952, fasc. N°4. Voir aussi les allusions à la possibilité et à la nécessité d'une construction européenne dans d'autres travaux de Georges Scelle : *Le sens international*, p. 53, pp. 61-62 ; « Fédéralisme et proudhonisme », pp. 15-16 ; « Pouvoir étatique... », p. 202.

²⁰⁵ L'arrêt *Van Gend en Loos* indique déjà en 1963 que « La Communauté constitue un nouvel ordre juridique de droit international au profit duquel les Etats ont limité, bien que dans des domaines restreints, leurs droits souverains et dont les sujets sont non seulement les Etats membres, mais également leurs ressortissants ». C.J.C.E., 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, 26/62, *Rec. 3* (italiques ajoutées).

²⁰⁶ Depuis 1993 (c'est-à-dire depuis une décision du Conseil du 8 juin 1993, entrée en vigueur le 1^{er} août 1993. Voir : décision 93/350/CECA CEE CEEA, *JOCE*, n° L 144, 16 juin 1993, 21) en particulier, le tribunal de première instance est compétent pour trancher « le contentieux de la responsabilité extracontractuelle s'agissant des recours introduits par des personnes physiques ou morales, le contentieux de la responsabilité contractuelle dès lors qu'une clause compromissoire attribue compétence à la juridiction communautaire, et surtout l'ensemble des recours en annulation et en carence introduits par des requérants individuels, sans limites matérielles [...] » (SIMON (D.), *Le système juridique communautaire*, PUF, 3^{ème} éd., Paris, 2001, p. 345)

Au développement du droit normatif a correspondu celui du droit constructif, et des organes propres au nouvel ordre juridique communautaire ont été institués pour assurer son effectivité. Le complexe organique communautaire a associé des représentants des intérêts nationaux et des représentants des intérêts de la société communautaire. La centralisation n'a pas été absolue mais un partage des compétences a été effectué entre les institutions nationales et les institutions communautaires. Aussi, le dédoublement fonctionnel (selon lequel les organes nationaux participent à la vie des normes communautaires) a persisté, mais il a été partiellement institutionnalisé et organisé par le droit communautaire. Cette répartition des compétences a été effectuée par le droit communautaire, selon un mode qui n'est pas étranger au système fédéral imaginé par Georges Scelle.

La construction « fonctionnelle », c'est-à-dire procédant par « réalisations concrètes créant d'abord une solidarité de fait »²⁰⁷, des Communautés européennes concorde parfaitement avec la théorie durkheimienne et par la suite scellienne de la naissance de la solidarité par l'accroissement des relations matérielles. En appliquant cette théorie sociologique aux sociétés internationales régionales, Georges Scelle a pu écrire que « [...] le fédéralisme économique qui résulte des unions douanières » « est généralement le prélude d'un fédéralisme politique [...] »²⁰⁸ et que le fédéralisme européen sera probablement fondé sur un « marché économique occidental »²⁰⁹. La justesse de cette conviction paraît démontrée par l'histoire.

Une conviction des plus profondes de Georges Scelle est celle de la hiérarchie des ordres juridiques, selon laquelle les ordres juridiques priment inéluctablement les ordres juridiques qui leur sont sous-jacents. A cette règle de la hiérarchie des ordres juridiques en sont attachées deux autres : celle du monisme juridique selon lequel les normes de l'ordre juridique supérieur ont valeur normative dans tous les ordres juridiques – et notamment les ordres juridiques inférieurs ; et celle du fédéralisme qui est le pendant constructif de la règle normative de hiérarchie des ordres juridiques. Il est difficile de ne pas songer à la correspondance de telles règles sociologiques avec l'affirmation de l'existence et de la primauté

²⁰⁷ Déclaration de R. Schuman dans sa déclaration du Salon de l'Horloge du Quai d'Orsay le 9 mai 1950. (reproduite in ZORGBIBE (C.), *Histoire de la construction européenne*, Paris, PUF, 1993)

²⁰⁸ *Le fédéralisme international...* p. 275 (c'est l'auteur qui souligne !). Dans le même sens, voir : p. 262 *Id.*

²⁰⁹ *Id.*, p. 146

d'un ordre juridique communautaire sur les ordres internes, affirmés par les organes communautaires²¹⁰.

