

Le Droit contre l'État ?

Olivier CHASSAING

E. Pasquier confronte les deux grands théoriciens du Droit que furent Carl Schmitt et Hans Kelsen : d'où il ressort que les frontières entre décisionnisme et conventionalisme sont brouillées, tout comme celles entre le Droit et l'État.

Recensé : E. Pasquier, *De Genève à Nuremberg, Carl Schmitt, Hans Kelsen et le droit international*, Paris, Classiques Garnier « Passages », Paris, 2012, 789 p., 49 €.

Qu'est-ce que le droit international ? C'est avec une certaine urgence que cette question s'est posée depuis les attentats du 11 septembre 2001 et les guerres d'Afghanistan et d'Irak, au cœur des réflexions sur le terrorisme, l'état d'exception et les doctrines de la « guerre juste ». Emmanuel Pasquier renouvelle le problème dans *De Genève à Nuremberg, Carl Schmitt, Hans Kelsen et le droit international*, en l'abordant depuis la confrontation entre deux pensées-limites du XXe siècle (si ce n'est extrême et très problématique pour Schmitt¹).

Kelsen et Schmitt ont tous deux théorisé le problème de la nature spécifique du droit international, par contraste avec celle du droit interne. Ils se sont tous deux opposés à la critique massive qui veut réduire les normes internationales à un ensemble de conventions en manque de reconnaissance de la part des États, véritables sources du droit. Toutefois, comme le montre ici E. Pasquier, leurs arguments et leurs conclusions s'opposent bien souvent (mais pas toujours) de manière diamétrale, et se distinguent en particulier sur la question des enjeux politiques du droit international.

Certes, le livre s'attache ainsi à l'étude circonstanciée, mais sans excès de technicité, d'un chapitre de l'histoire de la philosophie du droit : celui de l'antagonisme entre Kelsen et Schmitt donc, qui oppose le *normativisme* du premier, selon lequel le droit en général doit posséder une rationalité propre et exige d'être étudié *via* une méthode scientifique idoine, et le *décisionnisme* du second, qui pense le droit comme un ordre toujours politique qui déjoue par là toute entreprise d'analyse rationnelle interne². Mais E. Pasquier dédouble vite la question : en se demandant d'une part jusqu'à quel point les termes de cette dispute historique peuvent être réellement transposés au champ du droit international ; et d'autre part, en cherchant à retrouver l'origine des débats actuels autour du droit international dans le contexte historique d'une « première mondialisation juridico-politique », qui va de la création de la Société des Nations à la tenue du procès de Nuremberg et à la création de l'ONU.

¹ L'histoire et les motivations de l'engagement du juriste dans la légitimation des lois antisémites et de la politique d'extermination du Troisième Reich sont abordées précisément dans l'introduction du livre.

² Cette opposition se trouve parfaitement retracée et synthétisée par Otto Pfersmann, « Normativisme et décisionnisme », in Philippe Raynaud, Stéphane Rials (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, PUF, 3e éd., 2003, p. 508-514.

Le livre fait ainsi l'hypothèse que l'époque contemporaine serait finalement l'héritière d'une histoire antérieure à la Guerre Froide, d'où l'on pourrait alors exhumer la raison des résistances que peuvent opposer les États au projet d'organiser juridiquement le monde : « en dépit de la double tentative que représentent les doctrines respectives de Kelsen et de Schmitt pour repenser le droit international selon des modalités autres que celles du droit interétatique, considéré comme périmé ou devant être dépassé, l'un et l'autre se heurtent finalement à la question de la persistance de l'État » (p. 45).

Aux confins de la pensée du droit international

Les quatre grandes parties du livre restituent autant les termes de la confrontation Kelsen-Schmitt qu'elles en montrent avec nuance les effets de « convergence » et de « concordance » (p. 535). Davantage, E. Pasquier insiste sur les points des doctrines qui ne cadrent pas avec les étiquettes dans lesquelles les deux auteurs sont bien souvent rangés.

