

ANNUAIRE FRANÇAIS
DE
RELATIONS
INTERNATIONALES

2019

Volume XX

**PUBLICATION COURONNÉE PAR
L'ACADÉMIE DES SCIENCES MORALES ET POLITIQUES**

(Prix de la Fondation Edouard Bonnefous, 2008)



Université Panthéon-Assas
Centre Thucydide

LA FIN DU « MOMENT KELSÉNIEN » ?

QUELQUES RÉFLEXIONS SUR LES RELATIONS INTERNATIONALES CONTEMPORAINES A L'AUNE DE KELSEN

PAR

THIBAUT FLEURY-GRAFF (*)

Peut-on imaginer personnages plus différents l'un de l'autre que l'actuel Président des Etats-Unis d'Amérique, Donald J. Trump, et Hans Kelsen, le célèbre théoricien du droit d'origine autrichienne ? Tout les éloigne : l'un écrit et enseigne au XX^e siècle, des années 1920 aux années 1950, d'abord en Autriche puis aux Etats-Unis, quand l'autre n'accède à la présidence de la première puissance mondiale qu'en 2017, après un parcours d'homme d'affaires et de présentateur de « télé-réalité ». L'un est réputé pour son formalisme et sa rigueur, dont témoignent les quelques portraits photographiques qu'on connaît de lui, l'autre pour ses frasques diverses et variées – *tweets* à l'appui. Il y a en outre fort à parier que les deux, bien que contemporains durant quelques années – Kelsen meurt en 1973, alors que Trump a 27 ans –, ne se sont jamais croisés et que D. J. Trump, à la différence de son prédécesseur, qui fut professeur de Droit constitutionnel, ne soit guère au fait, pour dire le moins, de la théorie kelsénienne du droit. Chacun sait cependant que Kelsen, de la fin de la Première Guerre mondiale jusqu'aux années 1950, a beaucoup écrit sur le Droit international et que ses écrits demeurent, aujourd'hui encore, parmi les plus commentés. Chacun sait également que le Président des Etats-Unis s'est illustré, depuis sa prise de fonction, par de fréquentes déclarations et actions peu respectueuses des institutions internationales, des traités et des autres Etats.

On se souvient ainsi sans peine de la stupeur de l'assistance lorsque, à l'occasion de son premier discours devant l'Assemblée générale des Nations Unies, D. J. Trump se déclara prêt à « *détruire entièrement la Corée du Nord* », qualifiant Kim Jong-un, le dirigeant de cette dernière, de « *rocket man* », en une référence imagée au programme nucléaire nord-

(*) Professeur à l'Université de Rennes.

coréen (1). Les positions du Président américain à l'égard de l'Allemagne, de l'Union européenne ou de l'Organisation du Traité de l'Atlantique Nord (OTAN) ont également dévoilé que sa défiance pouvait s'étendre à ses alliés. Ces déclarations ont, en outre, été suivies d'effets : depuis début 2017, les Etats-Unis se sont retirés ou ont renégocié de nombreux accords internationaux (2), ont mis fin à leur participation à plusieurs organisations internationales (3), ont rétabli des taxes douanières pour de nombreuses importations (4). Quelles que soient les difficultés que fait naître toute tentative d'identifier une « doctrine Trump » en matière de Relations internationales (5), les actes et déclarations de ce dernier témoignent d'une approche hyperréaliste, très critique à l'égard de toute institution ou organe susceptible de porter atteinte aux intérêts américains : « *anti-internationaliste* » diront même certains (6). Cette approche américaine des relations internationales s'inscrit, en outre, dans un mouvement qui semble s'étendre aujourd'hui à l'échelle planétaire : au-delà du cas de la Russie, la multiplication des populismes (7) sur les continents américain et européen est corrélative d'une critique sévère de la gouvernance actuelle des relations internationales ou régionales. Récemment élu à la présidence du Brésil, Jair Bolsonaro, candidat du parti d'extrême droite PSL, qualifiait ainsi l'Organisation des Nations Unies (ONU) d'instance « *mondialiste et gauchiste* », quand plusieurs Etats membres de l'Union européenne (UE) – de la Hongrie, contre laquelle a été enclenchée la procédure de l'article 7 TFUE pour violation des valeurs fondamentales de l'Union européenne (8), à l'Italie, dont le budget 2019 ne respecte pas les exigences européennes (9) – défient ouvertement ses institutions.

(1) « Remarks by President Trump to the 72nd Session of the United Nations General Assembly, Sept. 19, 2017 », disponible sur le site Internet www.whitehouse.gov.

(2) D. J. Trump a notamment annoncé son intention de retirer les Etats-Unis de l'Accord de Paris sur le climat, du Traité de libre-échange transpacifique, de l'Accord de Vienne sur le nucléaire iranien, du Traité INF sur les armes nucléaires de portée intermédiaire. Ils se sont également retirés des négociations relatives au Pacte mondial sur les migrations.

(3) Les Etats-Unis se sont notamment retirés du Fonds des Nations Unies pour l'enfance (UNICEF) et du Conseil des droits de l'homme des Nations Unies.

(4) En particulier en provenance de Chine. Cf. par exemple « Entre la Chine et les Etats-Unis, de nouvelles taxes douanières pour 16 milliards de dollars et des menaces », *Le Monde*, 23 août 2018.

(5) Cf. IFRI, *Le Monde selon Trump. Anticiper la nouvelle politique étrangère américaine*, nov. 2016 ; C. BELIN, « Comment anticiper la politique étrangère de D. Trump ? », *Esprit*, 2017/1, pp. 131-139.

(6) T. BOUSSAC, « Le populisme aux Etats-Unis, du XIX^e siècle à Donald Trump », *Questions internationales*, n°83, janv.-févr. 2017, p. 71.

(7) Cf. le dossier « Populismes et nationalismes dans le monde », *Questions internationales*, n°83, janv.-fév. 2017.