Dans la décision *Simmenthal*²¹¹, la C.J.C.E. montre toute l'ampleur des principes de primauté et d'applicabilité directe du droit communautaire : en vertu du principe de la primauté du droit communautaire, « les dispositions du traité et les actes des institutions directement applicables ont pour effet, dans leur rapport avec le droit interne des Etats membres, non seulement de rendre inapplicable de plein droit, du fait même de leur entrée en vigueur, toute disposition contraire de la législation nationale existante, mais encore – en tant que ces dispositions et actes font partie intégrante, avec rang de priorité, de l'ordre juridique applicable sur le territoire de chacun des Etats membres – d'empêcher la formation valable de nouveaux actes législatifs nationaux dans la mesure où ils seraient incompatibles avec des normes communautaires ; [...] » Sur le principe de l'applicabilité directe, la même décision a précisé qu'il signifie « que les règles du droit communautaire doivent déployer la plénitude de leurs effets, d'une manière uniforme dans tous les Etats membres [...] », ces dernières étant donc une « source immédiate de droits et d'obligations », tant pour l'Etat que pour les individus et les juges nationaux. Il est difficile au vu de cette décision de ne pas estimer que la construction européenne n'est pas en marche vers la réalisation concrète d'un monisme tel que le souhaitait Georges Scelle, de la hiérarchie des ordres juridiques, voire même d'un type particulier de fédéralisme.

Aux particularités normatives de l'ordre juridique communautaire correspondent des particularités constructives. « La paix » écrivait Georges Scelle « ne peut [...] être assurée uniquement par les moyens de la diplomatie, par les traités et même par l'organisation de juridictions arbitrales. Dans la société internationale comme dans toutes les autres sociétés, ce n'est que par l'*organisation*, c'est-à-dire par la création d'institutions sociales, par l'élaboration constante du droit, et par les procédés propres à assurer la sanction de la règle de droit et des décisions juridictionnelles, qu'un ordre durable et permanent peut être établi. »²¹² Par rapport à la plupart des autres systèmes organiques créés par des traités internationaux²¹³, le système communautaire de création

²¹⁰ Voir notamment : CJCE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, aff. 26/62, Rec., p.39 et surtout : C.J.C.E., 15 juillet 1964, *Costa c./ ENEL*, aff. 6/64, Rec., p. 1141 ; et C.J.C.E., 9 mars 1978, *Simmenthal*, aff. 106/77, Rec., p. 629

²¹¹ Voir : CJCE, 9 mars 1978, affaire *Simmenthal* précité, p. 629

²¹² *Documents de politique européenne...* (précité), p. 29

²¹³ Nous excluons naturellement les systèmes fédéraux et les autres organisations d'intégration régionale.

et d'application du droit comporte de manière notable deux caractères spécifiques préconisés par la doctrine scellienne.

Le premier concerne la composition des organes communautaires, ou plus précisément, la composition du système organique communautaire de production du droit. Celui-ci se caractérise par le travail collectif de trois institutions : un organe composé de représentants d'Etats membres (le Conseil des ministres), un organe composé de représentants des intérêts de l'ordre juridique communautaire (la Commission), et un organe représentant directement les peuples de l'Europe (le Parlement européen).²¹⁴ Denys Simon a pu parler de trois légitimités différentes : la légitimité intégrative (apportée par la Commission), la légitimité intergouvernementale (apportée par le Conseil des ministres) et la légitimité démocratique (apportée par le Parlement européen).²¹⁵

Comme nous l'avons déjà vu, Georges Scelle insistait fréquemment sur l'intérêt et la nécessité qu'il y a à la collaboration, au sein d'organes d'un ordre juridique international, entre des représentants étatiques et des représentants de l'ordre juridique international. Cette intuition était floue. L'Union européenne est venue la préciser en faisant au sein du même constat de la nécessité d'une adjonction de représentants de différentes sociétés, une distinction que Georges Scelle n'avait pas perçue, entre les représentants des intérêts de l'ordre juridique régional (la Commission), et les représentants des peuples (le Parlement). Cette distinction mise à part, l'intuition scellienne de l'adjonction de représentants à la légitimité différente était pertinente.

