

## Chapitre IV- Les fondements du Droit international public.

L'interrogation sur les "*fondements*" du DIP " consiste à rechercher d'où les règles positives du DIP tirent leur validité, leur caractère obligatoire.

Dans la doctrine classique deux grandes catégories de solution seront proposées: les une relèvent de ce que l'on appelle les théories subjectivistes ou volontaristes, les autres, de ce que l'on appelle les théories objectivistes. Nous les examinerons successivement.

### Section I - Les théories volontaristes.

L'idée de base des théories volontaristes est celle selon laquelle la règle de droit a son origine dans l'expression d'une volonté: la volonté de l'Etat.

- **Historiquement**, elles trouvent leur origine dans l'ordre international nouveau sorti de la Renaissance, consacré par les [traités de Westphalie](#) et aggravé plus tard par le mysticisme national et le culte de l'Etat issu de la Révolution française.

**Note traités de Westphalie:** Ces traités mettent fin à la guerre de trente ans et traduisent un affaiblissement de l'empire au profit des Etats (France et Suède grands vainqueurs, indépendance de la Suisse et des Provinces Unies, agrandissement du Brandebourg etc...) signé à Münster et Osnabrück.

- **Idéologiquement**, elles sont le prolongement, dans le domaine du droit, des philosophes [Spinoza](#) et [Hegel](#).

Ces théories, qui fondent toutes le droit international sur la volonté des Etats, se présentent toutefois sous trois aspects différents:

- le volontarisme unilatéral avec Georg Jellinek;
- le volontarisme plurilatéral avec Heinrich Triepel;
- le positivisme avec Dioniso [Anzilotti](#).

**Bibliographie:** Nicolas Israel, "Spinoza, le temps de la vigilance", Payot, 2001.

## Paragraphe I - Le volontarisme unilatéral: la théorie de l'autolimitation.

### A- Présentation de la théorie:

Nous parlerons de son contenu avant d'évoquer ses représentants.

#### a) Contenu:

La théorie de l'autolimitation trouve son origine lointaine dans le droit romain et son origine immédiate dans la philosophie de Hegel pour laquelle l'Etat ("*le véritable Dieu sur la terre*") est une personne juridique d'une nature distincte de celle des individus..

Selon cette théorie , l'Etat ne peut être lié par le droit que s'il y consent. S'il accepte le droit dans l'ordre interne, il est alors lié par ce qu'il l'a accepté. Il peut également se limiter dans ses rapports avec les autres Etats.

**Observation:** On retrouve une idée du même type chez Hitler se déclarant seul interprète de la la "Volksgemeinschaft" (Communauté du peuple) et, à ce titre, créateur du droit.

Par conséquent, le DI apparaît comme le droit qui est composé de règles qui sont acceptées par les Etats dans les rapports avec les autres Etats. L'Etat se limitant alors par intérêt:

-intérêt du commerce international;

-intérêt de la solidarité internationale, etc....

L'autolimitation va se traduire par des conventions où chaque État va s'imposer des devoirs vis à vis des autres. Jellinek prétend que l'intérêt de chaque État est alors de respecter ses engagements.

**Exemple:** On pourra, selon cette approche, présenter l'institution des "Immunités diplomatiques " en disant que l'Etat va "spontanément" accepter de ne pas appliquer sa juridiction aux représentants diplomatiques étrangers pour que ses propres représentants bénéficient des mêmes avantages, et par ce qu'il pense que c'est utile au commerce international. Mais il le fait par un acte unilatéral.

#### b) Représentants:

La théorie de l'autolimitation a été principalement représentée par deux juristes allemands à la fin du XIX ème siècle :

-Georg Jellinek

- Rudolf von Ihering

Selon eux le droit international apparaît en quelque sorte comme un droit interne destiné aux relations avec les autres Etats.

## **B- Conséquences.**

Il découlera de cette conception:

- que lorsque l'Etat n'a pas limité son pouvoir, il est libre d'agir;
- que l'Etat qui a limité sa liberté d'action par sa propre volonté peut modifier cette limitation.

