

Ouvrir l'Esprit Humain

Philip Allott*

CE N'EST PAS la première fois dans l'histoire de l'Homme que l'esprit du temps se caractérise par un équilibre du Mal marqué par le fourvoiement de l'humanité entre bestialité et indolence, superstition et incrédulité morale.¹ Ce n'est pas la première fois dans l'histoire de l'Homme que les classes gouvernantes s'affichent en corrupteurs et corrompus éhontés, occultes manipulateurs des masses qui elles-mêmes les manipulent.² Mais il s'agit certainement de la première fois dans l'histoire de l'Homme que l'humanité se sent dépourvue face aux créations du pouvoir humain. Et parmi les plus problématiques de ces créations se dressent les créations issues du pouvoir de l'esprit humain.

Au cœur du drame de l'histoire humaine se trouve *le droit* – à la fois auteur, directeur, chœur, acteur et spectateur impassible. Le droit est le drame mystérieux de la volonté

* Professor Emeritus of International Public Law, Cambridge University; Fellow of Trinity College, Cambridge. Traduit de l'anglais par Karine Caunes, doctorante à l'Institut Universitaire Européen et A.T.E.R. à l'Université de Paris X.

¹ "L'homme se peint dans ses actions: or, sous quelle forme se montre-t-il dans le drame de notre temps? D'un côté le retour à des instincts sauvages, de l'autre un relâchement énérvé: ces deux extrêmes de la décadence humaine, réunis tous deux dans une même époque. (...) C'est ainsi qu'on voit l'esprit du temps [*Geist der Zeit*] osciller entre la perversité et la rudesse, entre la nature brute et ce qui est contre nature, entre la superstition et l'incrédulité morale, et ce n'est que l'équilibre du mal [*Gleichgewicht des Schlimmens*] qui parfois encore met des bornes au mal." in F. VON SCHILLER, "Lettres sur l'éducation esthétique de l'homme", in *Œuvres complètes*, traduction nouvelle A. Régnier, Tome 8, Esthétique, Lettre V, Paris, Librairie Hachette et Cie, 1873, p. 198 et 200.

² "Dans tout état politique le corps entier des fonctionnaires publiques constituant l'opérateur suprême requiert d'être considéré sous les traits de corrupteurs et de corrompus: au mieux, ils sont en tout temps exposés à la tentation d'être ainsi, et à un plus ou moins grand degré, seront conduits à céder à cette tentation.", in J. BENTHAM, *The Constitutional Code*, ch. X, J. Bowring (ed.), Edimbourg, William Tait, 1843, vol. IX, 69. Les nombreux écrits de Bentham relatifs à la corruption politique inspirés de la corruption de la vie publique britannique au XVIII^{ème} siècle est d'une actualité intemporelle. James Frazer suggéra que la nature collusive et réciproque du gouvernement se retrouve dans ses origines. "L'idée que les premiers royaumes constituent des despotismes dans lesquels le peuple existe seulement pour le souverain, est complètement inapplicable aux monarchies que nous considérons. Au contraire, le souverain y existe uniquement pour ses sujets; sa vie n'a de valeur qu'autant qu'il accomplit les devoirs de sa charge en ordonnant le cours de la nature pour le bénéfice de son peuple." in J.G. FRAZER, *The Golden Bough: A Study in Magic and Religion* (1890), Londres, Macmillan and Co., 2nd ed., 1900, vol. I., pp. 237-8. Peut même être détectée une réciprocité collusive intrinsèque dans les origines de l'idée de 'gouvernement représentatif'. Les représentants du peuple doivent consentir à l'impôt etc. mais, par là même, ils lient juridiquement la communauté qu'ils ont pour tâche de représenter. Cf. J.G. EDWARDS, "The *Plena Potestas* of English Parliamentary Representatives", in E.B. FRYDE & E. MILLER (eds.), *Historical Studies of the English Parliament*, vol. I, Cambridge, CUP, 1970, p. 136. Ecrivain dans les années 1560, Sir Thomas Smith, anciennement Professeur royal de droit civil à Cambridge et futur Secrétaire d'Etat sous le Roi Edouard VI et la Reine Elisabeth, a pu affirmer: "Et le consentement du Parlement est considéré comme le consentement de chaque homme." T. SMITH, *De Republica Anglorum* (publié pour la première fois en 1583), bk. II, ch. 1, M. Dewar (ed.), Cambridge, CUP, 1982, p. 79. Pour une implication tragique de l'affirmation de Thomas Smith, cf. *infra*, note 30.

humaine collectivisée et magnifiée. Chacun d'entre nous est le maître et l'esclave de sa propre volonté. Chacun d'entre nous est le maître et l'esclave du droit.³ Le droit est nécessité⁴ artificielle⁵, le droit est ce joug salubre.⁶

Une étude anthropologique du droit est au moins aussi utile que toute autre forme de quête intellectuelle visant à donner un sens à l'insurmontable complexité, obscurité et mutabilité de la société humaine. *L'idée du droit* d'une société donnée à un moment donné constitue un élément de diagnostic révélateur de l'état moral de cette société audit moment. Une étude anthropologique du droit à la frontière ultime de l'auto-socialisation humaine, au dénommé niveau 'international'⁷ –le système juridique universel–, devrait nous fournir de précieux indices quant à l'état moral actuel de l'humanité dans son ensemble.

³ “Comment se peut-il faire qu'ils obéissent et que personne ne commande, qu'ils servent et n'aient point de maître; d'autant plus libres en effet, que, sous une apparente sujétion, nul ne perd de sa liberté que ce qui peut nuire à celle d'un autre? Ces prodiges sont l'ouvrage de la loi.”, **J.-J. ROUSSEAU**, “De l'économie politique (Article inséré dans l'Encyclopédie in-folio, T. V)”, in **J.-J. ROUSSEAU**, *Œuvres complètes*, Paris, Dalibon, nouvelle édition, 1826, tome 1, p. 405, ici p. 420. Rousseau avait peut-être connaissance, ou non, de ce que Cicéron, dans son rôle d'avocat, avait proclamé: “*legum denique idcirco omnes servi sumus, ut liberi esse possimus*” (“de la loi nous sommes donc tous les esclaves afin de pouvoir être libres”). **CICERO**, *Pro Cluentio*, liii.

⁴ ‘Nécessité’ est ici employé dans son sens philosophique traditionnel comme la négation de cette ‘liberté’ que l'esprit humain semble trouver en lui-même, une liberté qui inclut un choix libre entre différentes lignes de conduite possibles (‘liberté de la volonté’) soumis à la ‘nécessité’ imposée, par-dessus tout, par le caractère de ‘causalité’ du monde naturel. Le problème de la relation entre nécessité et liberté est une préoccupation centrale de la tradition philosophique provenant de la Grèce antique.

⁵ L'ingénieuse explication philosophiquement sceptique proposée par David Hume de l'idée de ‘justice’ consiste à soutenir qu'elle est à la fois naturelle et artificielle. Il s'agit de la façon dont l'esprit humain choisit de se représenter la condition la plus nécessaire de la co-existence sociale humaine. “Le mot, *naturel*, est employé communément en des sens si nombreux, et est doté d'une signification si vague, qu'il semble vain de débattre du caractère naturel ou non de la justice... L'inclination des hommes, leurs besoins, les conduit à s'unir; leur entendement et leur expérience leur dit que cette association est impossible là où chacun ne se gouverne par aucune règle, et ne paie aucun égard aux possessions des autres: Et de ces passions et réflexions jointes, et du moment où nous observons des passions et réflexions similaires dans les autres, le sentiment de justice, à travers les âges, a infailliblement et avec certitude trouvé place, à un degré ou un autre, dans chaque individu de l'espèce humaine. Dans un si sagace animal, ce qui résulte nécessairement de l'exercice de ses facultés intellectuelles peut à juste titre être considéré comme naturel.” **D. HUME**, *An Enquiry concerning the Principles of Morals* (1751), Appendix 3, T.L. Beauchamp ed., Oxford, OUP, 1998, at p. 173.