Le second trait spécifique du système organique communautaire dont nous voudrions dire quelques mots concerne les institutions chargées de son application. Ces dernières sont non seulement des organes appartenant en propre à l'ordre juridique communautaire, mais aussi des organes nationaux que l'ordre juridique

²¹⁴ Voir : Article 249 (ex-art. 189) du Traité de l'Union européenne : « Pour l'accomplissement de leur mission et dans les conditions prévues au présent traité, le Parlement européen conjointement avec le Conseil, le Conseil et la Commission arrêtent des règlements et des directives, prennent des décisions et formulent des recommandations ou des avis. [...] »

²¹⁵ Voir le chapitre 1 (pp. 183-257) de SIMON (D.), *Le système juridique communautaire*, PUF, 3^e éd., Paris, 2001. Dans le même sens, voir : BOULOUIS (J.), *Droit communautaire et droit français – Recueil d'études* (préf. G. VEDEL, intr. L. BOULOUIS et Y. GAUDEMET), éd. La mémoire du droit, Mayenne, 1999, pp. 21-22 : La réalisation de l'objectif communautaire d'une intégration progressive des Etats européens « supposait » selon le professeur Boulouis, « que les organisations internationales qui l'auraient en charge soient constituées suivant un modèle différent de celui des organisations classiques de coopération interétatique. » et « Le système ainsi mis en place comportait des modalités qui pouvaient se retrouver dans d'autres organisations internationales [...]. Mais il devait son originalité à leur accumulation dans un agencement dont les finalités leur conféraient une signification politique et juridique différente. »

communautaire a investi de la mission de faire respecter le droit communautaire. Aux termes du paragraphe 3 de l'article 249 (ex-art. 189) du traité de l'Union européenne, « La directive [communautaire] lie tout Etat membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et les moyens. [...] » Plus encore, aux termes du même traité (et notamment de son article 234 (ex-177)), les juridictions nationales assurent à un premier niveau le respect du droit communautaire, dont l'interprétation officielle est centralisée par la Cour de Justice des Communautés Européennes (C.J.C.E.). Dans le cadre de sa compétence, le juge national chargé d'appliquer « les dispositions du droit communautaire a l'obligation d'assurer le plein effet de ces normes en laissant au besoin inappliquée (...) toute disposition contraire de la législation nationale, même postérieure, sans qu'il y ait à demander ou à attendre l'élimination préalable de celle-ci par voie législative ou par tout autre procédé constitutionnel. »²¹⁶ Cette architecture rappelle de manière frappante le *dédoulement fonctionnel*²¹⁷ et la réglementation des compétences des organes des Etats par l'ordre juridique supérieur, lorsque ces organes assurent son respect.

Les juges nationaux, qui jusqu'à maintenant tirent expressément leur compétence de leur constitution nationale, ne vont certes pas jusqu'à affirmer qu'ils la tiennent de l'ordre juridique communautaire, même lorsqu'ils assurent l'application de ce dernier et écartent pour ce faire des normes nationales. L'arrêt *Simmenthal* ne l'affirme pas non plus. Au contraire, ce dernier énonce que le droit communautaire s'applique au juge « en tant qu'organe de l'Etat », ce qui laisse supposer qu'il statue en vertu d'un titre national et que le rang qu'il accorde au droit communautaire est celui que lui confère la constitution nationale.

²¹⁶ Dispositif de l'arrêt *Simmenthal* précité. Parce que la C.J.C.E. ne dispose pas d'un pouvoir de nullification des normes internes, c'est aussi le juge interne qui assure la prévalence du droit communautaire. En ce sens, voir : SIMON (D.), *Le système juridique communautaire*, PUF, 3^e éd., Paris, 2001, pp. 286 et ss. §278

²¹⁷ Voir : *Le fédéralisme international...* (précité), p. 106 : « Lorsque les autorités publiques qui ont pour mission de rendre effectif un ordre normatif déterminé, ne peuvent pas le faire elles-mêmes, rien ne les empêche d'emprunter à l'ordre juridique voisin (ou de le laisser le faire, s'il y est disposé) les organes qui agiront à leur place. Il y a alors « dédoublement fonctionnel » en ce sens que la fonction est accomplie par un organe d'un autre ordre juridique, mais pour le compte de l'ordre juridique déficient qui a exécuté, qui a posé la règle et peut-être rendu le jugement. [...] A chaque fois qu'il y a dédoublement fonctionnel, l'organe que l'on emprunte à un ordre juridique agit pour le compte de l'ordre juridique qui l'emploie, conformément à sa normativité, et la fonction juridique devient ainsi fonction juridique de l'ordre suppléé, et non plus de l'ordre qui a institué l'organe suppléant.

Le dédoublement fonctionnel peut aussi se produire entre des ordres juridiques en superposition, hiérarchiquement supérieurs les uns des autres. C'est même beaucoup plus fréquent.

