**The Rebirth of Jus *Gentium*: Kant and the Progressive Humanization of International Legal Order**

By

Awalou Ouedraogo, PhD

Assistant Professor

Department of International Studies

York University, Toronto

aouedraogo@glendon.yorku.ca

“Now, whether (in the first place) it is to be anticipated from an epicurean concourse of efficient causes that states, like atoms, by accidental shocking together, should go through all sorts of new combinations to be again dissolved by the fortuitous impulse of fresh shocks, until at length by pure accident some combination emerges capable of supporting itself (a case of luck that could hardly be looked for); or whether (in the second place) we should rather assume that Nature is in this instance pursuing her regular course of raising our species gradually from the lower steps of animal existence to the very highest of a human existence, and that not by any direct interposition in our favor, but through man’s own spontaneous and artificial efforts (spontaneous, but yet extorted from him by his situation), and in this apparently wild arrangement of things is developing with perfect regularity the original tendencies she has implanted (…)”. The seventh proposition.

“The History of the Human Species as a whole may be regarded as the unraveling of a hidden Plan of Nature for accomplishing a perfect State of Civil Constitution for society in its internal relations (and, as the condition of that, by the last proposition, in its external relations also) as the sole state of society in which the tendencies of human nature can be all and fully developed”. The eighth proposition.

Emmanuel Kant, *Idea of a Universal History on a Cosmopolitical Plan (1784). Political Writings*, tome VIII, Berlin, 2002, Seventh and Eighth Proposition, p. 13 et 14.

**Résumé**

D’un point de vue diachronique, il est peu contestable que le droit international est entré, à l’ère post guerre froide et postcoloniale, dans une phase de recomposition. Ses assises institutionnelles et structurelles se redéfinissent avec l’éclatement de ses fonctions sociales et surtout les attentes légitimes des peuples d’une paix mondiale. Le moment n’est-il pas venu d’abandonner le concept contemporain de droit international dont l’ambivalence intrinsèque est davantage marquée au regard des profondes inégalités entre les États et les régions du monde. Plus qu’autrefois, le droit international actuel est à la fois un instrument de domination et d’émancipation pour les acteurs qui l’utilisent. Ce droit contesté est tout autant une arme redoutable des puissances que le dernier rempart des plus faibles. Dans cette époque nouvelle où le brouillard se dissipe peu à peu sur la nature et les fonctions du droit international, où, partout, les peuples réclament plus de liberté et de justice, quel est le fondement de l’ordre juridique international? Le recours à l’expression *droit des gens* en tant que droit universel de l’humanité n’est-t-il pas désormais plus approprié? A partir de l’historiographie du *jus gentium* et de la systématisation kantienne du droit, l’article examine les fondements du droit des gens cosmopolitique. Il montre que la conceptualisation du droit des gens cosmopolitique est ontologiquement rattachée au modèle systémique d’intelligibilité. L’article montre également que le contenu du droit des gens cosmopolitique est le reflet de l’humanisation progressive de l’ordre juridique international. Recourant à l’idée kantienne de la *civitas gentium*, l’article conclue que le nouveau droit de la communauté internationale n’est plus seulement, un simple droit de la coexistence pacifique entre souverains ou même celui de la coopération entre États, mais plutôt un droit de la collaboration entre *gentes*.

**Sommaire**

Introduction

1. Les fondements du droit des gens cosmopolitique
2. La notion de *jus gentium* a suivi une trajectoire historique contrastée
3. Le concept de droit cosmopolitique s’enracine dans la systématisation kantienne du droit
4. Les contours du droit des gens cosmopolitique
5. La conceptualisation du droit des gens cosmopolitique est ontologiquement rattachée au paradigme systémique
6. Le contenu du droit des gens cosmopolitique est le reflet de l’humanisation progressive de l’ordre juridique international

Conclusion

**Introduction**

L’idée que l’ordre juridique international est à la recherche d’une identité constitue assurément une des prétentions les mieux partagées de la pensée juridique contemporaine. Face aux problèmes actuels du droit international, il n’est pas superfétatoire de réfléchir dans une perspective diachronique, sur les fondations de notre discipline. Décrire les fondements du droit international aujourd’hui condamne immanquablement à exposer ce qui a été hier mais n’est presque plus, soit tenter de deviner ce qui pourrait être l’ordre de demain c’est-à-dire jouer le rôle de l’oracle. L’un comme l’autre emporte certainement des écueils. Mais si l’on jette un regard purement synchronique - une photographie en 3D - sur la structure de l’ordre juridique international actuel, on constate un système normatif entre deux âges, en phase difficile d’évolution, où deux logiques foncièrement différentes se disputent le contrôle. L’une, issue de la Charte, forgée par les États-nations, est bien établie et bien connue jusqu’aux moindres détails, mais visiblement un peu essoufflée, voire dépassée par l’évolution prodigieuse et prodigieusement complexe des faits et des idées du monde actuel. Cette logique « classique » constitue, d’après Emer de Vattel, le fondement normatif de la « Grande Société »[[1]](#footnote-1) internationale des États dont l’historicité s’enracine dans la Modernité occidentale. L’autre, relativement nouvelle, reflet d’une « communauté internationale » plus éclatée, est vivace et vigoureuse, mais cherche encore sa voie ainsi que son champ d’expansion dans les lacunes et les espaces de contraction de l’approche classique ainsi que dans les nouveaux espaces en quête de normativité.

L’équilibre entre ces deux logiques est dynamique et instable ; il n’évolue pas de manière linéaire, mais par paliers. Justement parce que le concept même d’ordre juridique empêche de parler immédiatement d’évolution normative chaque fois qu’il y a un changement dans la situation de fait. En d’autres termes, l’idée même de système normatif implique une « résistance » de la norme par rapport aux faits contraires même si la tentation est grande de voir dans la pratique dissonante des États notamment par rapport aux défis sécuritaires actuels, un effritement du régime juridique du recours à la force, en grande partie conçu au lendemain de la Seconde Guerre mondiale. Par nature, le droit dispose d’outils d’analyse et d’interprétation qui peuvent assurer les ajustements de ses règles à l’évolution des besoins de la société. La *norma* ou *regula* n’a-t-elle pas pour mission principale de forger le comportement de ses destinataires en figeant en quelque sorte les situations acquises? Comme le reconnaît, à juste titre, Georges Abi-Saab : « Si, chaque fois qu’il y a un changement dans les faits, cela se répercute automatiquement sur leur *status juris*, il n’y a ni continuité ni normativité. C’est un pseudo-système qui ne peut rien corriger, rien distribuer, ni même condamner, mais seulement servir de rhétorique spécifique de justification à tout ce qui existe à un moment donné ; car le “devoir être” suit instantanément et automatiquement l’“être” pour se refaire à son image »[[2]](#footnote-2).

Le droit international dans son ensemble, est aujourd’hui incontestablement à la croisée des chemins. Qu’il soit ou non en quête d’une nouvelle identité, il est devenu presque trivial d’affirmer que l’ordre juridique international est en effervescence. C’est devenu une banalité de dire que le système est en pleine mutation. Non seulement ses emprises sur la vie des peuples se multiplient suite à l’extraordinaire processus de socialisation[[3]](#footnote-3) et à l’éclatement de son contenu, mais les conceptions qui l’inspirent subissent un profond renouvellement. Si les évolutions actuelles du droit international sont perçues comme la conséquence, du point de vue de la normativité, des bouleversements du monde, alors ses ressorts institutionnels et principiels doivent refléter les métamorphoses du système actuel. Pour les uns, notamment Prosper Weil, « le droit international change (ou doit changer) *parce que* le monde change ; pour les autres, il change (ou doit changer) *pour que* le monde change »[[4]](#footnote-4). Quoi qu’il en soit, une simple radioscopie montre que le droit international contemporain connaît un accroissement des fonctions sociales qui lui sont dévolues et s’affirme également, dans des domaines variés, comme un droit de la coopération, en constante expansion. Il demeure, dit-on, un droit de la coexistence s’appliquant à des souverainetés égales dont il contribue à ajuster les compétences respectives comme les prétentions concomitantes. Les fonctions du droit international consistent ainsi, prétend-on, comme par le passé, à assurer la coexistence et la coopération interétatiques, bien que la dimension et les implications de ces objectifs soient sans commune mesure avec ce qu’ils étaient dans le droit international classique[[5]](#footnote-5). L’internationaliste doit donc situer sa réflexion dans un système de droit en constante évolution, étant donné que toutes les coordonnées du droit international actuel ont été largement modifiées sans que les bases de l’ordre international aient été pour autant entièrement renouvelées[[6]](#footnote-6). Lorsqu’un ordre juridique se cristallise, nous inclinons, assez souvent, à perdre de vue les circonstances historiques qui ont déterminé sa formation et qui restent la condition de sa valeur ; oubliant pour ainsi dire qu’il est la marque d’un état de choses momentané, le reflet synchronique du réel. Au regard de la réalité de la vie internationale actuelle, les théoriciens du droit international ne peuvent plus se tailler le luxe de fournir simplement des justifications spécieuses aux actions des souverains et donc de demeurer d’éternels « piètres consolateurs »[[7]](#footnote-7), pour reprendre cette belle remarque bien connue de Kant.

Le positivisme juridique en droit international a fait dépendre le caractère obligatoire des normes juridiques, « non de leur conformité à *des considérations supérieures de raison, de justice ou de bien commun*, mais exclusivement de la circonstance qu’elles trouvent leur expression dans un fait extérieur tangible : leur reconnaissance et leur observation effectives par les États »[[8]](#footnote-8). Le paradigme positiviste, en empruntant la méthodologie du paradigme *physico-mathématique* élaboré par Galilée et surtout Descartes, « s’est rallié d’instinct au 19e siècle avec la tradition volontariste pour laquelle le phénomène juridique se ramène aux actes de volonté des gouvernants »[[9]](#footnote-9). Pour ce courant de pensée, le Droit est celui *posé* par un acte de volonté ayant pris place dans le temps et dans l’espace : le *droit positif*. S’intéressant exclusivement à la *lex lata*, le positivisme s’interdit toute incursion dans les intentions du législateur. Le droit ainsi désaxiologisé peut dès lors faire l’objet d’une *théorie pure*. Hans Morgenthau estimait à cet égard, à juste titre, que le positivisme juridique « delimits the subject-matter of his research in a dual way. On the one hand, he proposes to deal exclusively with matters legal, and for this purpose strictly separates the legal sphere from ethics and *mores* as well as psychology and sociology. Hence, his legalism. On the other hand, he restricts his attention within the legal sphere to the legal rules enacted by the state, and excludes all law whose existence cannot be traced to the statute books or the decisions of the courts. Hence, his *étatist* monism »[[10]](#footnote-10). Sous l’influence du paradigme positiviste construit à partir de l’ontologie du nominalisme, la théorie classique des sources du droit, s’enracinant dans le « légicentrisme étatique et la neutralité axiologique »[[11]](#footnote-11) a réduit toute la normativité juridique à la seule loi au sens formel. En réduisant ainsi le droit à un commandement ou à un ordre hiérarchique reposant sur la sanction, le la pensée positiviste échoue à rendre compte de divers aspects du droit (comme la soumission de l’Etat lui-même au droit interne) et aboutit, dans cette logique de pure horizontalité, à denier toute réalité autonome au droit international[[12]](#footnote-12).

Au regard de la dynamique actuelle du système, ou nous abandonnons ce paradigme positiviste qui ne peut saisir toute la complexité de la normativité internationale ou il faudra, une bonne fois pour toutes, donner raison à Austin[[13]](#footnote-13), Hart ou Morgenthau pour qui en l’absence d’intérêts communs, d’un système de « sanctions organisées d’une manière centralisée »[[14]](#footnote-14) et d’équilibre des forces, il ne peut y avoir un véritable ordre normatif au plan international.