⁶ “J'aurais voulu vivre et mourir libre, c'est-à-dire tellement soumis aux lois, que ni moi ni personne n'en pût secouer l'honorable joug, ce joug salubre et doux, que les têtes les plus fières portent d'autant plus docilement qu'elles sont faites pour n'en porter aucun autre.”, **J.-J. ROUSSEAU**, “Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes”, in **J.-J. ROUSSEAU**, *Œuvres complètes*, *supra* note 3, pp. 211-392, ici p. 214-215.

⁷ L'introduction par Bentham de l'expression ‘droit international’, reprise ensuite dans d'autres langues, était “calculée afin d'exprimer, de manière plus significative, la branche du droit qui entre sous l'appellation de *droit des nations*: une dénomination si peu usuelle que, si ce n'était par la force de la coutume, elle semblerait plutôt se référer au droit interne.”, **J. BENTHAM**, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (1789/1823), XVIII, §25, note, J.H. Burns & H.L.A. Hart (eds.), Oxford, Clarendon Press, 1996, p. 296. (Le terme a été introduit et la note en bas de page ajoutée dans l'édition de 1823). Le terme ‘international’ doit désormais être reprogrammé sémantiquement afin de remplacer l'idée d'un simple pluralisme des nations ou Etats par l'idée de coexistence dynamique des sociétés humaines en général, y compris les nations et les Etats.

L'état actuel de l'idée de droit international n'est que le triste reflet de l'histoire de la société humaine, un symptôme du piètre état de santé mentale de l'humanité. L'esprit européen en porte une responsabilité exceptionnelle. Pendant vingt-sept siècles, pour le meilleur et pour le pire, les idées socialement constitutionnelles ont jailli de l'esprit européen. Seule l'humanité peut se guérir de ses propres maux. Mais l'esprit européen en porte la responsabilité clinique majeure. La ré-ouverture de l'esprit européen est une condition nécessaire de l'ouverture de l'esprit humain.

LA BIOGRAPHIE du droit offre certainement un spectacle dramatique. Le droit a été une Mère Courage, avec sa roulotte pleine d'objets hétéroclites hérités d'un obscur passé, assailli de turpitudes de toutes sortes, toujours prompt à exploiter de nouvelles opportunités, poursuivant une course incertaine au milieu d'événements le dépassant, des guerres et des révolutions, de profondes transformations sociales multiples et variées.⁸ Le courage du droit, tel le courage de l'héroïne de Brecht, a été ambigu.

Il a certes incarné une forme de socialisation à l'image de ce que les français appellent le courage civil et les allemands le *Zivilcourage* – donnant socialement corps à des valeurs qu'un homme, ou du moins un citoyen, considérerait comme des valeurs que l'on se doit de faire respecter socialement. Parmi ces valeurs supérieures collectivisées se trouvent des valeurs abstraites réunies sous des titres étrangement grandioses – état de droit (*Rule of Law* ou *Rechtsstaat*), droits de l'homme et libertés fondamentales, constitutionnalisme, républicanisme, démocratie. Plus poétique est le titre conféré à un phénomène social donné, plus grande est la chance qu'il contienne une part importante de fiction. On aurait tendance à être moins suspicieux face à un bâtiment public appelé 'tribunal' que face à un édifice baptisé 'palais de justice'.

Or, le courage du droit a également connu une proportion non négligeable de ce qui ne peut être qualifié autrement que de courage abusif, forme d'astuce politique (*virtù*) qui se caractérise par la manipulation subtile de cette autre héroïne ambiguë, l'imprévisible *fortuna*

⁸ De sa propre héroïne ambiguë, Bertolt Brecht disait: "La volonté inébranlable de travailler de mère Courage est importante. Elle n'est presque jamais vue ne travaillant pas. C'est son énergie et sa compétence qui rendent son manque de succès si bouleversant." **B. BRECHT**, *Mother Courage and Her Children* (1940), J. Willet (tr.), Londres, Eyre Methuen, 1980, p. 116. Cette édition reproduit dans la traduction des commentaires (*Anmerkungen*) que Brecht joignit à une version de la pièce publiée en 1956 (Berlin-Est, Henschel-Verlag).

de Machiavel.⁹ Le droit constitue le meilleur moyen que l'humanité ait trouvé afin de canaliser l'entropie sociale de façon à satisfaire les désirs et les intérêts de ceux qui le créent. Et la ressource la meilleure de la force du droit a été puisée dans l'imagination humaine. Le droit applique ce que l'imagination invente. La promesse, la propriété, le fait illicite, le crime...le gouvernement, la nation, l'Etat. Tous ceux-ci, et tant d'autres, sont le fruit de l'imagination humaine transsubstantiée dans la réalité sociale de tous les jours, une fiction devenue fait.¹⁰ Changez l'histoire que vous racontez au peuple et vous changez la réalité dans laquelle vous et lui habitez.

UNE SOCIETE a besoin d'une mythologie partagée.¹¹ Une mythologie partagée ne fait pas nécessairement une société. Nous avons hérité d'une mythologie internationale partagée qui ne constitue pas la mythologie partagée d'une société.

⁹ “Je n'ignore point que bien des gens ont pensé et pensent encore que Dieu et la fortune régissent les choses de ce monde de telle manière que toute la prudence humaine ne peut en arrêter ni en régler le cours: d'où l'on peut conclure qu'il est inutile de s'en occuper avec tant de peine, et qu'il n'y a qu'à se soumettre et à laisser tout conduire par le sort. Cette opinion s'est surtout propagée de notre temps par une conséquence de cette variété de grands événements que nous avons cités, dont nous sommes encore témoins, et qu'il ne nous était pas possible de prévoir - aussi suis-je assez enclin à la partager. Néanmoins, ne pouvant admettre que notre libre arbitre soit réduit à rien, j'imagine qu'il peut être vrai que la fortune dispose de la moitié de nos actions, mais qu'elle en laisse à peu près l'autre moitié en notre pouvoir.”, N. MACHIAVELLI, *Le Prince*, (1513/32) ch. XXV, J.-V. Périès (tr.)(1825), Paris, Le monde en 10-18, Union Générale d'Éditions, 1962, p. 87.