(8) « Résolution du Parlement européen du 12 septembre 2018 relative à une proposition invitant le Conseil à constater, conformément à l'article 7, paragraphe 1, du Traité sur l'Union européenne, l'existence d'un risque clair de violation grave par la Hongrie des valeurs sur lesquelles l'Union est fondée », n°2017/2131(INL).

(9) Cf. l'Avis de la Commission européenne sur le projet de plan budgétaire 2019 de l'Italie du 23 octobre 2018.

Il y a là, assurément, un mouvement de fond (10), un « *nouvel autoritarisme* » (11), qui prend sa source au tournant des années 2000. Les attentats du 11 septembre 2001, puis ceux qui suivront régulièrement, marquent le début de politiques nationales peu respectueuses, au motif de l'impératif de sécurité, des droits de l'homme internationalement protégés. Du *Patriot Act* adopté par les Etats-Unis en octobre 2001 au recours à la torture sur la base militaire de Guantanamo, de la guerre contre l'Iraq aux frappes militaires en territoire syrien, les membres du Conseil de sécurité – entre autres – jouent avec le droit international et ses institutions – l'épisode de Colin Powell présentant à l'Assemblée générale des Nations Unies, en février 2003, une fiole supposée contenir de l'anthrax pour justifier une intervention militaire en Iraq demeure un exemple célèbre et particulièrement illustratif de ce jeu aux conséquences délétères. Encore ces Etats laissaient-ils alors penser, dans une certaine mesure, que le droit international et ses institutions avaient une utilité dans la régulation des relations interétatiques. Même s'ils n'hésitent pas à s'en affranchir s'ils le jugent nécessaire, les dirigeants des principales puissances mondiales ne défient pas encore ouvertement l'ordre international tel qu'il est établi, faisant notamment de l'ONU un centre privilégié de négociations et de décisions. Quelques succès diplomatiques récents – Accord de Vienne sur le nucléaire iranien, Accord de Paris sur le climat – en témoignent également. Telle n'est plus cependant l'optique des nouveaux chefs d'Etat populistes qui, élevés sur le terrain préparé par leurs prédécesseurs, perçoivent désormais les instruments internationaux, même les moins contraignants (12), et les institutions internationales, même les plus inoffensives (13), avec une défiance grandissante qui invite à tenter d'en interroger les soubassements théoriques, à travers notamment les conceptions kelséniennes des relations internationales. Il est permis de croire en effet que « l'actualité de Kelsen » n'est pas seulement « *affaire d'érudits ayant le goût du formalisme* » (14), car elle offre, tout au contraire, une lecture éclairante et instructive du monde tel qu'il va et tel qu'il s'annonce.

(10) Dans le même sens, cf. G. ANDRÉANI, « La vague populiste globale : coïncidence ou transformation de la politique », *Questions internationales*, n°83, janv.-fév. 2017, pp. 4-6.

(11) A. WARING (dir.), *The New Authoritarianism. A Risk Analysis of the Alt-Right Phenomenon*, 2018.

(12) Cf. ainsi par exemple, à propos du refus de certains Etats européens de signer le « Pacte mondial pour des migrations sûres, ordonnées et régulières », E. SCHAART, « Under far-right pressure. Europe retreats from UN Migration Pact », *Politico.eu*, 30 nov. 2018. Les Etats-Unis eux-mêmes s'étaient retirés des négociations avant l'été 2018.

(13) Ainsi qu'en témoigne, par exemple, le retrait des Etats-Unis de l'Union postale universelle. Cf. « Les Etats-Unis annoncent leur retrait de l'Union postale universelle », *Le Monde*, 17 oct. 2018.

(14) E. PASQUIER, *De Genève à Nuremberg. Carl Schmitt, Hans Kelsen et le droit international*, Garnier, Paris, 2012, p. 14.

Si D. J. Trump n'a pas – encore – les honneurs de la doctrine française (15), Kelsen y est régulièrement mentionné (16). Il y est alors généralement présenté comme un opposant à Carl Schmitt, notamment en ce qu'il « *croit à la paix par le droit, au rôle pacificateur des juridictions internationales, là où Carl Schmitt n'y voit que faux-semblants et menace à l'ordre des rapports étatiques ou de grands ensembles* » (17). Constituant le « socle philosophique » de la théorie idéaliste des relations internationales (18), la théorie kelsénienne du Droit et des Relations internationales dessine, après la Seconde Guerre mondiale, un chemin qu'emprunteront, certes non sans détours, les principaux acteurs de la reconstruction de la société internationale, à tel point qu'il est sans doute possible de parler à cet égard d'un « moment kelsénien » – assourdi aujourd'hui par les échos d'une perception bien plus schmittienne des relations internationales. Or la « fin du moment kelsénien » annonce, si on en croit les précisions de Kelsen, un monde autrement plus instable et belligène que celui auquel nous avons été accoutumés jusqu'à présent.

LE « MOMENT KELSÉNIEN »

Ce qu'on peut appeler, par commodité, le « moment kelsénien », correspond à l'adéquation, à un moment donné de l'histoire des relations internationales, de deux pans de la théorie du Droit et des Relations internationales de Kelsen.

Deux pans de la théorie kelsénienne du Droit et des Relations internationales

Sans revenir sur ce qui a pu être déjà dit ici (19) et sur ce qui est, par ailleurs, bien connu (20), l'étude des nouveaux populismes à l'aune de Kelsen implique d'exposer tout d'abord ceux des éléments qui, dans sa théorie du Droit, fondent sa conception des relations internationales et des formes que doit prendre leur régulation. Cette théorie permet d'identifier la part du « politique » dans cette régulation et des conséquences, sur cette

(15) Les principaux manuels de *Relations internationales* parus en 2018 n'y font pas référence, pas plus que J.-J. Roche dans ses *Théories des relations internationales*, LGDJ, Paris, paru il est vrai en 2016 dans son édition la plus récente. Un certain nombre d'articles se sont toutefois penchés sur la politique étrangère du Président américain : ils seront cités dans les pages qui suivent.