D’un point de vue diachronique, il est peu contestable que le droit international est entré, à l’ère post guerre froide et postcoloniale, dans une phase de recomposition. Ses assises institutionnelles et structurelles se redéfinissent avec l’éclatement de ses fonctions sociales et surtout les attentes légitimes des peuples d’une paix mondiale. Le moment n’est-il pas venu d’abandonner le concept contemporain de « droit international » dont l’ambivalence intrinsèque est davantage marquée au regard des profondes inégalités entre les États et les régions du monde. Plus qu’autrefois, le « droit international » actuel est à la fois un instrument de domination et d’émancipation pour les acteurs qui l’utilisent. Ce droit « contesté » est tout autant une arme redoutable des puissances que le dernier rempart des plus faibles[[15]](#footnote-15). Dans cette « époque »[[16]](#footnote-16) nouvelle où le brouillard se dissipe peu à peu sur la nature et les fonctions du droit international[[17]](#footnote-17) et aussi de l’attente des peuples, quel est le fondement de l’ordre juridique international? Le recours à l’expression « droit des gens » en tant que droit universel de l’humanité n’est-t-il pas désormais plus approprié? Le droit des gens n’est plus seulement, pour nous, un simple droit de la coexistence pacifique entre souverains ou même celui de la coopération entre États, mais plutôt un droit de la « collaboration »[[18]](#footnote-18) entre « *gentes* »[[19]](#footnote-19); dans le sens de Blackstone pour qui : « The law of nations is a system of rules, deducible by natural reason, and established by universal consent among the civilized inhabitants of the world; in order to decide all disputes, to regulate all ceremonies and civilities, and *to insure the observance of justice and good faith*, in that intercourse which must frequently occur between two or more independent states, and *the individuals belonging to each* »[[20]](#footnote-20).

Dans ce contexte tout à fait particulier, nous entendons apporter ici, une contribution succincte et ramassée par rapport aux bases actuelles de l’ordre juridique dans son ensemble. Au regard de l’humanisation progressive de l’ordre international, il s’agit pour nous de montrer que l’idée kantienne d’un droit cosmopolitique n’a jamais été aussi pertinente et d’actualité. Notre démarche consiste d’abord à examiner brièvement les fondements du nouveau *droit des gens cosmopolitique* en partant des conceptions de Kant et, dans une moindre mesure, celles de Vitoria (I), puis à analyser les contours et la teneur normative du droit cosmopolitique de la communauté internationale actuelle dont la fonction consiste en l’organisation de la « collaboration » entre les différents *gentes*. (II).

1. **Les fondements du droit des gens cosmopolitique**

Avant d’approfondir la notion de droit des gens cosmopolitique et son affiliation philosophique, il importe d’examiner très brièvement le concept même de droit des gens et ses avatars médiévaux.

1. ***La notion de jus gentium a suivi une trajectoire historique contrastée***

Lorsqu’on parcourt un tant soit peu les écrits des jurisconsultes romains ou des glossateurs, post glossateurs et les travaux de reconstitution des historiens du droit international, on s’aperçoit que le concept de *jus gentium* a connu une évolution en dents de scie, avant de finir par désigner, dès les décennies qui suivirent la fameuse Paix de Westphalie, ce qui est désormais convenu d’appeler droit international. Comme on le sait, dans le système de droit romain, le *jus gentium* comprenait un ensemble de règles et d’institutions distinctes du *jus civile.* Alors que ce dernier était réservé aux citoyens romains *(cives),* celui-là s’appliquait aux rapports juridiques des étrangers à Rome. Le *jus gentium* s’appliquait dans des rapports juridiques comprenant un élément d’extranéité. Selon Peter Haggenmacher, le droit des gens formait pour ainsi dire le droit de « tout le monde ». Ce qui est l’une des acceptions possibles de *gentes* ou le droit des peuples *(gentes)* étrangers. Ces règles étaient l’œuvre du préteur pérégrin et constituait une partie de l’ordre juridique romain[[21]](#footnote-21). De ce point de vue, le *jus gentium* relevait du droit privé voire du droit international privé. Mais quand on examine les matières régies par le *jus gentiun*, tout porte à croire que le concept avait également une acception publiciste visant les rapports juridiques entre entités souveraines. Par exemple dans le Digeste, Pomponius affirmait : « On a pensé que c’était agir contre le *droit des gens* que de faire éprouver des mauvais traitements à un député d’une nation avec laquelle on est en guerre; parce que la personne des députés est inviolable »[[22]](#footnote-22). L’inviolabilité des représentants de souverains relève ainsi du *jus gentium*. L’énumération fournie par Isidore de Séville est encore plus explicite. Le *jus gentium* couvre les matières telles, la guerre, le traité de paix, l’occupation du territoire, l’esclavage, l’inviolabilité des ambassadeurs. Le droit des gens désigne ainsi un ensemble d’institutions non plus exclusivement romaines mais communes à toutes les nations[[23]](#footnote-23).

La question qui vient immédiatement à l’esprit est non pas tant le domaine d’application que le principe de validité du *jus gentium*. Relève-t-il du *jus naturale* dans le sens que lui donne Isidore de Séville ou du *jus positivum* fondé sur une coutume universelle des nations? Le traitement de cette problématique par les fondateurs du droit international montre toute l’ambiguïté du concept de *jus gentium*. En se basant sur la conception thomiste du droit, les théologiens-juristes de la seconde scolastique espagnole notamment Francisco Vitoria comme tête de file, rattachent le *jus gentium* au droit naturel. Le *jus gentium* tire ainsi sa validité du droit naturel, fondement juridique d’un *ius communicationis et societatis humanae* qui oblige les peuples *(gentes)* à s’accorder mutuellement l’hospitalité et à entretenir des relations pacifiques de toutes sortes. La violation de ce *droit de communication naturelle* constitue un *injuria* justifiant une guerre juste[[24]](#footnote-24). Mais cette conception universaliste de Vitoria n’est pas partagée par Francisco Suarez qui considère que le droit de gens « is not part of natural law, but is essentially different from it. It may be that they coincide in many ways, but nevertheless there are formal and specific differences between them »[[25]](#footnote-25). Même s’il reconnait beaucoup d’affinités avec le droit naturel, Suarez en souligne néanmoins les différences de contenu, de degré de mutabilité et d’universalité[[26]](#footnote-26). Chez Hugo Grotius et même Alberico Gentili, le *jus gentium* relève du droit positif, distinct du droit naturel car introduit par voie de coutume à travers « un accord tacite entres les nations »[[27]](#footnote-27). Le juriste de Delft fait une distinction entre le jus *gentium primarium* et jus *gentium secondarium*. Ce dernier a pour objet spécifique les rapports juridiques qu’entretiennent les États en tant qu’entités souveraines. Toutefois, ce droit des gens ne constituait pas à lui tout seul un système complet de droit international. Pour cela, il a fallu les travaux de Thomas Hobbes et les écrits des humanistes du 18e siècle pour qu’enfin se cristallise la discipline du droit international.

La réalité interétatique de la société internationale a, nous semble-t-il, inspiré les penseurs du droit des gens classique du milieu du 18e siècle notamment le juriste neuchâtelois Emer de Vattel, à élaborer un droit international de la coexistence dont le contenu normatif reflète les égoïsmes des souverainetés. La singularité de la doctrine de Vattel, qui en cela s’inspire très fidèlement de son maitre allemand Christian Wolff, est d’avoir su concrétiser l’identification du droit des gens à un droit propre aux États et de l’adosser à la vision d’une société internationale strictement interétatique. Ce n’est donc pas surprenant au regard de l’historiographie actuelle du droit international, que le *Droit des gens* de Vattel, soit l’expression limpide « d’une vision qui se veut réaliste des relations internationales où les États ont pour mission normale d’agir en priorité pour assurer leur sécurité et celle de leur population »[[28]](#footnote-28). Par rapport à ces prédécesseurs notamment Grotius, Pufendorf et même à certains égards Wolff, le *Droit des gens* de Vattel constitue un véritable modèle systémique dont l’économie générale est structurée autour d’un dualisme normatif qui vacille entre un droit des gens nécessaire, « celui qui consiste dans l’application du droit naturel aux Nations »[[29]](#footnote-29), et un droit des gens positif qui « procèdent de la volonté des États »[[30]](#footnote-30). A côté donc du droit naturel inaltérable, transcendant et immuable par principe, se développe, suivant la volonté des États, un droit positif essentiellement contingent et donc inconsistant par nature.

En suivant cette dualité dans la structure des normes, Vattel opère une distinction devenue essentielle, celle entre le *droit interne* et le *droit externe*. Selon lui, « l’obligation est *interne* en tant qu’elle lie la conscience, qu’elle est prise des règles de notre devoir; elle est *externe* en tant qu’on la considère relativement aux autres hommes, et qu’elle produit quelque droit entre eux »[[31]](#footnote-31). L’obligation interne lie seulement *in foro interno* parce qu’elle procède du droit naturel. Quoiqu’elle varie en degré, elle est toujours la même par nature[[32]](#footnote-32). L’obligation externe quant à elle « se divise en *parfaite* et *imparfaite*, et le droit qu’elle produit est de même *parfait* ou *imparfait*»[[33]](#footnote-33). Vattel complète sa nomenclature en précisant que « le droit parfait est celui auquel se trouve joint le droit de contraindre ceux qui ne veulent pas satisfaire à l’obligation qui y répond; et le droit imparfait est celui qui n’est pas accompagné de ce droit de contrainte. L’obligation parfaite est celle qui produit le droit de contrainte; l’imparfaite ne donne à autrui que le droit de demander »[[34]](#footnote-34). Dans le modèle de Vattel[[35]](#footnote-35), les États souverains possèdent des devoirs parfaits ou imparfaits envers eux-mêmes, ou envers les autres. Le seul critère de distinction est la coercibilité. Le droit est toujours imparfait quand l’obligation qui y répond dépend du jugement de celui en qui elle se trouve. Car nous dit Vattel, si dans ce cas-là, « on avait droit de le contraindre, il ne dépendrait plus de lui de résoudre ce qu’il a à faire pour obéir aux lois de sa conscience »[[36]](#footnote-36). L’obligation d’un État est toujours imparfaite par rapport aux autres États, quand le jugement de ce qu’il faut faire lui est entièrement réservé.

Puisque les États forment ensemble une Société internationale, de ce fait, ils sont obligés les uns envers les autres à des offices d’humanité. Selon Vattel, les offices de l’humanité sont des secours, des devoirs, « auxquels les hommes sont obligés les uns envers les autres, en qualité d’hommes, c’est-à-dire, en qualité d’êtres faits pour vivre en société, qui ont nécessairement besoin d’une assistance mutuelle, pour se conserver, pour être heureux, et pour vivre d’une manière convenable à leur nature ». Or, poursuit l’auteur, « les Nations n’étant pas moins soumises aux lois naturelles que les particuliers, ce qu’un homme doit aux autres hommes, une Nation le doit, à sa manière, aux autres Nations »[[37]](#footnote-37). Tel est pour Vattel le fondement des devoirs communs auxquels les États sont réciproquement obligés les uns envers les autres même si ces devoirs ne lient qu’en conscience. Dans ce modèle vattélien, c’est le droit de gens volontaire qui forme la charpente essentielle de l’ordre juridique international et lie l’ensemble des nations. Celles-ci sont toutes présumées y avoir consenti en vertu de la « communauté internationale » qu’elles sont censées former : pour Wolff, elles sont citoyennes d’une *civitas maxima,* pour Vattel, membres d’une *Grande* *société des nations*[[38]](#footnote-38). Avec Wolff et Vattel, émerge ainsi une discipline juridique autonome fondée sur ses principes propres et régissant l’ensemble des rapports juridiques entre États indépendants en temps de paix tout comme en temps de guerre.