¹⁰ “Une entité fictive est une entité qui, bien que par la forme grammaticale du discours employée à son sujet, existence lui est conférée, en vérité et en réalité cependant, une telle existence n'est pas entendue lui être conférée” J. BENTHAM, *The Constitutional Code*, supra note 2, vol. IX, p. 77. “Par fiction, dans le sens usité par les juristes, il faut entendre une fausse assertion qui, bien que reconnue comme fausse, sert de fondement à la fois à l'argumentation et à l'action, comme si elle était vraie.”, cf. “Constitutional Code Rationale”, in J. BENTHAM, *First Principles Preparatory to Constitutional Code* (1822), P. Schofield (ed.), Oxford, Clarendon Press, 1989, p. 267. Bentham considérait les fictions comme des caractéristiques essentielles de la loi, et une source première de l'abus du pouvoir social - ‘instruments artificieux employés afin de réconcilier le peuple avec la domination d'un seul ou d'un petit nombre.’, *ibid.*, p. 76. Il existe une compilation utile des écrits éparses de Bentham relatifs aux fictions, cf. C.K. OGDEN, *Bentham's Theory of Fictions*, Londres, Kegan Paul, 1932. Georges Sorel (1847-1922) soutient qu'à travers les ‘fictions poétiques’ nous avons “ la capacité de substituer un monde imaginaire à des vérités scientifiques que nous peuplons de créations malléables et que nous percevons avec bien plus de clarté que le monde matériel. Ce sont ces idoles qui pénètrent nos volontés et sont les sœurs de nos âmes.” cité in J. STANLEY, *The Sociology of Virtue: The Political and Social Theories of George Sorel*, Berkeley, University of California Press, 1981, p. 90. Cette citation est tirée d'un article de Sorel: “La science et la morale” in *Questions de morale*, Paris, Félix Alcan, 1900, p. 7.

¹¹ Dans son ouvrage *La mentalité primitive* (Paris, Librairie Félix Alcan, 1922) Lucien Lévy-Bruhl, l'un des anciens maîtres de l'anthropologie, reconnaissait qu'une activité mentale façonnée selon les lignes d'un monde invisible d'explications supranaturelles des phénomènes naturels ne constitue pas un mode de pensée inférieur comparée à la mentalité rationnelle européenne, juste un mode différent dicté par des conditions de vie différentes. Certains anthropologues plus contemporains (Marcel Mauss, Claude Lévi-Strauss), considèrent qu'une telle activité mentale reflète un besoin général humain ressenti par les sociétés humaines de posséder une histoire de l'origine et de la nature de leur identité et caractère uniques, une histoire qui puisse être constamment réinterprétée mais ne jamais être abandonnée. Le même raisonnement a été soutenu à propos de la ‘religion’, dans un sens plus large: “la société a été construite et cimentée dans une large mesure sur le fondement de la religion, et il est impossible de délayer le ciment et d'ébranler ce fondement sans mettre en danger la

L'animisme naïf de Vattel – personnifiant les 'nations ou Etats' comme s'ils étaient les *Übermenschen* rudes d'une saga nordique ou d'un drame musical wagnérien (1758).¹² La psychologisation herdérienne de la 'nation' – chacune dotée de son propre *ego* fichtéen plein de la violence des affects réprimés (1774).¹³ Clausewitz et la rationalisation de la guerre totale napoléonienne – nation contre nation tels des gladiateurs engagés dans une lutte existentielle perpétuelle, à la fois politique, économique et militaire (1832).¹⁴ Les fictions fertiles du 'droit' pourraient assurément être usées et abusées afin de servir les desseins des maîtres de ce nouveau monde de l'imagination, ce nouvel univers symbolique.¹⁵ Elles ne pourraient être envisagées comme une source possible de son auto-civilisation, encore moins de son auto-socialisation.

Le nationalisme romantique a constitué la forme la plus funeste de collusion entre le gouvernement et le peuple. Enflammer le peuple avec une image trompeuse de son identité idéale permit aux gouvernements de prendre le pouvoir absolu, corps et âme, sur le peuple. L'industrialisation des économies nationales, intégrant le travail des masses dans des appareils de production de richesse supra-humains, transforma les gouvernements de méprisables successeurs des cours royales médiévales en gestionnaires en chef de pouvoirs publics concentrés de façon apparemment illimitée. La création et l'application du droit se transformèrent en pouvoir de domination sur l'entier pouvoir social. L'expansion du pouvoir

superstructure elle-même.", **J. FRAZER**, *The Belief in Immortality and the Worship of the Dead*, Londres, Macmillan and Co., 1913, vol. I, p. 4.

¹² "Une pareille société a ses affaires et ses intérêts, elle délibère et prend des résolutions en commun; et par là elle devient une personne morale, qui a son entendement et sa volonté propre, et qui est capable d'obligations et de droits.", in **E. de VATTEL**, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle, appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains*, Paris, Hachette, 1978, reproduction de l'édition de Londres, 1758, [orthographe modernisée] p. 1. "Mais les devoirs envers soi-même l'emportant incontestablement sur les devoirs envers autrui, une Nation se doit premièrement et préférablement à elle-même tout ce qu'elle peut faire pour son bonheur et pour sa perfection." *ibid.*, p. 8. A propos de l'animisme, David Hume écrivait: "Il existe une tendance universelle parmi les hommes consistant à concevoir tous les êtres humains comme eux-mêmes, et à transférer à chaque objet les qualités avec lesquelles ils sont familiers, et desquelles ils sont intimement conscients.", in **D. HUME**, *The Natural History of Religion*, A.W. Colver (ed.), Oxford, Clarendon Press, 1976, p. 33.

¹³ Herder invoque *den gemeinschaftliche Geist* (l'esprit de la communauté), *das Gefühl einer Nation* (le sentiment d'une nation), et les *Seele, Herz et Tiefe* (âme, cœur, profondeur) d'un peuple ou d'une nation. **J.G. HERDER**, *Auch eine Philosophie der Geschichte zur Bildung der Menschheit* (traduit en Français sous le titre Une autre philosophie de l'histoire), Munich/Vienne, C. Hanser Verlag, 1984, p. 612. Herder insiste sur le fait que, dans les sociétés traditionnelles, les shamans sont puissants parce qu'ils croient eux-mêmes aux histoires qu'ils racontent au peuple. J.G. Fichte (1762-1814) proposa une philosophie idéaliste centrée sur le Moi, qui crée un monde pour lui-même, et que le Moi considère comme contenant également la conscience de soi des non-Moi ou Moi des autres.

¹⁴ "La guerre est ainsi un acte de violence visant à forcer notre opposant à accomplir notre volonté (...). Les auto-limitations, presque imperceptibles et méritant si peu d'être mentionnées, appelées usages du droit international, l'accompagnent sans réellement affaiblir son pouvoir." in **C. von CLAUSEWITZ**, *On War*, J.J. Graham (tr.), A. Rapoport (ed.), Londres, Penguin Books, 1968, p. 101.

¹⁵ En ce qui concerne l'idée d'univers symboliques', cf. **P.L. BERGER** et **T. LUCKMANN**, *The Social Construction of Reality*, Londres, Allen Lane, 1967, p. 113 *et seq.*

socio-économique, à travers le commerce international et la colonisation, étendit l'arène des nations gladiatrices à l'ensemble du monde humain. Et le peuple découvrit que le gouvernement total et la guerre totale requièrent un sacrifice total. Tel fut le legs de l'univers symbolique du XIX^{ème} siècle au monde réel du XX^{ème} siècle.

