

**Le Droit International et la Voie de l'Education Juridique: Entre
'Constitutionnalisme' et 'Gestionnariat'**

Martti Koskenniemi*

En mai 2006, la Cour de justice des Communautés européennes a rendu son jugement dans l'affaire de l'usine MOX. Il s'agissait d'une affaire relative à l'exploitation d'une usine de recyclage nucléaire implantée à Sellafield au Royaume-Uni. Une plainte avait été déposée par l'Irlande contre le Royaume-Uni en raison des effets potentiellement néfastes de l'activité de l'usine sur l'environnement sur le fondement de deux traités internationaux. Elle se fondait juridiquement sur deux traités: la Convention OSPAR pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du Nord-Est et la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982. Informée de la procédure, la Commission européenne a quant à elle introduit un recours contre l'Irlande près la Cour de justice au motif que ce pays avait poursuivi le Royaume-Uni – un autre Etat membre de l'Union européenne – en recourant à l'arbitrage international impliquant une évaluation juridique selon des règles autres que celles du droit de l'Union européenne et par des organes autres que ceux européens.

La cour condamna l'Irlande sous tous les chefs invoqués par la Commission à l'appui de son recours. L'Irlande n'avait pas respecté la compétence exclusive de la Cour européenne de justice (CEJ) et coopéré avec les institutions communautaires conformément au Traité CE.¹

Pour un juriste international, il s'agit d'un cas stupéfiant. Non pas qu'il soit sans précédent, au contraire. Depuis la fin du XIXème siècle, les Etats-nations considèrent que l'un des aspects de leur souveraineté réside dans la primauté inconditionnelle de leur ordre juridique sur tout ce qui pourrait être imposé de l'extérieur. L'affaire de l'usine MOX est remarquable en ce qu'elle incarne parfaitement la plus ancienne et la plus conservatrice mouvance de la pensée européenne quant au rôle du droit international et à ses rapports avec le droit national. Elle montre la CEJ dépeignant l'Union européenne sous les traits d'un

* Professeur (Academy of Finland), Professeur de droit international (University of Helsinki), 'Hauser Global Professor of Law' (New York University School of Law), ancien membre (2002–2006) Commission du droit international – Nations Unies. Ce texte est issu du discours prononcé par l'auteur lors de la rentrée académique 2006-2007 du Département de droit de l'Institut Universitaire Européen. Traduit de l'anglais par Karine Caunes. Doctorante en droit (Institut Universitaire Européen). A.T.E.R. (Université Paris X).

¹ E.C.J., Case C-459/03, *Commission v. Ireland*, 30 Mai 2006, ECR-I, 4635.

souverain dont les règles supplantent toute autre expression juridique. En recourant au droit international contre le Royaume-Uni, l'Irlande a violé la souveraineté du droit de l'Union européenne, à l'image jadis de la dissidence soviétique, invoquant le Pacte international relatif aux droits civils et politiques adopté par l'Assemblée générale des Nations Unies en 1966 et se brisant contre l'absolutisme hermétique de l'ordre soviétique.

La vision de la Cour de justice des rapports entre droit international et droit de l'Union européenne suit les ornières tracées par le droit public allemand de la fin du XIX^{ème} siècle.² Les deux ordres juridiques sont séparés et, pour les organes de l'Union, la primauté du droit européen s'impose comme une nécessité constitutionnelle. Il s'agit de la position dualiste traditionnelle qu'Hans Kelsen identifia comme représentant en réalité une position moniste avec primauté de l'ordre juridique national, une position que Kelsen dépeignit comme à la fois solipsiste et impérialiste – ce langage est le sien.³ *Solipsiste* dans le sens de capable de ne voir rien d'autre que son propre système juridique; *impérialiste* parce que tout ce qui survient dans le monde est jugé depuis cette perspective. Ou plutôt, devrais-je dire – tout – aussi longtemps que cela s'avère commode. Dans l'affaire *Bankovic*, dans le contexte, ne différant que très sensiblement, du système européen des droits de l'homme, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé qu'elle n'avait pas compétence à connaître des bombardements de la Serbie par des avions de guerre européens au motif que sa juridiction ne couvrait pas les actions des Etats européens en dehors de l'Europe lorsque de tels actes ne pouvaient être regardés comme des actes réguliers d'administration... de ceux que la Cour avait reconnus dans le comportement de la Turquie dans le nord de Chypre et qu'elle verrait encore dans les actions de la Russie en Moldavie.⁴

Cependant mon objectif aujourd'hui n'est pas de fustiger l'égoïsme européen, ou son hypocrisie. Je me réfère au cas de l'usine MOX en tant qu'illustration de ce qui arrive aujourd'hui au droit international public, la façon dont il est découpé en régimes fonctionnels et régionaux, s'adressant à des audiences spéciales, ayant des intérêts et un mode de pensée spéciaux. Une approche *managériale* apparaît, envisageant le droit par delà l'Etat comme un instrument au service de préférences, d'intérêts et de valeurs particulières. Ceci – me semble-t-il – revient à abandonner l'universalisme qui se doit d'animer le droit international et à poser

² Cf., en particulier, H. TRIEPEL, *Völkerrecht und Landesrecht*, Leipzig, Hirschfeld, 1899.

³ H. KELSEN, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, Tübingen, Mohr, 1920.

⁴ E.C.H.R., *Bankovic and others v. Belgium and 16 Others Contracting States* [admissibilité], 12 Déc. 2001, § 82, ECHR 2001-XII. Cf. également, E.C.H.R., *Loidzou v. Turkey*, 18 Déc. 1996, ECHR 1996-70, § 52.1.

les *conditions* d'une recherche par les acteurs internationaux de leurs objectifs sans qu'ils y souscrivent eux-mêmes. Il est souvent soutenu que le droit international est incapable de répondre aux défis de la mondialisation. La critique assume que le droit international constitue une technique de gestion de problèmes. Or, en tant que tel, ses usages et coutumes diplomatiques ainsi que ses structures institutionnelles semblent trop faibles, voire même défailtantes. La marginalisation du droit international par la Cour de justice dans l'affaire de l'usine MOX est juste un exemple d'un régime international particulier et d'un 'esprit' particulier – le régime européen, l' 'esprit' européen – revendiquant sa supériorité sur tout ce qui est général, encore moins universel. Le projet européen, dit la Cour, jouit d'une préférence sur le projet international.

Mais l'Europe n'est pas le seul projet de ce genre. Prenez par exemple le projet du droit du commerce. L'OMC est le centre de la construction d'une jurisprudence et d'un édifice législatif impressionnants réalisés pour la gestion des avantages comparés par l'entremise du libre-échange. La question du rapport de ce projet avec d'autres règles internationales est très débattue: commerce et droits de l'homme, commerce et travail, commerce et environnement. La perspective commerciale a clairement été énoncée par l'Organe d'appel dans l'affaire du *bœuf aux hormones* en 1998. Confronté à la question du statut du 'principe de précaution' sous le régime des traités OMC, et notamment de l'accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires (accord SPS), l'Organe d'appel conclut que quel que soit le statut de ce principe "sous le droit international de l'environnement", il ne liait pas l'OMC.⁵ Cette approche suggère que le droit international nous parvient dans des boîtes séparées, tels que "droit du commerce" et "droit de l'environnement", pouvant répondre à des principes et à des objectifs différents ne s'appliquant pas au-delà des frontières fixées par de telles boîtes. Mais comment se rapportent-elles les unes aux autres?