Telles sont très sommairement les strates les plus marquées de l’évolution du concept de *jus gentium* depuis ses antiques origines privatistes jusqu’au siècle de Kant qui en fit un droit public interétatique, auquel Bentham donna son acception ‘moderne’ de droit international peu avant la parution du fameux *Projet de paix perpétuelle*. Mais le *jus gentium* dans la conception de Kant a un fondement tout à fait particulier.

1. ***Le fondement du droit cosmopolitique s’enracine dans la systématisation kantienne du droit***

Dans sa systématisation du droit, Kant distingue trois catégories de rapports normatifs en fonction du type d’interaction humaine ou  la manière « d’influer réciproquement les uns des autres » ; chaque ordre ayant son champ d’application personnel propre. Ainsi, à côté du *jus civitatis* de chaque État et du *jus gentium* « réglant les relations des peuples ou États entre eux »[[39]](#footnote-39), Kant ajoute un 3e ordre normatif pour compléter son édifice juridique : le droit cosmopolitique, « en tant que les hommes, les États, sont considérés comme influant les uns sur les autres en qualité de parties constituantes du grand État du genre humain »[[40]](#footnote-40). Chacun de ces trois ordres normatifs fait l’objet d’un des articles définitifs du *Projet de paix perpétuelle*.

Le *jus civitatis* régit les rapports entre citoyens d’un même État. C’est le droit interne de l’État dont la nature républicaine de la constitution est une des conditions de la paix perpétuelle. Quant au *jus gentium*, Kant le conçoit comme un droit exclusivement interétatique. Ce droit des gens, on l’a vu, a une historicité qui s’enracine dans la modernité occidentale. Fruit d’une longue évolution contrastée sur plusieurs siècles, il est la représentation classique d’un ordre international fixant les règles d’une juxtaposition d’États également souverains. Mais ce code des souverains[[41]](#footnote-41) dont les illustres défenseurs demeurent de « piètres consolateurs » est, pour Kant, une pure vue de l’esprit dans la mesure où il n’a jamais eu et ne pourra jamais « obtenir force de loi »[[42]](#footnote-42). Kant considère d’ailleurs que ce droit des gens « entendu dans le sens de droit de guerre »[[43]](#footnote-43) est un terme vide de sens. Il n’est pas un droit mais une collection de « maximes particulières »[[44]](#footnote-44). Sur ce point, Rousseau est aussi catégorique, l’ensemble des règles admises entre les États ne saurait avoir de légitimité transcendante. Il n’existe pas de *véritable* droit des gens car « il est certain que, faute de sanction, ses lois ne sont que des chimères plus faibles encore que la loi de nature, celle-ci parle au moins au cœur des particuliers au lieu que, le droit des gens, n’ayant d’autre garant que l’utilité de celui qui s’y soumet, ses décisions ne sont respectées qu’autant que l’intérêt les confirme »[[45]](#footnote-45).

Dans cette perspective, Kant rejoint par un autre chemin, la conception hobbesienne de la « law of nations ». Pour Hobbes en effet, l’individu possède dans l’état présociétal, à la fois un *natural right* et une *natural law*. Mais comme on le sait, ni l’un ni l’autre n’a rien à voir avec le *ius naturae* ou la *lex naturalis* de la tradition scolastique. Le *natural right* se ramène au libre exercice des facultés de l’individu en vue de sa propre préservation dans un contexte de guerre permanente de tous contre tous. Quant à la *natural law,* elle consiste en un ensemble de règles de prudence indiquant à l’individu les meilleurs moyens de survivre dans l’état de nature et si possible de s’en extraire par la conclusion du pacte social instituant le *commonwealth,* ou société civile et consiste pour les hommes, à l’abandon total de leur *natural right* originel. L’institution de l’état civil est la seule condition de possibilité d’une paix durable. Toutefois ceci ne vaut pas pour les souverains, restés dans l’état de nature quant à leurs rapports mutuels. Ils continuent à jouir de leur *natural right,* qui leur confère un pouvoir absolu d’apprécier les situations et d’agir en conséquence ; et pour guider leurs actions ils n’ont que la *natural law,* cet ensemble de règles prudentielles assurant ou favorisant du moins leur survie. Or, appliquée aux souverains, dit Hobbes, cette *natural law* est appelée *law of nations*: « en ce qui concerne les charges d’un souverain par rapport à un autre, que l’on regroupe sous cette loi qu’on appelle communément *lois des nations*, il n’y a pas lieu d’en dire quoi que ce soit ici parce que *loi des nations* et loi de nature sont une même chose. Tout souverain a le même droit pour procurer la sécurité à son peuple qu’un individu quelconque peut avoir pour se procurer sa propre sécurité. Et la même loi qui dicte aux humains qui n’ont pas de gouvernement civil ce qu’ils doivent faire, et ce qu’ils doivent éviter de se faire les uns aux autres, dicte la même chose aux États (…) »[[46]](#footnote-46).

On voit bien que les thèses hobbesiennes du droit des gens sont fort éloignées de celles des théologiens canonistes et surtout des humanistes des 16e, 17e, et 18e siècle. Mais, paradoxalement, cette conceptualisation particulière de la « law of nations » a eu pour effet de cristalliser l’idée d’un ensemble homogène de sujets souverains qui, dans un monde « civilisé » fait de *civitates,* ont seuls titre à faire usage de ce droit des gens[[47]](#footnote-47). Mais sous le poids de la pratique des États, ce droit des gens se trouve discrédité, et devient ainsi une creuse illusion à dissiper et à remplacer par un ordre véritablement juridique. Le droit des gens, nous dit Kant, « ne pourrait pas même forcer les États, comme le droit naturel y oblige les individus, à sortir de cet état de guerre, parce qu’ayant déjà chacun une constitution juridique en tant qu’État, ils se sont soustraits à toute contrainte étrangère qui tendrait à établir entre eux un ordre constitutionnel plus compréhensif »[[48]](#footnote-48).

Le concept de « droit international » introduit par Bentham est encore plus problématique. La référence au droit naturel disparaît au profit d’une approche positive. En créant ce nouveau terme, Bentham néglige, en réalité, la notion de citoyenneté universelle. Si le « droit international » est la forme exclusive des relations entre les peuples, l’appartenance à la « grande famille » du genre humain disparaît en tant que catégorie juridique. Les États sont les médiateurs exclusifs du droit entre les peuples. C’est en se constituant en États que les peuples s’érigent en personnes morales, et c’est à ce titre que les États souverains deviennent sujets d’un ordre juridique spécifique.

Il faut alors *instituer* un nouvel ordre juridique véritable dont la teneur normative et la structure reflètent les aspirations légitimes des peuples à la paix et au respect de la dignité humaine en tant que valeur universelle. Pour Kant, les peuples de la Terre ont établi, à différents degrés, « une collectivité universelle, qui a atteint un point tel qu’une violation de droits commise en un lieu est ressentie partout. L’idée d’un droit cosmopolitique ne relève donc ni du fantastique ni de l’exagération. Elle est un complément nécessaire du code tacite des droits politiques et internationaux, qui le transforme en un droit universel de l’humanité »[[49]](#footnote-49).

La proposition kantienne d’un droit cosmopolitique cherche à résoudre le problème des conditions de réalisation de la liberté, dans une perspective de paix, entre les personnes et entre les peuples. Si la liberté est un droit propre à l’humanité, c’est-à-dire réciproque ou universel, la possibilité de sa réalisation suppose que soient pensés conjointement, et non séparément, le droit civique, le droit international public au sens classique et le droit cosmopolitique. Les règles du *jus cosmopoliticum* sont appelées à régir un ensemble de relations hybrides ne relevant ni de l’ordre interne des États, ni du droit de gens. Ses sujets sont les individus et les Etats en tant que sociétés d’hommes. D’après le 3e article définitif, « le droit cosmopolitique doit se borner aux conditions d’une hospitalité universelle ». Ce droit « considère les hommes et les États, dans leurs relations extérieures et dans leur influence réciproque comme citoyens d’un État universel de l’humanité »[[50]](#footnote-50), il concerne les hommes en tant que citoyens du monde. Kant insiste sur le fait qu’il ne s’agit pas de philanthropie, mais du droit que possède chaque homme de ne pas être traité en ennemi dans un pays qui n’est pas le sien. Le droit cosmopolitique n’est donc pas de nature philosophique mais bien de nature juridique. Ce droit d’hospitalité universelle est très précisément limité à un simple droit de visite justifié par deux principes; le premier est « le droit qu’a l’étranger, à son arrivée dans le territoire d’autrui, de ne pas y être traité en ennemi », tant qu’il n’offense personne. Le second est « le droit qu’a tout homme de se proposer comme membre de la société, en vertu du droit de commune possession de la surface de la terre sur laquelle, en tant que sphérique, ils ne peuvent se disperser à l’infini; il faut donc qu’ils se supportent les uns à côté des autres, personne n’ayant originairement le droit de se trouver à un endroit de la terre plutôt qu’à un autre »[[51]](#footnote-51).

Dans la perspective de Kant, le genre humain forme non pas un super-État, mais une *civitas gentium* avec le droit cosmopolitique comme ordre juridique commun de l’humanité. Il existe donc chez Kant des devoirs d’humanité et de fraternité unissant tous les hommes et toutes les nations[[52]](#footnote-52). Les violations de ces devoirs concernent tous les hommes de quelque pays qu’ils soient : « Les relations (plus ou moins étroites) qui se sont établies entre tous les peuples de la terre, ayant été portées au point qu’une violation du droit commise en un lieu se fait sentir dans *tous*, l’idée d’un droit cosmopolitique ne peut plus passer pour une exagération fantastique du droit; *elle apparaît comme le complément nécessaire de ce code non écrit qui, comprenant le droit civil et le droit des gens, doit s’élever jusqu’au droit public des hommes en général*, et par là jusqu’à la paix perpétuelle, dont on peut se flatter, mais à cette seule condition, de se rapprocher continuellement »[[53]](#footnote-53).

Ce droit universel semble ainsi répondre à la conception du *totus orbis* de Vitoria qui formait elle aussi « aliquo modo una respublica »[[54]](#footnote-54) et avait pour sujet les *gentes* en tant que peuple. Du simple fait de leur appartenance au *totus orbis*, tous les hommes (sans exceptions aucune y compris les *barbari*) possèdent un droit de communication universelle. En érigeant ainsi les individus et les peuples en sujets d’un véritable ordre normatif cosmopolitique, Vitoria d’abord, Kant ensuite lèvent le voile étatique de plus en plus épais pour laisser éblouir, dans toute sa splendeur, l’humanité. L’État s’efface au profit de sa composante sociologique. Il n’intervient seulement que pour déterminer « l’extranéité des personnes qui entrent en contact les unes avec les autres »[[55]](#footnote-55). Avec Kant, les faisceaux de relations d’extranéité sont érigés en un système normatif distinct. Ce droit cosmopolitique devient en quelque sorte la source matérielle du droit conventionnel entre États. Dans cette conception kantienne, le *corpus* du droit interétatique s’est construit par le jeu de l’accroissement des relations entre les États, c’est pourquoi il concerne essentiellement la conduite dans la guerre, la forme des traités de paix, les relations commerciales ou les immunités diplomatiques. Mais l’attitude de Kant semble, à cet égard, contradictoire, à l’image de celle de la plupart des philosophes des Lumières. En effet, il considère d’un côté que les traités entre les souverains ou que les règles tacites adoptées entre les nations européennes en matière de droit de la guerre ou de droit de conquête ne sont pas fondés sur les vrais principes et ne sont donc que des bribes de coutume ne portant pas le caractère d’un véritable droit, mais dans le même temps, il estime que ces règles sont l’expression du « dessein secret » de la nature affleurant dans les textes diplomatiques à l’insu de leurs rédacteurs.