Mystérieusement cependant, la co-existence agonistique de ces nouveaux Etats-Moloch à l'intérieur de l'univers symbolique du XIX^{ème} siècle non seulement survécut à ce qui aurait dû être sa *Götterdämmerung* au XX^{ème} siècle, mais encore réussit à conserver les insignes d'un univers symbolique bien plus ancien – le monde de la *diplomatie*. Les relations entre les Etats sont conduites selon des formes issues de l'Europe médiévale, plus spécifiquement de l'étrange processus de mutuelle autoconstitution des deux Etats nations émergents que furent l'Angleterre et la France. Depuis le XI^{ème} siècle, et au cours des cinq siècles qui suivirent, il fut impossible de trancher sur la nature profonde de leur rivalité fraternelle: diplomatie ponctuée d'épisodes de guerre ou guerre ponctuée d'épisodes de diplomatie.¹⁶

Guerre et diplomatie constituaient les passe-temps de la noblesse, notamment des barons féodaux dont le pouvoir social était fondé sur la possession de terres. L'acquisition de terres, et les litiges relatifs aux titres terriens, pouvaient être soumis à l'arbitrage de la violence, s'ils ne pouvaient être soumis à une juridiction. La guerre possédait cet avantage par rapport à la joute qu'elle pouvait être conduite par procuration et risquer ainsi la vie d'un nombre expansible de serviteurs et autres pauvres hères. L'utilisation stratégique des rapports avec des propriétaires terriens rivaux à travers la négociation et les mariages pouvait être un art des plus profitables pour ceux qui le maîtrisaient. Pour le roi, seigneur de tous les seigneurs, la guerre et la diplomatie possédaient le charme supplémentaire d'être conduites sur une plus vaste échelle, et de s'accompagner de plus larges et plus attrayants défis et récompenses.

Que ce paradigme médiéval de la coexistence de propriétaires terriens rivaux ait survécu dans le nouvel univers symbolique bâti par Vattel, Herder et Clausewitz est une

¹⁶ “Nous savons avec certitude que la guerre intervient uniquement par l'entremise des relations politiques des gouvernements et des nations; mais en général, on suppose qu'une telle relation est interrompue par la guerre et qu'il s'ensuit un ordre des choses complètement différent, soumis à aucune autre loi que la sienne. Nous maintenons, au contraire, que la guerre n'est rien d'autre que la prolongation de la politique par d'autres moyens.” in **C. von CLAUSEWITZ**, *On War*, *supra* note 14, p. 402.

tragique et terrible ironie de l'histoire. Les vastes et impersonnels appareils du pouvoir des Etats nations étaient apparemment encore supposés avoir non seulement des relations *interpersonnelles* mais aussi des *sentiments* personnels les uns à l'égard des autres.¹⁷ Même au XXème siècle, leurs relations formelles étaient perçues, par des observateurs autrement intelligents et bien informés, comme se déroulant dans le cadre lambrissé et théâtral de toujours, telles qu'elles le furent au temps de Henry V, François Ier, Henry VIII, Wolsey, Richelieu ou Mazarin.¹⁸

L'INTEGRATION EUROPEENNE ne peut échapper à son héritage génétique. L'Union européenne embrasse l'histoire européenne toute entière. R-ouvrir l'esprit européen commence par un effort visant à comprendre la vraie nature de l'intégration européenne, un effort directement lié au défi de comprendre la vraie nature d'un monde en voie de globalisation.

Les maîtres de l'intégration européenne veulent que le peuple croie que l'Union européenne constitue un phénomène essentiellement nouveau, un nouveau chapitre dans un nouveau volume de l'histoire européenne. Mais le sens historique du peuple, bien qu'inarticulé, lui souffle qu'au contraire, l'Union européenne semble fort n'être qu'un autre épisode dans les trois mille ans d'histoire des relations entre gouvernés et gouvernants, *the many and the few*. Et le peuple est bien conscient que, dans la vaste structure juridique de la 'nouvelle Europe', ils sont encore une fois les témoins de l'œuvre merveilleusement ambiguë du *droit*, la projection de la relation maître / esclave sur un tiers O.J.N.I. (un *tertium quid*) qui les dirige tous deux.

¹⁷ "Pratiquement toutes les nations européennes craignaient l'Allemagne et l'usage que l'Allemagne pourrait faire de son armement. L'Allemagne n'était pas effrayée parce qu'elle croyait en l'invincibilité de son armée, cependant elle craignait d'être effrayée quelques années plus tard... En 1914, l'Europe était arrivée à un point où chaque pays avait peur du présent et l'Allemagne avait peur du futur.", citation du Vicomte Grey, Secrétaire d'Etat aux Affaires Etrangères avant et pendant la Première guerre mondiale, s'exprimant à la Chambre des Lords en 1924, in **G.M. TREVELYAN**, *Grey of Fallodon*, Londres, Longmans, Green & Co., 1937, p. 244.

¹⁸ "Le monde à la veille de la grande catastrophe était des plus sémillants. Nations et empires couronnés de princes et de potentats se dressaient majestueusement de tous côtés, trônant sur les trésors accumulés d'une longue paix. Tous trouvaient leur place et étaient attachés – il semblait en toute sécurité – sur un immense pont suspendu. Les deux puissants systèmes européens se faisaient face, reluisants et clinquants dans leur panoplie, mais avec un regard serein. Une diplomatie polie, discrète, pacifique et à tout bien considérer sincère étendait son réseau de connections des deux côtés à la fois." in **W.S. CHURCHILL**, *The World Crisis 1911-1918*, (1923), Londres, Odhams Press Limited, aucune date de publication, p. 151. Lorsque la guerre éclata, Churchill était Premier Lord de l'Amirauté (le Ministre du Gouvernement britannique en charge de la Royal Navy).

Les maîtres de l'intégration européenne veulent également convaincre le peuple et eux-mêmes que l'Union européenne est une forme de re-programmation mentale, de ré-formation de la psychologie du Moi des peuples européens. Le problème réside en ce que la psychologie du Moi de ces peuples ne consiste pas uniquement en une psychologie de leur *identité*. Au cours de l'histoire européenne, les peuples de l'Europe ont développé des psychologies constitutionnelles essentiellement différentes, des récits différents concernant la nature de la société et du gouvernement.¹⁹

La remarquable clairvoyance d'Alexis de Tocqueville permit à celui-ci de décrire les nouveaux Etats-Unis mieux que n'en furent capables eux-mêmes les Américains.²⁰ Mais il fut également capable de proposer une magistrale, pour ne pas dire controversée, interprétation du vrai naturel de la Révolution française, cet épisode parmi les plus abscons de l'histoire. Tocqueville vit à l'œuvre une logique cohérente dans cet événement, une logique dont la source ne devait pas être trouvée dans des idées déformées à propos de la 'liberté politique' glanées chez un Locke, un Montesquieu, un Rousseau ou encore un Sieyès.²¹ Il suggéra l'idée bien plus intéressante selon laquelle les véritables maîtres spirituels de la Révolution furent les 'économistes ou physiocrates'²² du XVIIIème siècle. On pourrait être enclin à croire qu'ils sont également les véritables maîtres spirituels de l'Union européenne.

Le chapitre trois du livre trois de l'ouvrage de Tocqueville intitulé *L'Ancien Régime et la Révolution* devrait être lu par quiconque envisage favorablement l'idée d'intégration européenne mais s'inquiète de la tournure particulière qu'elle a prise. Tocqueville dépeint les 'économistes' comme les maîtres de l'absolutisme politique rationaliste ou d'un rationalisme

¹⁹ Pour une plus ample discussion des psychologies constitutionnelles de trois des Etats membres de l'Union européenne, cf. "The Crisis of European constitutionalism: reflections on a half-revolution", in **P. ALLOTT**, *The Health of Nations: Society and Law beyond the State*, Cambridge, CUP, 2002, ch. 7. Publié précédemment in *Common Market Law Review*, 1997, No 34, pp. 439-490. Il y est suggéré que la Constitution britannique se concentre sur l'idée de 'société', la Constitution française sur l'idée de 'nation' et la Constitution allemande sur l'idée d' 'Etat'.

