

La nature fédérative des « rapports de système » : la théorie du « fédéralisme normatif » développée par Georges Scelle

-
**Communication présentée au VIII^o Congrès français de droit constitutionnel,
A.F.D.C., Nancy, 16-18 juin 2011**

DUPÉRÉ

Cette communication a été conçue en vue de sa présentation dans le cadre de l'atelier n° 5 du Congrès de l'A.F.D.C., intitulé « Droit constitutionnel et théorie et philosophie du droit » et dirigé par MM. les Professeurs Otto Pfersmann et Jean-Pierre Machelon. Elle s'inscrit dans l'un des trois thèmes définis par ces derniers, celui des « rapports de systèmes, pour autant qu'il concerne le droit constitutionnel ». L'objet de cette communication sera défini en plusieurs étapes, marquées par la succession des paragraphes ci-dessous.

§ 1 - Cette communication vise à fournir des éléments de réflexion théorique et philosophique, et peut-être même de réponse, aux questions posées par le développement contemporain de divers systèmes juridiques en ce qui concerne la « nature juridique » de leurs rapports¹. En cela, elle semble d'ailleurs présenter un certain degré d'originalité dans le cadre de ce Congrès organisé sur le thème général de la « circulation du droit constitutionnel » : elle apparaît seule à être spécifiquement axée sur le thème des « rapports de systèmes » définis par les responsables de l'atelier n°5, et donc à envisager la question des rapports entre « droit constitutionnel et droit externe » sous un angle spécifiquement théorique et philosophique (l'atelier n° 2, qui est dédié à cette dernière thématique, apparaissant très largement axé sur des questions de droit positif)².

§ 2 - Plus précisément, cette communication vise à fournir des éléments de réflexion théorique et philosophique, et peut-être même de réponse, aux « interrogations que pose l'exigence de primauté d'ordres juridiques dont l'existence semble pourtant dépendre du droit constitutionnel plutôt que l'inverse »³. Les responsables de l'atelier ont ainsi défini une problématique dont il importe de préciser les différentes composantes ainsi que la portée.

1) La première composante semble bien être la proposition générale suivant laquelle si un ordre juridique détermine l'existence d'un autre ordre juridique, alors le premier dispose de la primauté sur le second. Cette proposition générale reflète visiblement les deux idéaux-types des théories monistes relatives aux rapports entre droit international et droit interne, mis en évidence par Hans Kelsen et aujourd'hui connus au point qu'au-delà d'un simple rappel, il ne sera guère insisté sur la démonstration de celui-ci⁴.

¹ Grille d'analyse définie par les responsables de l'atelier (disponible en ligne à l'adresse suivante : <http://www.droitconstitutionnel.org/>).

² Grilles de lectures définies par les responsables des neuf ateliers du Congrès, et communications soumises à ces derniers (disponibles à l'adresse électronique mentionnée dans la note infrapaginale précédente).

³ Grille d'analyse définie par les responsables de l'atelier, *ibid.*

⁴ KELSEN, Hans, « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public », *R.C.A.D.I.*, 1926-IV, pp 227-329, spéc. pp 276-277. L'essentiel de la construction théorique de Hans Kelsen se trouve présenté dans ce cours. Si d'importantes modifications y seront apportées par la suite, celles-ci portent sur des points bien définis et visent seulement à renforcer la réflexion initiale.

La première hypothèse envisagée par le juriste autrichien est celle du monisme à primauté du droit international. S'appuyant sur sa théorie de la hiérarchie des normes juridiques, celui-ci montre que l'une des manières de concevoir « les rapports de système entre le droit interne et le droit international » consiste à opérer une connexion entre la hiérarchie des normes internationales et la hiérarchie des normes internes (la première étant de même nature que la seconde). C'est cette connexion qu'a pour objet d'explicitier sa théorie de la « délégation du droit interne par le droit international ». Il en résulte qu'il n'existerait qu'un seul ordre juridique, structuré en conséquence par une seule hiérarchie des normes, celles dont la validité repose en fin de compte sur la seule norme fondamentale du droit international⁵.