### ***Précision:***

Le volontarisme unilatéral a son origine lointaine dans le droit romain. Rome s'était déjà trouvée devant le problème de la validité des traités et y voyait des "***nuda pacta***", dont l'exécution était discrétionnaire. Cependant l'engagement devenait irrévocable s'il était "***sacrosanctum***", c'est à dire sanctionné par le serment des Etats signataires de se vouer aux dieux infernaux s'ils violaient leur parole. C'était l'"***exécratio***", fondant la validité du traité sur un acte unilatéral de chaque partie.

L'inconvénient majeur de la théorie de l'autolimitation est la possibilité qu'elle ouvre à une très grande instabilité et insécurité juridique. Car rien n'empêche une volonté de se défaire si un accord international est devenu contraire aux intérêts d'un État signataire.

Ce droit international n'aurait donc qu'un caractère obligatoire illusoire, et Jellinek lui-même écrit: "*la communauté internationale est de nature anarchique*".

## **Paragraphe II- Le volontarisme plurilatéral: la théorie de la "Vereinbarung".**

La théorie de la "**Vereinbarung**" (= fusion des volontés, volonté commune, unité de volonté) a été présentée en 1899 par Heinrich Triepel, doyen de la faculté de droit de Berlin. Elle sera reprise un temps par l'universitaire italien Dioniso Anzilotti.

Selon cette théorie, le droit international est certes créé par la volonté de l'Etat, mais il ne résulte pas des volontés "*isolées*" des Etats. Le droit résulte de la volonté commune des Etats.

L'idée que développe Triepel est que: tandis que dans les contrats, le plus souvent, les parties veulent

des choses différentes, dans les traités les Etats veulent parallèlement la même chose. C'est ce phénomène spécial de fusion des volontés, la "Vereinbarung", qui serait le fondement du DIP. De cette communion des volontés jaillit une volonté commune supérieure aux volontés particulières.

**Précision sur le sens de Vereinbarung:** terme dont on se sert dans la doctrine allemande pour distinguer les accords dont les signataires poursuivent le même but, des contrats dont les signataires visent des buts opposés, synallagmatiques.

Cette fusion des volontés peut être expresse (ce sont les conventions), elle peut être tacite (coutume), mais il faut toujours cet accord de volonté.

Pour Triepel: le droit interne résulte de la volonté de l'Etat agissant seul, le DI étant fondé sur la "Vereinbarung". Cette théorie se retrouve dans les pays anglo-saxons exprimée par Hall et L. Oppenheim à la fin du siècle dernier et au début de celui-ci.

### Paragraphe III- Le néo-volontarisme: le positivisme d'Anzilotti.

Nous dirons brièvement un mot de l'approche positiviste du droit, avant d'expliquer comment le néo-volontarisme justifie le caractère obligatoire du droit international par la manifestation de la volonté des Etats.

#### A- L'approche positiviste:

La doctrine positiviste est inspirée de la pensée d'[Auguste Comte](#). Elle est caractérisée par le souci de ne considérer comme règle de droit que ce qui est reconnu et effectivement pratiqué par les Etats. Elle écarte par conséquent les conceptions subjectives du droit.

La doctrine positiviste a été surtout [présentée au début du siècle par Dioniso Anzilotti](#) (1905) et Arrigo Cavagliéri.

Pour Anzilotti l'objet de la science du droit est le droit positif; sa tâche première est de déterminer et d'expliquer les règles en vigueur "*en les composant en forme logique de système*".

**Exemple:** Poser que le DIP repose sur le principe "*pacta sunt servanda*" et considérer que seules les normes qui aboutissent à ce principe appartiennent au droit international ...qui forme ainsi un système autonome par rapport au droit interne.