L'existence de régimes spéciaux est un lieu commun de la pratique internationale. Il y a dix ans, dans l'affaire de la *licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* (1996), la Cour internationale de justice structura son avis en examinant successivement le droit des droits de l'homme, le droit de l'environnement, le droit humanitaire et le droit relatif à l'usage

⁵ *European Communities – Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones)*, 13 Fév. 1998, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, §§ 123-125.

de la force.⁶ Dans l'affaire plus récente du *mur en Territoire palestinien* (2004), elle débattit longuement du rapport entre ce qu'elle appela les droits de l'homme et le droit international humanitaire.⁷ Les règles en fonction de la boîte considérée étaient différentes: l'une interdisait de tuer, l'autre le permettait et le réglementait. Lesquelles devaient prévaloir? L'importance du choix de la boîte correcte avait été soulignée par le Tribunal arbitral mis en place par la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer dans l'affaire de l'usine MOX. Trois régimes conventionnels étaient applicables. Laissez-moi citer le Tribunal: "même si la Convention OSPAR, le Traité CE et le Traité Euratom contiennent des droits et obligations similaires ou identiques aux droits et obligations énoncés dans la Convention [des Nations Unies sur le droit de la mer], les droits et obligations contenus dans lesdits accords ont une existence propre, différente de celle des droits et obligations énoncés dans la Convention".⁸ Ceci étant, le Tribunal retint que même l'application de règles identiques par des institutions différentes pouvait être différente "compte tenu, notamment, des différences entre leurs contextes, objets et buts respectifs, de la pratique ultérieure des parties et des travaux préparatoires".⁹

Ce n'est pas seulement que ces boîtes ont des règles différentes. Même si elles avaient les mêmes règles, celles-ci seraient appliquées différemment parce que chaque boîte a un objectif différent, une culture différente, une inclination structurelle différente. Examiner les armes nucléaires selon la perspective des droits de l'homme n'est pas la même chose que de les envisager selon la perspective des lois de la guerre; la perspective libre-échangiste sur les transports chimiques ne produit pas le même résultat qu'une perspective environnementale, *quelles que soient les règles*. Et l'objectif et la culture d'un régime ne sont pas qu'un aspect incident de celui-ci. Ce qui est essentiel dans des projets tels que le commerce, les droits de l'homme, ou même l'Europe, c'est précisément l'ensemble des valeurs et objectifs qui y sont associés. Pratiquer le 'droit du commerce', les 'droits de l'homme', le 'droit environnemental' ou le 'droit européen' – comme nous le répètent constamment les représentants de ces projets – ne consiste pas seulement à mettre en œuvre certaines règles techniques mais à participer à une culture, à partager des préférences et des inclinations en commun avec des collègues et des institutions qui s'identifient à cette 'boîte'.

⁶ I.C.J., *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Adv. Op., 8 Juil. 1996, Rec., 226.

⁷ I.C.J., *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Adv. Op., 9 Juil. 2004, Rec., 130, §§ 86-113.

⁸ I.T.L.O.S., *MOX Plant Case, Request for Provisional Measures Order [Ireland v. the United Kingdom]*, 3 Déc. 2001, ILR, 2005, p. 273, § 50.

⁹ *Ibid.*, pp. 273-274, § 51.

Cependant cela ne revêtirait pas une si grande importance si les boîtes avaient des frontières claires et précises et si l'on pouvait résoudre la question des chevauchements de compétences par un jeu de règles supérieures. C'est ainsi que se concevait le droit international à la fin du XIX^{ème} siècle, lorsque les boîtes en question étaient les systèmes juridiques des Etats souverains. Mais aujourd'hui, un tel jeu de règles supérieures n'existe pas. C'est le droit international lui-même qui est démantelé en de telles boîtes, chacune d'elle – souvenons-nous – à la fois solipsiste et impérialiste. Les boîtes ne sont pas le fruit d'un plan d'ensemble supérieur. Elles poussent spontanément à travers la spécialisation fonctionnelle qui a séparé les sphères de la vie internationale et les a rendues de plus en plus autonomes les unes par rapport aux autres. La majeure partie de la sociologie moderne est consacrée à ce sujet et tend à le présenter comme un processus inévitable et naturel. Mais s'il en est ainsi, alors il est inéluctable uniquement en ce sens que la prédominance de puissants intérêts là où le droit est absent est inéluctable. En effet, il n'y a rien de naturel ou d'inévitable à propos de ces boîtes. Elles apparaissent à travers la construction d'un domaine, une narration, l'épinglage de labels informels sur des aspects du monde qui les décrit selon la perspective d'intérêts ou objectifs particuliers. Et tout événement international peut être décrit selon une telle perspective: le traitement de composés nucléaires par la mer relève au moins du droit environnementale, du droit du commerce, peut-être du droit des transports maritimes et certainement également des droits de l'homme. Les qualifications ne proviennent pas de la 'nature' de l'activité mais de l'intérêt qui oriente sa description. Une activité ne rentre pas dans une boîte sur la base de ce à quoi elle ressemble, intrinsèquement, mais de la perspective selon laquelle on veut la décrire. Or, devons-nous demander, comment cette perspective est-elle déterminée?

Un homme avec un marteau voit tous les problèmes sous la forme de clous.¹⁰ Une institution spécialisée perçoit nécessairement tout problème depuis l'angle de sa spécialité. Les institutions du commerce voient toute politique publique comme une restriction potentielle au commerce. Les organismes des droits de l'homme voient partout des problèmes de droits de l'homme, tout comme les organes de traités environnementaux voient le champ politique en termes de problèmes environnementaux et ainsi de suite. C'est la raison pour laquelle la Cour de justice voit dans le fonctionnement de l'installation nucléaire britannique

¹⁰ D. KENNEDY, "Tom Franck and the Manhattan School", *NYUJ. Int'l L & Pol*, 2002-2003, p. 399.

un problème de droit européen, non un problème de droit de la mer ou un problème de pollution de l'environnement de la mer du Nord. Evidemment, la Cour serait heureuse de s'occuper de questions relatives à la pollution des mers parce qu'ainsi, elle pourrait assurer leur traitement selon la perspective des intérêts et préférences – le projet – qu'elle est chargée de promouvoir; à l'image de 'il était une fois, l'Etat-nation', compris par des juristes allemands comme le "*Gesamtplan des menschlichen Kulturlebens*", un plan d'ensemble de la vie sociale humaine.¹¹ Dans le même sens, tout système, tout régime, est capable de se propager dans le monde entier, recouvrant tout selon sa propre perspective – la combinaison du solipsisme et de l'impérialisme que Kelsen détecta dans le projet de l'Etat-nation.