La seconde hypothèse envisagée par le juriste autrichien est celle du monisme à primauté du droit interne. À défaut de retenir la première hypothèse, il est inévitable de se poser la question suivante : « comment, s'il n'existe pas de puissance, c'est-à-dire d'autorité qui lui soit supérieure et qui ait qualité pour légiférer [c'est-à-dire, dans le cas où la possibilité théorique d'une délégation du droit interne par le droit international ne serait pas retenue] l'État peut-il être juridiquement obligé vis-à-vis d'autres États ? »⁶. La solution réside dans une double reconnaissance purement volontaire : « si l'État ou plus exactement l'État que nous avons appelé 'national' est souverain, il ne peut, ses organes et ses sujets ne peuvent être valablement obligés par le droit international envers un État étranger que s'il a reconnu ce droit international et aussi d'ailleurs cet État étranger »⁷.

⁵ En ce qui concerne la teneur de la norme fondamentale du droit international, force est de constater que Hans Kelsen a été assez hésitant. Certes, il admet en 1926 que l'hypothèse de la primauté du droit international suppose de « fonder la validité du droit international ou de certaines de ses règles, non plus sur la soi-disant volonté de l'État, mais sur une autorité qui a qualité pour poser des règles indépendamment d'elle » (*Idem*, spéc. pp 303-304), et d'élucider en particulier le fondement du caractère contraignant de la règle de droit international général *Pacta sunt servanda* (*Idem*, spéc. pp 300-306). Mais, manifestement gêné par la carence institutionnelle qui distingue en pratique le droit international du droit étatique - celle-ci ne participant toutefois pas d'une quelconque « nature » du droit international (*Idem*, spéc. pp 318-319) - , il se garde de conclure fermement en ce qui concerne la teneur précise de la norme fondamentale du droit international. Il se montre plus précis en 1932, mais tout en restant sur un terrain général et en ne prenant pas spécifiquement position sur la question : « Tant qu'il n'y a pas d'organe central, il n'y a pas d'autre mode de formation et de développement de ces normes possible à titre primaire que la formation et le développement coutumiers. *Vaut comme droit ce que les membres de la société ont coutume de pratiquer comme tel* » (« Théorie générale du droit international public. Problèmes choisis », *R.C.A.D.I.*, 1932-IV, volume n° 42, pp 117-351, spéc. p 127. Mis en italiques pour les besoins de la démonstration). Il faut attendre 1945 pour voir Hans Kelsen trancher dans le vif, à partir de ses réflexions précédentes, en définissant l'hypothèse transcendantale nécessaire au concept de droit international dans le sens d'une habilitation des gouvernants étatiques à *créer* du droit à partir d'un certain nombre d'actes caractérisés : « La norme fondamentale du droit international doit [...] être une norme qui pose la coutume comme fait créateur de droit ; on peut l'énoncer comme suit : les États doivent se conduire comme ils ont accoutumé de se conduire » (*General Theory of Law and State*, New-York, Russell and Russell, 1945 – *Théorie générale du droit et de l'État*, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., collection « La pensée juridique », 1997, 518 pp, spéc. p 415).

⁶ KELSEN, Hans, « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public », *ibid.*, spéc. pp 289-290.

⁷ *Idem*, spéc. p 291. Il faut insister sur la portée de cette double reconnaissance. D'une part, « du fait de la reconnaissance, le droit international rentre dans le droit interne de l'État national » (*Idem*, spéc. p 294). D'autre part, « l'État étranger doit être considéré comme une partie de cet ordre national qui le reconnaît, c'est-à-dire le délègue. Autrement dit : si l'ordre juridique national est l'ordre juridique suprême, qui ne se déduit d'aucun ordre supérieur, seule sa norme fondamentale pourra, en dernière analyse, conférer la force obligatoire à un ordre juridique quelconque. [...]. L'État étant précisément caractérisé dans cette conception, inhérente à la théorie de la reconnaissance, par sa souveraineté, aucune collectivité étrangère ne peut être un véritable État, parce que ne reposant que sur la reconnaissance, c'est-à-dire sur la délégation de l'État national, on ne peut y voir un ordre suprême » (*Idem*, spéc. p 295).

Pour Hans Kelsen, il y a là deux véritables « hypothèses juridiques » dans la mesure où : d'une part, toute théorie suppose la réduction des objets pertinents à l'unité ; d'autre part, la conception du monisme à primauté du droit interne permet précisément de réduire l'ensemble des données positives à « un seul et unique ordre juridique », comme tel est par ailleurs le cas - mais dans une autre direction - de celle du monisme avec primauté du droit international⁸. C'est mettre en évidence que c'est bien le caractère rigoureusement théorique de la démarche suivie par Hans Kelsen, qui rend impossible le choix du théoricien entre l'une de ces deux « hypothèses juridiques »⁹.