*Selon la même logique il écartera toute référence à ce qui serait un droit idéal ou au droit naturel.*

## **B- l'explication néo-volontariste du caractère obligatoire du DIP:**

Les positivistes admettent que le droit n'est pas artificiellement créé par l'Etat, qu'il est un fait social dérivant de la vie en société. Par conséquent, un État ne peut pas arbitrairement créer n'importe quel droit. Il doit tenir compte des nécessités sociales. **On ne peut donc pas parler quand au fond d'un volontarisme absolu.**

*Mais si l'Etat n'est pas le créateur du droit au point de vue matériel, son intervention est nécessaire au point de vue formel ( d'où l'idée de néo-volontarisme).*

Il faut en effet que l'Etat donne son "*empreinte*" au droit issu de la vie sociale pour que la règle devienne règle de droit. Il doit nécessairement intervenir pour que la règle devienne obligatoire. Ainsi, par exemple pour Anzilotti et Cavagliéri les règles de droit international sont obligatoires parce qu'elles sont fondées sur leur reconnaissance en tant que telle par les Etats.

Autrement dit, ainsi que l'explique Suzanne Bastid, "*La juridicité résulte non pas de la qualité de la règle, de son contenu, de son mode d'action, mais des conditions d'établissement de la règle*".

Le droit positif apparaît ainsi comme le droit qui a été posé, établi, par une autorité compétente pour le faire. Par conséquent, il est nécessaire que l'Etat intervienne.

Prenant actuellement en compte le rôle joué par les organisations internationales, les positivistes déclareront que la règle de droit international doit être acceptée, sanctionnée, par l'Etat ou par un autre sujet du Droit international.

## **Paragraphe IV- La critique des théories volontaristes.**

Les doctrines volontaristes se voient opposer des objections de deux types:

### **A- Objections logiques:**

- Dire qu'un accord de volonté crée le droit présuppose la préexistence d'une règle qui expliquera pourquoi l'accord de volonté est obligatoire. C'est l'objection que fit en 1907 le juriste néerlandais Hugo Krabbe... Or si l'on accepte la préexistence d'une règle obligatoire on ne peut arguer de la souveraineté absolue de l'Etat.

- D'autre part, même si les positivistes ont répondu qu'ils admettaient la préexistence de la règle fondamentale "*pacta sunt servanda*", axiome indémontrable juridiquement, il faut observer que tout le droit international ne peut être fondé sur cette règle.

**Exemple:** *Le fait illicite dommageable (action ou omission = ne pas prévenir qu'il y a des mines dans ses eaux territoriales) entraîne l'obligation de réparer. Et l'obligation de réparer ne découle pas nécessairement de la règle "pacta sunt servanda". Elle ne suffit donc pas à supporter les théories volontaristes.*

## **B- Objection liée au statut des Etats nouveaux:**

Une autre objection résulte de la constatation que tout Etat nouveau, dès qu'il apparaît, est immédiatement, à la fois, bénéficiaire et obligé par un ensemble de règles à la formation desquelles il n'a pas contribué. Et ces règles s'imposent à lui sans qu'il ait manifesté sa volonté à leur égard.

**Exemples:** Egalité des Etats, liberté de la haute mer etc...

**Observation:** *On pourra essayer d'échapper à cette objection par la "fiction" qui consisterait à dire que l'Etat qui demande à être reconnu est présumé avoir accepté tout le droit préexistant... Mais on observera qu'il y a quand même quelque chose d'illogique à dire, à la fois, que la base du DI est la volonté des Etats et en fait de reconnaître que pour la plupart des Etats ce consentement n'aurait été donné que par le moyen d'une fiction!*

## **Section II- Les théories non volontaristes ou objectivistes.**

Les doctrines objectivistes ont en commun de penser que la règle internationale existe en dehors de la volonté des Etats. Le droit trouverait alors son fondement dans une "*volonté*", *une norme, un principe, qui seraient extérieurs et supérieurs à la volonté de l'Etat.*

Reste alors à définir en quoi elle consiste, et naturellement plusieurs conceptions s'affrontent.

### **Paragraphe I -La théorie du droit naturel: l'objectivisme moral ou métaphysique.**

Cette théorie qui est fort ancienne, connaît de nos jours un sort de retour en vogue, qui nous conduira à évoquer séparément les auteurs anciens et ce que l'on appelle les néo-classiques.

#### **A- Les auteurs anciens.**

### a) Idée générale:

Nous ferons référence essentiellement à des auteurs tels que [Grotius](#) (XVII è), son disciple [Samuel Pufendorf](#) (XVII è) , [Christian Wolff](#) (XVIII è).