Cependant, l'analogie avec l'Etat va plus loin. Dans la récente affaire relative à l'interdiction européenne d'organismes génétiquement modifiés dans le cadre de l'OMC, la question se posa de savoir si le Groupe spécial devait prendre en considération la Convention de 1992 sur la diversité biologique et son Protocole sur la prévention des risques biotechnologiques de 2000. Il pouvait le faire selon l'article 31 § 3 (c) de la Convention de Vienne sur le droit des traités d'après lequel les accords internationaux – y compris les accords OMC – doivent être interprétés en prenant en compte les *autres obligations* des parties. Le Groupe spécial considéra cependant que *toutes* les parties au traité OMC devaient également être parties à cet autre traité. Parce que les Etats-Unis n'étaient pas partie au Protocole sur la prévention des risques biotechnologiques, celui-ci ne pouvait être appliqué.¹² Cette position est conforme à la doctrine dualiste classique en droit constitutionnel qui accepte que les obligations internationales puissent être appliquées par les organes nationaux si et seulement si leurs dispositions ont été incorporées en tant que parties du droit national. Appliqué à un traité multilatéral avec des douzaines de parties, la condition d'appartenance *identique* rend pratiquement toujours impossible de trouver un contexte multilatéral dans lequel la référence à d'autres traités – d'autres boîtes – pourrait être permise. Le Groupe spécial achète la 'cohérence' du traité OMC au prix de la cohérence du droit international.

Or, les différents régimes ou boîtes – le droit européen, le droit du commerce, le droit des droits de l'homme – tous tendent à agir de la sorte. Les organes des droits de l'homme ont

¹¹ Cf. E. KAUFMANN, *Das Wesen des Völkerrechts und die Clausula Rebus sic stantibus: Rechtsphilosophische Studie zum Rechts-, Staats- und Vertragsbegriffe*, Tübingen, 1911.

¹² *European Communities-Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products*, 29 Sept. 2006, WT/DS291-293/R, p. 335, § 7.74. Sur le problème général, cf. C. McLACHLAN, "The Principle of Systemic Integration and Article 31 § 3 (c) of the Vienna Convention", *ICLQ*, 2005, pp. 279-320.

développé une jurisprudence constante selon laquelle les principes interprétatifs applicables aux traités relatifs aux droits de l'homme diffèrent des principes applicables à d'autres traités, leur permettant ainsi de jouer un rôle activiste.¹³ Ou pensez à la boîte 'droit pénal'. Dans l'affaire *Tadic*, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) observa que le critère de responsabilité appliqué afin de juger d'une implication étrangère dans une guerre civile établi par la Cour internationale de Justice en 1986 – c'est-à-dire celui du contrôle effectif de cette puissance étrangère sur les guérillas locales – n'était pas applicable en droit pénal international dans lequel un critère plus large de 'contrôle global' était applicable.¹⁴ Il est peu surprenant que l'orientation de la déviation pointe vers une compétence plus large de l'organe expert en cause.

Voilà le *managérialisme*: chaque régime compris comme une association téléologique et chaque institution supposée disposer d'une compétence assez large pour lui donner corps. Il n'aurait rien d'anormal ici si ce processus était contrôlé par quelque chose de semblable à une société politique internationale déterminant la compétence de chaque régime. Ceci était l'utopie de l'école sociologique de l'entre-deux guerres qui concevait la Ligue des Nations ainsi que d'autres organisations internationales comme faisant partie d'un processus global de différenciation fonctionnelle à travers lequel une société globale réglait ses propres affaires. Il s'agissait d'une vision cosmopolite radicale qui empruntait à Kant et à Benjamin Constant la vue selon laquelle commerce et interdépendance mèneraient à une fédération globale dans laquelle les affaires de l'humanité seraient conduites dans une république universelle.

Cependant il n'existe aucun pouvoir législatif global, aucun gouvernement mondial dans lequel l'OMC pourrait être conçue comme un ministère du commerce global, le processus de Kyoto comme regroupant les activités d'un ministère de l'environnement ou encore les procès des criminels de guerre comme une affaire menée par une branche exécutive globale. Carla del Ponte ressemble presque à un entrepreneur privé. La différenciation ne se déroule pas sous le gouvernement d'une seule société politique. Au contraire, elle fonctionne à travers une lutte dans laquelle chaque intention est hégémonique en ce sens qu'elle cherche à décrire le monde social par l'entremise de son propre vocabulaire de façon à ce que sa

¹³ Cf. **Human Rights Committee**, *General Comment No. 24 relating to reservations made upon ratification or accession to the Covenant or the Optional Protocols thereto, or in relation to declarations under article 41 of the Covenant*, 1994, **UN Doc., CCPR/C/21/Rev.1/Add.6**, réimprimé in **UN Doc., HRI/GEN/1/Rev.6**, 2003, p. 161, § 11; **E.C.H.R.**, *Belilos v. Switzerland*, 29 Avr. 1988, *Series A*, No 132, § 50.

¹⁴ Cf. **ICTY, Appeals Chamber**, *Tadic Case*, IT-94-1-A, *Judgement*, 15 July 1999; cf. également, *ILM*, 1999, pp. 1540-1546, §§ 115-145.

propre expertise s'applique et son propre biais structurel devienne la règle. L' 'interprétation large de la sécurité' par le Conseil de sécurité en est un exemple. Le 'développement durable' ne représente encore qu'un fragile compromis entre le développement et les experts environnementaux. Tout mouvement conceptuel est un coup dans un jeu de pouvoir où celui qui maîtrise le concept, aura également le pouvoir de décider.

La réalisation d'un but particulier n'advient pas automatiquement cependant. Des événements contingents et de nouveaux problèmes surgissent constamment. Le but doit être traduit en des réactions adéquates aux changements de circonstances. Entreprendre une telle stratégie suppose la présence d'experts – organes de traités, comités, groupes de contrôle – afin de trouver la politique juste qui garantira en pratique la réalisation optimale du but recherché et afin de délivrer des interprétations et des conclusions sur son fondement. Des considérables sources existant en la matière, laissez-moi dégager juste un exemple récent. A sa session la plus récente en 2006, la Commission du droit international (CDI) finalisa un 'Projet de Convention relative au droit des aquifères transfrontières' – les droits et obligations en qui concerne les ressources souterraines mondiales.¹⁵ Le projet encourage les Etats à élaborer des "plans" pour chaque système aquifère tout en prenant en compte "les besoins présents et futurs et les autres ressources en eau possibles des Etats de l'aquifère". Les "facteurs pertinents" devant être pris en considération incluent des éléments tels que "l'état naturel du système aquifère", "les besoins économiques et sociaux des Etats concernés" et "l'utilisation actuelle et potentielle de l'aquifère" et ainsi de suite, sans oublier le dernier paragraphe selon lequel:

"Le poids à accorder à chaque facteur doit être déterminé en fonction de son importance par rapport à celui des autres facteurs pertinents. Pour déterminer ce qui est une utilisation raisonnable et équitable, tous les facteurs pertinents doivent être considérés ensemble et la conclusion doit être tirée sur la base du tout. Cependant, en s'occupant des différentes utilisations d'un aquifère transfrontière ou d'un système aquifère, une attention spéciale doit être accordée aux besoins humains essentiels".¹⁶

¹⁵ ILC, *Draft Report of the International Law Commission on the Work of its Fifty-Eighth Session, Chapter VI: Shared Natural Resources; Draft Articles on The Law of Transboundary Aquifers adopted by the Commission on First Reading, A/CN.4/L.694/Add.1*, 4 Jul. 2006.

¹⁶ Draft Article 5 § 2, *ibid.*, p. 4.