Ainsi, les responsables de l'atelier paraissent en première analyse avoir défini l'un des thèmes de celui-ci dans une perspective rigoureusement normativiste.

2) La seconde composante de la problématique définie par les responsables de l'atelier a trait au décalage que révèle l'application de la proposition générale à certains aspects du droit positif contemporain : certains ordres juridiques prétendent avoir la primauté sur le droit constitutionnel (c'est-à-dire tout ordre juridique régi par une constitution nationale), alors même qu'ils semblent procéder de ce dernier.

Pour les responsables de l'atelier, il existe ainsi un conflit entre une prétention et une apparence. La prétention suppose que le droit constitutionnel procède de l'ordre juridique prétendant à la primauté, c'est-à-dire l'invalidité de l'apparence (qui ne serait alors qu'un mirage). L'apparence suppose que l'ordre juridique en question ne serait que prétendument supérieur au droit constitutionnel, duquel il procéderait en réalité (la prétention ne serait alors qu'une idée fausse, c'est-à-dire une erreur ou une tromperie).

Puisqu'au regard de certaines évolutions du droit positif, la proposition générale de type kelsénien retenue par les responsables de l'atelier semble ainsi dégénérer en une valse des trompe-l'œil, ceux-ci en viennent apparemment à mettre en doute la validité théorique et philosophique de cette proposition générale. Il semble que ce doute puisse être traduit en particulier à travers la question de savoir si et dans quelle mesure une théorie et/ou une philosophie du droit pourrai(en)t expliquer/justifier le fait/l'idée que tout en procédant du droit constitutionnel national, un ordre juridique puisse disposer de la primauté sur ce dernier ?

⁸ *Idem*, spéc. p 296.

⁹ Il importe de préciser qu'en tant que théoricien du droit, Hans Kelsen n'a *jamais* effectué un quelconque choix en faveur de l'une ou de l'autre de ces deux « hypothèses juridiques » : il a simplement mis en évidence que l'opposition des deux théories se résumait en définitive à « l'antagonisme radical de deux conceptions éthico-politiques » (*Idem*, spéc. p 323). Il a ainsi souligné que la théorie du monisme à primauté du droit interne résulte de l'application, à l'objet « droit », d'une conception subjectiviste de la connaissance ; et, par conséquent, « va de pair avec 'l'égoïsme étatique' d'une politique impérialiste » dont la philosophie du droit de Hegel constitue l'expression la plus achevée selon lui (*Idem*, spéc. p 323-325). Il a par ailleurs relevé que la théorie du monisme à primauté du droit international résulte de l'application, à l'objet « droit », d'une conception objectiviste de la connaissance ; et correspond à « l'idée fondamentale du pacifisme, antithèse de l'impérialisme en matière de politique internationale » (*Idem*, spéc. p 323-325). En tant qu'homme doué de certaines opinions morales et politiques, Hans Kelsen n'a *jamais* douté de la « supériorité morale de l'objectivisme juridique », ce qu'il souligne de façon remarquable en conclusion du cours donné en 1926 à l'Académie de droit international de La Haye (*Idem*, spéc. p 326). L'homme peut-il sans contradiction intervenir en conclusion des travaux du théoricien ? Si Hans Kelsen y répond positivement en 1926, force est de constater qu'il ne s'y risquera plus jamais par la suite, laissant alors le théoricien exposer les deux termes du choix moral et politique possible (Ainsi, dans sa *Théorie générale du droit et de l'État*, op. cit., spéc. pp 431-433. Ou encore, dans sa *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962, collection « Philosophie du droit », 2^{ème} édition, 496 pp, spéc. pp 449-452).

3) Il importe d'approfondir la portée de cette question de savoir si et dans quelle mesure une théorie et/ou une philosophie du droit pourrai(en)t expliquer/justifier le fait/l'idée que tout en procédant du droit constitutionnel national, un ordre juridique puisse disposer de la primauté sur ce dernier.