(16) Cf. par exemple, outre les articles et ouvrages cités dans les références suivantes, J. FERNANDEZ, *Relations internationales*, Dalloz, Paris, 2018, §17, pp. 12-13.

(17) *Ibid.*, §17, p. 13.

(18) F. RAMEL, « Carl Schmitt face à Hans Kelsen : la joute se poursuit à l'échelle internationale », *Etudes internationales*, vol. XL, n°1, 2009, p. 33.

(19) Cf. notamment F. RAMEL, « En lisant Kelsen : droit et conception des relations internationales chez Morgenthau et Bull », *Annuaire français de relations internationales*, vol. XV, 2014, pp. 485-495 ; P. CURRAT, « Hans Kelsen, Carl Schmitt et la Cour pénale internationale », *Annuaire français de relations internationales*, vol. XIII, 2013, pp. 497-525.

(20) Pour un résumé clair et efficace de la philosophie du Droit de Kelsen, en particulier dans le domaine du droit international, on pourra se reporter utilement à N. GANGÉ / F. RAMEL (dir.), *Le Droit international selon Hans Kelsen. Criminalités, responsabilités, normativités*, ENS Editions, Paris, 2018.

dernière, des choix, nécessairement arbitraires, opérés par les acteurs des relations internationales.

Théorie du Droit et relations internationales

Cette régulation suppose notamment, selon l'auteur du fondateur et bien nommé *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts* (21), de dépouiller de leurs attraits politiques et dogmatiques certains des grands concepts chers à la doctrine internationaliste et à la pratique de la fin du XIX^e siècle jusqu'à la moitié du XX^e. Défaits de leur substance, réduits à de simples éléments logiques d'un système juridique plus vaste, ces éléments doivent impérativement perdre leur force politique et, surtout, destructrice de tout engagement juridique. Ainsi en va-t-il, notamment, des trois éléments habituellement présentés comme « constitutifs » de l'Etat et qui reviennent en force aujourd'hui dans le débat public mondial : la « souveraineté », le « territoire » et le « peuple ». Grâce à ce qu'Emmanuel Pasquier appelle joliment des « *inversions kelséniennes* » (22), Kelsen entend changer radicalement la signification que ces termes avaient acquise jusqu'à la Première Guerre mondiale, afin de démontrer que « *l'Etat est déterminé à tous égards par le droit international* » (23).

C'est ainsi que le « peuple », d'abord, est « désacralisé », puisque loin d'être cette entité mystique dotée de certaines caractéristiques culturelles et historiques inaliénables, il ne s'agit que de « *la simple somme des individus d'un ordre juridique donné, sujets des normes constitutives de cet ordre* » (24). Plus précisément, le peuple n'est donc rien d'autre que « *le domaine de validité personnel du droit étatique* » et « *tous les problèmes* » de la théorie de l'Etat ou du Droit public qui se rattachent au peuple résultent dès lors et « *sans exception* » de la seule question suivante : « *quels individus sont habilités et obligés par les normes du droit étatique, et par quels procédés, c'est-à-dire dans quelle relation au droit étatique, ces individus peuvent-ils se trouver ?* » (25). On est bien loin du Reich théorisé par le soutien du régime nazi que fut Schmitt, « *ce concept ordonnateur d'un nouveau droit international* », qui « *émane d'un ordre de grand espace ethnique porté par un peuple* » (26). Aucune dimension ethnique ou raciale dans le « peuple » kelsénien.

La notion de territoire subit la même réduction conceptuelle. Loin de l'« *obsession du territoire* » dénoncée, déjà, par Scelle (27), la théorie

(21) H. KELSEN, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, Scientia Verlag, Aalen, 1960 (1^{re} éd., 1920).

(22) E. PASQUIER, *De Genève à Nuremberg...*, op. cit., p. 207.

(23) H. KELSEN, « Théorie générale du droit international public. Problèmes choisis », *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, vol. XLII, 1932, p. 234.

(24) J. VON BERNSTOFF, *The Public International Law Theory of Hans Kelsen*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, p. 58.

(25) H. KELSEN, « Théorie générale du droit international... », op. cit., pp. 234-235.

(26) C. SCHMITT, *Grossraumordnung*, cité par E. PASQUIER, *De Genève à Nuremberg...*, op. cit., p. 439.

(27) G. SCELLE, « Obsession du territoire », in *Symbolae Verzijl*, Nijhoff, La Haye, 1958, pp. 347-361.

kelsénienne évacue de la conception de l'espace toute dimension transcendante et mythique. « *Juridiquement* », le territoire étatique n'est que « *la limitation du domaine de validité territorial de l'ordre étatique* » (28). Le territoire n'est qu'un espace parmi d'autres : celui que forment les déterminations spatiales de l'ordre juridique « étatique », qu'ainsi elles bornent. Alors que la notion d'« espace » désigne l'une des déterminations du domaine de validité des normes aux côtés du temps, de la personne ou de la matière, le « territoire » désigne quant à lui et simplement l'espace spécifique auquel est limitée, par les normes internationales, la validité des normes constitutives de l'ordre juridique de l'Etat (29). A nouveau, « *cette déconstruction de l'espace à partir de la norme constitue une opposition on ne peut plus marquée par rapport à Schmitt qui, au contraire, 're-substantialise' la terre en la désignant comme intrinsèquement porteuse de normativité. Pour Schmitt, le droit surgit en quelque sorte du sol, il est la condition ontologique de l'avènement du droit* » (30). Et E. Pasquier, à qui nous empruntons ces lignes, de citer la phrase par laquelle s'ouvre le *Nomos de la terre* : « *La terre est appelée dans la langue mythique la mère du droit* » (31).