Ce schéma est répété dans de nombreux instruments récents.¹⁷ Conférer son accord à un traité signifie consentir à une négociation continue accompagnée de conclusions de transactions ponctuelles, les intérêts fonctionnelles occupant alors une position décisive. Il est aisé de comprendre pourquoi il doit en être ainsi. La gestion à une échelle mondiale est difficile. L'imprévisibilité des événements futurs, y compris l'effet que toute règle déterminante peut avoir en pratique, suggère que ces règles ne doivent pas être posées *ab initio*. Car chaque règle pourrait bien couvrir un cas que l'on aurait souhaité laisser de côté – et pourrait bien ne pas s'attacher à des situations auxquelles on aurait voulu qu'elle s'applique si l'on avait pu prévoir l'éventualité de telles situations à l'avance. Ainsi la gestion mondiale devra procéder selon des critères suffisamment larges et ouverts pour laisser aux experts la latitude nécessaire afin d'ajuster et d'optimiser, de balancer et de calculer.

Nous sommes donc laissés avec le 'managérialisme' ou art de la gestion en ce sens précis que les lois se transforment en lignes directrices ou standards flexibles renvoyant à l'appréciation optimale des experts de la boîte matérielle concernée, entièrement dévoués à la promotion des buts de la boîte pertinente. C'est la raison pour laquelle ils ont été 'élus' pour servir dans ces corps en premier lieu. C'est la raison pour laquelle solipsisme et impérialisme semblent inéluctables: les organes du commerce condamnés à promouvoir le commerce, les organes de droits de l'homme les droits de l'homme, les organes environnementaux les intérêts environnementaux et ainsi de suite.

Les juristes internationaux – spécialement les juristes internationaux européens – ont pensé combattre ce phénomène en recourant au lexique du *constitutionnalisme*. Ils ont tenté d'imaginer qu'une sorte de monde fédéral existe *déjà*, ici et maintenant, que la Charte des Nations Unies peut (ou devrait) être considérée comme une constitution mondiale. Peut-être, après tout, les formules latines telles que *jus cogens* ou obligations *erga omnes* représentent-elles des valeurs universelles.¹⁸ Mais quelles valeurs? Sans l'ombre d'un doute, le libre

¹⁷ Voir également **1997 UN International Convention on the Non-Navigational Uses of International Watercourses**, UNGA Res, 51/229 (Annex), 21 May 1997. Le critère principal utilisé dans la Convention des Nations Unies sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eaux internationaux à des fins autres que la navigation est celui de "l'utilisation équitable et raisonnable", définie selon une liste (non exhaustive) de "facteurs" économiques, environnementaux, géographiques et autres. Plus importantes sont les procédures d'échange d'information, de coopération et de négociation encouragent les parties à négocier des accords de cours d'eau particuliers au niveau local ou régional.

¹⁸ Pour une suggestion du début du XXème siècle visant à traiter le droit international à la mode constitutionnelle, cf. **A. VERDROSS**, *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*, Vienna, Springer, 1926. De nos jours, Christian Tomuschat décrit le droit international comme un "plan global pour la vie en société"

échange pour les organes du commerce, les droits de l’homme pour les organes des droits de l’homme, les valeurs environnementales pour les régimes environnementaux, la sécurité pour le Conseil de sécurité, chacune de ces ‘valeurs’ elle-même subdivisée en une opinion majoritaire quant à ses implications pratiques et un contre-courant minoritaire. Le constitutionnalisme, tel que nous l’appréhendons historiquement, repose sur un accord de base sur le bien commun, la perception de la loi comme un projet partagé en vue d’un objectif défini clairement et raisonnablement (et prenant souvent en compte l’histoire).¹⁹ Dans l’univers international, rien ne ressemble à cela – c’est-à-dire derrière les valeurs elles-mêmes de libre échange, de droits de l’homme, d’environnement propre, de lutte contre l’impunité et autres – valeurs qui requièrent des régimes de gestion pour leur réalisation. Si la fragmentation et la déformalisation ont livré la demeure du droit international aux flammes, se raccrocher à des valeurs équivaut à jeter de l’huile sur le feu.

Une forme plus plausible de constitutionnalisme est formelle et suggère qu’aucun régime spécial n’a jamais été conçu comme indépendant du droit général. Dans un cas typique datant de 1928, par exemple, une commission des plaintes interprétant un traité n’hésita pas à statuer comme suit:

“Toute convention internationale doit être réputée se référer tacitement aux principes généraux du droit international pour toutes les questions qu’elle ne résout pas elle-même en termes exprès ou autrement”.²⁰

Cela semble pratiquement évident. Aucun juriste ne refuserait de considérer un Etat comme un Etat ou de demander des preuves à l’appui de la règle *audiatur et altera pars* pour la seule raison que le régime technique en cause est silencieux à ce propos. Ces règles sont données structurellement, elles ne sont pas promulguées positivement. Ceci, je suppose, constitue la raison pour laquelle dans sa toute première affaire, l’organe d’appel de l’OMC observa qu’ “il

dans son cours intitulé “International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of A New Century, General Course on Public International Law”, *RCADI*, 2001, Vol. 281, pp. 63-72. Voir également le commentaire et la construction in **A. VON BOGDANDY**, “Constitutionalism in International Law. Comment on a Proposal from Germany”, *Harv.Int’lL.J.*, 2001, pp. 223-242. Pour une version française, voir **P.-M. DUPUY**, ‘L’unité de l’ordre juridique international, Cours général de droit international public’, *RCADI*, 2002, Vol. 297, tout particulièrement pp. 269-313 (relativement au *jus cogens*). Voir également **S. KADELBACH**, “Ethik des Völkerrechts unter Bedingungen der Globalisierung”, *ZaöRV*, 2004, pp. 1-20; et **E. DE WET**, “The Emergence of International and Regional Value Systems as a Manifestation of the Emerging International Constitutional Order”, *Leiden Journal of International Law*, 2006, pp. 611-632.

¹⁹ Tel qu’articulé par exemple in **T.R.C. ALLEN**, *Constitutional Justice. A Liberal Theory of the Rule of Law*, Oxford University Press, 2001, pp. 21-25.

²⁰ *Georges Pinson Case* [Fr. v. Mex.], *R.Int’lArb. Awards*, 1928, No 5, p. 422.

ne faut pas lire l'Accord général en l'isolant cliniquement du droit international public²¹ et spécifia plus tard que "le droit international coutumier s'applique d'une façon générale aux relations économiques entre les Membres de l'OMC".²² Les 'boîtes' telle que la Convention inter-américaine ou européenne des droits de l'homme se réfèrent constamment au droit international général sans aucun acte d'incorporation.²³ Il y a deux ans, la CDI a adopté un rapport sur la 'fragmentation' concluant à l'inexistence de régimes juridiques *au dehors* du droit international général. Les boîtes du commerce, de la protection environnementale ou des droits de l'homme possèdent bien des règles spéciales pour la création, l'application et la modification de règles. Après tout c'est ce qui leur confère un caractère spécial. Cependant lorsque ces règles se délitent, ou que les régimes se défaussent, les institutions se réfèrent inmanquablement au droit international général qui semble constituer le cadre dans lesquelles elles existent.²⁴ A cet égard, la jurisprudence européenne semble ne pas s'être trompée. Le droit est un tout – ou selon les termes de la première conclusion du Groupe d'étude de la Commission du droit international, "le droit international est un système juridique". Il n'est pas possible d'en sortir un doigt et prétendre que celui-ci est toujours vivant. Afin que le doigt fonctionne, le corps en son entier doit se mouvoir avec lui.²⁵

²¹ **Appellate Body**, *United States - Standards of Reformulated and Conventional Gasoline* [Etats-Unis - Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules], 20 Mai 1996, **WT/DS2/AB/R**, DSR 1996-I, p. 16.