Ces développements permettent de bien saisir le sens réel du dualisme qui semble caractériser *le jus gentium* de Kant : d’un côté le droit des gens ou le régime existant, qu’on ose à peine qualifier de juridique; de l’autre le droit cosmopolitique ou le régime à instituer, qui doit marquer l’avènement d’un ordre juridique universel digne de ce nom. Or, depuis Kant jusqu’à nos jours, seul le droit des gens a évolué ; le régime cosmopolitique n’a jamais véritablement vu le jour. Ce droit des gens, devenu droit international, s’est considérablement transformé avec l’avènement de la Charte et son évolution à multiples facettes contraste très fortement avec l’homogénéité du droit classique. On assiste à une multiplication contemporaine des sources, des normes, des opérateurs et utilisateurs du droit international ainsi qu’à une relativisation certaine du rôle de l’État souverain, qui a pourtant toujours été au fondement de ce droit. Il est aujourd’hui le droit d’une société internationale qui est issue de la Seconde Guerre mondiale et qui est devenue à la fois post guerre froide et postcoloniale. Ces éléments expliquent certaines de ses recompositions les plus essentielles. Notamment, la représentation classique d’un droit international fixant les règles d’une juxtaposition d’États souverains n’est plus tenable et ne correspond plus au droit international contemporain. Les souverainetés sont affaiblies, les institutions internationales, les individus et les acteurs économiques privés sont de plus en plus émancipés, tandis que le monde se globalise en étant de moins en moins international (au sens strict du terme). Dans ses structures sous-jacentes, ses domaines de régulation et d’intervention, ses sujets, sa teneur et sa portée, le droit international évolue et traduit l’émergence de nouveaux types et un décloisonnement de ses divisions traditionnelles.

Au regard de la profondeur de ces métamorphoses à la fois structurelles et normatives, il nous semble tout à fait pertinent de proclamer enfin la cristallisation d’un « droit des gens cosmopolitique » dont la fonction ne consiste plus seulement à assurer la coexistence et la coopération entre États mais aussi et surtout à organiser la collaboration entre les peuples. Comme l’avait si bien vu Kant, il existe des « dispositions qui autorisent à conclure que l’espèce progressera toujours vers le mieux, et que le mal des temps présents et passés se perdra dans le bien des temps futurs ». Ces dispositions prouvent que la progression vers le mieux peut être *interrompue,* mais jamais *rompue.* De même que l’état de guerre initial a poussé les hommes à constituer des sociétés civiles, les guerres continuelles entre ces sociétés doivent les conduire « même contre leur volonté, dans une constitution cosmopolitique » qui ait la forme « d’un état juridique de *fédération* selon un *droit des gens* dont il a été convenu en commun »[[56]](#footnote-56).

Dans sa conférence inaugurale pour la session de droit international public de l’académie de La Haye, Alain Pellet affirmait que : « C’est par la révolution que le cadre juridique d’une société particulière est réformé globalement et consacré par un changement de constitution. Or si, dans la société internationale, les évolutions sont, aujourd’hui, rapides et profondes, elles ne sont sans doute *pas suffisamment brutales pour entraîner, ni même pour permettre, une remise à plat de l’ordre juridique international* » [[57]](#footnote-57). De tels bouleversements ont eu lieu dans le passé. L’apparition des États-nations - même si elle s’est opérée par couches successives à partir des États princiers médiévaux - a entraîné une remise en cause radicale de l’ordre juridique *inter-gentes* traditionnel, avec l’avènement du système westphalien. Sans avoir des effets aussi radicaux, les traumatismes engendrés par les deux guerres mondiales de 1914 et de 1939 ont, à leur tour, conduit à des infléchissements en profondeur de ce système. Pour les partisans du positivisme, ces infléchissements ne sont pas suffisamment radicaux pour entrainer une rupture totale des ressorts de l’ordre issue de la Charte. Pour cela, il faudrait un catalyseur, un bouleversement structurel de grande ampleur; ce que Philip Bobbitt appelle « epochal war »[[58]](#footnote-58). Une guerre d’époque, selon l’auteur, « puts the constitutional basis of the participants in play and do not truly end until the underlying constitutional questions are resolved»[[59]](#footnote-59). En l’absence de cette force destructive et génératrice qu’est la guerre totale, les changements dans la société sont en général plus lents.

En apparence, il est vrai que l’ordre juridique s’est adapté de façon remarquable et inattendu à certains faits marquants du XXe siècle : le droit international s’est adapté, sans guère de soubresauts, aux processus de décolonisation des années soixante. Ce qui veut dire que malgré l’éclatement de sa structure avec la prolifération de nouveaux États, son cadre normatif, plus rétif, est resté stable. L’irruption soudaine de la multipolarité suite à la fin de la guerre froide, loin d’altérer ses règles, semble plutôt entrainer une reviviscence de l’architecture de Charte en particulier le mécanisme de la sécurité collective et le devoir de coopérer. Les nouvelles menaces à la sécurité notamment le terrorisme et la criminalité transnationale, ont seulement servi de prétextes pour justifier des abus manifestes. L’usage récurrent de la force pour prévenir ces menaces n’a pas exercé sur le système actuel de pressions suffisamment fortes pour aboutir à des changements substantiels dans les mécanismes de production et d’adaptation du droit[[60]](#footnote-60).

En réalité, l’éclatement de la société internationale, la contraction du temps et des espaces suite à l’accélération de la mondialisation et des innovations technologiques, le « réveil » des peuples et leur quête légitime pour plus de justice et de respect de leurs droits fondamentaux ont subrepticement entrainé l’émergence d’un droit des gens transcendant les États. Ce nouveau droit des gens constitue en fait une synthèse entre le *jus gentium* des penseurs scolastiques et le droit cosmopolitique de Kant. Pour nous, les deux ordres normatifs complètement distinctes chez Kant se rejoignent et forment désormais un seul système de *norma*, le « droit des gens cosmopolitique » c’est-à-dire le droit civil du Grand État du Genre humain ou système normatif de la communauté internationale. Il convient à présent d’expliciter les contours du droit des gens cosmopolitique.

1. **Les contours du droit des gens cosmopolitique**

Avant d’examiner son contenu, il nous semble important de préciser d’abord notre postulat épistémologique qui, il faut le rappeler, s’enracine dans le néo-systémisme.

1. **La conceptualisation du droit des gens cosmopolitique est ontologiquement rattachée au paradigme systémique**

Le systémisme en droit international que l’on peut qualifier de « néo-systémique » s’enracine dans la métaphysique finaliste classique d’obédience aristotélicienne, pour laquelle l’Être ne peut être « approché » univoquement dans son illusoire transparence « essentialiste », mais seulement dit de façon multiple, c’est-à-dire selon une pluralité de points de vue, donc analogiquement, en tenant compte de ses différences spécifiques et de son « épaisseur » dynamique, toute réalité de ce monde étant complexe et changeante. Porteur d’une finalité, l’être étant ce qu’il est *hic et nunc*, il s’inscrit nécessairement dans le devenir, « deux de ses modes étant la puissance et l’acte »[[61]](#footnote-61). Les quatre célèbres principes ou causes d’intelligibilité, permettant d’appréhender n’importe quel Etre, dans leur interaction, se pondèrent différemment suivant l’objet considéré. En particulier, par rapport à l’hypostase qu’en font les modernes, la pensée juridique de l’aristotélisme dynamique n’accorde qu’un intérêt relatif à la cause efficiente, car le droit positif, qui exerce et complète le droit naturel n’a aucune « origine » repérable à l’instar de la Cité, phénomène naturel, au sein de laquelle il prospère (*ubi societas ibi jus*).

Une partie de la « systémique »[[62]](#footnote-62), à savoir la « théorie générale des systèmes » ou « systémique organiciste »[[63]](#footnote-63) est fondée, nous semble-t-il, sur la métaphysique finaliste et dynamique d’Aristote. Le postulat épistémologique de ce systémisme consiste : « à affirmer que les propriétés des objets complexes ne peuvent être réduites aux propriétés de leurs éléments, que le tout est plus que la somme des parties, et qu’en particulier dans le domaine du vivant et du social, l’étude du droit doit prendre en compte l’aspect occulté par le physicalisme mécaniste, de ce que l’ancienne philosophie nommait la cause finale, et qu’on a remplacé par d’autres notions, telles la fonction, le but ou la tendance »[[64]](#footnote-64).

Dans la théorie générale des systèmes du XXe siècle, la définition toute générale du système comme « Tout organisé c’est-à-dire totalité dont les éléments entretiennent des relations spécifiques »[[65]](#footnote-65), implique déjà le retour à la conception du *Tout* supérieur à la somme des parties, puisque les relations entre éléments font partie de ce *Tout*. Mais c’est à la théorie générale des systèmes vivants en biologie que revient le mérite de la redécouverte véritable de la finalité.[[66]](#footnote-66) A l’image de l’embryon, dont le développement révèle une organisation finalisée, en devenir permanent, chaque élément passé à l’acte permettant d’en inférer l’existence antérieure en puissance, le droit est un processus finalisé, un mouvement constant entre être et devoir-être, tendant donc à la réalisation d’une Justice. L’approche dominante dans ce systémisme organiciste est donc dite « ‘holistique’, fondée sur la notion de la totalité irréductible à la somme des parties, et le refus du schéma de la causalité simple, linéaire, au profit de la multi-causalité ou de la corrélation »[[67]](#footnote-67).

Rares sont, en droit international contemporain, les épigones de la systémique « néo-aristotélicienne ». On cite parfois Santi Romano, lequel, en sus de sa récusation du primat de la cause efficiente donc du point origine et de la métaphysique de l’univocité, présenta une critique acérée du synchronisme inhérent au volontarisme et à son substrat, le contrat social[[68]](#footnote-68). Grâce à sa notion fameuse d’« institution », il a pensé le *Tout* antérieur et également constitué par les relations entre les éléments qui en font partie[[69]](#footnote-69). Santi Romano, dans son analyse du phénomène juridique, se place d’un point de vue exactement opposé à celui de Kelsen. Celui-ci partait de la norme, élément du *Tout*, et ne parvenait qu’en second temps à l’ordre juridique tout entier. Romano part de l’ordre juridique, du système dans sa globalité et dans le cadre de celui-ci, explique aussi le droit comme norme[[70]](#footnote-70). Selon cet éminent juriste italien, l’« ordre juridique pris dans son ensemble et son unité est le concept d’institution. Tout ordre juridique est une institution et, inversement toute institution est un ordre juridique »[[71]](#footnote-71). Le concept de droit pour Romano implique nécessairement l’idée d’ordre social. Et selon lui, « l’ordre social posé par le droit n’est pas celui qui résulte de l’existence de normes de toutes provenances réglant les rapports sociaux : il n’exclut pas ces normes, il s’en sert même, les intégrant à sa sphère, mais il ne les en précède et ne les en domine pas moins. Cela veut dire que le droit, avant d’être norme, avant d’avoir trait à un ou plusieurs rapports sociaux, est une organisation, structure, attitude de la société même dans laquelle il est en vigueur et qui par lui s’érige en unité, en un être existant par soi-même »[[72]](#footnote-72).

Le paradigme néo-systémique, ontologie du *Tout* antérieur et supérieur à la somme des parties à l’image de l’« institutionnalisme » de Romano, a trouvé d’autres défenseurs, nous semble-t-il, du côté de la doctrine sociologique de Georges Gurvitch, dans une moindre mesure de Georges Renard[[73]](#footnote-73) et surtout du doyen Maurice Hauriou. Mais à nos yeux, c’est, en droit international public, davantage Abi-Saab qui en est le représentant atypique[[74]](#footnote-74).