Enfin et peut-être surtout, afin de découpler le droit international de la souveraineté étatique, la seconde étant accusée de saper la juridicité du premier (32), Kelsen opère une redéfinition de celle-ci – qui aboutit quasiment à sa négation. Ainsi la souveraineté « *ne doit être conçue que comme un simple attribut logique* ». La « *supériorité* » qu'elle induit ne doit s'entendre que de normes « *qui ne peuvent être dérivées d'aucune autre* ». Aussi seul un « *système de normes* » ou un « *ordre juridique* » peut-il être dit « *souverain* » et non un « *Etat personnifié* » ou toute autre entité dotée de volonté (33). La souveraineté, en ce sens, n'est plus ce « *dogme* » emprunt d'« *idées politiques* » et d'« *opinions nationalistes* » (34), mais un concept purement formel, qui ne « *vaut* » que dans le cadre juridique global dans lequel s'inscrit le système juridique étatique et que bornent les normes internationales. Autant dire, comme le fera d'ailleurs explicitement Kelsen dans *Das Problem der Souveränität...*, qu'« *il faut [...] éliminer radicalement l'idée de souveraineté* » (35). L'affirmation doit cependant être prise avec prudence, car cette question de la souveraineté rejaillit chez Kelsen au

(28) H. KELSEN, « Théorie générale du droit international... », *op. cit.*, p. 192.

(29) Sur ce point, cf. notre contribution, « Détermination et délimitation du domaine de validité de l'ordre juridique étatique. Aperçu de la théorie kelsénienne de l'espace », in *Grandes pages du droit international. Les espaces* (vol. IV), Pedone, Paris, 2018, pp. 95-110.

(30) E. PASQUIER, *De Genève à Nuremberg...*, *op. cit.*, p. 207.

(31) C. SCHMITT, *Le Nomos de la terre dans le droit des gens du jus publicum europaeum*, PUF, Paris, 2001, p. 47.

(32) E. PASQUIER, *De Genève à Nuremberg...*, *op. cit.*, not. p. 337.

(33) Pour un résumé de la théorie kelsénienne de la souveraineté dans le cadre de sa théorie du droit international, cf. J. VON BERNSTOFF, *The Public International Law Theory...*, *op. cit.*, not. p. 65.

(34) J. KUNZ, *Völkerrechtswissenschaft und reine Rechtslehre*, cité par T. HOCHMANN, « Hans Kelsen et le constitutionnalisme... », *op. cit.*, p. 28, note 14.

(35) H. KELSEN, *Das Problem der Souveränität...*, *op. cit.*, §65, p. 320.

travers des interrogations relatives à la primauté du droit international ou de la constitution nationale. Or, sur ce point, Kelsen adopte une position politique – et revendiquée comme telle.

Part du politique dans les relations internationales

La théorie kelsénienne du droit suppose l'unité du système juridique, dès lors que l'existence juridique d'une norme se résume à sa validité, entendue comme respect des conditions posées à cette validité par la norme supérieure. Construite notamment en réponse au dualisme théorisé par Triepel, d'après qui « *le droit international et le droit interne sont deux notions différentes* » (36), la théorie kelsénienne n'est cohérente qu'à la condition d'être moniste : « *en adoptant la thèse dualiste sur les rapports des droits interne et international, on s'interdit absolument de reconnaître simultanément caractère obligatoire aux règles de l'un et de l'autre système. S'ils sont différents comme découlant de deux sources différentes, ainsi que le soutiennent les auteurs les plus considérables, il faut renoncer à en déduire la validité d'un seul et unique principe* » (37). Se pose toutefois la question, devenue classique, de la norme fondamentale sur laquelle repose l'intégralité du système moniste : s'agit-il d'une norme internationale ou d'une norme du droit interne ?

Sur ce point, la théorie kelsénienne du droit ne peut apporter aucune réponse, car il s'agit d'une option qui échappe à la sphère juridique. Il s'agit bien d'un « choix » (38) : « *le droit international doit être conçu, ou bien comme un ordre juridique délégué par le droit étatique et par conséquent incorporé à celui-ci, ou bien comme un ordre juridique total qui délègue les ordres juridiques étatiques, qui leur est supérieur, et qui les comprend tous comme des ordres juridiques partiels* » (39). Or, comme l'a noté Verdross avant Kelsen, « *il n'existe pas de chemin juridique qui puisse indiquer son point de départ au constructeur* » (40). Le choix est politique – voire « idéologique » : la primauté du droit international « *joue un rôle capital dans l'idéologie pacifiste* » écrit Kelsen, alors que « *la primauté du droit étatique, la souveraineté de l'Etat jouent un rôle capital dans l'idéologie impérialiste* » (41). Kelsen est, dès lors, particulièrement critique, d'un point de vue politique, de cette seconde option. En effet, « *de l'idée que le droit international ne vaut que grâce à sa reconnaissance par l'Etat [...] ou – ce qui est la même chose – du fait que l'Etat est souverain, on conclut que l'Etat n'est pas nécessairement lié aux traités qu'il a conclus ou qu'il*

(36) H. TRIEPEL, « Les rapports entre le droit interne et le droit international », *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, vol. I, 1923, p. 79.

(37) H. KELSEN, « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public », *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, vol. XIV, 1926, §30, p. 276.

(38) H. KELSEN, *Théorie pure...*, *op. cit.*, not. p. 330.

(39) *Ibid.*, p. 322.

(40) A. VERDROSS, « Die Neuordnung der gemeinsamen Wappen und Fahnen in ihrer Bedeutung für die rechtliche Gestalt der österreichisch-ungarischen Monarchie », *Juristische Blätter*, 1916, p. 123, cité par T. HOCHMANN, « Hans Kelsen et le constitutionnalisme... », *op. cit.*, p. 35.

(41) H. KELSEN, *Théorie pure...*, *op. cit.*, p. 331. Nous soulignons.

est incompatible de se soumettre – même dans un traité qu'il conclut – à une juridiction internationale [...] ou d'être lié par les résolutions prises à la majorité d'un organe collégial, même lorsque cet organe a été institué et sa procédure réglée par un traité conclu par l'Etat considéré ».