²² **Panel Report**, *Korea - Measures Affecting Government Procurement* [Mesures affectant les marchés publics], 19 January 2000, **WT/DS163/R**, § 7.96.

²³ Dans l'affaire *Bankovic* de 1999, la Cour européenne des droits de l'homme "rappel[a] que les principes sous-tendant la Convention ne peuvent pas être interprétés et appliqués dans le vide. La Cour doit aussi prendre en considération toute règle pertinente du droit international lorsqu'elle examine des questions relevant de sa compétence et, en conséquence, déterminer la responsabilité d'un Etat conformément aux principes directeurs du droit international, même si elle doit garder à l'esprit le caractère spécial de la Convention en tant que traité des droits de l'homme. La Convention doit être interprétée autant que possible en harmonie avec les autres principes du droit international dont elle fait partie" [*Bankovic v. Belgium and others*, p. 351, § 57; références omises]. Pour une discussion de la question, cf. **L. CAFLISCH et C. TRINDADE**, "Les conventions américaine et européenne des droits de l'homme et le droit international général", *RGDIP*, 2004, pp. 5-63.

²⁴ *Fragmentation of International Law. Problems caused by the Diversification and Expansion of International law, Report of the Study Group of the International Law Commission*. Finalized by Martti Koskenniemi **A/CN.4/L.682**, 13 Avr. 2006 [Fragmentation du droit international: difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international, Rapport du Groupe d'étude de la Commission du droit international, Etabli sous sa forme définitive par Martti Koskenniemi]. La façon The way allegedly "self-contained" regimes link to general international law is discussed on pp. 65-101. The 42 conclusions prepared by the Study Group on the question of fragmentation on the basis of the 'Analytical Report' are contained in *Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law: Report of the Study Group of the International Law Commission*, [Conclusions des travaux du Groupe d'étude de La fragmentation du droit international: difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international], **A/CN.4/L.702**, 18 Juil. 2006, pp. 7-25.

²⁵ Pour deux exemples récents d'une littérature florissante, cf. **A. LINDROOS et M. MEHLING**, "Dispelling the Chimera of 'Self-Contained Regimes' International Law and the WTO", *EJIL*, 2005, pp. 857-878; ainsi que **B. SIMMA et D. PULKOWSKI**, "Of Planets and the Universe: Self-Contained regimes and International Law", *EJIL*, 2006, pp. 483-530.

Ce genre de holisme constitutionnel a raison de suggérer que les régimes fonctionnels ou les systèmes experts ne flottent pas dans un vide normatif. Leur revendication en matière de validité et de spécialité est complètement dépendante d'un droit général situé quelque part 'au-delà'. Néanmoins il n'existe pas de hiérarchies définies afin de résoudre les *conflits* émergeant entre ces régimes. Même si le Groupe d'étude de la CDI découvrit qu'il n'existe aucun régime, quelque spécial qu'il soit, autonome par rapport au droit international, il ne lui parut pas approprié de donner des indications relativement à la question de savoir si, en cas de conflit, le régime spécial doit être compris comme une *exception* par rapport, ou comme une *application* du droit général. La pratique a montré des exemples rendant les deux interprétations possibles et il a été impossible de déterminer dans quel sens l'équation devrait aller en théorie. Après tout, ces cas expriment la tension se jouant entre particularisme et universalisme et la simple spécialité ou généralité d'un régime ne fournit aucune raison concluante permettant de le préférer.²⁶ Ce que 'général' et 'spécial' signifie n'est même pas clair dans ce contexte. Peut-être est-il naturel pour les juristes internationaux de concevoir leur spécialisation comme 'générale'. Cependant il n'est pas surprenant que d'autres juristes la considèrent comme un art particulièrement exotique important principalement pour les rituels singuliers de la tribu diplomatique ayant établi son fief quelque part entre la 45ème et la 52ème rue, sur la deuxième avenue à New York. Cela vaut également pour les cas de conflits latéraux entre boîtes. Evidemment, il se peut qu'une règle du droit de l'Union européenne se trouve en conflit avec le droit de la mer, ou un régime relatif à l'usage de la force avec un principe du droit humanitaire. Cependant, en l'absence d'une méta-règle dictant ce qu'il convient de faire en pareil cas – en d'autres termes, une règle qui établirait un ordre de priorités précis entre les préférences du 'commerce', des 'droits de l'homme', de l' 'environnement' et ainsi de suite –, ce qui doit être fait devra dépendre des circonstances.²⁷

Le constitutionnalisme répond aux inquiétudes relatives à 'l'unité du droit international' en suggérant une priorité hiérarchique au profit des institutions représentant le droit international général (plus particulièrement la Charte des Nations Unies).²⁸ Cependant il reste difficile de comprendre comment un projet visant le bien commun (en tant que distinct des notions d'un bien particulier diverses et variées) politiquement significatif pourrait être

²⁶ En ce qui concerne le caractère non concluant de la discussion en droit international relative au statut des régimes régional v. universel et pour la conclusion du débat 'droit général' / 'droit spécial', cf. le 'Rapport analytique', *supra* note 24, pp. 102-115.

²⁷ Cf. notamment 'Conclusions', *supra* note 24

²⁸ Cf., notamment, **B. FASSBENDER**, "The United Nations Charter as a Constitution of the International Community", *Col.J.Transnat'LL.*, 1998, pp. 530-619.

articulé autour des pratiques diplomatiques des organes des Nations Unies ou de notions telle que celle de *Jus Cogens* dans la Convention de Vienne sur le droit des traités. La fragmentation est, après tout, le résultat d'un défi conscient lancé contre les éléments inacceptables de ce droit général et les pouvoirs des institutions qui l'appliquent. C'est la raison pour laquelle il ne peut y avoir de hiérarchie entre les différents régimes juridiques dans un futur proche. L'accord selon lequel certaines normes *doivent* simplement être supérieures à d'autres normes ne se reflète dans aucun consensus en ce qui concerne l'identité de qui doit avoir le dernier mot en la matière. Le débat relatif à une constitution internationale ne ressemblera pas à l'élaboration d'une constitution nationale. Cela s'explique non seulement en raison de l'absence dans le domaine international de pouvoir constituant mais aussi parce que si le cas contraire se présentait, il s'agirait alors d'un empire et la constitution qu'il promulguerait ne serait pas celle d'un domaine international mais d'un domaine impérial.²⁹

Le souci avec le constitutionnalisme est qu'il s'imagine comme un projet d'*architectonique* institutionnelle fondé sur le présupposé que la source des problèmes mondiaux réside dans l'hétérogénéité des intérêts, des préférences et des valeurs, la nature du monde international, société 'anarchique'. Le constitutionnalisme se met au diapason de la nostalgie européenne depuis la Renaissance à l'égard de l'Empire romain, cette 'origine' non corrompue de la politique européenne. Les constitutionnalistes se confrontent encore à la division de la chrétienté et à la fragmentation du Saint Empire romain germanique – la division et les pouvoirs souverains incarnant une tragédie à surmonter par une unité future. De ce point de vue, le droit international doit être envisagé comme un *projet institutionnel*, un projet posant les lignes directrices d'une paix perpétuelle, une *civitas maxima*, un gouvernement mondial. Ceci explique qu'aucun article de revue juridique ne semble crédible à moins qu'il ne conclue par une proposition institutionnelle. Aucun discours sur les Nations Unies n'a de véritable valeur à moins qu'il ne prenne position sur la réforme des Nations Unies. Il s'agit d'une réponse typiquement contemporaine à l'anxiété sociale, puisant ses racines dans un XVIIIème siècle pétri de planification rationnelle et d'application pragmatique.