La profondeur de la pensée systémique est perceptible dans son magistral « Cours général de droit international public », professé en 1987. Ce cours exprime une vision fondamentalement dynamique, interactionniste, soucieuse d’appréhender l’ordre juridique international, diachroniquement, dans toute sa spécificité et sa complexité. Du point de vue méthodologique, la démarche privilégie l’interaction du système avec son milieu tout en ménageant une place au finalisme, donc à la diachronie. Il s’agit en effet de « (...) mettre en lumière d’une part comment le droit international fonctionne en tant que système, c’est-à-dire comment ses normes, institutions et mécanismes s’articulent les uns par rapport aux autres pour constituer un tout opérant ; éclairer d’autre part sa mouvance ou sa dynamique en examinant les changements qui ont eu lieu dans le contenu et les mécanismes du droit international surtout depuis 1945 ; et ce en essayant de voir dans quelle mesure ces changements, ou leur absence, dans tel ou tel domaine, peuvent être expliqués par des changements dans l’environnement du système et/ou par la structure particulière du droit international en tant que système juridique, lui-même produit spécifique de cet environnement »[[75]](#footnote-75).

Métaphysique du devenir et de la relation, la conception systémique met l’accent sur la tendance à la conservation ou stabilité, la nécessité de l’adaptation et la recherche d’un équilibre[[76]](#footnote-76), toutes choses qui appellent une synthèse et mieux, un dépassement des théories de Kelsen, Hart et Santi Romano. Le dépassement de ces trois théories « réside précisément dans leur combinaison ou intégration dans une vision plus large, reposant sur l’intuition – toute aristotélicienne – d’un ‘gain cognitif’ généré par la multiplicité de points de vue qui, loin de s’exclure mutuellement, se complètent heureusement »[[77]](#footnote-77). Le droit, dans une telle perspective, est davantage « approche », mode d’appréhension dynamique, que défini : « (...) le droit international, comme tout droit, n’est pas seulement un ensemble de normes ou de propositions normatives, *mais également une dynamique ou un mouvement continu d’interactions entre les sujets* de droit ainsi qu’avec ses organes quand ils existent, fait de prétentions et contre-prétentions, actes ou décisions qui s’articulent autour de l’application des normes. De l’issue ou du produit final de ce processus d’interaction – processus qui révèle la structure ou les règles secondaires du système juridique dont il relève – dépendent l’effectivité ou le poids social réel des normes substantielles de comportement et, partant, du système juridique en général »[[78]](#footnote-78).

Parfaitement conscient de la différence *de nature* entre société interne et internationale, l’auteur peut inférer, en vertu de *ubi societas ibi jus*, l’existence *autonome* du droit international[[79]](#footnote-79). Au rejet de la théorie des « sources formelles », sorte de « big bang juridique »[[80]](#footnote-80), correspond la prise en compte de la finalité du droit international, la justice, « corrective et distributive » selon « le diptyque aristotélicien »[[81]](#footnote-81). Le droit international ne saurait se réduire à la fixité de ses normes (un droit invariable ne serait possible que pour une société statique), étant, comme un organisme vivant[[82]](#footnote-82), un système relativement institutionnalisé et en constante évolution, cherchant à s’adapter aux transformations de la société internationale tout en conservant son autonomie propre[[83]](#footnote-83). Pareille approche permet d’éviter d’y voir les contradictions que la vision positiviste synchronique – statique croit souvent déceler, comme le montre par exemple la controverse sur sa nature de droit de coexistence ou droit de coordination du droit international. N’étant pas l’un ou l’autre, celui-ci présente des aspects des deux, plus ou moins marqués suivant l’époque et les domaines considérés[[84]](#footnote-84). De même, plutôt que de classer de façon binaire les normes du droit international en deux catégories seulement, *hard* ou *soft*, selon des critères préétablis et formels, la prise en compte de leur graduation rétablit la continuité entre valeur (morale) et droit *hard*, situant le droit *soft* en catégorie intermédiaire, parfois droit « en gestation », parfois droit « achevé », à l’obligatoriété graduée. La *soft law* permet en définitive d’accélérer l’emprise du droit, grâce à cette « fluidité »[[85]](#footnote-85) que le droit *hard* ne peut revendiquer. Si l’on appréhende les normes internationales dans le contexte de leur opérationnalité concrète, et non *in abstracto* et *a priori*, on accède très naturellement à une vision analogique du droit international : « nous pouvons avoir une même norme (...) qui donne lieu à des résultats radicalement divergents dans les différents systèmes juridiques qui l’adoptent (...) [même] au sein d’une même famille juridique, d’un pays à l’autre (...) »[[86]](#footnote-86). C’est explicitement se réclamer de la « texture ouverte » des normes, souligné par Hart, impliquant l’œuvre créatrice de l’interprète. Le pluralisme des solutions prédominera inéluctablement au sein d’un monde international hétérogène et multilingue[[87]](#footnote-87).

L’ordre juridique international ne se caractérise pas seulement par son aspect normatif mais également par sa composante institutionnelle, et les fonctions que ses organes sont précisément chargés d’assumer. En sus de la fonction « législative », diversifiée, s’y exerce une fonction « exécutive », assurée par le Conseil de sécurité, et aussi par l’activité des Etats, dont l’efficacité se résumeà « l’effet cumulatif ou total de toute la panoplie de moyens ou sanctions *lato sensu* dont dispose le système »[[88]](#footnote-88). L’obligation de non-reconnaissance de certaines situations illégales représente l’une de ces « stratégies indirectes » inventées par ce dernier aux fins de sa propre conservation[[89]](#footnote-89). Quant à la fonction « juridictionnelle », son importance se marque au lien que seul le juge peut véritablement tisser entre généralité des règles et situations concrètes[[90]](#footnote-90).

Le néo-systémisme, en mettant l’accent sur la diachronie, métaphysique de la relation, nous permet d’approcher la dynamique de l’ordre juridique contemporain caractérisé par la pluralité et la diversité et, *in fine*, d’appréhender les limites de ce droit par rapport à la complexité de la société international actuelle. En nous écartant ainsi du positivisme, la conception systémique du droit nous permet de mieux saisir le contenu du droit des gens cosmopolitique.

1. **Le contenu du droit des gens cosmopolitique est le reflet de l’humanisation progressive de l’ordre juridique international**

« La nature humaine n’apparaît nulle part moins aimable que dans le rapport que les peuples pris comme totalité entretiennent entre eux (…). La volonté de s’assujettir ou de se diminuer réciproquement dans ses biens est toujours présente; et les préparatifs de défense, qui rendent la paix souvent encore plus oppressante et plus dévastatrice pour la prospérité intérieure que la guerre elle-même, ne peuvent jamais se relâcher. *Or, il n’y a face à cela pas d’autre solution qu’un droit des gens fondé sur des lois publiques que la force vient soutenir et auxquelles chaque État devrait se soumettre* (…). Car une paix générale, qui durerait en vertu de ce qu’on appelle la balance des forces en Europe est une pure chimère, comme la maison de Swift qui avait été construite par un architecte en si parfait accord avec toutes les lois de l’équilibre qu’elle s’effondra aussitôt qu’un moineau vint s’y poser »[[91]](#footnote-91). Cette affirmation de Kant illustre parfaitement la teneur normative du droit des gens cosmopolitique. Il s’agit du droit commun de l’humanité c’est-à-dire un ensemble de règles obligatoires pour tous les États et qui régissent les rapports des individus et des peuples. Ce droit saisit les hommes et les peuples, dans leurs relations extérieures et dans leur influence réciproque comme citoyens de la *Respublica* universelle de l’humanité. Le droit des gens cosmopolitique vise donc les hommes en tant que citoyens du monde. Les peuples sont ainsi réunis au sein d’une fédération dont la finalité ultime est la préservation de la paix et la concorde.

Le contenu de ce droit est le reflet synchronique du basculement net du droit international contemporain en faveur des droits humains et de la personne humaine. Comme l’affirme le juge Cançado Trindade, « One could hardly deny that there persists in contemporary International Law the predominance of States in pursuance of the goals they set for themselves; but nor could one deny that contemporary International Law has developed particularly when, amidst glimpses of lucidity, States and other subjects of International Law have given priority to the pursuance of common, superior interests, to fulfil the needs and aspirations of humankind. This evolution has been accelerated by the formation and growth, throughout the second half of the twentieth century, of domains such as those of the International Law of Human Rights and International Environmental Law »[[92]](#footnote-92). Le constat ainsi fait, le juge poursuit en ces termes: « These developments have disclosed an international legal order which nowadays surely and clearly transcends the old and outmoded strictly inter-State dimension. Non-governmental organizations and other entities of civil society, together with States and international organizations, have shown themselves more open to the demands of the international community as a whole, well above those of individual States, in the common search for responses to the needs of humankind, to the ultimate benefit of all. This appears as the basic feature of the new *jus gentium*, flourishing in this start of the twenty first century »[[93]](#footnote-93).

Si la discipline médiévale du *jus belli* a été le catalyseur à l’émergence de la discipline autonome du droit international au milieu du 18e siècle, nous pensons que l’évolution actuelle du droit international a eu pour conséquence la cristallisation d’un nouveau droit des gens qui prend en compte les diversités enrichissantes et assure la protection de la dignité humaine. La dignité de la personne humaine est, pour nous, le but final de la vie sociale et politique. En évoquant le concept de « personne », on se réfère à l’individu comme une valeur qui transcende l’organisation sociale et politique. Toutes les autres valeurs et droits, y compris la liberté et l’égalité, sont, en fait, subordonnés à cette dignité humaine. La suprématie de la dignité humaine, cependant, ne conduit pas à une déification de l’homme. Au contraire, l’humanisme souscrit à la philosophie de la finitude humaine. L’homme reste ontologiquement fini. Ni la science ni le progrès ne pourraient jamais changer cette situation. Compte tenu de sa finitude ou manque inhérent de l’autosuffisance, l’homme est ontologiquement sociale ou interdépendants. En conséquence, la société et l’Etat sont également des nécessités ontologiques. L’État est essentiel à la pleine réalisation de la dignité humaine. Parce que fini, l’homme est perfectible, mais aussi incapable d’atteindre la perfection totale. Note vision humaniste reconnaît les attributs positifs et négatifs de la nature humaine ou « plein potentiel de l’homme »[[94]](#footnote-94) pour le bien et le mal. Ces potentialités sont réalisées par l’action. La liberté d’agir et de penser est la condition la plus essentielle et existentielle de la dignité humaine. La dignité humaine est ainsi définie principalement par des actions, et non des possessions.

A l’évidence, les droits humains ont introduit des innovations profondes dans la théorie générale du droit international contemporain. Elle a produit dans le système juridique dans son ensemble, des changements à la fois d’ordre général et structurel. *Grosso modo*, on peut affirmer que les droits de l’Homme ont progressivement réalisé trois phénomènes de changement général qui concernent l’extension du but et du contenu matériel du droit international, le processus de constitutionnalisation de ce droit, et enfin l’élargissement ses destinataires formels. Les droits de l’Homme ont exercé une grande influence sur la structure et le contenu des obligations primaires et les obligations secondaires de la responsabilité internationale. Les concepts d’obligation *erga omnes*, de *jus* *cogens* ou alors d’intérêt de la communauté internationale ou de crimes internationaux en sont une illustration.

*A priori*, on serait tenté de voir dans ces changements une simple consolidation d’un secteur particulier du droit international, celui des droits humains. Pour nous, l’incidence de la théorie des droits humains sur la dynamique du système juridique international dans son ensemble est si profonde qu’on ne peut plus réduire l’analyse à l’existence d’une branche particulière du droit international. Il est plus juste de reconnaitre l’émergence d’une catégorie homogène de règles juridiques dont le champ d’application personnel n’est plus l’État mais l’individu et les peuples. Comme l’affirme à juste titre Emmanuelle Jouannet, « le droit international des droits humains ne correspond pas à l’instauration d’une branche du droit international parmi d’autres, puisqu’il implique à terme une profonde mutation des sociétés internes. Il s’agit tout bonnement de l’instauration d’un État de droit et d’un régime démocratique libéral et pluraliste au sein des sociétés internes. Il s’agit aussi ultimement de faire prévaloir les droits de l’être humain sur les droits de l’État souverain, *d’ériger la personne humaine en véritable sujet de droit international et d’en faire le bénéficiaire ultime de tout le droit international* »[[95]](#footnote-95).