²⁰ **A.C. de TOCQUEVILLE**, *De la démocratie en Amérique* (1835-40). Dans d'autres de ces écrits, il fut même capable d'expliquer le vrai naturel de la Constitution britannique, constitution d'une république monarchique.

²¹ Un autre observateur lucide et prophétique de la Révolution française envisageait la Révolution différemment, comme une sorte de révolution religieuse invoquant de telles idées déformées et menaçant d'une sombre campagne afin d'étendre son 'dogme', par la force si nécessaire, à travers l'Europe entière. Cf. **E. BURKE**, *Reflections on the Revolution in France* (1790) et *Thoughts on French Affairs* (1791).

²² **A. DE TOCQUEVILLE**, *L'Ancien Régime et la Révolution*, Paris, Michel Lévy frères, 1866, p. 234.

Les physiocrates français posèrent les fondations de la discipline moderne de l'économie. Mais ils le firent à une époque à laquelle l'aspect 'économique' de la société était discuté en tant que partie intégrale de la discussion relative à l'organisation sociale en général. Leur discipline était ainsi correctement appelée 'économie politique'. Ce ne fut qu'au XIXème siècle que l'étude des phénomènes 'économiques' en un sens plus étroit devinrent une discipline distincte sous le nom d' 'économie'.

politique absolutiste. Le pouvoir royal serait adopté et adapté afin de devenir l'instrument d'une transformation sociale révolutionnaire.²³ Il décrit la façon dont les Français "avaient admis comme idéal d'une société un peuple sans autre aristocratie que celle des fonctionnaires publics, une administration unique et toute-puissante, directrice de l'Etat, tutrice des particuliers".²⁴ Cependant, en vue de réconcilier cet aspect avec leur ancien amour pour la liberté, "ils entreprirent donc de mêler ensemble une centralisation administrative sans bornes et un corps législatif prépondérant: l'administration de la bureaucratie et le gouvernement des électeurs. La nation en corps eut tous les droits de la souveraineté, chaque citoyen en particulier fut resserré dans la plus étroite dépendance: à l'une on demanda l'expérience et les vertus d'un peuple libre; à l'autre les qualités d'un bon serviteur".²⁵

Quelle que soit l'identité présumée des véritables maîtres spirituels de l'intégration européenne, assistèrent à la naissance de l'Union européenne deux fantômes du passé de l'Europe – la guerre et la diplomatie. La classe dirigeante prétendit s'être guérie de sa dépendance à la guerre en utilisant la diplomatie pour créer un système social d'un genre nouveau, dans lequel absolutisme rationnel et légitimité par la représentation seraient combinés afin de créer un ordre juridique supérieur, mais intégré aux anciens ordres juridiques nationaux. Par décret gouvernemental, l'Europe entière deviendrait, pour la première fois, un ordre constitutionnel unique, incorporant les ordres constitutionnels nationaux dans l'ordre constitutionnel intégré.²⁶

Mais cet ingénieux et ambigu processus est miné par un vice structurel profond et mortellement périlleux. Les maîtres de l'intégration européenne ne parvinrent pas à accomplir la re-programmation mentale de la population. Ils ne réussirent pas à trouver une mythologie

²³ "Il ne s'agit donc pas de détruire ce pouvoir absolu, mais de le convertir. "Il faut que l'Etat gouverne suivant les règles de l'ordre essentiel, dit Mercier de la Rivière, et, quand il en est ainsi, il faut qu'il soit tout-puissant", in **A.C. de TOCQUEVILLE**, *ibid.*, p. 239. "Ils ont déjà conçu la pensée de toutes les réformes sociales et administratives que la Révolution a faites, avant que l'idée des institutions libres ait commencé à se faire jour dans leur esprit. Ils sont, il est vrai, très favorables au libre échange des denrées, au *laisser-faire* ou au *laisser-passer* dans le commerce et dans l'industrie; mais, quant aux libertés politiques proprement dites, ils n'y songent point, et même, quand elles se présentent par hasard à leur imagination, ils les repoussent d'abord." *Ibid.*, p. 235-236. "On croit que les théories destructives qui sont désignées de nos jours sous le nom de *socialisme* sont d'origine récente; c'est une erreur: ces théories sont contemporaines des premiers économistes.", *ibid.*, p. 241.

²⁴ *Ibid.*, p. 246.

²⁵ *Ibid.*, p. 246.

²⁶ En ce qui concerne l'idée selon laquelle l'Union européenne est une union d'ordres constitutionnels plutôt qu'une union d'Etats, cf. **P. ALLOTT**, "Integration von Verfassungen, nicht von Staaten", *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 9 mai 2001, p. 13.

de l'intégration européenne, une histoire de l'origine à raconter au 'peuple'.²⁷ Mais, pire encore, ils échouèrent à re-programmer leur propre mentalité. Ils vivent dans deux univers symboliques différents – le nouvel univers d'une constitution juridique européenne empreinte de rationalisme et d'absolutisme et le vieil univers de la diplomatie. Ils ont extrapolé l'esprit de la diplomatie –la réconciliation fonctionnelle de revendications et intérêts nationaux rationnels et irrationnels– afin de lui faire embrasser l'exercice gouvernemental et, en particulier, l'activité de création du droit. Il semble peu probable qu'ils ré-forment leur propre image ou leurs pratiques dans un futur proche. Il semble peu probable que le peuple accepte une moitié de révolution aussi équivoque dans un futur proche. Il s'agit d'un présage de mauvais augure pour l'imagination et la pratique d'un monde en voie de globalisation.

EN 1945, épuisé et honteux, l'esprit européen s'éteignit. L'intégration européenne prit place dans un néant philosophique. Les empires coloniaux se désintégrèrent et s'évaporèrent dans un néant philosophique. Une profonde transformation sociale se déroula au niveau national sous le haut patronage des idées propres au XIXème siècle de rationalisme bureaucratique et de méliorisme socialiste, avec pour force motrice d'impérieuses forces économiques et pour agent du changement social la législation, comme au XIXème siècle. La philosophie avait créé son propre vide philosophique. La philosophie s'était convaincue elle-même philosophiquement de sa propre impossibilité.

Et tout ceci au cours d'un siècle qui vit, partout dans le monde, répandre le sang d'un nombre incalculable d'hommes et ruiner la vie d'innombrables autres, au nom d'idées provenant de l'Europe. Au cours des trois mille années recensées de son histoire, l'Europe avait amoncelé une vaste masse culturelle façonnée à partir de tous les arts et sciences, de tout ce que l'esprit et la main de l'homme peuvent fabriquer. Et soudain elle s'aperçut que son essence remarquable avait été distillée sous la forme d'un Etat, hypertrophique en son versant

²⁷ Les révoltés américains de 1776 possédaient deux avantages importants pour l'invention de leur mythe national.

(1) Ils pouvaient, et le firent, se revendiquer comme les véritables et les plus dignes héritiers d'une tradition constitutionnelle millénaire, une tradition elle-même agrémentée de mythes, fantaisies et poésies. Thomas Jefferson lui-même approuvait la vision 'anglo-saxonne' selon laquelle l'essence de la Constitution britannique provient de la période antérieure à l'invasion normande de 1066. Cf. "The Theory of the British Constitution", in **P. ALLOTT**, *Towards the International Rule of Law: Essays in Integrated Constitutional Theory*, Londres, Cameron May, 2005, ch. 1. Publié précédemment in **H. GROSS & R. HARRISON** (eds.), *Jurisprudence: Cambridge Essays*, Oxford, Clarendon Press, 1992, pp. 173 - 205.