Dès la première partie, la distance est prise à l'égard de la représentation figée du débat Kelsen-Schmitt. E. Pasquier éclaire d'un côté la place donnée dans le corpus kelsenien à l'arbitraire et à la décision au sein du droit, et vient de l'autre reconstruire une théorie de la légitimité politique, sauvée du pur arbitraire, à partir des textes de Schmitt :

il n'y a pas d'un côté Schmitt, qui ferait l'apologie de l'arbitraire, et de l'autre côté Kelsen, qui en ferait la critique. Kelsen et Schmitt s'opposent, mais ils s'opposent en juristes. L'un comme l'autre cherchent à conjurer l'arbitraire, quoique à partir d'horizons théoriques et politiques radicalement opposés. L'un et l'autre se renvoient mutuellement l'accusation de favoriser l'émergence de l'arbitraire et d'être incapable de penser réellement les moyens de "garder" le droit (p. 51).

Une seule et même question émerge dans la confrontation : s'il doit réguler les relations internationales, quelle forme doit avoir le droit pour limiter effectivement la violence et ne pas être le « masque de l'arbitraire » (p. 703) ? Comme le montre finement E. Pasquier, en affrontant cette question, chacun des deux auteurs travestit alors l'opposition « commode » (p. 51) entre normativisme et décisionnisme et produit en miroir son ennemi théorique. Kelsen se montre en effet plus décisionniste que Schmitt dans son analyse des organes judiciaires, tandis que celui-ci s'efforce de penser la rationalité normative propre des lois. Le livre dresse ainsi les portraits du « "Schmitt" de Kelsen », et du « "Kelsen" de Schmitt », à partir d'une lecture patiente de leurs textes respectifs, et conclut sur ce point :

normativisme et décisionnisme n'existent ni l'un ni l'autre sérieusement comme théories du droit [mais forment tous deux les] pôles extrêmes entre lesquels se joue la philosophie du droit, et à hauteur desquels le droit se dissout, et avec lui la philosophie qui essaye de le penser. [En effet] penser le droit suppose toujours de penser les modes d'articulation entre les normes et les décisions. (p. 53)

Cette mise à distance du « normativisme » et du « décisionnisme » permet d'aborder plus clairement le problème central de l'ouvrage : peut-on transposer au plan du droit international la polémique à laquelle se sont livrés les deux auteurs autour du « gardien de la constitution » ? Qui doit être le gardien du droit international ? Autrement dit, quelle instance peut garantir la légitimité et l'application des règles internationales ? Quel organe juridique peut juger et résoudre les conflits internationaux ?

E. Pasquier montre alors que c'est à travers cette question, au départ d'ordre exégétique, que l'enjeu proprement politique du droit international émerge, et que se dessine le plus nettement la ligne de fracture entre les deux théoriciens. Pour Schmitt en effet, l'idéal de régulation internationale achoppera toujours en raison du refus légitime, car souverain, de tout État d'être jugé par une instance extérieure : les conflits internationaux sont par nature politiques, donc non juridiques et non justiciables. Kelsen affirme au contraire que le droit international est en quelques sortes juridique pour autant qu'il est politique, parce que les institutions internationales ont avant tout la tâche de donner un cadre à la volonté des États de s'entendre ou non : si « l'essence même de la juridiction devait être non politique, un tribunal international serait donc inconcevable » (p. 157-158). À nouveau les termes s'inversent, Kelsen fait place au devenir politique du droit, tandis que Schmitt veut l'en préserver.

« Stato-centrisme » contre « méta-étaticité »

Afin de cerner au mieux ce problème, E. Pasquier en présente l'autre face dans la deuxième partie du livre : qu'est-ce qui fait que le droit international est tout de même du droit, mais dans un sens qui le distingue du droit interne des États ? Pour démontrer que la juridicité du droit international, c'est-à-dire sa qualité de faire droit, est irréductible à la somme des conventions entre États, Kelsen et Schmitt sont en effet tous deux forcés de défendre l'idée d'un droit international qui ne soit pas entièrement politique, et pour cela de tracer la limite, au plan théorique, entre le politique et le juridique.

En tant qu'il régle d'abord des relations entre des États souverains, qui peuvent donc s'y soumettre ou non, le droit international serait porteur d'une contradiction interne :

le principe qui lui donne naissance est en même temps le principe qui ne cesse de le miner de l'intérieur [...]. Le concept de souveraineté est ainsi porteur de cette ambivalence fondamentale, qu'il est l'attribut commun par lequel un ensemble de sujets de droit se définissent comme membres d'une communauté, en même temps qu'il est le principe au nom duquel chacun d'entre eux prétend être en droit de se soustraire aux exigences de celle-ci. (p. 161)

A. Lejbowicz³ a bien montré que cette contradiction a pour symptôme un présupposé majeur de la philosophie politique occidentale. Centrée sur l'État, celle-ci ne peut que « [subordonner] la juridicité du droit international au droit des États, au pire, lui [ôter] toute juridicité [...]. L'État tend à capter toute la juridicité et à donner à la notion de "droit international" la résonance d'un oxymore » (p. 162). Or Kelsen et Schmitt, par-delà les clivages qui les opposent, prennent tous deux leurs distances vis-à-vis de cette tradition.