Si la philosophie générale des droits de l’Homme a produit des changements dans la structure de la normativité internationale, ces transformations sont surtout la résultante du passage d’un droit international de la coexistence/coopération entre entités souveraines à un droit international de la collaboration où les intérêts des individus et des peuples occupent une place centrale. L’histoire du 20e siècle nous a monté les limites du droit de la coexistence dite pacifique entre États souverains. Le droit de la coopération issu de la Charte est à bout de souffle. A vrai dire, ce droit ne peut véritablement fonctionner dans la mesure où chaque État vise d’abord et avant tout à protéger ses propres intérêts. Comment des États aux poids politiques, économiques et démographiques totalement asymétriques peuvent-ils réellement coopérer ? La coopération notamment à travers le processus conventionnel entre les États-Unis d’Amérique et le Niger ou le Mali par exemple se transforme au passage en une exploitation voire la domination d’une partie par une autre. En revanche, le droit de la « collaboration » présuppose, d’une part l’identification d’un intérêt transcendant les seuls égoïsmes nationaux, d’autre part la reconnaissance de la contribution de « l’autre » à la réalisation des fins ultimes de l’humanité toute entière. D’ailleurs étymologiquement, le mot « collaboration » découle du verbe « *collaborare* », signifiant action de travailler de concert avec un ou plusieurs autres. Cet « autre » n’étant que le reflet de soi car porteur d’humanité comme soi. En mettant l’humain au centre de l’ordre normatif, le *jus gentium cosmopoliticum* reconnait l’apport substantiel de chaque peuple à la grande marche la Civilisation humaine. Ceci est d’autant plus important qu’aucune nation fut-elle la plus puissante, ne saurait à elle seule faire face aux énormes défis liés notamment aux changements climatiques.

Droit commun de la *civitas gentium*, le droit des gens cosmopolitique a pour fonction primaire l’organisation de la collaboration entre les hommes et les peuples sur la base des principes d’égalité, de justice et de fraternité universelle. Si ses sujets sont l’humanité qui se trouve en chaque homme et les peuples, les principes généraux sont la source ultime de la normativité[[96]](#footnote-96). Ces principes qui sont à la base de la normativité internationale reflètent d’un point de vue synchronique, l’état de la conscience juridique universelle et constitue pour nous, l’ultime source matérielle de toute règle juridique. Ces principes généraux ont non seulement une dimension axiologique dans la production normative[[97]](#footnote-97), mais ils sont surtout un indicateur du *status conscientiae* de la communauté internationale d’aujourd’hui. Cette conscience universelle s’est traduite par une humanisation progressive du système international. En recourant au principe général non pas seulement comme l’une des sources formelles de l’article 38 du statut de la CIJ mais comme fondement de la normativité, nous reconnaissons par là même, le point de cristallisation du droit des gens cosmopolitique. Car entre un universalisme arrogant et sans scrupule, et un relativisme sectaire et dangereux, seul le cosmopolitisme permet l’affirmation des valeurs essentielles de la communauté internationale plus juste et qui tient compte à la fois des diversités enrichissantes et du nécessaire dialogue entre les peuples fondés sur le partage.

**Conclusion**

« Quel serait le bonheur du Genre-humain, si ces aimables préceptes de la Nature étaient par tout observés ! Les Nations se communiqueraient leurs biens et leurs lumières ; une paix profonde règnerait sur la terre et l’enrichirait de ses fruits précieux ; l’industrie, les Sciences, les Arts s’occuperaient de notre bonheur, autant que de nos besoins. Plus de moyens violents, pour décider les différends qui pourraient naitre ; ils seraient terminés par la modération, la justice & l’équité. Le monde paraitrait comme une grande République ; les hommes vivraient partout en frères, & chacun d’eux seraient Citoyen de l’Univers. *Pourquoi cette Idée n’est-elle qu’un beau songe ? Elle découle cependant de la nature & de l’essence de l’homme* »[[98]](#footnote-98). Cette acception de Vattel au tournant décisif du droit des gens est l’expression kantienne de « l’insociable sociabilité » c’est-à-dire « l’inclination à entrer en société, inclination qui est cependant doublée d’une répulsion générale à le faire, menaçant constamment de désagréger cette société »[[99]](#footnote-99). Cette opposition dialectique est porteuse de progrès car la « tension » est le moteur des actions humaines. Le dessein de la nature ne peut être réalisé que dans la société. C’est pourquoi le problème essentiel pour l’espèce humaine, celui que la nature contraint l’homme à résoudre, c’est la réalisation d’une *civitas gentium* administrant le droit de façon universelle »[[100]](#footnote-100). Pour Kant, « Une société dans laquelle *la liberté soumise à des lois extérieures* se trouvera liée au plus haut degré possible à une puissance irrésistible, c’est-à-dire à une organisation civile d’une équité parfaite, doit être pour l’espèce humaine la tâche suprême de la nature ». Or « le problème de l’établissement d’une constitution civile parfaite est lié au problème de l’établissement de relations régulières entre les États, et ne peut pas être résolu indépendamment de ce dernier »[[101]](#footnote-101).

La *civitas gentium* ne peut donc être construite sans un changement radical dans la constitution de chacune des sociétés particulières. L’irruption et la cristallisation des droits humains impliquent nécessairement une profonde mutation des sociétés internes avec l’instauration d’un état de droit et d’un régime démocratique libéral et pluraliste. Certes, il existe çà et là, dans différentes régions du monde des « poches de résistance », mais le dessein secret de la nature est bel et bien en marche. Car la paix entendue comme tranquillité de l’ordre et harmonie universelle entre les peuples, conséquence d’une constitution cosmopolitique accomplie, n’est donc pas une « rêverie de visionnaire », mais le mouvement objectif de l’humanité : « Un jour enfin, en partie par l’établissement le plus adéquat de la constitution civile sur le plan intérieur, en partie sur le plan extérieur par une convention et une législation communes, un état de choses s’établira qui, telle une communauté civile universelle, pourra se maintenir par lui-même »[[102]](#footnote-102). Nous osons penser que ce jour se lève avec ses rayons du soleil !