Ces auteurs ont admis qu'il existait entre les Etats un droit rationnel issu des données de la conscience, de principes d'ordre et de justice, dictés par la nature raisonnable ou sociable de l'homme.

Ces principes constituent *le Droit naturel* que Grotius, en 1625, définissait comme les: "**principes de la droite raison, qui nous font connaître qu'une action est moralement honnête ou déshonnête selon la convenance ou la disconvenance nécessaire qu'elle a avec la nature raisonnable ou sociable de l'homme**".

En conséquence, selon cette conception, la "raison naturelle" imposerait certaines règles aux relations humaines, même en dehors de toute autorité sociale.

### b) Conséquence pour le Droit international:

Le droit international intimement lié, selon Grotius, au droit naturel, n'est pas créé par les Etats. Il ne sort pas de leur libre consentement. C'est un ensemble de règles objectives, inhérentes à la nature, c'est à dire à la solidarités des peuples. Les Etats ne le font pas naître par un acte de volonté ils le découvrent par un **acte d'intelligence** (*raison naturelle, droite raison*).

Et c'est ainsi qu'au XVIII ème siècle, au nom du droit naturel, on va estimer que le bon ordre de la société internationale est assuré par la reconnaissance des droits fondamentaux de l'Etat:

-droit de conservation;

-droit à l'indépendance;

-droit à l'égalité;

-droit au respect mutuel;

-droit au commerce international.

Droits que l'on considère comme relevant des principes du droit naturel.

Ces conceptions ont eu le mérite de répandre l'idée de soumission de l'Etat au droit et de permettre une critique des règles établies par les Etats, en les confrontant au droit naturel. Certains ont même soutenu alors que la conformité avec le droit naturel était la condition de validité du droit positif.

Reste que le droit naturel n'a pas en soi force d'application et qu'il ne s'impose pas aux Etats. Le positivisme a notamment insisté sur l'idée que le droit naturel ne pouvait pas remplir le rôle social du droit. L'idée d'un système complet de droit naturel a été abandonnée.

## **B - L'école néoclassique.**

Au XX<sup>ème</sup> siècle l'école néo-classique ou **jus naturaliste** est revenue plus modestement au droit naturel. Cette école a été particulièrement représentée en France par Louis Le Fur et en Autriche par [Alfred Verdross](#).

### **a) Contenu de la conception néo classique.**

En partant de l'idée que, quel que soit la façon dont un système de droit s'élabore, celui-ci ne peut trouver sa base que dans un principe objectif s'imposant aux volontés subjectives qu'il régit, l'école néo classique en est venue à affirmer que cette norme fondamentale, ce principe de base, n'était pas seulement logique et formel (comme le soutient Kelsen), mais de nature éthique et sociologique.

Il peut s'agir par exemple de l'obligation morale d'obéir au droit ... qui tout en s'inspirant d'un certain idéal de justice tend à assurer et à maintenir l'ordre social.

Le droit, selon cette approche, tirerait ainsi sa valeur obligatoire du fait qu'il est indispensable à l'ordre social et qu'il est présumé conforme à la justice.

Si les Etats doivent obéir aux règles coutumières et conventionnelles, c'est qu'elles tendraient toutes à adapter l'idée de justice à l'ordre juridique international; c'est qu'elles visent à exprimer et réaliser le "*bien commun*" de la société internationale.

### **b) Les limites de la conception:**

Mais il ne s'agit toutefois pas, pour les tenants de l'école néoclassique d'aller au delà de l'affirmation d'un principe de base, et encore moins d'élaborer un système complet faisant référence au droit naturel.

## **A cet égard l'apport de Le Fur est particulièrement intéressant.**

Il tend à réduire très sensiblement le "*contenu*" du droit naturel au point de ne comprendre que deux règles de fond:

- *l'obligation de respecter les engagements (honnêtes) librement contractés;*
- *l'obligation de réparer tout préjudice injustement causé.*

A cela s'ajoute une règle plus formelle:

- *le respect de l'autorité sans laquelle il n'y a pas de société.*

A la critique de l'insignifiance d'un tel contenu, Le Fur répond qu'il renferme en puissance tout le droit positif.