²⁹ C'est la raison pour laquelle le constitutionnalisme a toujours été dépendant des efforts constructifs de la profession juridique internationale.

Or, je suis conscient de présenter une conférence à l'aube d'une nouvelle année académique à l'Institut Universitaire Européen (IUE), camp d'entraînement pour futurs universitaires. La thèse que je viens de retracer semble suggérer que cette préparation doit traiter avant tout d'établissement et de gestion d'institutions, l'idéal professionnel d'un expert d'une organisation fonctionnelle, peut-être l'OMC, peut-être l'Union européenne, peut-être la Cour européenne des droits de l'homme. Ces institutions incarnent l'esprit du fonctionnalisme contemporain auquel les juristes contemporains, aussi, doivent être formés. Il n'est pas surprenant que ce programme d'éducation se présente si souvent dans la langue de l'interdisciplinarité. Ainsi les juristes universitaires se familiarisent péniblement à de nouveaux lexiques: parler de 'régimes' au lieu d'institutions, de 'régulation' à la place de règles, transformer le gouvernement en 'gouvernance', la responsabilité en 'respect', la légalité en 'légitimité', et enfin, penser le droit international comme une forme de 'relations internationales'.³⁰

A travers ce vocable, le droit est finalement soustrait du droit international, conçu comme une technique professionnelle de gestion de valeurs, objectifs et idéaux. Pour la sensibilité gestionnaire, le droit n'avait de toute façon jamais constitué qu'une solution par défaut, un indicateur des objectifs appropriés, mais inutile si les objectifs étaient connus et dangereux si posé contre eux. Etre un juriste signifierait représenter un rouage dans un régime-machine, entièrement dédié à l'accomplissement de telle valeur, objectif ou communauté supposée exister à *l'extérieur du régime*, comme condition de sa possibilité et donc situé en dehors de toute réflexion critique.

Mais cela crée deux problèmes: quelle valeur (boîte) choisir? Et comment la traduire en des décisions politiques déterminées. On se concentre souvent uniquement sur la première difficulté – comme je l'ai fait moi-même dans cette conférence. L'apprentissage juridique doit-il porter sur les droits de l'homme ou le commerce? Selon quels ratios doit-on inculquer aux étudiants le droit européen et le droit international? On pressent que beaucoup dépend de tels choix, de la gestion de la fragmentation au niveau de la faculté de droit, ou de l'IUE. Mais je conçois quelques doutes quant à la nature cruciale de tels choix. En effet, il existe un autre problème, au moins tout aussi ardu, celui de la manière d'obtenir l'accès à la signification de

³⁰ Quant à la signification politique de cette transformation linguistique, cf. mon article "Miserable Comforters. International law as New Natural Law", in **P. KORKMAN**, *Universalism in International Law and Political Philosophy*, 2007 (à paraître).

ces valeurs ou boîtes en pratique. Après tout, chacune d'elles est conflictuelle et indéterminée. Il existe toujours une opinion majoritaire et minoritaire quant à leur sens – ou ce qu'il devrait être – en pratique. Cela implique que même si vous choisissez 'les droits de l'homme' comme boîte appropriée d'expertise, vous ne saurez toujours pas s'il faut préférer le droit à la vie privée ou la liberté d'expression, la liberté d'agir ou celle d'être protégé des actions des autres. Et, somme toute, le libre-échange concerne-t-il la création de richesse ou l'éradication de la pauvreté, l'utilité agrégée ou la distribution? Et quels sont les objectifs du droit pénal – la paix ou la justice? Et ainsi de suite. Afin de résoudre ces questions, chaque régime – chaque boîte – doit s'en remettre à la discrétion de ses gestionnaires. Etre réglé par un régime signifie toujours être réglé en fonction du parti pris structurel opérant sous la forme pertinente d'expertise. Il se peut que la boîte que vous choisissez comme domaine de spécialisation déterminera le genre de décisions que vous prendrez dans le futur, la façon dont votre vie professionnelle évoluera. Mais il se peut également qu'il vous reviendra à vous de décider ce que cela signifie que de dire 'droits de l'homme' ou 'sécurité' ou 'libre-échange'. Laissez-moi donc à ce point reprendre le fil de mon exposé.

Ce type de critique des valeurs et objectifs – attirant l'attention sur leur nature conflictuelle et indéterminée et sur l'*hubris* qu'implique la pensée qu'ils pourraient diriger le monde – ressemble à la critique du *Schwarmrei* qui était au centre de l'œuvre politique de Kant. Contre la méprise répandue tendant à considérer qu'il s'agit ici de quelque extravagance des *critical legal studies*, on ne répétera jamais assez que chacun des aspects de l'indétermination des valeurs et des buts avait déjà été énoncé par Kant dans son attaque contre le droit naturel teinté d'empirisme de Pufendorf et la tradition de la philosophie civile d'un côté, et contre les abstractions de la scholastique Wolffienne de l'autre.³¹ Contre eux, Kant développa une pensée fortement légaliste: le droit, protecteur de la liberté contre les projets tentant de mettre les êtres humains dans les fers en les concevant comme des objets de gestion, projets le plus visible dans la gestion des Etats absolutistes. Mais le légalisme de Kant n'est pas – comme l'on croit souvent – un légalisme relatif aux règles ou aux institutions. Il s'agit d'un légalisme avec l'esprit juridique pour objet.³² Les règles constituent une référence utile mais, en elles-mêmes, elles sont loin d'être suffisantes. Dans le langage imagé de Kant:

³¹ Pour une discussion utile des deux courants droit naturel allemand au XVIIIème siècle, cf. **I. HUNTER**, *Rival Enlightenments: Civil and Metaphysical Philosophy in Early Modern Germany*, Cambridge University Press, 2001.

³² Le développement qui suit reproduit largement mon article "Constitutionalism as Mindset: Reflections on Kantian Themes About International Law and Globalization", *Theoretical Inquiries in Law*, 2007, pp. 9-36.