Il peut être utile de se souvenir ici que les réflexions de Kelsen sur le droit et les relations internationales trouvent leurs origines théoriques et factuelles dans l'entre-deux-guerre, alors que le Traité de Versailles et la Société des Nations font l'objet d'âpres discussions entre juristes européens, dont Kelsen et Schmitt sont parmi les représentants les plus connus (42). La question de l'organisation juridique des relations interétatiques se pose, dans ce contexte, avec une acuité toute particulière, les uns reprochant à ces instruments leur injustice à l'égard des vaincus, les autres louant un premier effort – certes insuffisant – d'évolution du droit international. Kelsen, qui, tout en étant critique à l'égard des termes de la paix, se classe néanmoins dans la seconde catégorie, se fixe alors pour objectif de « *faire progresser, par [son] action consciente, la technique du droit international* » afin de « *servir la cause de la paix* ». Les « *pacifistes* » doivent en effet « *s'attacher avec la plus grande fermeté* » à « *abolir les guerres et les actes de contraintes analogues* » (43).

De Kant, dont il est conceptuellement proche par bien des aspects, Kelsen retient ainsi l'objectif d'une paix perpétuelle, d'une « *alliance d'une espèce particulière, qui peut s'appeler l'alliance de la paix (foedus pacificum)* », qui différerait du traité de paix (*pactum pacis*) en ce que « *celui-ci veut simplement terminer une guerre, tandis que l'alliance de la paix prétend terminer pour toujours toutes les guerres* » (44). Ce projet, irréalisable mais impératif comme objectif pour Kant, est possible pour Kelsen, qui envisage à terme, bien au-delà même du projet kantien, la création d'un Etat mondial (45). Cet objectif cependant, ainsi qu'il l'a démontré dans ses réflexions sur la place de la norme fondamentale, n'est atteignable qu'à la condition de décisions politiques plutôt que de constructions juridiques. La théorie kelsénienne permet ainsi de « *situer l'arbitraire* » – c'est-à-dire la décision politique – « *à sa juste place* » (46) et Kelsen lui-même a été le promoteur d'une option politique : celle de la primauté du droit international sur le droit interne et, ce faisant, d'une construction cosmopolitique des relations internationales. La théorie pure crée ainsi « *une condition essentielle pour parvenir à une unité politique*

(42) Kelsen y a explicitement consacré plusieurs écrits, dont certains en français : cf. notamment « De la séparation du pacte de la Société des nations et des traités de paix » et « La technique du droit international et l'organisation de la paix », in H. KELSEN, *Ecrits français de droit international*, PUF, Paris, 2001, pp. 221-240 et pp. 251-267. Sur la teneur des critiques kelsénienne et schmittienne à la SDN et au Traité de Versailles, cf. par exemple F. RAMEL, « Carl Schmitt face à Hans Kelsen... », *op. cit.*, pp. 19-21.

(43) H. KELSEN, « La technique du droit international... », *op. cit.*, pp. 257 et 252.

(44) E. KANT, *Projet de paix perpétuelle. Esquisse philosophique*, Vrin, Paris, 2002 (1^{re} éd., 1795), p. 49.

(45) Cf. C. LEBEN, « La notion de *civitas maxima* chez Kelsen », in C. M. HERRERA, *Actualité de Kelsen en France*, Bruylant/LGDJ, Paris, 2001, p. 95.

(46) E. PASQUIER, *De Genève à Nuremberg...*, *op. cit.*, p. 97.

du monde, dotée d'une organisation juridique centralisée » (47). C'est cette option qui a été suivie, en grande partie, après la Seconde Guerre mondiale, témoignant d'un « moment kelsénien » rendu pensable en tant que projet politique par la théorie pure du droit.

Adéquation entre les deux pans de la théorie kelsénienne depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale

De la même manière que l'intérêt de Kelsen pour le droit international naît d'un rejet des thèses nationalistes qui animent alors la doctrine internationaliste, en particulier allemande, le développement du droit international après la Seconde Guerre mondiale naît d'un rejet des thèses et doctrines qui ont permis ce conflit. De la même manière que l'ambition de Kelsen, qu'il partage avec d'autres – Nippold, Krabbe, Duguit, Scelle, Politis, Briery ou Lauterpacht (48), pour ne citer qu'eux – est de fonder un « nouveau droit international », en le libérant des discours nationalistes qui, selon ces auteurs, le minent alors et doivent conduire à sa « réhabilitation » (49), l'ambition des acteurs des relations internationales postérieures à la Seconde Guerre mondiale est de les pacifier en se dotant d'instrument nouveaux, institutionnels et plus contraignants que les précédents. Depuis la fin du conflit mondial et plus encore de la Guerre froide, la « démystification » de l'Etat est à l'œuvre et la politique suivie par les acteurs des relations internationales se montre globalement favorable à la primauté du droit international sur le droit national.

De la fin de la Seconde Guerre mondiale au tournant du XXI^e siècle, la régulation juridique des relations internationales et les décisions politiques qui l'animent sont proches, tout d'abord, de la mystification kelsénienne des éléments constitutifs de l'Etat, dont l'influence « décisive » sur l'évolution du droit international a été plusieurs fois soulignées (50). Le « peuple », par exemple, n'affleure sur la scène internationale qu'en tant que sujet d'un droit spécifique, que n'unifie ni sa culture ni son ethnie, mais sa soumission *de facto* à un régime colonial (51). La conquête de

(47) H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Dalloz, Paris, 1962, p. 196.

(48) Cf. J. W. GARNER, « Le développement et les tendances récentes du droit international », *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, vol. XXXV, 1931, pp. 605-751.

(49) Le terme est de J. L. BRIERLY, *The Basis of obligatio and Other Papers*, Clarendon Press, Oxford, 1958, p. 68, cité par J. VON BERNSTOFF, *The Public International Law...*, p. 6.

(50) Cf. notamment A. CARTY, « The continuing influence of Kelsen on the general perception of the discipline of international law », *European Journal of International Law*, vol. IX, 1998, pp. 344-354 ; C. LEBEN, « Hans Kelsen and the advancement of international law », *European Journal of International Law*, vol. IX, 1998, pp. 287-305, et « Préface », in *Hans Kelsen. Ecrits français de droit international*, PUF, Paris, 2001, pp. 8-24.