En insistant sur les termes "*honnête*" et "*injuste*", Le Fur affirme une connexion étroite entre le droit et la morale. La régulation des rapports sociaux par le droit ne saurait se couper de la morale qui, elle, aspire au perfectionnement intérieur de l'homme.

## **Mais la théorie ne va pas au delà de l'affirmation du principe.**

Ainsi que l'exprimait Paul Reuter, il n'est pas d'autre fondement de la force obligatoire du Droit International que les valeurs morales, mais ce fondement n'autorise pas le juriste à en tirer de grandes conséquences pratiques. En effet "il ne lui appartient pas d'anticiper sur la lente incorporation de la morale dans le droit", car c'est la tâche de ceux auxquels la société internationale reconnaît le pouvoir.

Pour Paul Reuter, le fondement moral du droit lui donne force obligatoire mais ne permet pas de l'ordonner.

## **Paragraphe II- La théorie normativiste: la "théorie pure du droit": l'objectivisme logique.**

On peut trouver l'origine de cette théorie dans l'objection du juriste néerlandais Hugo Krabbe aux théories volontaristes: *on ne peut admettre la volonté des Etats comme fondement du droit international qu'à condition de présupposer l'existence d'une règle antérieure précisant que cette volonté doit être obéie, et qui n'a pas été établie par accord formel.*

Or si tel est le cas, il reste alors à établir cette norme et à la situer par rapport à l'ordonnement

juridique international.

Le système de la "*théorie pure du droit*" a été créé par [Hans Kelsen](#) qui avec [Alfred Verdross](#) et J.L. Kunz fonde l'"**Ecole de Vienne**". Le "[normativisme](#)" de Kelsen reconnaît l'existence de l'Etat, mais de façon particulière.

## A- La pyramide de Kelsen.

D'après Kelsen, la conception de l'Etat, être supérieur, doué de volonté est entièrement fictive. Sa théorie entend débarrasser cette conception de ses "impuretés", pour définir une conception nouvelle du droit "la théorie pure du droit".

### a) La remise en cause de la conception de l'Etat.

Hans Kelsen, lorsqu'il était professeur à l'université de Vienne dans les années vingt, expliquait à propos de la création et des fondements de la règle de droit que :

- la personnalité de l'Etat était une fiction, que la
- la volonté de l'Etat était une fiction;
- et que l'on ne pouvait pas véritablement parler de la volonté d'une personne morale.

Il pense par contre qu'il n'y a pas dualité entre droit et l'Etat. L'Etat "**apuré**", selon lui, n'est rien d'autre que le droit. Le droit étant déjà un système normatif, fonde l'Etat qui n'est en fait qu'un procédé d'unification et d'impulsion du droit..L'Etat n'est qu'un simple "ordonnancement juridique" dénué de souveraineté.

Se pose alors la question de savoir où réside la force obligatoire du droit international.

### b) La loi de normativité:

La force obligatoire du droit international découlera d'après Kelsen de la "loi de normativité" dont on trouve l'illustration dans ce que l'on appelle la "pyramide de Kelsen".

## **L'observation de Kelsen:**

Kelsen observe en effet que ce que l'on constate lorsque l'on observe l'ordonnement juridique, c'est l'existence de règles juridiques qui sont établies suivant une procédure conforme à une règle juridique antérieure. Et que toute règle juridique s'appuie sur une règle antérieure et supérieure.

### ***Exemples:***

-En droit interne: l'arrêté devra être conforme au décret, qui sera conforme à la loi, qui le sera à la constitution.

-En droit international on dira que si un État peut légiférer sur sa nationalité, c'est par ce qu'en vertu du droit international cette question de l'attribution de la nationalité appartient aux États.

Partant de cette observation l'adepte de la philosophie kantienne qu'est Kelsen essaiera d'en tirer un système.