Cela se produit d'abord lorsqu'un ordre juridique superposé ne souffre pas que ceux qui lui sont inférieurs disposent des organes nécessaires à leur accomplissement ; c'est le cas de la décentralisation administrative. » Notons que « La loi du dédoublement fonctionnel joue aussi pour la juridiction. [...] » (p. 116 *Id.*) (c'est l'auteur qui souligne)

Pourtant, il est difficile de dissocier la source du droit et le titre du juge dès lors que l'on affirme se trouver dans un système intégré se traduisant par l'existence d'un véritable ordre juridique.²¹⁸ Jean Boulouis affirme que « [s]i les droits et obligations conférés aux ressortissants communautaires ont, du fait de leur applicabilité directe, leur source immédiate dans le droit communautaire, c'est également dans celui-ci que les juges chargés de sanctionner ces droits et obligations trouvent directement leur titre à le faire, fussent-ils par ailleurs nationaux »²¹⁹.

Quelle que soit la pertinence de ce raisonnement, il est clair qu'en droit positif, le titre des juges internes à appliquer le droit communautaire ne sera communautaire que lorsque les normes de cet ordre juridique ou, en tous les cas, certaines normes de cet ordre juridique primeront l'intégralité des normes des ordres juridiques nationaux. Or, les juridictions nationales et notamment les cours suprêmes n'acceptent pas²²⁰ encore une telle primauté, dont la proclamation est par nature politique.

D'un point de vu logique, le juge national ne peut être obligé de faire primer le droit d'un ordre juridique supérieur, que si l'ordre juridique qui l'a investi, à savoir l'ordre juridique interne, l'y autorise. Mais s'il fait primer (en vertu d'une autorisation de son ordre interne) l'ordre juridique supérieur sur toutes les normes internes, on voit difficilement comment ce ne serait pas sur la base d'un titre conféré par cet ordre juridique supérieur qu'il statuerait. Il faut admettre que, par un mécanisme mystérieux, le titre sur lequel se fondait le juge interne pour faire primer un ordre juridique particulier sur l'ordre juridique interne, n'est plus de droit interne mais du droit de cet ordre juridique particulier. Le juge interne devient juge communautaire en vertu d'une norme interne mais dès qu'il est devenu juge communautaire, un lien est établi avec l'ordre juridique communautaire. Et si cet ordre juridique entier prime sur toutes les règles internes, le lien établi entre les juges internes et lui ne peut être défait par un droit national.

²¹⁸ Voir sur ce point : BOULOUIS (J.), « note sous Ccass., ch. Mixte, 24 mai 1975, *Administration des douanes c./ Société Jacques Vabre et S.A.R.L. Jean Weigel* », *A.J.D.A.* 1975, p. 567 et ss. et « Note sous C.J.C.E., 9 mars 1978, question préjudicielle du préteur de Suse (arrêt *Simmenthal*), *A.J.D.A.*, 1978, p. 234 s., reproduit dans BOULOUIS (J.), *Droit communautaire et droit français – Recueil d'études* (préf. G. VEDEL, intr. L. BOULOUIS et Y. GAUDEMET), éd. La mémoire du droit, Mayenne, 1999, pp. 112 ss.

²¹⁹ « Note sous C.J.C.E., 9 mars 1978, question préjudicielle du préteur de Suze (arrêt *Simmenthal*) in BOULOUIS (J.), *Droit communautaire et droit français – Recueil d'études* (préf. G. VEDEL, intr. L. BOULOUIS et Y. GAUDEMET), éd. La mémoire du droit, Mayenne, 1999, p. 117

²²⁰ A l'exception notable de la Belgique. Voir : Ccass., 25 mai 1971, *SA Fromagerie franco-suisse Le Ski*, CDE, 1971, p. 561 (Note Pecscatore) ; et surtout : C.E., 6^e chambre, 5 novembre 1996, *Orfinger c./Etat belge*, J.T., 1997, pp. 254-256 (note Ergéc)

Telle aurait été, nous semble-t-il, la situation d'un juge d'un Etat membre de l'Union Européenne si le Projet de traité du 18 juillet 2003 établissant une constitution pour l'Europe avait été ratifié.²²¹ Il aurait été alors difficile pour le juge national de continuer à affirmer détenir ses pouvoirs sur la base d'un titre conféré par un Etat souverain et non en vertu d'un titre communautaire. Nous aurions alors été véritablement très proches, sur un plan régional, du système idéal prôné par Georges Scelle.