(51) Cf. Résolution 1 514 (XV) de l'Assemblée générale des Nations Unies du 14 décembre 1960, notamment point 4 : « Il sera mis fin à toute action armée et à toutes mesures de répression, de quelque sorte qu'elles soient, dirigées contre les peuples dépendants, pour permettre à ces peuples d'exercer pacifiquement et librement leur droit à l'indépendance complète ».

territoires, la « *prise de terre* » (52), l'équilibre spatial des puissances perd de son intérêt dans un monde où les frontières s'ouvrent – de la chute du Mur de Berlin à la construction européenne, des accords de Marrakech sur le commerce international à l'avènement de la dématérialisation des échanges personnels –, les flux et les obligations se font transnationales. Le territoire étatique se déchire en espaces juridiques (douanier, numérique, de libre échange ou de libre circulation...). Quant à la « souveraineté », elle perd de sa substance à mesure que se multiplient les traités internationaux, les normes impératives, les institutions et juridictions internationales.

Le processus de mondialisation qui, depuis les années 1990, a plongé les Etats-nations et le « système westphalien » fondé sur leur souveraineté, dans la crise, le succès grandissant de la doctrine des droits de l'homme et de ses traductions conventionnelles et institutionnelles, qui ont étendu le droit international aux individus, la création, aussi, de tribunaux pénaux internationaux, de cours régionales en matière de droits de l'homme et de la Cour pénale internationale sont autant d'éléments constitutifs d'un « moment kelsénien », en ce qu'ils répondent à la fois à la démythification des éléments constitutifs de l'Etat et aux aspirations de ce dernier concernant l'organisation des relations interétatiques. Tel est le « moment kelsénien » d'Etats déterminés par leurs engagements internationaux et soucieux – toutes proportions gardées – de faire prévaloir ceux-ci sur leur propre droit (53). Or de nombreux indices laissent aujourd'hui penser que ce « moment » n'en fut précisément qu'un.

ECHOS SCHMITTIENS DES RELATIONS INTERNATIONALES ACTUELLES

Depuis, notamment, 2016 et le vote anglais en faveur du « Brexit », se manifestent en effet assez clairement un retour de la souveraineté et une défiance grandissante envers les institutions internationales, particulièrement lorsque ces dernières sont dotées de moyens juridiques ou juridictionnels contraignants pour leurs Etats membres. Les discours du Président des Etats-Unis d'Amérique sont évidemment topiques à cet égard et ne laissent guère de doute, d'une part, quant à sa philosophie des relations internationales, d'autre part, quant à son peu de goût manifeste pour la démythification des éléments constitutifs de l'Etat et la « politique de la paix » promue par Kelsen.

(52) Dans le sens de C. SCHMITT, *Le Nomos de la terre...*, *op. cit.*, notamment p. 51 : « le groupe qui prend une terre se trouve confronté à d'autres groupes et puissances qui prennent ou possèdent des terres. Dans ce domaine, la prise de terre représente de deux façons différentes un titre de droit des gens. Ou bien une partie du sol est soustraite à un espace qui jusqu'alors passait pour libre, c'est-à-dire n'avait pas de maître ou de propriétaire reconnu du point de vue du droit externe du groupe qui prend la terre ; ou bien une partie du sol est enlevée au précédent maître et possesseur reconnu, et attribuée au nouveau maître et possesseur [...]. Dans tous les cas, la prise de terre [...] le titre juridique original, celui qui fonde tout le droit ultérieur ».

(53) Cf. D. ZOLO, « Hans Kelsen: international peace through international law », *European Journal of International Law*, vol. IX, 1998, p. 322.

« *Le monde entier est plus sûr lorsque les nations sont fortes, indépendantes et libres* », déclarait-il ainsi lors de sa première allocution à l'Assemblée générale des Nations Unies en 2017. Et de préciser : « *Le succès des Nations Unies dépend de la force indépendante de ses membres. Pour surmonter les périls du présent, et pour réaliser la promesse du futur, nous devons commencer par la sagesse du passé. Notre succès dépend d'une coalition de nations fortes et indépendantes qui embrassent leur souveraineté, font la promotion de la sécurité, de la prospérité et la paix, pour eux-mêmes et pour le monde. Nous ne nous attendons pas à ce que des pays différents partagent les mêmes cultures, traditions ou même systèmes de gouvernement, mais nous nous attendons à ce que toutes les nations respectent ces deux devoirs souverains fondamentaux, respectent les intérêts de leur propre peuple et les droits de tous* ». Et Trump d'appeler à « *un grand réveil des Nations, au renouveau de leur esprit, de leur fierté, de leur peuple, de leur patriotisme* » (54). Son deuxième discours devant la même Assemblée, en septembre 2018, adopte la même posture, d'une manière peut-être plus tranchée encore : « *L'Amérique agira toujours pour son intérêt national* » ; « *L'Amérique est gouvernée par les Américains. Nous rejetons l'idéologie globaliste et embrassons celle du patriotisme. Tout autour du monde, les nations responsables doivent défendre leur souveraineté [...] contre la gouvernance globale* » (55).

A l'exposé très général de cette philosophie jacksonienne et bien peu kelsénienne des relations internationales (56), répondent en outre des dénonciations plus précises : le retrait, annoncé ou acté, de certaines organisations (UNICEF, Union postale universelle...) ou organes (Conseil des droits de l'homme), ainsi que de certains traités (Accords de Paris sur le climat, Accords de Vienne sur le nucléaire iranien...) ; la critique, sévère, de certaines institutions telles que la Cour pénale internationale (CPI), cela, d'autant plus que John Bolton, le conseiller à la sécurité nationale de D. J. Trump, fut l'un des acteurs du refus des Etats-Unis de signer le Statut de Rome. A l'annonce d'une demande d'ouverture d'une enquête sur des crimes de guerre en Afghanistan (57), impliquant potentiellement des soldats américains, le même Bolton répondait ainsi par la dénonciation d'une institution « *inefficace, irresponsable et carrément dangereuse* », menaçant notamment les juges de la Cour de sanctions financières et de poursuites devant les juridictions américaines si cette enquête devait voir le jour (58). On peut enfin noter le retour au premier plan d'une analyse

(54) « Remarks by President Trump to the 72nd Session... », *op. cit.*

(55) « Remarks by President Trump to the 73rd session of the United Nations General Assembly, New York, NY, September 25, 2018 », disponible sur le site Internet www.whitehouse.gov.