(2) Ils avaient un double mythe de la création, lui-même autant fiction que fait, d'après lequel les premiers colons en 1620 fuirent les serres de l'oppression et ils parvinrent à se libérer eux-mêmes du joug de la tyrannie. Ils créèrent ensuite une Constitution fédérale (1787), distillation élégante d'une Constitution britannique idéalisée, qu'ils transformèrent en un totem sacré.

interne, et pusillanime en son versant externe, un Etat à la dérive dans un monde primitif et sombre dans lequel la présence européenne semblait condamnée à n'être qu'une présence secondaire, un monde dans lequel tous les problèmes sociaux immémoriaux étaient exagérément amplifiés, un monde dominé par une parodie de la vieille balance des pouvoirs – une balance du Mal ultime, dans laquelle l'Union soviétique et les Etats-Unis incarnaient les Fafner et Fasolt d'un psychodrame insensé,²⁸ une 'folie à deux' qui cependant détermina et menaça l'existence de l'humanité entière pendant près de cinquante ans et qui, depuis 1989, a laissé le monde humain dans un état de confusion périlleux. Etait-ce le vieil ordre mondial sous la coupe d'une direction nouvelle ou un ordre mondial d'un genre nouveau émancipé de ses racines européennes? La réponse est: ni l'un ni l'autre. Il s'agit du vieil ordre mondial désespérément en décalage par rapport à la nouvelle réalité du monde humain.

L'anthropologie du droit au niveau global révèle un monde humain qui est tout sauf sans droit. Le système juridique universel est composé en trois couches – les systèmes juridiques nationaux, le droit transnational (les systèmes juridiques nationaux applicables aux personnes et aux événements en dehors de la juridiction nationale) et le droit international (le droit applicable au monde humain considéré comme un tout, aux personnes et aux événements partout). Au niveau global, l'idée fossile de droit international reste à l'état de *lusus naturae*, un jeu de la nature humaine, une catégorie mentale survivant depuis la période mythologique de l'histoire moderne, depuis l'univers psychique de Vattel, Herder et Clausewitz, tragiquement inadaptée au monde de l'après 1945, désespérément inadaptée au monde en voie de globalisation du vingt-et-unième siècle.

L'état du droit aux deux niveaux subordonnés varie radicalement en efficacité et en sophistication d'un système juridique à l'autre. Mais partout il contient une caractéristique troublante, même dans les plus sophistiquées des sociétés nationales. Il s'agit d'une caractéristique représentant un défi majeur pour la rédemption de l'Union européenne et constituant à présent un défi majeur quant à l'élaboration d'une société internationale d'un genre nouveau.

²⁸ Dans *Das Rheingold* (L'Or du Rhin), prologue de la tétralogie *Der Ring des Nibelungen* (L'Anneau des Nibelungen) de Richard Wagner, Fasolt et Fafner sont deux géants chargés de construire Valhalla, la demeure des dieux, qui se déchirent pour l'or volé qui doit être leur paiement. Dans *Götterdämmerung* (Le Crépuscule des dieux), la dernière journée du cycle dramatique, Valhalla et les dieux antiques sont détruits et, avec eux, le règne de la cupidité, de la haine, de la vengeance et de l'amour pervers, laissant le souvenir de Brünnhilde, messagère improbable de l'amour pur, et de Siegfried, représentant improbable d'un homme nouveau et d'une nouvelle Allemagne.

L'analyse de Bentham de la corruption publique²⁹ se concentra autour de ce qu'il dénomma le 'sinistre sacrifice' caractérisé par la substitution par le titulaire du pouvoir public de son intérêt personnel à l'intérêt public. Selon une tradition intellectuelle typiquement britannique (Hobbes, Milton, Locke, Hume, Paine, Godwin, Mill), Bentham considérait le gouvernement comme rien de mieux qu'un mal nécessaire.³⁰ La corruption gouvernementale est au gouvernement ce que le mal est à l'homme déchu, tout aussi naturelle. Bentham n'envisageait que deux recours possibles afin de sauver le gouvernement de son péché originel – l'opinion publique et la législation. Afin de faire du gouvernement un instrument fiable pour le bien-être du peuple plutôt qu'une simple source de privilèges et de profits pour la minorité au pouvoir, Bentham proposa un ample et détaillé système constitutionnel dans lequel l'opinion publique et la législation pourraient être employées comme 'contreforces', résistant à la menace constante et inexpugnable de la corruption publique. Un Tribunal de l'opinion publique, fondé sur deux piliers: la 'transparence' dans la pratique du gouvernement et la 'liberté de la presse', scruterait de façon permanente et jugerait les mots et les actions des titulaires du pouvoir public. La loi, maître et serviteur de l'ordre constitutionnel, corrigerait de façon permanente et punirait l'abus du pouvoir public, non pas au nom de soi-disant droits 'naturels' mais comme expression d'une pratique prudentielle quotidienne.³¹

Bentham avait peut-être prévu la manière dont la dimension économique de la société se joindrait au droit et au gouvernement sous la forme d'une hégémonie collusive avec la politique formant ainsi un triumvirat directeur du pouvoir social ultime. L'économie – la lutte

²⁹ *Supra*, note 2. Bentham a discuté plus longuement de la corruption dans son "Constitutional Code Rationale" in *First Principles*, *supra*, note 10, ch. 3.

³⁰ "Tout gouvernement est, dans son essence profonde, un mal. (...) Exercer les pouvoirs du Gouvernement équivaut par conséquent à faire le mal.", in **J. BENTHAM**, "Economy as applied to office", in *First Principles*, *supra*, note 10, p. 4. "La société est produite par nos besoins et le Gouvernement par notre faiblesse; la première promet notre bonheur positivement en unissant nos affections, le second négativement en restreignant nos vices.", in **T. PAINE**, *Common Sense* (1776), in *Common Sense and Other Political Writings*, N.F. Adkins (ed.), New York, Bobbs Merrill Co. (American Heritage Series), 1953, p. 4. William Godwin (1756-1836), indûment considéré comme un apôtre de l'anarchisme, suggéra que lorsque les êtres humains et les sociétés humaines se seront auto-perfectionnés, le gouvernement disparaîtra et les êtres humains pourront s'auto-gouverner.