“Un médecin, un juge ou un publiciste, peuvent avoir dans la tête beaucoup de belles règles pathologiques, juridiques ou politiques, au point de montrer en cela une science profonde, et pourtant faillir aisément dans l’application de ces règles, soit parce qu’ils manquent de jugement naturel (sans manquer pour cela d’entendement), et que, s’ils voient bien le général *in abstracto*, ils sont incapables de décider si un cas y est contenu *in concreto*, soit parce qu’ils n’ont pas été assez exercés à cette sorte de jugements par des exemples et des affaires réelles.”³³

Mais si les règles de droit n’énoncent pas explicitement les conditions de leur application, alors leur vertu ne peut reposer sur ce que leurs mots signifient ou sur ce qu’elles visent à réaliser en pratique. Les ‘règles’ ne sont que comme des ‘politiques’, des ‘objectifs’ ou des ‘valeurs’ – imprécises et en conflit les unes avec les autres. Aucune description abstraite d’une boîte se traduit automatiquement en action. Penser autrement était précisément l’illusion que Kant détecta dans les pensées antérieures. Il ne s’agissait pas d’une illusion politiquement innocente; l’ancien régime reposait dessus, l’illusion que le conflit social était déjà résolu en quelque paradis idéologique et que la seule tâche du juriste était de le faire descendre ici bas de façon à ce que chacun puisse s’incliner devant ses hiérarchies. *Un Versailles de l’imagination*. Au contraire, Kant nous invite à refuser de croire en notre accès à un tel paradis sous la condition qu’il soit correctement dirigé. Plutôt, ce à quoi nous avons accès est notre liberté qui, dans la vie en société, signifie notre autonomie par rapport aux projets des autres. Il n’a jamais manqué de projets visant à enrôler notre liberté pour telle ou telle cause. Mais le droit n’est pas l’un d’entre eux. Il s’agit plutôt d’un point de vue, ou d’un langage, à travers lequel de tels projets peuvent être soumis à une analyse critique. Le droit est précisément ce qui n’est pas restreint par cette boîte – y compris bien sûr la boîte de l’Etat-nation. Ceci est la raison pour laquelle Kant envisageait tout droit comme conçu pour devenir universel et un environnement externe légal comme précondition de la légalité sur le plan interne.³⁴

Ceci re-définit l’apprentissage juridique en tant qu’enseignement non de la gestion de boîtes mais d’une sensibilité critique par rapport aux contextes dans lesquels les juristes sont appelés à agir en qualité de guides professionnels du pouvoir. Là où le gestionnariat pense l’appréciation juridique comme un produit de la rationalité du régime, et donc attribuable à

³³ E. KANT, *Critique de la raison pure* [1781], Paris, G. Baillièrre, 1869, J. Barni (tr.), Tome I, p. 196.

³⁴ Cf. I. KANT, “Perpetual Peace”, in *Political Writings*, 2nd ed., Hans Reiss, Cambridge University Press, 1991, pp. 107-108.

l'institution ou à la technique, Kant conçoit le jugement comme le produit original du décideur, et donc attribuable à cette personne. Contre le gestionnariat comme idéologie, le droit est éclairage comme responsabilité. Mais non comme le sens particulier d'un texte ou d'une pratique. Non plus que comme un effort systémique visant à appliquer quelque objectif extérieur, intention ou valeur. Au lieu de cela, il devrait s'agir du droit comme *structure mentale* avec laquelle l'apporteur du droit approche la tâche de juger dans l'espace étroit entre compréhension textuelle fixée (positivisme) d'un côté, et objectifs fonctionnels prédéterminés (naturalisme) de l'autre, sans adopter la proposition selon laquelle les décisions proviennent d'un 'rien juridique' (décisionnisme). Je pense à ceci en terme de mentalité de la profession juridique et de but de l'éducation juridique.

C'est, je suppose, avec ceci à l'esprit, que, en 1795, observant la Révolution française, Kant opéra la distinction entre le 'moraliste politique' et l' 'homme politique morale'.³⁵ Le premier, il écrivit, "rend les principes subordonnés à la fin".³⁶ Ces fins ne jouissent d'aucune indépendance par rapport aux fins de *certaines* personnes, c'est-à-dire celles gérant les régimes et leurs conseillers. Kant souligna à quel point les moralistes politiques sont charmés par leur 'réalisme' qui permet toujours de trouver une considération d'ordre stratégique afin de justifier la coercition d'autres personnes. Pour Kant, leur défaut particulier est d'envisager la société – c'est-à-dire les autres êtres humains -comme des objets à des fins extérieures – en d'autres termes non des fins en eux-mêmes. Et lorsque ces 'autres', les objets de ce que je conçois comme la juste fin, réalisent qu'ils ne sont plus traités comme libres, Kant écrit, ils "deviennent, à leurs propres yeux, les plus misérables de toutes les créatures terrestres".³⁷

Contre la mentalité gestionnaire, Kant adopta l'état d'esprit de *l'homme politique moral*, l'acteur conscient que le jugement correct ne peut être réduit à l'utilisation de la raison instrumentale. Plutôt, dans l'opération de juger, cette personne cherchera à agir tel ce que Kant appelle un 'républicain véritable' – c'est-à-dire quelqu'un qui conçoit sa mission comme celle d'embrasser la perspective de l'ensemble.³⁸ Or, est-ce possible? Comme il est bien connu, la théorie politique de Kant est complétée par son analyse de la faculté d'imagination

³⁵ Pour ce rapprochement, A. TOSEL, *Kant révolutionnaire: Droit et politique*, Paris, PUF, 1990, pp. 19-21.

³⁶ I. KANT, *Perpetual Peace*, pp. 118-121.

³⁷ *Ibid.*, p. 123.

³⁸ *Ibid.*, pp. 116-125, notamment p. 122.

opérant dans le jugement esthétique.³⁹ Un tel jugement – par exemple, la stupeur devant la coupole de Brunelleschi située en contrebas de la colline de Fiesole – ne peut être subsumé sous une règle mais ne peut non plus être considéré comme une simple impression subjective. Il réclame l’assentiment général tel en quelque sorte que le jugement juridique également. Déclarer ‘ceci est une règle valide’ n’est pas énoncer ceci est *beau* ou *utile* ou *quelque chose qu’il me prend à désirer*. Aucun d’entre nous, en tant que juristes, ne confondrait une phrase relative à la validité juridique pour une simple phrase relative à des objectifs sociaux ou des états d’esprit. Et cependant, nous nous questionnons quant au sens que le terme ‘validité’ juridique peut revêtir. Qu’est ce donc qui différencie le juriste d’un expert en commerce, en droits de l’homme, en questions environnementales, ou en relations internationales?

Les constitutionnalistes contemporains prennent parfois la démarche esthétique de Kant de façon littérale et décrivent le droit comme la pratique consistant à créer de la cohérence à partir d’éléments disparates constituant le droit positif incarnant ainsi une vision du droit comme allégeance au *système*. Cependant il s’agit d’une image trop lisse, une image universitaire qui pose son regard loin du jeu de pouvoir complexe dans lequel les juristes et les hommes politiques moraux de Kant agissent. Il n’y a pas de perspective innocente, pas de convergence des horizons à quelque moment d’une réflexion herméneutique brillante. Certains continueront à gagner, d’autres à perdre. Perdre de vue cet aspect est peut-être la pire contribution qu’un juriste puisse faire. Ainsi, j’aimerais me pencher sur un autre aspect de la pensée de Kant. Non pas le droit comme récit du pouvoir social sous ses traits les plus cohérents dans la solitude de la chambre de l’universitaire ou derrière l’édifice officielle de la chambre des avocats – mais le droit comme plate-forme sur laquelle la lutte sociale est articulée. De nos jours, cette articulation se déroule dans les débats relatifs aux ‘droits de l’homme’, au ‘commerce’, à la ‘sécurité’ ou même à propos de ce que l’‘Europe’ et ‘le monde’ devraient signifier et la nature du rapport qui devrait se nouer entre eux. Engager ce débat en termes de ‘droit’ signifie l’engager en faisant l’effort de ne pas rester confiné dans l’une de ces boîtes *a priori*, de ne pas se penser comme le simple porte-parole de telle ou telle série de préférences mais de se penser – et par conséquent les autres également – comme ‘libres’ au sens kantien d’être capable de prendre de la distance par rapport à ces préférences et de chercher à adopter une vue d’‘ensemble’. C’est ce que font les politiciens moraux de

³⁹ **I. KANT**, *Critique of the Power of Judgment*, Paul Guyer, Cambridge University Press, 2000. Pour la proposition selon laquelle la troisième Critique constitue le cœur de la théorie politique de Kant, *cf.* notamment, **H. ARENDT**, *Lectures on Kant’s Political Philosophy*, Chicago University Press, 1982, mais également **A. RENAULT**, *Kant aujourd’hui*, Paris, PUF, 1997, pp. 405-415.