(56) Cf. B. HADDAD, « *America First au pouvoir* », *Politique étrangère*, n°2/2018, p. 97 ; L. NARDON, « *La politique étrangère de D. Trump : une démarche jacksonienne* », in IFRI, *Le Monde selon Trump...*, *op. cit.*, pp. 11-13.

(57) CPI, « *La Procureure de la Cour pénale internationale, Fatou Bensouda, demande aux juges l'autorisation d'ouvrir une enquête concernant la situation en République islamique d'Afghanistan* », Déclaration du 20 novembre 2017.

(58) G. PARIS, « *Pour les Etats-Unis, la Cour pénale internationale est 'illégitime' et 'déjà morte'* », *Le Monde*, 10 sept. 2018.

des relations internationales en termes d'ami/ennemi, Trump n'hésitant pas à affirmer que les Etats-Unis « *ont beaucoup d'ennemis* » et ajoutant qu'il « *pense que l'Union européenne est un ennemi* » (59).

Les Etats-Unis ne sont, en outre, pas seuls dans cette entreprise critique du mode actuel de régulation des relations internationales. L'érection de plus en plus fréquentes de murs et clôtures aux frontières (60), de même que les charges violentes et récentes contre le « Pacte mondial pour des migrations sûres, ordonnées et régulières », pourtant bien anodin, témoignent à elles seules de ces nouvelles crispations des Etats sur leur souveraineté (61), y compris sur le continent européen – la Hongrie, l'Italie ou encore la Slovaquie ayant refusé de signer ce Pacte. Quant à la Slovénie, elle s'est illustrée récemment en refusant d'exécuter un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme, au motif qu'elle ne l'estimait... « *pas convaincant* » (62).

Les exemples pourraient être multipliés, sans que la conclusion ne change. Ces nouveaux régimes n'ont que « *peu de patience face à des postures morales ou un discours centré sur le droit et les normes* » (63). Faut-il en déduire que la théorie schmittienne des relations internationales l'emporterait désormais sur les approches kelseniennes développées plus haut ? Plusieurs éléments permettent d'abonder – mais pas nécessairement de conclure – en ce sens (64). L'écho schmittien des discours actuels raisonne surtout sur la paroi de la souveraineté et de l'opposition ami/ennemi. Pour Schmitt, l'Etat est la « donnée de base » du droit international. A l'inverse de la théorie développée par Kelsen, la souveraineté ne doit pas être « éradiquée », mais être replacée au contraire au centre du jeu international, car c'est la souveraineté de l'Etat, c'est-à-dire la capacité illimitée de ce dernier de décider de la situation exceptionnelle et de désigner des « ennemis » qui permet de « préserver l'ordre concret » tel qu'il existe et que le souverain doit protéger « *coûte que coûte* » (65). Toute institutionnalisation des relations internationales, par le biais notamment d'une organisation mondiale entendant primer sur le droit des Etats, s'analyse ainsi comme « injuste » tant qu'elle ne respecte pas l'égalité des Etats qui la composent

(59) « Trump désigne l'Union européenne comme le principal ennemi des Etats-Unis (avec la Russie et la Chine) », *La Tribune*, 15 juil. 2018. Cf. aussi G. PARIS, « A la tribune de l'ONU, Trump dresse la liste des ennemis des Etats-Unis », *Le Monde*, 19 sept. 2017.

(60) Cf. F. NAISSE / A. NOVOSSELOFF, *Des murs entre les hommes*, La Documentation française, Paris, 2015.

(61) « Manipulations autour du Pacte mondial sur l'immigration à l'ONU », *Le Monde*, 10 déc. 2018.

(62) M. AVBELJ, « Slovenia's Supreme Court rejects the European Court of Human Rights », *Verfassungblog on Matters Constitutionnal*, 26 oct. 2018, disponible à l'adresse verfassungsblog.dr/slovenias-supreme-court-rejects-the-european-courts-of-human-rights/.

(63) B. HADDAD, « *America First...* », *op. cit.*, p. 102.

(64) Cf. M. S. WEINER, « Trumpisme et philosophie de l'ordre mondial », *Project Syndicate*, 23 juil. 2018 ; D. LEWIS, « Carl Schmitt: Nazi-era philosopher who wrote blueprint for new authoritarianism », *The Conversation*, 25 mai 2016; beaucoup plus largement, A. WARING (dir.), *The New Authoritarianism...*, *op. cit.*

(65) F. RAMEL, « Carl Schmitt face à Hans Kelsen. La joute se poursuit... », *op. cit.*, p. 24.

et ne réintroduit pas en son action la notion de justice (66) – que seul l'Etat, en toute hypothèse, est à même de définir. Une telle organisation n'est sinon qu'une organisation illégitime et impérialiste (67). La critique schmittienne d'une cour de justice internationale s'inscrit également et directement dans cette ligne argumentative. Car si « *une cour de justice peut statuer sur des questions de souveraineté [...], elle s'octroie le pouvoir de décision sur la souveraineté, c'est-à-dire l'attribut même de la souveraineté : elle cesse dès lors d'être simplement un arbitre entre les Etats pour devenir un super-souverain* » (68).

Il y a ainsi, assurément, une réverbération actuelle des théories schmittiennes. Faut-il alors évoquer, déjà, l'« avenir incertain du droit international » (69) ?