## **La formulation de la théorie:**

Il évoque alors l'existence d'une "pyramide juridique" où les normes sont disposées hiérarchiquement:

-chacune tirant sa force obligatoire d'une norme supérieure

-et chacune servant de fondement à une norme suprême, fondement du système tout entier au sommet de la hiérarchie.

Le monde juridique va ainsi se présenter comme une pyramide de normes superposées et l'État se ramène à un ensemble de règles qui sont établies conformément aux règles de l'ensemble de la société internationale.

Ainsi qu'il l'écrit: " ni la volonté de l'État, ni la volonté des parties contractantes ne sont la source suprême du droit car les volontés n'obligent que sur la base d'une règle".

Dans le système de Kelsen, le DI va apparaître comme le droit de la société globale. C'est ce système de droit qui déterminera le domaine de la compétence de l'État.

On passera ainsi du DI au droit interne par un système cohérent de règles qui s'emboîtent en quelque sorte les unes dans les autres. C'est ce que Kelsen appelle le système pyramidal de normes.

Mais s'il y a une "pyramide" les questions qui se poseront seront celles de savoir:

- quelle sera la norme qui se trouvera au sommet de cette pyramide et dont tout le système découlera?
- quelle sera la nature de cette norme?

## **B- La norme originelle:**

Si l'univers juridique est une pyramide de normes hiérarchisées qu'elle est la règle qui va occuper le sommet de l'édifice?

Il est évident qu'elle n'est pas juridique (=si on appelle ainsi une norme tirant sa validité d'une autre). Quelle est donc sa nature?

### **a) La nature de la norme:**

Pour Kelsen et ses disciples, italien comme Anzilotti ou [Verdross](#) en Autriche, cette norme originelle sera une norme supposée ou hypothétique: **elle ne sera qu'une hypothèse scientifique.**

Elle n'est pas une norme prenant appui dans le donné sociologique ou moral. Mais une présupposition déterminée par des exigences purement logiques, nécessaires pour expliquer et soutenir le donné normatif.

### **b) Le contenu de la norme:**

Pour ce qui est du contenu de cette norme suprême, originelle, il se réduisait à l'origine pour le droit conventionnel au principe "*pacta sunt servanda*" qui appartient au droit international coutumier. C'est à dire qu'en dernière analyse le DI tirerait sa force obligatoire du principe d'après lequel les pactes librement conclus doivent être respectés.

Observant alors que l'évocation de ce principe coutumier avait pour résultat de placer, dans la hiérarchie des normes le traité au dessous de la coutume, Kelsen devait trouver une réponse à la question: "Pourquoi la coutume oblige-t-elle?". Quel est le fondement du caractère obligatoire de la coutume?

Kelsen y répond alors en "*supposant*" que ce fondement réside dans une norme supérieur qui l'exige et non dans un consentement tacite. Ainsi qu'il l'écrit:

" C'est en vertu d'une norme supposée ou hypothétique. Un État est juridiquement obligé de se comporter de la manière dont les autres Etats se comportent habituellement."

Kelsen reste alors dans le domaine de l'hypothèse, du postulat abstrait indémontrable.

### **C- Les critiques à la théorie de Kelsen:**

La principale critique adressée à la théorie de Kelsen tient à son caractère artificiel.

Si, en effet elle présente sur le plan du raisonnement juridique, et de l'analyse logique, une approche séduisante, l'image qu'elle donne du droit est historiquement contestable.

Dans le système Kelsénien les règles du droit international (pyramide oblige) conditionnent les règles du droit interne. Cela peut paraître exact logiquement, mais cela n'est pas historiquement vérifié.

L'Etat en effet s'est constitué comme une société complète avant que la société internationale ne soit organisée et ait vraiment élaboré des règles de caractère général.

Historiquement ce sont les Etats qui, peu à peu, dans leurs rapports mutuels ont développé un système de droit. Ce n'est pas ce système de droit qui a en quelque sorte défini et commandé la condition des Etats.

La théorie normativiste incapable de démontrer le bien-fondé du postulat abstrait sur laquelle elle repose n'apporte donc pas une réponse absolue au problème des fondements de la force obligatoire du DIP.