Il semble que du sens de la réponse à y apporter, dépende celui de la question relative à la capacité d'une entreprise de théorie et/ou de philosophie du droit à influencer sur les « rapports de système », ou à rendre compte de ceux-ci. La perspective retenue par les concepteurs du Congrès renforce cette analyse de la portée à accorder à la problématique susmentionnée : ayant souhaité axer ce dernier sur le thème de la « circulation du droit constitutionnel », ils ont par là-même invité à se demander notamment, d'une part si et le cas échéant dans quelle mesure les « rapports de système » peuvent être caractérisés par une influence de la théorie et/ou de la philosophie du droit sur le droit positif, d'autre part si et le cas échéant dans quelle mesure le droit positif peut avoir un impact sur la conception théorique et/ou philosophique des « rapports de système ».

La perspective ainsi retenue par les responsables de l'atelier apparaît ainsi relativement originale, dans la mesure où la question relative à la capacité de la théorie et de la philosophie du droit à saisir les « rapports de système » a tendu à être formulée de manière autonome puis à être alors résolue dans un sens plutôt négatif.

a) Certains auteurs ont déjà soutenu que cette dernière question ne pouvait être résolue que dans un sens complètement négatif. Il est impossible, à ce sujet, de ne pas se référer aux célèbres conclusions que Michel Virally a tirées d'une critique épistémologique des travaux théoriques relatifs aux « rapports entre droit international et droits internes »¹⁰.

En effet, celui-ci soutient en substance que seule « l'observation des réalités de la vie internationale contemporaine » permettrait d'appréhender correctement ces rapports¹¹, et il mobilise plusieurs arguments afin d'étayer son jugement. Tout d'abord, cette approche réaliste a permis de donner le « coup de grâce » aux théories dualistes traditionnelles¹². De plus, elle permet de nier la possibilité de choisir entre primauté du droit interne et primauté du droit international qu'une approche moniste théorique laisserait inmanquablement ouverte

¹⁰ VIRALLY, Michel, « Sur un pont aux ânes : les rapports entre droit international et droits internes », *Mélanges offerts à Henri Rolin – Problèmes de droit des gens*, Paris, Pédone, 1964, 534 pp, spéc. pp 488-505.

¹¹ *Idem*, spéc. p 494.

¹² *Idem*, spéc. p 489. Ces théories dualistes traditionnelles sont principalement celles d'Heinrich TRIEPEL (« Les rapports entre le droit interne et le droit international », *R.C.A.D.I.*, 1923-I, volume n° 1, pp 73-121) et de Dionisio ANZILOTTI (*Cours de droit international*, Paris, Sirey, 1929, 534 pp - Réédition aux Éditions Panthéon-Assas, collection « Les Introuvables », 1999). Michel Virally s'appuie plus particulièrement sur un article publié peu de temps auparavant, celui de Krystyna MAREK, « Les rapports entre le droit international et le droit interne à la lumière de la jurisprudence de la Cour Permanente de Justice Internationale », *R.G.D.I.P.*, 1962, pp 260-298. Celle-ci estime, au terme d'une étude très détaillée, que « malgré son credo dualiste, la Cour a été amenée à examiner la conformité du droit interne avec le droit international, à proclamer la primauté de ce dernier, à atteindre une règle de droit interne, déclarée non conforme au droit international, dans sa validité interne, à faire pénétrer le droit international dans le droit interne avec effet prépondérant et, finalement, à appliquer le droit interne comme norme applicable au litige international », car « elle y a été contrainte par les nécessités de sa fonction. [...] / [...] trop souvent, la théorie s'est réduite à des mots qui ne correspondaient pas aux réalités. Et ce n'est pas le nom – *Schall und Rauch* – qui importe, mais précisément les réalités juridiques », spéc. p 298.

selon lui : « l'observation » révèle l'existence d'un droit international, lequel « est inconcevable autrement que supérieur aux États, ses sujets. Nier sa supériorité revient à nier son existence »¹³. Plus encore, cette approche réaliste permet de réfuter doublement le principe même d'un monisme. Celui-ci méconnaît d'abord selon lui cette réalité élémentaire d'après laquelle « L'État trouve en lui-même, dans l'assentiment du groupe humain qu'il intègre, le fondement de sa légitimité » : la « source » de tout ordre juridique étatique est ainsi distincte de celle de l'ordre juridique international (laquelle n'est cependant guère précisée par l'auteur)¹⁴. Le principe même d'un monisme méconnaît également d'après lui une seconde réalité élémentaire : ce n'est pas entre le droit international et le droit interne que se pose une question de rapports, mais entre le droit international et une pluralité d'ordres juridiques étatiques¹⁵. L'« observation des réalités de la vie internationale contemporaine » permet en d'autres termes de constater l'existence d'un « pluralisme à primauté du droit international » que les internationalistes doivent se borner à enregistrer, sans chercher à en construire une théorie¹⁶.