* *
*

Kelsen s'est intéressé très tôt au droit international, ainsi qu'en témoigne son premier cours à l'Académie du droit international de La Haye, consacré aux rapports de système entre le droit interne et le droit international public (70). Son intérêt pour la question vise à « réhabiliter » un droit que la doctrine allemande a décrédibilisé en l'interprétant, dans un sens très hégélien, comme un simple « droit public extérieur ». L'approche de Schmitt n'est guère différente sur ce point : comme Kelsen, l'auteur du *Nomos...* écrit d'abord en réaction au positivisme volontariste souverainiste de la fin du XIX^e siècle et il y a chez les deux auteurs une volonté de réhabiliter le droit international (71). Cette réhabilitation emprunte toutefois des chemins fort différents.

Chez Schmitt, la souveraineté est une garantie de l'équilibre des puissances, elle est l'assurance de la défense par l'Etat de sa terre et de ses intérêts. Elle n'est pas pour autant négatrice du droit international : ce dernier se bâtit au contraire par la souveraineté, qui assure le respect de l'égalité de ses sujets. Toute instance supérieure à l'Etat, compétente pour dicter à ce dernier quelque conduite que ce soit, est en ce sens négatrice de sa souveraineté et de sa dignité et constitue un danger pour l'ordre établi et l'équilibre des puissances qui constituent l'infra-structure politique et spatiale du droit international (72). C'est ce « contexte »,

(66) Cf. en ce sens la critique formulée par Schmitt à l'égard de la Société des Nations, notamment en ce qu'elle ne fait qu'asseoir la situation née du traité de Versailles sans interroger la légitimité de ce *statu quo* : J. VON BERNSTORFF, *The Public International Law Theory...*, *op. cit.*, pp. 182-183 et pp. 143-145 ; E. PASQUIER, « Qui doit être le gardien du droit international ? Equilibre des grands espaces ou cour de justice internationale ? » in *De Genève à Nuremberg...*, *op. cit.*, pp. 345-537.

(67) F. RAMEL, « Carl Schmitt face à Hans Kelsen. La joute se poursuit... », *op. cit.*, p. 20.

(68) E. PASQUIER, *De Genève à Nuremberg...*, *op. cit.*, p. 493.

(69) R. CHARVIN, « L'impérialisme et le devenir du droit international », *Droits*, n°66 ; 2017/2, p. 04.

(70) H. KELSEN, « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public », *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, vol. XIV, 1926, pp. 227-332.

(71) Dans le même sens, cf. E. PASQUIER, *De Genève à Nuremberg...*, *op. cit.*, p. 337.

(72) *Id.*, p. 339.

cet « ordre concret » qui impose notamment à l'Etat de respecter ces engagements, plutôt donc qu'une instance supérieure, guidée par un groupe d'Etats ou de personnes dépourvus de légitimité.

Chez Kelsen, le chemin suivi est d'abord celui du droit et de la dissociation de ce dernier d'avec la morale. Cette approche permet de cerner la tâche du juriste positiviste : statuer sur la validité des normes, quel que soit par ailleurs leur contenu. Cette théorie pour autant n'est pas elle-même défaite de toute dimension idéologique – quelle théorie pourrait l'être ? Si la théorie pure de droit entend dissocier droit et morale, en particulier dans le domaine des relations internationales, elle permet aussi, ce faisant, à Kelsen de nourrir un projet moral et politique global. Distinguer droit et morale, droit et politique permet précisément d'affirmer ce qui relève de l'un ou de l'autre et de ne pas laisser accroire qu'un projet politique est juridique. En ce sens, la théorie pure révèle le caractère politique de certains choix, là où les prédécesseurs de Kelsen laissaient accroire que certaines options étaient juridiques – quand elles n'étaient que politiques. Ainsi que nous le soulignons précédemment, la théorie kelsénienne permet de « *situer l'arbitraire* », la décision politique, « *à sa juste place* » (73). Si elle permet ainsi de « *débusquer derrière plusieurs concepts établis les opinions nationalistes propagées par la plupart des internationales* » (74), elle ne contraint pas pour autant à renoncer à tout projet politique.

Kelsen lui-même a été le promoteur d'une option politique : celle de la primauté du droit international sur le droit interne et, ce faisant, d'une construction pacifique des relations internationales – quand Schmitt promouvait pour sa part un *statu quo* modelé sur l'exemple de l'ordre européen du *jus publicum europaeum*, un équilibre des puissances garanti par la souveraineté. Or c'est l'option kelsénienne qui a été suivie, en grande partie, après la Seconde Guerre mondiale et c'est ce « moment kelsénien » qui semble prendre fin aujourd'hui – sans pour autant nécessairement remettre en cause la théorie pure du droit. Le retour de la souveraineté auquel nous assistons et l'épuisement des institutions internationales qui l'accompagne ont certes quelque chose de schmittien – les ennemis de Trump comme de Schmitt sont ces Etats qui « *cherchent à imposer des limites extérieures à la souveraineté, et qui conçoivent la communauté politique en termes normatifs plutôt que territoriaux et culturels* » (75) –, mais aussi de kelsénien : la primauté du droit interne et des intérêts nationaux est un choix politique, dont le génie de Kelsen est de l'avoir isolé pour en montrer les dangers, non pas tant pour le droit que pour la paix. En critiquant

(73) *Id.*, p. 97.

(74) T. HOCHMANN, « Hans Kelsen et le constitutionnalisme global : théorie pure du droit et projet politique », *Jus politicum*, n°19, janv. 2018, p. 27.

(75) M. S. WEINER, « Trumpisme et philosophie de l'ordre mondial »..., *op. cit.*

l'accord de Vienne sur le nucléaire iranien au motif que, pour « *arrêter la bombe iranienne* », il faut « *bombarder l'Iran* » (76), le conseiller à la sécurité nationale de D. J. Trump n'a pas démenti H. Kelsen. Il lui a, il faut le craindre, donné raison.

(76) J. R. BOLTON, « To stop Iran's bomb, bomb Iran », *The New York Times*, 26 mars 2015.