**Observation:** Dans la doctrine française contemporaine on pourra rattacher Jean Combacau à cette tendance.

### **Paragraphe III- La théorie de l'école sociologique: l'objectivisme sociologique.**

Se rattachant à la pensée d'[Émile Durkheim](#), l'un des pères de la sociologie, et s'inspirant des thèses solidaristes de Léon Duguit, cette théorie appliquée au droit international a été élaborée par les disciples de Duguit: Georges Scelle, Nicolas Politis et Marc Réglade.

## A- L'École sociologique et Duguit:

Le point de départ du raisonnement de l'école sociologique repose sur la volonté de se débarrasser de la notion de "**personnalité de l'Etat**" de l'Etat telle qu'elle apparaissait dans la doctrine allemande: c'est à dire d'un État apparaissant comme doté d'un pouvoir suprême à l'encontre des individus, et créant librement le droit (Hegel).

Par rapport à cette doctrine, l'école sociologique distingue les gouvernant et les gouvernés. Les gouvernants exerçant à l'égard des premiers des pouvoirs définis par le droit.

Or, c'est là la grande différence, pour Duguit le droit n'est pas le résultat de la volonté de l'Etat, mais le résultat de la vie sociale, des nécessités de la vie en société...dans un monde où les sociétés sont multiples: églises, associations, Etats, société internationale.

- Pour Duguit, dont il faut partir pour arriver à Georges Scelle:

- la base du droit est le fait de la *solidarité* et de l'interdépendances des hommes;

- de ce fait naissent des règles sociales *nécessaires* car sans elles la vie en commun ne serait pas possible;

- de caractère économique et moral, elles deviennent *des règles juridiques lorsque les individus estiment que le bon fonctionnement de la société doit emporter la sanction de leur application.*

Ainsi selon Duguit la fonction du droit se rapporte à l'individu et non à L'Etat, séparé et soumis au droit.

- Mais la solidarité s'étend au delà des limites de l'Etat.

Alors se forme un droit international (*inter social* selon Duguit) qui a le même fondement que le droit interne. Un droit qui n'est pas "*créé*" mais **qui repose sur le "fait", extérieur à toute volonté humaine de la solidarité et de la justice**

## B- La théorie de Georges Scelle: la théorie de l'école sociologique appliquée au droit.

Georges Scelle fonde aussi le droit sur le fait de solidarité. Il étend la conception solidariste de Duguit à la société internationale et observe que la solidarité sociale y est le fait d'individus comme dans la société interne.

Il n'existe dès lors, selon lui aucune différence de nature entre l'une et l'autre puisqu'elles sont toutes deux "*sociétés d'individus*". Ainsi qu'il l'écrit:

**"La société internationale résulte non pas de la coexistence et de la juxtaposition des Etats, mais au contraire de l'interpénétration des peuples par le commerce international (au sens large). Il serait bien curieux que le phénomène de sociabilité qui est la base de la société étatique s'arrêtât aux frontières de l'Etat".**

Il en arrive ainsi à une conception du droit international compris comme l'ordre juridique d'une société universelle des peuples, des **gens**, en prenant le mot gens dans son sens commun d'individus. Cette conception repose sur un raisonnement et entraînera la mise en oeuvre de principes spécifiques.

### **a) La conception sociobiologique du droit.**

Georges Scelle baptise lui même son système de "*conception biologique du droit*". Le droit a pour lui une origine unique, la loi biologique des sociétés humaines.

- On peut l'analyser en disant que les faits sociaux font apparaître un certain nombre de normes d'une évidence telle qu'une société qui ne s'y conformerait pas irait à sa perte. La société ne peut pas, à moins de se suicider, méconnaître les règles élémentaires de la solidarité, c'est à dire la loi biologique de l'espèce.

Ce sont ces règles qui déterminent les normes de conduite humaine, autrement dit qui engendrent *le droit*.

- La conséquence de ce principe est que l'Etat:

\* *sur le plan interne* , ne crée pas le droit. Il exprime un droit qui résulte des rapports sociaux. *Le droit est donc en quelque sorte le produit de la vie sociale, et l'Etat, à certains moments le constate.*

### ***Exemples:***

-Évolution des réglementations relatives à la condition féminine: droit de vote, I.V.G., contraception.