Le premier affirme en effet la primauté du droit international sur les États parce qu'il serait paradoxalement la condition logique de leur formation : « la définition même du concept d'État suppose une méta-étaticité, un ordre supérieur qui la rend possible » (p. 163). Cette « méta-étaticité » renvoie au « droit international général », expression qui dénote chez Kelsen le « droit coutumier valide pour tous les États appartenant à la communauté internationale » (citation de Kelsen, p. 163). La souveraineté nationale est seconde parce qu'elle découle justement des pactes et traités internationaux, du principe d'intégrité territoriale et du droit de la guerre. Ce n'est donc pas sur la souveraineté que sont fondés les règles internationales, mais bien l'inverse.

³ Agnès Lejbowicz, *Philosophie du droit international*, Paris, PUF, 1999.

Même si Schmitt en arrive à la même conclusion, sa démonstration diffère sensiblement de celle de Kelsen. Selon lui, la souveraineté étatique s'appuie toujours sur un ordre antérieur, « l'ordre des grands espaces », ou « *nomos* de la terre ». C'est cet ordre spatial concret, structuré en régions exerçant une plus ou moins grande puissance et donc une plus ou moins forte domination, qui précède et détermine chaque État, et que le droit international ne fait que traduire dans son langage formel propre. Kelsen et Schmitt s'en prennent donc tous deux à l'idée selon laquelle l'État incarnerait une volonté première et une souveraineté absolue.

E. Pasquier rappelle alors que l'opposition entre défenseurs de la souveraineté étatique et tenants de l'ordre internationale recouvre les deux faces d'un même « monisme juridique » – selon lequel le droit n'a qu'un seul fondement, l'État *ou* les relations internationales) – et que Kelsen et Schmitt ne cherchent pas tant à se situer au sein de cette alternative. Leurs critiques visent en effet moins le « stato-centrisme » d'une théorie qui prend l'État pour seul point d'ancrage du droit, que le « dualisme juridique » d'Heinrich Triepel, présenté comme troisième voie face à l'alternative. Ce juriste positiviste du début du XXe siècle défend la double origine du droit, autant issu de la volonté originelle de l'État que de l'accord entre les souverainetés, et incarne le courant auxquels s'opposent en fait Kelsen et Schmitt. « Si l'on peut parler d'une convergence entre Schmitt et Kelsen, elle est dans ce double rejet du jusnaturalisme et du conventionnalisme. [Dans] ce “ni... ni...” , ni jusnaturalisme, ni conventionnalisme [...], les deux doctrines sont superposables » (p. 713). Là encore, le propos est éclairant et libère de certains préjugés quant à la visée des critiques formulées par les deux auteurs : non pas critiquer l'État pour lui-même, mais parce qu'il est conçu soit comme source naturelle, soit comme point d'orgue, du droit. Si Schmitt maintient le principe de souveraineté, c'est pour mieux le délier de la forme de l'État, et l'arrimer au plan des grands espaces qui composent véritablement le « *nomos* de la terre » ; et si Kelsen s'en prend à l'État, c'est surtout à partir d'une « pensée de l'État *contre* l'Empire », pour le préserver de ses tendances à devenir « une machine impérialiste dont l'extension ne connaît pas de borne juridique » (p. 708).

« Qui gardera les gardiens ? »

Cette citation des *Satires* de Juvénal (p. 348), reprise par Kelsen dans *Peace through Law*, reformule l'enjeu majeur de la troisième partie du livre. E. Pasquier prolonge par là les termes de la seule bataille que les deux auteurs se sont explicitement livrée, et qui a porté sur l'ordre constitutionnel qui encadre les institutions juridiques : qui *in fine* en détient la norme, qui en est le « gardien » ? À l'échelle du droit international, le problème porte sur la forme de l'instance juridique chargée de représenter les États, de les regrouper en une « communauté internationale », et surtout de limiter les conflits qui pourraient les opposer. Un dilemme classique mais crucial en découle, qui concerne le bien-fondé de la volonté même de réguler juridiquement la guerre. « Peut-on se contenter de “circonscrire” [la guerre] au risque, finalement, de la justifier dans ses pires excès ? Ou bien faut-il l'abolir, au risque que, par une sorte de retour du refoulé, elle ne puisse plus se manifester que sous la forme extrême de guerre d'anéantissement contre les ennemis de la paix ? » (p. 348).