Si cela n'est finalement pas le cas, il n'en est pas moins vrai que le droit communautaire, d'une origine essentiellement internationale, s'est dirigé et se dirige vers un type particulier de droit proche des droits fédéraux. Certains y voient une « originalité » du droit communautaire²²² ; Georges Scelle lui, y perçoit le destin des droits internationaux régionaux et globaux. Il n'est en rien effrayé par l'acquisition, par le droit international, de caractéristiques de droit interne. Il explique comment se peut faire ce passage et comment percevoir à quel moment se produit le basculement du droit international au droit constitutionnel interne. Sur ce sujet, il écrit dans son ouvrage de 1931 consacré aux documents relatifs à une *Union européenne* : « La confédération d'Etats reste dans le domaine du droit international ; elle ne crée pas un Etat nouveau distinct des Etats membres ; ses organes communs peu nombreux sont formés de représentants des Etats membres ; leurs décisions doivent être prises à l'unanimité ; les Etats membres conservent le droit de sortir à tout moment de la confédération (droit de sécession). Au contraire l'Etat fédéral serait une institution de droit constitutionnel. Il a la « compétence de la compétence », c'est-à-dire qu'il peut déterminer la compétence de ses propres agents et de ceux des Etats membres. Enfin, les membres de l'Etat fédéral n'auraient pas le droit de sécession. »²²³

Sans entrer véritablement dans le vif du débat consistant à savoir si l'Union européenne constitue ou devient (ou non) une fédération ou une institution de droit constitutionnel, nous soulignerons simplement que les questions soulevées par Georges Scelle il y a quelque soixante-dix ans sont encore d'actualité et que les réponses qu'il y apporte peuvent être pleines d'enseignements. L'avantage dont dispose la doctrine scellienne par rapport à d'autres doctrines internationalistes qui lui sont contemporaines est de ne pas s'être bornée à l'état du droit qui existait à l'époque où elle a été élaborée. Elle n'a pas vu dans le passage d'un droit interétatique à un droit transfrontière d'une effectivité comparable à celle d'un

²²¹ Ceci en raison de son article I-6.

²²² BOULOUIS (J.), *Droit communautaire et droit français – Recueil d'études* (préf. G. VEDEL, intr. L. BOULOUIS et Y. GAUDEMET), éd. La mémoire du droit, Mayenne, 1999, p. 23

²²³ *Documents de politique européenne...*, p. 27

droit interne, une impossibilité technique. Elle a au contraire souligné les difficultés politiques susceptibles de se poser à ce passage²²⁴, et a recherché comment ce passage pourrait se traduire et se construire juridiquement.

Aussi, le système juridique scellien, si on le considère tel qu'il est, est une technique capable d'appréhender des réalités aussi neuves et originales que la construction communautaire ou les plus récentes mutations du droit international public. Elle permet à l'internationaliste, mais aussi au communautariste ou au constitutionnaliste de ne pas craindre les changements des sociétés et de leur droit, en les considérant par hypothèse comme les éléments perturbateurs d'un système immuable. Elle donne au contraire un cadre qui permet de comprendre ces changements, sans obliger celui qui s'en sert à poser sur eux le regard bienveillant que leur portait Georges Scelle.

CONCLUSION

« *La loi, afin de rester conforme au bon sens...* »

Extrait du discours de R. JACKSON, représentant américain de l'accusation lors de l'inauguration du tribunal militaire international de Nüremberg

Au début de notre introduction, nous énumérions trois intérêts qu'un juriste d'aujourd'hui peut avoir à relire les travaux de grands auteurs d'hier. Si nous recherchons à présent si ces intérêts existent à la lecture des principaux travaux de Georges Scelle, il faut, nous semble-t-il, répondre affirmativement : la doctrine scellienne est un bon révélateur de la manière avec laquelle les changements de la société internationale ont pu être perçus par les différentes doctrines de cette époque. En refusant de se cantonner à un rôle descriptif, elle tente de cerner le « mouvement » du droit international. Plus encore, en plaçant le droit international de son temps dans une histoire de la société internationale et de son droit, en refusant de ce fait d'affirmer la « fin de l'histoire » et l'impossibilité de sortir du système interétatique, il a (re)donné un avenir au droit international, et avec lui de l'audace

²²⁴ Sur ces difficultés politiques, voir l'intégralité de la doctrine scellienne, mais plus particulièrement, pour le fédéralisme européen : *Documents de politique...* (précité) ; *Le fédéralisme européen et ses difficultés politiques...* (précité) ; « Fédéralisme et proudhonisme » (précité). Sur les difficultés politiques de la construction européenne, voir par exemple : OLIVI (B.), *L'Europe difficile*, Gallimard, Folio histoire, Saint-Amand, 2001, 900 p.

aux internationalistes. Il a fait preuve de cette audace et a tracé les grandes lignes du droit qu'il espérait.