1. Emer de Vattel, *Le droit des Gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, The Classics of International Law, Carnegie Institution of Washington, 1916. [↑](#footnote-ref-1)
2. George Abi-Saab, « Cours général de droit international public », *RCADI*, vol. 207, 1987-VII, p. 314. Sur les aspects de continuité et discontinuité en droit international, voir notamment Paul F. Diehl, Charlotte Ku, *The Dynamics of International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, pp. 15-85; Georg Schwarzenberger, *The Dynamics of International Law*, Abingdon, Professional Book Ltd, 1976, pp. 5-32. [↑](#footnote-ref-2)
3. Le droit international réglemente aujourd’hui des relations plus complexes et plus larges que les relations traditionnelles entre Etats souverains. Pour une analyse plus approfondie de ce processus, voir notamment Juan-Antonio Carrillo-Salcedo, « Droit international et souveraineté des Etats. Cours général de droit international public », *RCADI*, vol. 257, 1996, p. 212; Theodor Meron, « International Law in the Age of Human Rights. General Course on Public International Law », *RCADI*, vol. 301, 2003, pp. 9-489. [↑](#footnote-ref-3)
4. Prosper Weil, « Le droit international en quête de son identité. Cours général de droit international public », *RCADI*, vol. 237, 1992-VI, p. 27. Dans le même sens voir également Philippe Cahier, « Changements et continuité du droit international. Cours général de droit international public », *RCADI,* vol. 195, 1985-VI, pp. 21-29 ; Pierre-Marie Dupuy, « L’unité de l’ordre juridique international. Cours général de droit international public », *RCADI,* vol. 297, 2002, pp. 215-244. [↑](#footnote-ref-4)
5. Carrillo-Salcedo, *supra*, note 3, p. 212. [↑](#footnote-ref-5)
6. Sur ce point voir notamment James Crawford, *International Law as an Open System: Selected Essays*, London, Cameron May, 2002, pp. 17-38. [↑](#footnote-ref-6)
7. Emmanuel Kant, *Essai philosophique sur la paix perpétuelle*, Paris, G. Fischbacher, 1880, p. 20. Pour un appercu du debat autour de la paix perpetuelle, voire notamment Eric S. Easley, *The War Over “Perpetual Peace”: An Exploration Into the History of a Foundational International Relations Text,* New York, Palgrave Macmillan, 2004. [↑](#footnote-ref-7)
8. Charles de Visscher, *Théories et réalités en droit international public*, *Paris, Pédone, 4e éd., 1970,* p. 67. Les italiques sont ajoutés. [↑](#footnote-ref-8)
9. Henri Batiffol, *La philosophie du droit*, Collection Que sais-je, Paris, PUF, 10e éd., 1997, p. 9. [↑](#footnote-ref-9)
10. Hans J. Morgenthau, « Positivism, Functionalism, and International Law », *American Journal of International Law*, vol. 34, 1940, p. 261. [↑](#footnote-ref-10)
11. Simone Goyard-Fabre, *Les fondements de l’ordre juridique*, Paris, Presses universitaires de France, 1992, p 11. Cette théorie des sources est censée expliquer et fonder l’origine du droit entendu comme l’ensemble des normes juridiques en vigueur, considéré *hic et nunc*. [↑](#footnote-ref-11)
12. Pour une analyse plus approfondie de la critique du positivisme, voir notre étude « Positivisme en droit international : fondement épistémologique d’un paradigme mécaniciste », *Revue générale de droit*, vol. 40, n2, 2010, pp. 505-540. [↑](#footnote-ref-12)
13. John Austin, *Lectures on Jurisprudence, or, The Philosophy of Positive Law*, London, J. Murray, 1879. [↑](#footnote-ref-13)
14. Herbert L. A. Hart, *Le concept de droit*, Bruxelles, Publications de Facultés universitaires Saint-Louis, 1976, 254. [↑](#footnote-ref-14)
15. Pour une analyse plus approfondie de cette ambivalence, voire notamment Emmanuelle T. Jounannet, *What is a Fair International Society ? International Law Between Development and Recognition*, Oxford, Hart Publishing, 2013. [↑](#footnote-ref-15)
16. Wilhelm G. Grewe, *The Epochs of International Law*, Transl. Michael Byers, Berlin/New York, Walter de Gruyter, 2000. [↑](#footnote-ref-16)
17. Le concept de « droit international », vulgarisé par Jeremy Bentham en 1780 a obtenu la faveur de la doctrine car, mieux que le « droit des gens », il traduit la nature exclusivement interétatique de la société internationale. Dans une note de bas de page, Bentham apporte la précision suivante: “The word *international,* it must be acknowledged, is a new one; though, it is hoped, sufficiently analogous and intelligible. It is calculated to express, in a more significant way, the branch of the law which goes commonly under the name of the *law of nations:* an appellation so uncharacteristic that, were it not for the force of custom, it would seem rather to refer to internal jurisprudence. The chancellor D’Aguesseau has already made, I find, a similar remark: he says, that what is commonly called *droit* des *gens,* ought rather to be termed *droit* entre *les gens*”*.* Et, pour montrer qu’il s’agit bien de la nouvelle discipline du droit international, il affirme: “Now as to any transactions which may take place between individuals who are subjects of different states, these are regulated by the internal laws, and decided upon by the internal tribunals, of the one or the other of these states: the case is the same where the sovereign of the one has any immediate transactions with a private member of the other: the sovereign reducing himself, *pro re nata,* to the condition of a private person, as often as he submits his cause to either tribunal; whether by claiming a benefit, or defending himself against a burthen. There remain then the mutual transactions between sovereigns as such, for the subject of that branch of jurisprudence which may be properly and exclusively termed *international*”*.* Jeremy Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, London, 1780, p. 324. Pour une analyse de la contribution de Bentham, voir notamment M. W. Janis, «Bentham and the Fashioning of “International Law”», *American Journal of International Law,* vol. 78, n2, 1984, pp. 405-418. [↑](#footnote-ref-17)
18. Cette idée sera davantage développée plus loin. [↑](#footnote-ref-18)
19. Dans le sens de Blackstone, Vitoria ou Gentili. Francisco deVitoria, *De Indis et De Ivre Belli Relectiones*, Transl. By John P. Bate, The Classics of International Law, Carnegie Institution of Washington, 1917; Alberico Gentili, *De iure belli libri tres*, transl. John C. Rolfe, The Classics of International Law, Carnegie Endowment for International Peace, Oxford/London, Clarendon/Humphrey Milford, 1933. [↑](#footnote-ref-19)
20. William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, 1765-1769, livre IV, Chap. V, p. 66. Les italiques sont ajoutés. [↑](#footnote-ref-20)
21. Peter Haggenmacher, « Kant et la tradition du droit des gens », in : Pierre Laberge et al. (dir.), *L’année 1795 : Kant : essai sur la paix*, Paris, J. Vrin, 1997, p. 123. Pour une analyse plus approfondie de l’historiographie du *jus gentium*, voir notamment Pierre-Marie Dupuy, Vincent Chetail (éds.), *The Roots of International Law*, Leyden, Brill, 2013 ; Peter Haggenmacher, *Grotius et la doctrine de la guerre juste*, Paris, PUF, 1983.Voir aussi Slim Laghmani, *Histoire du droit des gens — du jus gentium impérial au jus publicum europaeum*, Paris, Pedone, 2003, pp. 90-94; Antonio Truyol y Serra, *Histoire du droit international public,* Paris, Economica, 1995, pp. 15-16 et 50 ; Gordon E. Sherman, “Jus Gentium and International Law”, *American Journal of International Law*, vol. 12*,* 1918, pp. 56-63. [↑](#footnote-ref-21)
22. *Digeste*, Liv. 50, Titre 7, & 18 (17). [↑](#footnote-ref-22)
23. Stephen A. Barney *et al.*, *The Etymologies of Isidore of Seville*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, livre V, & VI. [↑](#footnote-ref-23)
24. Francisco Vitoria, *De Indis et De Ivre Belli Relectiones,* Transl. By John P. Bate, The Classics of International Law, Carnegie Institution of Washington, 1917, p. 170. Le professeur de Salamanque, dans sa *Relectiones De Jure Belli*, leçon solennelle donnée en 1539, reprend les trois conditions classiques de la guerre juste : l’autorité du prince, *auctoritas princeps*; une cause juste, *justa causa* ; et une intention droite, *recta intentio*. Sur la juste cause, il dit ceci: « There is a single and only just cause of commencing war, namely, a *wrong* *received* ». Pour qu’une cause soit juste, il faut donc un *iniuria* au sens romain d’acte commis sans droit, un fait illicite dirait-on: « an offensive war is for the purpose of avenging a wrong and taking measures against an enemy (...). But there can be no vengeance where is no preceding *fault* and *wrong* ». Les espagnols ont, en vertu du *jus gentium*, un droit d’aller chez les Indiens et vice versa. Si les ‘barbares’ leur refusent l’exercice de ce droit, ils commettraient alors un *iniuria* justifiant l’usage de la force. Les Indiens ne sont pas obligés de se convertir au Christianisme. Ils ont cependant une obligation d’écouter la bonne parole de Dieu. S’ils refusent cette écoute, il y a de nouveau *iniuria*. [↑](#footnote-ref-24)
25. Francisco Suarez, *Tractatus de legibus*, Liv. II, Chap. 19 (1). Pour une analyse de l’apport de la seconde scolastique espagnole au développement du concept de *commune omnibus gentibus*, voir notamment A. García y García, “The Spanish School of the Sixteenth and Seventeenth Centuries: A Precursor of the Theory of Human Rights”, *Ratio Juris*, University of Bologna, vol. 10, 1997, pp. 27-29. [↑](#footnote-ref-25)
26. *Ibid*., (2). [↑](#footnote-ref-26)
27. Hugo Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix*, trad. Jean Barbeyrac, Amsterdam, Pierre de Coup, 1724, Liv. I, Chap. I, & 14, pp. 56-57. C’est aussi les thèses centrales de l’Ecole du droit de la nature et gens. [↑](#footnote-ref-27)
28. Emmanuelle Jouannet, « La critique de la pensée classique durant l’entre-deux guerres: Vattel et Van Vollenhoven », *Miskolc Journal of International Law*, vol. 1, n2, 2004, p. 53. Voir également son ouvrage *Le droit international libéral-providence : une histoire du droit international*, Burxelles, Bruylant, 2011. [↑](#footnote-ref-28)
29. Emer de Vattel, *supra,* note 1, Préliminaires, par. 7, p. 88. [↑](#footnote-ref-29)
30. *Ibid*., par. 27, p. 99. [↑](#footnote-ref-30)
31. *Ibid.*, par. 17, p. 94. Les italiques sont de l’auteur lui-même. Pour une analyse approfondie de cette dichotomie, voir notamment Emmanuelle Jouannet, « Les dualismes du droit des gens », in : Peter Haggenmacher, Vincent Chetail (éds), *Le droit international de Vattel vu du 21e siècle*, Leyden, Brill, 2011 ; Emmanuelle Jouannet, *Emer de Vattel et l’émergence doctrinale du droit internationale classique*, Paris, Pedone, 1998, pp. 37-104. [↑](#footnote-ref-31)
32. *Ibid.* [↑](#footnote-ref-32)
33. *Ibid.* Les italiques sont de l’auteur lui-même. [↑](#footnote-ref-33)
34. *Ibid.* [↑](#footnote-ref-34)
35. Pour une description détaillée du modèle vattelien, voir notamment Peter Haggenmacher, « Le modèle de Vattel », in : Peter Haggenmacher, Vincent Chetail (éds), *Le droit international de Vattel vu du 21e siècle*, Leyden, Brill, 2011. Voir également Henry Wheaton, *Éléments du droit international*, Paris, A. Durand, 1848, p. 15. [↑](#footnote-ref-35)
36. *Ibid.*, p. 95. [↑](#footnote-ref-36)
37. *Ibid.*, par. 2, p. 322. [↑](#footnote-ref-37)
38. Ces deux espèces de communauté internationale renvoient en fait à l’idée du « totus orbis » de Vitoria. Sur la notion de communauté internationale, voir notamment Robert Kolb, « Société internationale ! Communauté internationale ? », in : Jean-Francois Akandji-Kombé (dir.), *L’homme dans la société internationale*. Mélanges en hommage au Professeur Paul Tavernier, Burxelles, Bruylant, 2013, pp. 57-89 ; Louis-Erasme Le Fur, « Le développement historique du droit international : de l’anarchie internationale à une communauté internationale organisée », *RCADI*, vol. 41, 1932- III, pp. 501-601 ; Giuseppe Barile, « La structure de l’ordre juridique international : règles générales et règles conventionnelles », *RCADI*, vol. 161, 1978-III, pp. 9-126 ; Jules Basdevant, « Règles générales du droit de la paix », *RCADI*, vol. 58, 1936-IV, pp. 471-692 ; Pierre-Marie Dupuy, « L’unité de l’ordre juridique international. Cours général de droit international public », *RCADI*, vol. 297, 2002, pp. 9-489 ; René-Jean Dupuy, « Communauté internationale et disparités de développement. Cours général de droit international public », *RCADI*, vol. 165, 1979-IV, pp. 9-232 ; Bruno Simma, « From Bilateralism to Community Interest in International Law », *RCADI*, vol. 250, 1994-VI, pp. 217-384. [↑](#footnote-ref-38)
39. *Ibid*., p. 13. Pour une analyse plus approfondie de la conception kantienne du droit, voir notamment Simone Goyard-Fabre, *Kant et le problème du droit*, Paris, Librairie philosophique J. Vrin, 1975 ; Paul Dubouchet, *Philosophie et doctrine du droit chez Kant, Fichte et Hegel*, Paris, L’Harmattan, 2005, pp. 11-50. [↑](#footnote-ref-39)
40. *Ibid.* [↑](#footnote-ref-40)
41. Emer de Vattel, *supra,* note 1, Préface. Pour le Neuchâtelois, « Le Droit des Gens est la Loi des Souverains. C’est pour eux principalement, et pour leurs Ministres, qu’on doit l’écrire ». p. XXIII. [↑](#footnote-ref-41)
42. Emmanuel Kant, *Essai philosophique sur la paix perpétuelle*, Paris, G. Fischbacher, 1880, p. 20. Voir également Alfred Verdoss, « Règles générales du droit de la paix », *RCADI,* vol. 30, 1929-V, pp. 275-286. [↑](#footnote-ref-42)
43. *Ibid.,* p. 21. [↑](#footnote-ref-43)
44. *Ibid.* [↑](#footnote-ref-44)
45. Jean-Jacques Rousseau, « Fragment sur l’état de guerre », in : *Œuvres complètes*, tome III, Paris, Bibliothèque de la Pléiade, 1964, p. 610. [↑](#footnote-ref-45)
46. Thomas Hobbes, *Léviathan ou Matière, forme et puissance de l’Etat chrétien et civil*, trad. Gerard Mairet, Paris, Gallimard, 2000, chap. 30, p. 518. [↑](#footnote-ref-46)
47. Peter Haggenmacher, « L’Etat souverain comme sujet du droit international, de Vitoria à Vattel », *Droits*, vol.16, 1992. pp. 17-18. [↑](#footnote-ref-47)
48. E. Kant, *supra,* note 42, p. 21. [↑](#footnote-ref-48)
49. *Ibid.*, p. 27. Pour une analyse du cosmopolitisme, voir notamment A. Verdoss, *supra*, note 42. [↑](#footnote-ref-49)
50. *Ibid*., p. 31. [↑](#footnote-ref-50)
51. *Ibid*., p. 43. [↑](#footnote-ref-51)
52. Le devoir, dans la conception kantienne, est « la nécessité d’accomplir une action par respect pour la loi ».  Selon Kant (*Fondements de la métaphysique des mœurs, trad., H Lachelier, Paris, Hachette, 1904,* p. 17), un devoir est impératif lorsqu’il commande sans condition, sans pourquoi ni parce que. Seule la loi morale relève de l’impératif catégorique dans la mesure où elle commande d’agir uniquement par devoir. Rejetant avec force de conviction le principe utilitariste qui guide souvent nos actions, Kant affirme qu’une action peut être conforme au devoir mais demeurer immorale lorsqu’elle est motivée par un intérêt égoïste. L’idée de Kant consiste alors à s’intéresser non pas simplement aux actes que nous accomplissons en eux-mêmes mais aux motivations qui nous conduisent à agir de telle ou telle manière. Pour lui, il est facile de distinguer « si l’acte conforme au devoir a été accompli par devoir ou par intérêt égoïste. Cette distinction est bien plus difficile à faire quand l’action est conforme au devoir et qu’en même temps nous y sommes inclinés par quelque penchant immédiat ». Kant distingue donc deux types d’actions, celles accomplies par intérêt (en suivant son désir par exemple, ses inclinations, sa sensibilité), et celles accomplies par devoir. On peut agir par intérêt de plusieurs manières, en recherchant l’agréable (hédonisme) ou le bonheur (eudémonisme). Dans ce cas, la volonté se focalise sur les moyens de parvenir à satisfaire un désir. Kant parle alors « d’impératif hypothétique ». Au contraire de ce type d’actions qui restent « intéressées », une action ne devient véritablement morale selon Kant, que si elle est faite par *pur sentiment du devoir*. La volonté y est alors désintéressée au sens où nous n’agissons que par respect pour la loi morale et non par intérêt. La finalité de l’action morale n’est plus l’agréable ou le bonheur mais le bien. Agir moralement c’est agir par obéissance à la loi morale en tant que telle, indépendamment de tout calcul ou de toute inclination. Pour une analyse plus approfondie de la moralité kantienne, voir notamment Albert E. Teale, *Kantien Ethics*, Oxford, Oxford University Press, 1951. Sur l’utilitarisme, voir notamment Jeremy Bentham, *An introduction to the principles of morals and legislation*, ed. J.H. Burns and H.L.A. Hart, Oxford, Clarendon Press, 1996; John S. Mill, *L’utilitarisme*, trad. Georges Tanesse, Paris, Flammarion, 1968. [↑](#footnote-ref-52)
53. E. Kant, *supra*, note 42 p. 43. Les italiques sont ajoutés. [↑](#footnote-ref-53)
54. P. Haggenmacher, *supra*, note 21, p. 129. [↑](#footnote-ref-54)
55. *Ibid*. [↑](#footnote-ref-55)
56. Emmanuel Kant, *Sur le lieu commun : il se peut que ce soit juste en théorie mais, en pratique, cela ne vaut point. Œuvres philosophiques,* tome III, La Pléiade, 1986, p. 297. [↑](#footnote-ref-56)
57. Alain Pellet, « L’adaptation du droit international aux besoins changeants de la société internationale », *RCADI*, vol. 329, 2007, p. 20. Les italiques sont ajoutés. [↑](#footnote-ref-57)
58. Selon la terminologie de Philip Bobbitt, *The Shield of Achilles: War, Peace and the Course of History*, New York, Alfred A. Knopf, 2002, p. 21. [↑](#footnote-ref-58)
59. *Ibid*., Prologue, p. XXVIII. [↑](#footnote-ref-59)
60. A. Pellet, *supra*, note 57, p. 22. [↑](#footnote-ref-60)
61. Eric Wyler, « Henri Batiffol face aux conceptions classique et moderne du droit », *Journal du droit international*, vol.131, n1, 2004,p. 112. [↑](#footnote-ref-61)
62. Car le concept de système est utilisé par les juristes dans trois compréhensions différentes, bien que liées, issues de trois traditions intellectuelles : « système-synthèse », « système-calcul », « système-organisme ». Christophe Grzegorczyk, « Evaluation critique du paradigme systémique dans la science du droit », *Archives de philosophie du droit*, tome 31 : Le système juridique, 1986, pp. 282-285. [↑](#footnote-ref-62)
63. *Ibid.,* p. 296. Voir également J.-L. Vullierme, « Descriptions systémiques du droit », *Archives de philosophie du droit*, tome 31, 1986, pp. 155-167. [↑](#footnote-ref-63)
64. *Ibid*., p. 284. [↑](#footnote-ref-64)
65. Michel van de Kerchove, François Ost, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, PUF, 1988, p. 12. [↑](#footnote-ref-65)
66. C. Grzegorczyk *supra*, note 61, p. 297. [↑](#footnote-ref-66)
67. *Ibid*., p. 297. [↑](#footnote-ref-67)
68. Cet auteur se réclame d’*ubi societas ibi jus*, car pour lui  il n’est pas de société dans la véritable acception du terme où le phénomène juridique ne se manifeste. Il fustige le volontarisme « qui conçoit le droit international comme l’ouvrage de Pénélope, qu’il faut recommencer *ex novo* à chaque accord normatif » et son support individualiste, «  l’idéologie » du contrat social. Santi Romano, *L’ordre juridique*, trad. Lucien François et Pierre Gothot, Paris, Dalloz, 1975, pp. 42-43 et p. 47. [↑](#footnote-ref-68)
69. « L’institution (...) implique des rapports mais ne s’épuise pas en eux. Elle leur est même préalable, en ce sens qu’elle consiste dans l’organisation ou structure nécessaire à ces rapports (...). *Ibid*., p. 49. [↑](#footnote-ref-69)
70. Fassô Guido, *Histoire de la philosophie du droit : XIX et XX siècle,* trad. Rouffet C., Paris, LGDJ, 1976, p. 226. [↑](#footnote-ref-70)
71. S. Romano, *supra*, note 68, p. 19. [↑](#footnote-ref-71)
72. *Ibid.* [↑](#footnote-ref-72)
73. F. Guido *supra*, note 70, pp. 228-229. [↑](#footnote-ref-73)
74. Pour un examen plus détaillé du systémisme de Georges Abi-Saab, voir notamment Eric Wyler, « Propos sur la fécondité du paradigme systémique en droit international à la lumière de la théorie de Georges Abi-Saab », in : Vera Gowlland-Debbas, Laurence Boisson de Charzournes (eds.), *The International Legal System in Quest of Equity and Universality/L’Ordre juridique international, un système en quête d'équité et d'universalité, Liber Amicorum Georges Abi-Saab*, La Haye, Nijhoff, 2001, pp. 23-49. [↑](#footnote-ref-74)
75. G. Abi-Saab, *supra*, note 2, p. 35. [↑](#footnote-ref-75)
76. E. Wyler, *supra*, note 74, p. 42. [↑](#footnote-ref-76)
77. *Ibid.,* p. 43. [↑](#footnote-ref-77)
78. G. Abi-Saab, *supra*, note 2, p. 223. Les italiques sont ajoutés. [↑](#footnote-ref-78)
79. *Ibid.,* p. 45. [↑](#footnote-ref-79)
80. *Ibid.,* p. 204. [↑](#footnote-ref-80)
81. *Ibid.,* p. 313. [↑](#footnote-ref-81)
82. *Ibid.,* p. 321. [↑](#footnote-ref-82)
83. *Ibid.,* p. 108. [↑](#footnote-ref-83)
84. *Ibid.,* p. 330 et p. 440. [↑](#footnote-ref-84)
85. *Ibid.,* p. 206 et p. 213. [↑](#footnote-ref-85)
86. *Ibid.,* pp. 41-42. [↑](#footnote-ref-86)
87. « Ainsi, le premier intermédiaire entre la norme et sa réception sociale, c’est la langue, langue qui renvoie elle-même à des acceptions sociales relatives et changeantes », p. 41. [↑](#footnote-ref-87)
88. *Ibid*., pp. 309-310. [↑](#footnote-ref-88)
89. *Ibid*., p. 312. [↑](#footnote-ref-89)
90. *Ibid*., pp. 214-215. [↑](#footnote-ref-90)
91. Emmanuel Kant, *Sur le lieu commun : Il se peut que ce soit juste en théorie mais, en pratique, cela ne vaut point, Œuvres Philosophiques*, Tome III, Paris, La Pléiade, 1986, p. 297. Les italiques sont ajoutés. [↑](#footnote-ref-91)
92. Antonio Augusto Cançado Trindade, «International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium », *RCADI*, vol. 316, 2005, p. 55. [↑](#footnote-ref-92)
93. *Ibid.* [↑](#footnote-ref-93)
94. Pour une analyse plus détaillée de cette vision de l’homme, voir notamment Amadou Hampaté Ba, *Aspects de civilisation africaine*, Paris, Présence africaine, 1972, pp. 11-16. [↑](#footnote-ref-94)
95. Emmanuelle Tourme-Jouannet, *Le droit international*. Que sais-je, Paris PUF, 2013, p. 114. [↑](#footnote-ref-95)
96. Le *mens legis* de l’expression ‘principe général de droit’ telle que mentionnée dans l’article 38, paragraphe 1, c, du Statut de la CIJ, indique clairement que ces principes constituent, dans la conscience juridique, une source formelle du droit d’application autonome par rapport à la coutume ou au traité. Comme l’a si bien perçu le juge Cançado Trindade dans son opinion individuelle en l’affaire *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*, « The attitude of part of contemporary expert writing, of trying to see if a given principle has attained the “status” of a “norm” of customary international law, or has been “recognized” in conventional international law, simply misses the point, and is conceptually flawed. Such attitude fails to understand that a general principle of law is quite distinct from a rule of customary international law or a norm of conventional international law. A principle is not the same as a norm or a rule; these latter are inspired in the former, and abide by them. A principle is not the same as a custom or a conventional norm». *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay* (Argentine c. Uruguay), arrêt, CIJ Recueil 2010, Opinion individuelle du juge Cançado Trindade, p. 6.