Kant lorsqu'ils essaient d'agir comme des 'républicains véritables', tentant de se libérer des intérêts sectaires et de promouvoir le bien de 'tous'.

La liberté positive que procurent les boîtes techniques offre une manière de gouverner les sociétés. Depuis la perspective d'une boîte, tous les êtres humains apparaissent sous une lumière particulière en termes de rôle occupé dans la promotion de la boîte-substance: actif ou passif, positif ou négatif. Cependant, il résulte de la nature conflictuelle des boîtes à notre disposition et de l'indétermination de chacun de ces boîtes que nous ne sommes jamais simplement les rôles qui nous sont offerts, des robots programmés pour agir d'une certaine façon. Il n'existe pas un endroit unique duquel se déroule l'acte de gouverner, pas de hiérarchie ou projet déterminé à partir duquel la constitution du sujet doit avoir lieu. Si structure il y a, il y a également indétermination de la structure, le complément dangereux, la fêlure dans le miroir, la tache humaine. Et si le commerce *est* droits de l'homme? Et si l'environnement *est* distribution de ressources? Et si la souveraineté *est* intervention? Et si ce qui est noir est blanc et la liberté possible uniquement à travers la contrainte? L'an dernier, une haute cour britannique décrivit la détention au secret en Irak comme une mesure de protection des droits de l'homme. En ce cas, il est certain que tout reste ouvert à justification et contestation. Aucune boîte n'est scellée, ce qu'elle contient dépend de ce que nous y mettons à l'intérieur.

Ceci explique que l'éducation juridique ne doit pas consister à apprendre des règles ou des principes ou à raconter les histoires de sociétés politiques sous leur jour le plus cohérent. Plutôt, elle pourrait décrire de nouveau les histoires et les institutions sociales de façon constamment renouvelée. Prenez l'Union européenne – elle a été racontée comme un pacte de conclusion de la paix, une union douanière et une agence pour la protection des droits fondamentaux, chacun de ces re-récits indiquant une nouvelle forme d'expertise, un nouveau parti pris, et par-dessus tout de nouvelles positions des sujets, de nouvelles perspectives depuis lesquelles le pouvoir européen peut être à la fois exercé et critiqué. L'herméneutique libérale à tort lorsqu'elle caractérise la sensibilité juridique idéale comme celle d'un docte Hercules ayant tout le temps du monde d'écrire un roman à la chaîne à partir du droit. Néanmoins je pense qu'elle a raison lorsqu'elle suggère que le droit est un acte de *narration*. A travers le droit, nous décrivons parfois nos sociétés en termes d'individus titulaires de droits agissant les uns par rapport aux autres, parfois tels des biens, des services, des capitaux traversant les frontières. Parfois nous décrivons le monde des alternatives politiques en termes

de dégradation de l'environnement, de mondialisation de la démocratie, un lieu de terreur ou de maladie sexuellement transmissible. Nous situons les événements parfois dans le cadre des histoires nationales, parfois dans le cadre de l'histoire mondiale. Chacun de ces récits constitue une intervention dans le monde qui rend certaines choses visibles, et en rend d'autres invisibles.

Les boîtes dont j'ai parlé sont faites de vocabulaires plus ou moins fermement enracinés, de préférences institutionnalisées en tant que parties de l'activité du juriste, et d'idées relatives à la façon dont celui-ci doit être éduqué. Bien qu'elles soient des parties du droit international, elles n'en épuisent pas tout le sens. En tant qu'exercice de 'politique morale', je conçois le droit international comme un projet qui utilise ce vocabulaire – et d'autres – afin de raconter des histoires qui visent à raisonner en *chacun*, qui garde en vie et renforce les idées de liberté, d'égalité et d'universalité – ainsi que toutes les vertus familières de la 'moralité interne du droit'. Ces idées ne peuvent être réduites à des plans architecturaux institutionnels ou des projets particuliers, mais elles ne peuvent non plus être soutenues sans de tels institutions et projets. Cependant, lorsqu'une institution devient 'une partie du problème' et que les projets se figent en systèmes de préférences, il est temps pour les juristes internationaux de prendre de la distance par rapport à l'institution et de ré-imaginer le projet.

Kant pensait que les Lumières apporteraient une fédération universelle de républiques libres gouvernée par le droit. Que ce pronostic soit réaliste ou non, là n'est pas le sujet. Plutôt, ce qui est important est l'usage corrélatif du droit consistant à exprimer une certaine forme de critique de la politique contemporaine. L'Ancien Régime existait pour le bénéfice de certaines classes ou états; la Révolution, selon les mots de Sieyès, promut les droits de l' 'état universel'.⁴⁰ Pour Kant et d'autres sympathisants, la signification historique de la Révolution réside dans l'entrée dans la politique de l' 'idée régulatrice' d'universalité. Ceci explique qu'il ne s'agit pas d'un simple épisode de plus dans le flux et reflux des batailles dynastiques. Une forme qualitativement nouvelle d'ordre politique était en création se fixant pour horizon la libération de l'humanité elle-même. Cet effet, cet effet *esthétique*, fut produit par un nouveau langage politique. L'extrême inégalité d'une société composée en états était articulée et attaquée en recourant au lexique de l'Etat de droit.

⁴⁰ E.J. SIEYES, *Qu'est-ce que le Tiers-État*, Roberto Zapperi, Genève, Droz, 1970, notamment pp. 125-126.

La valeur du droit international réside dans sa dimension universelle, permettant à l'injustice d'être découverte et condamnée comme un dommage universel, sujet de préoccupation non seulement pour les victimes immédiates mais aussi pour 'tous'. Tout dommage de ce genre peut bien sûr être expliqué par des raisons historiques et décrit en termes économiques et sociologiques. Mais le vocabulaire d'un droit universel est nécessaire afin d'affirmer clairement que, par exemple, une guerre impérialiste au Moyen-Orient constitue une atteinte plus qu'aux intérêts ou aux biens de ses victimes, qu'il s'agit d'une violation objective ou d'une préoccupation pour tous. Ce raisonnement s'applique également au danger de pollution radioactive de la mer du Nord. Peut-être existe-t-il un intérêt à narrer cet épisode comme une violation d'un accord régional. Cependant il existe aussi certainement un intérêt à le décrire dans sa signification historique mondiale – comme partie d'une violation plus large, une structure de pouvoir et un système de préférences globales sujet de préoccupation pour tous, par rapport auquel le contexte approprié n'est pas les intérêts circonscrits des pêcheurs irlandais et même pas non plus des législateurs de Bruxelles, mais l'humanité tout court. Le but du droit international – et donc de l'éducation juridique, ici à l'Institut Universitaire Européen ou ailleurs, est de fournir cette perspective.