Ces questions sont abordées par E. Pasquier à travers les évaluations et critiques que les deux auteurs formulent à l'égard d'institutions historiques précises, telles que la Société des Nations ou le Tribunal militaire international de Nuremberg. Par exemple, Schmitt voit dans la SDN une institution oppressive capable de justifier des guerres discriminatoires, voire d'anéantissement, parce qu'elle fait usage du droit afin de se légitimer : définissant la guerre comme sanction, elle masque la réalité et l'équilibre possible des rapports de force entre

grands espaces qui structurent le monde. Un tel organe revient à légitimer la guerre. E. Pasquier analyse alors précisément le projet général de Schmitt, pour qui une véritable théorie doit être capable de penser le droit en lien avec les puissances qui structurent concrètement les rapports de domination à l'échelle mondiale.

[Schmitt veut] produire un discours théorique qui remette le droit en adéquation avec l'ordre concret, c'est-à-dire où les sujets du droit soient effectivement les acteurs des relations internationales. [...] Les "grands espaces" sont [sa] réponse à la question de la ré-institutionnalisation des relations internationales, face au constat de l'échec de la Société des Nations qui s'est montrée incapable d'empêcher le second conflit mondial. (p. 349-350)

Également critique à l'égard de la SDN, Kelsen la décrit cependant comme une première étape imparfaite mais indispensable dans la régulation des relations internationales, et définit comme objectif à atteindre la création d'un organe judiciaire indépendant, tels une cour de justice internationale ou un tribunal. C'est sur ce point que le débat entre les deux auteurs se montre le plus sensible. Kelsen affirme en effet que la « judiciarisation des relations internationales est la réponse à une carence du modèle schmittien de "l'équilibre" des puissances : qui sera le gardien de cet équilibre s'il n'existe pas une instance extérieure aux parties, capable d'arbitrer leurs conflits ? ». Réponse en filigrane de Schmitt : « Une cour de justice internationale n'est-elle [pas] vouée à n'être que l'émanation de ceux qui détiennent déjà le pouvoir ? » (p. 351). Le procès de Nuremberg, au cours duquel, notamment, la comparution des criminels de guerre soviétiques a été soigneusement évitée, devient l'objet de nouveaux différends entre les deux auteurs, qu'E. Pasquier développe avec précision.

Résistance de la forme « État »

Revenons, pour finir, sur ce qui constitue le point de mire des différents développements du livre : la critique de l'État comme structure classique de la souveraineté. La montée en puissance des espaces régionaux, l'avènement d'une justiciabilité des individus à l'échelle mondiale à travers les tribunaux internationaux, et la formation des organisations internationales telles que l'ONU, incarnant pendant un temps les appels à « l'unité du monde » et à la « fin de l'histoire », représenteraient les trois vecteurs du vacillement de l'État comme point de référence des relations internationales. Comment en comprendre alors la persistance ?

Pour Schmitt, la référence à l'État, minant de l'intérieur les institutions juridiques internationales, n'est pas contingente et présente bien une utilité stratégique :

ce sont les puissances déjà constituées comme grands espaces, les États-Unis plus particulièrement, qui ont intérêt à continuer à faire prévaloir un schéma strictement interétatique qui leur permet de diviser de l'intérieur les autres grands espaces potentiels – l'Europe tout particulièrement – et de conserver l'avantage stratégique que leur confère leur forme de grand espace par rapport à n'importe quel État particulier. (p. 537)

Analysant le droit international du point de vue de la puissance politique et de l'hégémonie économique des « grands espaces », Schmitt voit à travers l'ONU, parangon affiché de la fin des rivalités internationales, le symptôme d'un ordre tout relatif, qui masque un désordre et une conflictualité bien réels. Il conclut que « l'ONU ne constitue rien » et n'est qu'une « illusion normativiste de plus » (p. 542). E. Pasquier entame à ce stade une discussion passionnante des textes de Schmitt sur les effets idéologiques de la Charte de l'ONU, ainsi que sur son rapport critique à Marx :

le schéma interétatique sur lequel est fondée la structure juridique de l'ONU, qui pose le principe d'égalité souveraineté de tous les États, rend parfaitement illisible un ensemble de relations de domination transnationales. Autrement dit, la valeur politique des rapports de force économiques n'est ni régulable ni même lisible dans les catégories classiques du droit international public mises en œuvre par l'ONU. (p. 542-543)