La CPJI et la CIJ ont expressément affirmé l’autonomie normative des principes généraux. En effet, dans un *dictum* devenu célèbre, la CIJ a admis que « Les obligations qui incombaient aux autorités albanaises consistaient à faire connaître, dans l’intérêt de la navigation en général, l’existence d’un champ de mines dans les eaux territoriales albanaises et à avertir les navires de guerre britanniques, au moment où ils s’approchaient, du danger imminent auquel les exposait ce champ de mines. *Ces obligations sont fondées non pas sur la Convention VIII de La Haye, de 1907, qui est applicable en temps de guerre, mais sur certains principes généraux et bien reconnus, tels que des considérations élémentaires d’humanité*, plus absolues encore en temps de paix qu’en temps de guerre, le principe de la liberté des communications maritimes et l’obligation, pour tout Etat, de ne pas laisser utiliser son territoire aux fins d’actes contraires aux droits d’autres Etats ». *Détroit de Corfou* (Royaume-Uni c. Albanie), arrêt du 9 avril 1949, CIJ Recueil 1949, p. 22. Les italiques sont ajoutés. Pour une jurisprudence de la CPJI, voir notamment *Concessions Mavrommatis en Palestine* (Grèce c. Royaume-Uni), arrêt du 30 août 1924, CPJI, série A, n°5, p. 12 ; *Affaire Oscar Chinn* (Belgique/Royaume Uni), arrêt du 12 décembre 1934, CPJI, série A/B, no 63, p. 81 et 87 ; *Usine de Chorzòw* (Allemagne c. Pologne), demande en indemnité, fond, arrêt du 13 septembre 1928, CPIJ, série A, n° 17, p. 29. Pour d’autres références jurisprudentielles, voir entre autres Alfred Verdross, « Les principes généraux du droit dans la jurisprudence internationale », *RCADI*, vol. 52, 1935, pp. 227 et ss ; *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay* (Argentine c. Uruguay), arrêt, CIJ Recueil 2010, Opinion individuelle du juge Cançado Trindade, p. 6. [↑](#footnote-ref-96)
97. Sur ce point, voir notamment Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 7e éd., Oxford, Oxford University Press, 2008, pp. 16-19; Georg Schwarzenberger, *International Law*. Vol. 1*: International Law as Applied by International Courts and Tribunals*, London, Stevens, 3rd ed., 1957, pp. 43-49. Pour un aperçu général de la problématique des principes généraux en droit international, voir entre autres Bin Cheng , *General Principles of Law as applied by International Courts and Tribunals*, Cambridge, Grotius Publications, 1987, pp. 1-26 ; Alfred Verdross, « Les principes généraux de droit dans le système des sources du droit international », in *Recueil d’études de droit en hommage à Paul Guggenheim*, Genève, Tribune de Genève, 1968, pp. 521-530; Oscar Schachter, « International Law in Theory and Practice. General Course in Public International Law », *RCADI*, vol. 178, 1982-V, pp. 74-90 ; Giorgio Del Vecchio, *Les principes généraux du droit*, trad. E. Demontès, Paris, LGDJ, 1925, pp. 1-67. [↑](#footnote-ref-97)
98. Emer de Vattel, *supra*, note 1, liv. II, chap. I, para. 17, p. 267. Les italiques sont ajoutés. [↑](#footnote-ref-98)
99. Emmanuel Kant, « Idées d’une Histoire universelle du point de vue cosmopolitique », VIII, 20-21, 1784. *La philosophie de l’Histoire de Kant,* Paris, Denoël, 1947, p. 31. [↑](#footnote-ref-99)
100. *Ibid*., VIII 22, p. 33. [↑](#footnote-ref-100)
101. *Ibid.* [↑](#footnote-ref-101)
102. *Ibid.,* p. 37, VIII 25. [↑](#footnote-ref-102)