³¹ Bentham, pour une fois en accord avec Edmund Burke, catalogua la fiction des 'droits naturels' comme une illusion absurde et frauduleuse. "Le tyran Henri VIII d'Angleterre (...) ne savait pas qu'un instrument de despotisme efficace allait être trouvé dans ce grand magasin d'armes offensives, les droits de l'homme (...) Le destin l'eût-il réservé pour notre temps, quatre termes techniques auraient fait son affaire (...) – 'Philosophie, Lumière, Libéralisme, Droits de l'Homme'." in **E. BURKE**, *Reflections on the Revolution in France* (1790), Londres, J.M. Dent & Sons (Everyman's Library), 1910, pp. 112-113. Il est également loisible de rappeler l'opinion de Tocqueville à propos des Tudors (1485-1603), l'un d'eux n'étant autre que le roi Henri VIII: "Nulle part en Europe, le despotisme ne s'y montra plus terrible, parce que nulle part il ne fut plus *légal*." in **A.C. de TOCQUEVILLE**, *Voyages en Angleterre et en Irlande*, J.P. Mayer (ed.), Paris, Gallimard, 1982, p. 56.

visant à créer la richesse de la nation et à la distribuer inégalement sous la forme de la fiction juridique de la propriété.³² La politique – la lutte pour prendre le pouvoir sur le droit et le gouvernement au nom d'idées. Le droit et le gouvernement – maîtres et esclaves de l'économie et de la politique. Il n'avait peut-être pas prévu la façon dont le droit et le gouvernement viendraient à envisager la facilitation de l'économie comme leur mission première, avec une autre vieille fiction juridique –la société commerciale– comme acteur principal dans le drame de l'économie politique, cette entité imaginaire demandant au droit et au gouvernement un flot incessant de nouvelles fictions juridiques afin de rendre possible l'opération fabuleuse des mystères de cette arène sociale imaginaire connue sous le nom de 'marché'.

Bentham n'avait peut-être également pas prévu que, dans les sociétés les plus développées, une corruption collusive endémique prendrait une forme bien plus complexe et bien plus productive – celle d'une conspiration public / privé qui laisserait les esprits et les vies privées des citoyens à l'état de phénomènes humains tout juste résiduels au sein d'une forme de société dans laquelle ambition privée et politique publique fusionneraient. Notre existence sociale fut redéfinie. La société existe pour notre bénéfice, nous, les citoyens, parce que nous, les citoyens, existons pour le bénéfice de la société. C'est la tâche du droit et du gouvernement que d'orchestrer, avec une impitoyable précision, cette nouvelle relation humaine existentielle.³³

³² "Les lois et le Gouvernement peuvent être considérés (...) comme une combinaison opérée par les riches afin d'opprimer les pauvres et préserver en leur faveur l'inégalité des ressources, qui ne tarderaient pas autrement à être détruites sous les attaques des pauvres qui s'ils n'étaient contenus par le Gouvernement réduiraient rapidement les autres à un sort égal au leur par un recours ouvert à la violence. Le Gouvernement et les lois (...) leur dit qu'ils doivent continuer à être pauvres soit acquérir la richesse de la même manière qu'eux-mêmes, les riches, l'ont fait." in **A. SMITH**, *Lectures on Jurisprudence* (leçon du 22 février 1763), R.L. Meek *et al.* (eds.), Oxford, Clarendon Press, 1978, pp. 208-209. "Le gouvernement civil, en tant qu'il a pour objet la sûreté des propriétés, est, dans la réalité, institué pour défendre les riches contre les pauvres, ou bien, ceux qui ont quelque propriété contre ceux qui n'en ont point.", in **A. SMITH**, *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations* (1776), G. Garnier (tr.), (augmentée de notes inédites de Jean-Baptiste Say), Osnabrück, Otto Zeller, réimpression de l'édition de 1843, 1966, tome 2, p. 367.

³³ La suspicion envers un tel sur-gouvernement est l'un des thèmes principaux de nombreux écrits de John Stuart Mill. Cet auteur affirme que l'expérience prouve que "les dépositaires du pouvoir, qui ne sont que de simples délégués du peuple, c'est-à-dire de la majorité, sont tout aussi prompts (lorsqu'ils pensent pouvoir compter sur le soutien du peuple) que n'importe quel organe d'une oligarchie, à endosser un pouvoir arbitraire, et à empiéter indûment sur la liberté de la vie privée. Le public collectivement est plus que disposé à imposer non seulement ses vues en général étroites de ses intérêts bien compris, mais encore ses opinions abstraites, et même ses goûts, sous la forme de lois s'imposant aux individus. Et la civilisation actuelle tend si fortement à faire du pouvoir des personnes agissant en masses le seul pouvoir substantiel de la société, qu'il n'a jamais été autant nécessaire d'entourer l'indépendance individuelle de pensée, de parole et de conduite des défenses les plus puissantes, afin de préserver l'originalité d'esprit et l'individualité de caractère, qui sont la seule source de tout progrès réel, et de la plupart des qualités qui rendent l'espèce humaine bien supérieure à toute autre horde d'animaux." in **J.S.**

A présent, au tout début du vingt-et-unième siècle, il nous est donné d'observer un phénomène remarquable. La mondialisation signifie globalisation des phénomènes sociaux, y compris des meilleurs et des pires aspects de la société. Les très anciens et les tous nouveaux défis de la société humaine se manifestent désormais au niveau global, au niveau de la société de l'humanité toute entière. La fameuse question de la relation entre droit et gouvernement, le fameux problème de la corruption gouvernementale, le troublant phénomène de manipulation réciproque entre gouvernants et gouvernés et l'éternelle tendance absolutiste du droit et du gouvernement, exacerbés à présent par la nouvelle forme de collusion public / privé – tous ces fantastiques défis sont désormais présents au niveau de la société internationale. La mondialisation représente la globalisation à la fois du Bien social et du Mal social.

QUELLES FORMES prendront la présence et le rôle du droit et du gouvernement au niveau de cette nouvelle société internationale, la société de toutes les sociétés, la société de toute l'humanité? Une prédiction sûre est que le triumvirat que forment le droit et le gouvernement, l'économie, et la politique, constituera également la force motrice de la nouvelle société internationale. Ensemble, ils façonnèrent l'ancien univers symbolique adapté aux désirs et aux intérêts des maîtres de l'ancien système international. Ensemble, ils domineront l'élaboration de l'univers symbolique de la nouvelle société internationale.

L'ancienne idée du droit international fut créée sur la base d'une manipulation ingénieuse de deux puissantes idées empruntées à la philosophie sociale générale – la coutume et le consentement. Ces idées ont servi encore et encore comme les éléments constitutifs de puissantes philosophies sociales. Le droit coutumier avec sa profonde structure consensuelle est une forme sociale aussi ancienne que les sociétés humaines.³⁴ Dans l'élaboration du droit international, elles furent utilisées cyniquement afin de prévenir

MILL, *Principles of Political Economy with some of their Applications to Social Philosophy* (1848), bk. V, ch. XI, J.M. Robson (ed.), Londres, University of Toronto Press, Routledge & Kegan Paul, 1965, pp. 939-940.

³⁴ Le droit international est envisagé comme un droit coutumier créé par le 'consentement' des 'Etats'. "Rien n'est plus répréhensible que de dériver les lois prescrivant ce qui *doit être accompli* de ce qui *est accompli* ou de leur imposer les limites par lesquelles celui-ci est circonscrit.", in I. KANT, *Critique of Pure Reason* (1781), N. Kemp Smith (tr.), Londres, The Macmillan Press, 1929, p. 313. Kant ne condamnait certainement pas le droit coutumier qui, sous sa forme la meilleure (tel que dans le système de Common Law anglais), transforme en obligation juridique ce qui a reçu socialement un effet obligatoire. Pour une discussion de l'idée selon laquelle le droit coutumier repose sur l'idée de sujets du droit agissant virtuellement comme des législateurs universels kantien, cf. P. ALLOTT, *The Health of Nations*, *supra*, note 19, para. 10, p. 26 *et seq.*

l'émergence du droit comme une troisième dimension, un *tertium quid*, capable de diriger les dirigeants, capable de maîtriser les créateurs du droit eux-mêmes.³⁵