Pour Schmitt, les notions mêmes d'unité et de paix mondiales, sortes d'idéaux régulateurs du droit international, sont vides de toute valeur politique, parce qu'on ne peut vouloir abolir l'hostilité en tant qu'elle est l'attribut fondamental de la politique. En comparaison, l'unité et la paix restent des fins légitimes pour Kelsen, à partir desquelles se justifie la critique des incohérences internes de l'ONU, afin, selon lui, de l'amender et de préserver le droit international des résistances que les États lui opposent.

Afin de conclure notre lecture de ce riche et vaste ouvrage, commençons par souligner que son intérêt, du point de vue des problèmes politiques qu'il pose, dépasse évidemment celui des seules questions de philosophie ou de théorie du droit.

Concernant le problème de départ, l'issue historique de la confrontation Kelsen-Schmitt, la thèse finale d'E. Pasquier, selon laquelle « la souveraineté nationale [est] restée le mode de représentation d'une communauté politique à elle-même », donne paradoxalement la « victoire » à Triepel, seul de ces trois théoriciens à avoir rendu compte « des complexités d'un système où la persistance de l'État coexiste avec la mondialisation » (p. 714). La mondialisation juridico-politique (distincte de la mondialisation économique) s'est en effet traduite par « l'extension à l'échelle mondiale de la structure interétatique », l'État s'imposant bel et bien comme « standard anthropologique » à toute société humaine devant être reconnue comme communauté à part entière. À ce titre, la richesse spéculative de certaines réflexions conclusives sur la primauté de la forme « État » et de son identité nominale, pour comprendre la réduction de la complexité des relations internationales, l'anthropomorphisation de la politique ou le rapport entre narration et pouvoir, soulève de nombreuses questions philosophiques qui pourraient être développées à l'avenir.

On pourrait souhaiter également – même si cela déborde l'objet du livre – que la discussion des approches post-coloniales, toujours esquissée à l'égard de la persistance de l'État, soit davantage creusée. La question de savoir si cette forme juridico-politique est « l'instrument d'une hégémonie impériale [...] de la part des puissances qui sont, pour leur part, des super-États », comme le pensait Schmitt, ou si son extension à la suite des mouvements de décolonisation représente le « signe d'un mouvement d'émancipation, non seulement par rapport à l'impérialisme classique mais aussi par rapport à ce néo-impérialisme [...] des grands espaces » est une question cruciale à confronter par exemple avec les lectures post-coloniales du droit international. A. Anghie a démontré par exemple comment la formation historique du droit international a été conditionnée par les processus de colonisation, et en quoi la diffusion des concepts d'État et de souveraineté, au cœur de la « mission civilisatrice » de l'Europe, a fortement aidé à asseoir sa domination impériale⁴.

Au terme de cette lecture, une autre question demeure également, à l'égard des références, apparemment décisives mais souvent en filigranes, à M. Koskenniemi. Incarnant la double exigence de « plier la pratique politique aux formes du droit [et en même temps] de

⁴ Antony Anghie, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, Cambridge University Press, 2005.

ne pas se laisser abuser par la norme juridique quand elle devient outil de légitimation de la puissance, c'est-à-dire que le droit ne soit ni apologie ni utopie » (p. 731), le couple Kelsen-Schmitt figurerait-il à l'avance le dilemme critique posé par le juriste finlandais⁵ ?

Pour aller plus loin :

- Antony Anghie, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, Cambridge University Press, 2005
- Samantha Besson, John Tasioulas (dir.), *The Philosophy of International Law*, Oxford University Press, 2010
- Martti Koskenniemi, *La politique du droit international*, Paris, Pédone, 2007
- Agnès Lejbowicz, *Philosophie du droit international*, Paris, PUF, 1999

Publié dans laviedesidees.fr, le 7 octobre 2013

© laviedesidees.fr

⁵ Martti Koskenniemi, « Entre utopie et apologie : la politique du droit international », *op. cit.* [2007], p. 51-96.