-Évolution relatives au statut des homosexuels et débat sur le pacte civil de solidarité(PACS).

\* *Il en va de même dans la société interétatique* qui nécessairement, en tant que fait social spécifique,

va également "sécréter son droit".

**Exemple:** on pourra faire un rapprochement avec la formation spontanée de la règle coutumière positive,; liberté de la haute mer.

- Ainsi en principe , selon Georges Scelle, le droit positif doit en quelque sorte "naturellement" traduire la nécessité sociale.

Mais ce n'est qu'une présomption et il pourra se faire que le droit positif ne traduise pas cette nécessité sociale. Dans ce cas, il se produira des rétablissements d'équilibre violents destinés à ajuster la nécessité sociale et le droit positif. En droit interne ce sera la révolution et en droit international la guerre.

## **b) Le développement de la théorie.**

Sur la base de ces différentes observations Georges Scelle va caractériser le DI par deux lois essentielles;

### **• La loi de la hiérarchie des normes:**

L'ordre juridique composé (=société internationale) domine et conditionne les ordres juridiques composants (= Etats).

Pour lui il est nécessaire qu'il en soit ainsi, pour que l'ordre juridique supérieur ne soit pas une morale sans efficacité.

Donc, les ordres juridiques étatiques ne peuvent être souverains, ils sont subordonnés à l'ordre juridique international.

### **• La loi du dédoublement fonctionnel:**

La société internationale, on le sait, ne comporte pas d'organe législatif, judiciaire et exécutif à compétence générale. Ces fonctions sont exercées par les gouvernants nationaux qui agissent à la fois pour leur compte et pour celui de la collectivité internationale, en établissant le droit, en le vérifiant et en l'exécutant.

Ce système est certes considéré comme imparfait, mais les auteurs estiment qu'il s'inscrit dans une perspective d'évolution de la société internationale développant à la fois la hiérarchie des normes et des organisations.

## C- Critique de la théorie sociologique:

Si l'on a reconnu à la théorie de Georges Scelle le mérite d'avoir pris en compte dans l'évolution du droit international l'apparition de faits nouveaux tels que le rôle des individus et d'autres groupes que l'Etat (OI,églises etc..), on lui a cependant reproché un certain nombre de choses.

**a) Sa base philosophique:** le positivisme sociologique et philosophique absolu (=le devoir-être procède de l'être) est généralement abandonné aujourd'hui.

**b) De partir d'une conception a priori** de ce que doit être un ordre juridique et de procéder par pétition de principe.

**c) De considérer que le système juridique international** doit nécessairement être inspiré du modèle étatique.

**d) D'ignorer totalement l'importance de la technique de l'accord** dans la vie internationale. Cette technique n'apparaît pas, en effet dans le système de Georges Scelle.

**e) De supposer, dans la loi du dédoublement fonctionnel des comportements** (ex: souci de l'intérêt international avant l'intérêt national) qui sont loin d'être démontré dans la réalité...et qui au contraire tendraient à prouver que l'on remet le pouvoir de décider de l'ensemble (DI&di) au plus fort, c'est à dire à l'Etat.

**Observation:** On pourra rattacher à cette approche sociologique des auteurs tels que Roberto Ago, Marcel Merle, Charles de Visscher et Michel Virally.

## Conclusion du chapitre:

Les différentes théories que nous avons évoquées ont chacune leur vision propre des fondements du droit international. Elles ont toutes leurs imperfections et leurs incertitudes. Elles ont le mérite de nous indiquer un certain nombre de directions de réflexions tout en révélant, dans leurs faiblesses, l'aspect d'une matière qui est encore en pleine évolution.

En ce qui nous concerne, s'il faut se déterminer par rapport à ces théories, nous pensons, comme Alain Pellet, que l'approche sociologique, même si elle a des faiblesses certaines, a le grand mérite d'éviter de faire du droit un système clos et, en le situant dans son contexte social, d'en faire mieux comprendre les ressorts et les fins.