Il est peut-être déjà possible de détecter les premiers signes d'un nouveau printemps de l'humanité. Il est possible de voir une nouvelle forme de droit international et de gouvernement émerger depuis les racines du vieux système international, tels de jeunes pousses après une sécheresse ou une inondation. Ces nouvelles formes organiques seront aussi complexes, dynamiques et spécifiques que les situations sociales qu'ils ont été conçus pour régir. Avec le temps, les nouvelles formes organiques et ascendantes de gouvernement international et de droit international rencontreront les vestiges décadents de l'ordre ancien en son automne, l'ordre de la diplomatie et de la guerre.³⁶ Il ne s'agira pas d'une auto-socialisation naturelle de systèmes étatiques proprement constitués, un des aspects plus modestes du grand rêve kantien.³⁷ Il s'agira d'une forme de droit et de gouvernement dans l'élaboration de laquelle d'autres phénomènes sociaux – sociétés commerciales et industrielles, intérêts non gouvernementaux, forces économiques et politiques globales en tous genres, anciennes et nouvelles menaces à l'ordre public mondial – joueront un rôle croissant. Il s'agira d'une forme de droit enfin capable d'agir comme une contreforce puissante en mesure de résister aux occasions illimitées d'abus du pouvoir public et du pouvoir privé-public présentes dans un monde en voie de globalisation.

Ré-imaginer l'Europe requiert cependant également une autre ré-ouverture de l'esprit européen, un ré-éveil de son sommeil sans rêve et sans repos.³⁸ L'Union européenne est une formation sociale intermédiaire entre nationalisme et mondialisme. Il s'agit d'un achèvement audacieux de nombreuses oppositions dialectiques du passé de l'Europe – France /

³⁵ L'ancien droit international était particulièrement bien adapté à un Gouvernement qui était capable de se mouvoir dans le rôle de 'sensé fripon'. "Et bien qu'il soit concédé que, sans un regard pour la propriété, aucune société ne pourrait subsister; cependant, selon la voie imparfaite par laquelle les affaires humaines sont conduites, un fripon sensé, en des circonstances particulières, pourrait penser qu'un acte inique ou de trahison constituerait un apport considérable à sa fortune, sans causer une brèche considérable dans l'union sociale ou la confédération.", in **D. HUME**, *An Enquiry concerning the Principles of Morals*, *supra*, note 4, IX.2, p. 155.

³⁶ Pour une discussion des théories 'descendantes' du Gouvernement (la souveraineté émanant du roi et développant ses effets vers le bas) et des théories 'ascendantes' (la souveraineté émanant du peuple et développant ses effets vers le haut), cf. W. Ullmann, *Medieval Political Thought*, Harmondsworth, Penguin Books, 1975, p. 12.

³⁷ **I. KANT**, "Idea for a Universal History with a Cosmopolitan Purpose" et "Perpetual Peace: A Philosophical Sketch", in *Kant's Political Writings*, H. Reiss (ed.) & H.B. Nisbet (tr.), Cambridge, CUP, 1970, pp. 41-53 et 93-130.

³⁸ En ce qui concerne l'idée selon laquelle l'esprit européen a connu à plusieurs reprises les lumières, chaque fois à trois siècles d'intervalle depuis la fin de l'empire romain en occident et devrait donc à présent connaître une nouvelle période de lumières, cf. **P. ALLOTT**, *The Health of Nations*, *supra*, note 19, para. 3.18, note 15.

Allemagne, Grande-Bretagne / Allemagne, France / Grande-Bretagne, Allemagne / Pologne, Grande-Bretagne / Espagne, Grande-Bretagne / Etats-Unis d'Amérique, catholicisme romain / protestantisme, foi / raison, christianité / islam, et tant d'autres. L'Europe a été façonnée par une longue série de contiguïtés frictionnelles productives. Un futur meilleur pour l'Union européenne requiert au vu de sa situation actuelle un dépassement de deux profondes oppositions dialectiques – la tension non encore résolue entre l'Union d'un côté et ses Etats membres avec leurs antiques institutions et leurs psychologies sociales particulières de l'autre, et le rapport de l'Europe à une nouvelle contiguïté frictionnelle – le monde extérieur radicalement nouveau dans lequel se trouve à présent l'Europe.

L'esprit européen contient déjà en lui une riche réserve d'idées imaginatives qui inspireront sa contribution à l'ouverture de l'esprit humain, à la ré-imagination de la société internationale et du droit international – idées relatives à un possible idéal social universel³⁹ ou à un possible modèle social universel.⁴⁰ Nous devrions savourer la tâche de trouver une nouvelle *bella menzogna*⁴¹ – un nouveau récit que les être humains pourront se raconter au sujet de la vie sociale de l'espèce humaine en son entier. Nous ne devons jamais cesser de prendre la responsabilité de corriger constamment l'équilibre du mal qui est la condition naturelle par défaut de l'ordre social humain, la réconciliation continuelle de l'homme-dieu et de l'homme-bête.⁴² Et, par-dessus tout, nous ne devons jamais cesser de croire en notre pouvoir sur les réalisations du pouvoir de l'esprit humain. Nous devons croire en la possibilité permanente de l'auto-perfectionnement humain.⁴³

³⁹ "Ainsi le but suprême de la vie est nécessairement le même pour l'homme pris individuellement, que pour les hommes réunis et pour l'Etat en général." in **ARISTOTE**, *Politique*, J. Barthélemy-Saint-Hilaire (tr.), Paris, Ladrangé, 1874, 3^{ème} éd., V (7).3.7, p. 208.

⁴⁰ *L'humana universitas* (Dante), la 'société universelle' (Suárez), la 'grande et naturelle communauté' de l'humanité (Locke), la *civitas maxima* (Wolff), la 'grande cité de l'espèce humaine' (Vico), la 'société générale du genre humain' (Rousseau), une 'parfaite union civile de l'humanité' (Kant), une 'société internationale de tous les êtres humains, la société de toutes les sociétés' (Allott).

⁴¹ *Una veritate ascosa sotto bella menzogna* (une vérité cachée sous un beau mensonge). La définition de Dante de l'allégorie (*Convivio*, II.1.3) peut être employée comme une variation élégante de l'idée platonicienne de la nécessaire poésie sociale comme 'noble mensonge' ou 'opportune fausseté' (Plato, *Republic*, 414b).

⁴² "[O]r, celui qui ne peut vivre en société, et dont l'indépendance n'a pas de besoins, celui-là ne saurait jamais être membre de l'Etat. C'est une brute ou un dieu." in **ARISTOTE**, *Politique*, I.1.12, *supra* note 38, p. 9. Kant énonce que le problème consistant à parvenir à une société civile administrant universellement la justice est "en même temps le plus difficile et celui qui sera résolu le plus tard" par le genre humain, in **E. KANT**, "Idée d'une histoire universelle au point de vue cosmopolitique" (1784), P. Folliot (tr.) à partir de l'édition des œuvres complètes de Kant de l'Académie de Berlin (Tome VIII), p. 11.

⁴³ "Les balances de l'entendement ne sont pas tout à fait équilibrées, et l'un de leurs bras, qui porte l'inscription: Espoir du futur, possède un avantage mécanique...C'est là leur seul travers, que je ne peux et, en réalité, que je ne veux, jamais corriger." **I. KANT**, *Dreams of a Spirit-Seer*, pt. I, ch. 4, F. Sewall (ed.) et E. Goerwitz (tr.), Londres, Swan Sonnenschein, 1900, p. 365.