En adoptant une telle attitude, Georges Scelle a rappelé que, pour ceux qui croient en son existence, le droit international ne peut être qu'insatisfait de lui-même. Pour celui qui ne nie pas son existence, le droit international est par définition appelé à être autre chose. Face à cette insatisfaction, trois attitudes sont possibles : la première consiste à estimer que, si le droit international est appelé à être autre chose, ce n'est pas là l'affaire des juristes qui doivent uniquement prendre ses évolutions en note et, tout au plus, les applaudir ou les pleurer. La deuxième attitude, moins passive et plus équilibrée consiste, dans un premier temps à décrire, expliquer le droit positif, et dans un second, à essayer de comprendre ses imperfections les plus notables au regard des exigences de la pratique, des besoins et revendications immédiates des acteurs internationaux. Cette attitude évite les deux écueils que sont l'indifférence au contenu du droit et le moralisme. Comme des praticiens, les juristes qui l'adoptent lèvent les yeux sur le « prochain » problème soulevé par le droit international et cherchent à le résoudre. Ils ne donnent pas libre champ à l'insatisfaction inhérente au droit international et ils ont probablement souvent raison. En n'invoquant pas l'insatisfaction immense du droit international et son aspiration à devenir autre chose, mais en construisant pas à pas un droit international qui se meut lentement, ces auteurs sont à l'égard des acteurs majeurs du droit international à la fois rassurants et constructifs.

Il n'est cependant pas évident que ces deux attitudes eussent été aussi productives au début du XX^e siècle. Peut-être l'aiguillonnement des gouvernants par certains juristes, l'expression de leur insatisfaction fondamentale à l'égard du droit international existant et leur révolte de citoyen liée aux deux guerres mondiales sont-ils à l'origine d'une évolution des mentalités des gouvernants et de tous les individus. Et il n'est pas impossible, en conséquence, que l'adoption de la troisième attitude – celle de Georges Scelle, qui consiste en une insatisfaction absolue à l'égard du droit international tel qu'il existe – ait eu à son époque une pertinence et un poids psychologique non négligeable.

En récusant entièrement la doctrine classique, Georges Scelle souligne surtout l'importance de la matérialité et de la finalité du droit, qui est pour lui la suppression de tous les conflits existant entre les hommes. D'une manière comparable à celle de Kant à la fin de la *Doctrinae du droit*, Georges Scelle ne s'interroge pas véritablement sur la possibilité concrète de parvenir à une société entièrement réglée par le droit et dans laquelle ne subsisterait aucune querelle, mais fait de cet idéal l'objectif naturel et nécessaire,

« le but dernier de tout le droit des gens ». ²²⁵ De même que chez Kant elle est probablement une « Idée irréalisable » ²²⁶, « la réalisation parfaite » d'une paix perpétuelle et d'une société entièrement régie par le droit est chez Georges Scelle « peut-être inaccessible ; mais l'humanité ne peut cesser de s'en rapprocher, – c'est-à-dire de tendre au fédéralisme universel – sans aller vers la régression. » ²²⁷

Georges Scelle fait le pari que les solidarités sociales internationales s'affermiront et que, du sentiment du besoin temporaire et partiel de voir les relations internationales réglementées par le droit, on passera au sentiment du besoin de voir l'intégralité des relations transfrontières réglementées de manière permanente. Si l'évolution du droit international depuis une cinquantaine d'année lui donne, de notre point de vu, raison sur ce point, il n'est pas évident que c'est dans cette direction que le droit international continuera d'évoluer – même s'il faut naturellement à la fois l'espérer et y travailler.

En faisant ce pari, osé mais pascalien en ce sens que ce qu'il risque en le perdant n'est rien au regard de ce qu'il risque de gagner, Georges Scelle est peut-être comparable à un individu qui, au XIV^e ou au XV^e siècle, pouvait annoncer l'unification des provinces de l'Etat français. Peut-être sa vision fédérale de la Société internationale œcuménique de demain n'est-elle pas plus utopique que l'était celle d'une « Union Européenne » au XVII^e ou au XVIII^e siècle...

Florian Couveinhas,
doctorant à l'Université Paris II

²²⁵ KANT (E.), *Métaphysique des mœurs – première partie Doctrine du droit*, Vrin, Bibliothèque des textes philosophiques, Paris, 1993, p. 234

²²⁶ *Ibid.*

²²⁷ *Documents de politique européenne...*(précité), p. 10