Dès lors, son approche réaliste permet à Michel Virally d'aboutir à deux conséquences. Il en résulte d'abord que la primauté du droit international « n'est établie, en tout cas, que *dans l'ordre international*. La méthode que nous avons suivie empêche d'en déduire la supériorité du droit international dans l'ordre interne, en raison même de l'autonomie qui lui est reconnue »¹⁷. Il en résulte ensuite que n'importe quelle difficulté surgissant « dans l'ordre interne » à propos de la « supériorité du droit international » doit s'analyser d'après Michel Virally comme une simple « particularité de l'organisation étatique », un simple problème de « répartition des compétences à l'intérieur de l'État, sans portée sur la force juridique du droit international »¹⁸. La suprématie du droit international étant en tout état de cause préservée dans son principe, « on se trouve en présence d'innombrables problèmes de *collaboration* entre les deux ordres, auxquels il faut chercher, de façon réaliste, des solutions efficaces et simples »¹⁹, pour mieux l'affirmer dans ses modalités internes. C'est pourquoi, si « les rapports entre droit international et droits internes soulèvent deux sortes de difficultés : une question théorique et une multitude de problèmes pratiques », « Ceux-ci sont suffisamment importants et difficiles pour qu'on n'en complique pas les termes et qu'on n'empêche pas l'application de solutions possibles en résolvant celle-là de façon exagérément dogmatique »²⁰.

b) D'autres auteurs ont plus récemment répondu à la question susmentionnée d'une manière qu'il est possible de qualifier de partiellement négative, en apportant sur le plan théorique une justification à l'impossibilité d'appréhender les « rapports de systèmes » à

¹³ VIRALLY, Michel, « Sur un pont aux ânes : les rapports entre droit international et droits internes », *ibid.*, spéc. pp 494-497.

¹⁴ *Idem*, spéc. pp 494-497.

¹⁵ *Idem*, spéc. pp 503-504, et plus particulièrement la note infrapaginale n° 30.

¹⁶ *Idem*, spéc. pp 503-505.

¹⁷ *Idem*, spéc. p 498-499.

¹⁸ *Idem*, spéc. p 502.

¹⁹ *Idem*, spéc. p 504.

²⁰ *Idem*, spéc. p 503.

partir d'une approche principalement théorique. À ce titre, il importe de mentionner en particulier les efforts effectués par certains auteurs pour ériger le « droit international » en « système » doté d'une logique propre et exclusive²¹. En effet, cette conception fonde un « dualisme » renouvelé qui détermine une approche « réaliste » des problèmes relatifs aux rapports entre normes interétatiques et normes internes.

Il importe tout d'abord de rappeler ce que recouvre la conception du « droit international » comme « système » exprimée par Jean Combacau. D'une manière générale, il faut selon lui distinguer le système juridique *stricto sensu* et le système juridique *lato sensu* : le premier constitue le produit de volontés, et recouvre un certain nombre d'éléments unis au sein d'un ordre lui aussi voulu²² ; le second comprend en outre l'ordonnement d'un certain nombre de principes fondateurs de l'*identité* du système juridique *stricto sensu*, *inhérents* à toute règle relevant de ce dernier, et *indépendants* des volontés de ses auteurs²³. En ce qui concerne plus précisément le droit international, le principe de l'égalité souveraine des États détermine deux de ces principes structurels. Le premier tient à ce que la validité de toute règle du droit international est le produit d'une représentation de ces règles comme obligatoires par chacun des États concernés, d'où l'absence de hiérarchie formelle entre les diverses règles et catégories de règles internationales²⁴. Le second principe structurel tient à l'absence « d'objectivité dans l'ordre juridique » international, c'est-à-dire « d'autorité ayant qualité » pour « attester » la validité d'une règle quelconque relevant de cet ordre juridique, à la grande différence de l'ordre juridique interne. Le droit international ne connaît ainsi que la confrontation des « prétentions subjectives de droit » émises par chaque État : leur acceptation signifie simplement qu'elles sont opposables dans les rapports entre l'État émetteur et le(s) État(s) récepteur(s), leur rejet témoigne en sens inverse de leur inopposabilité dans le cadre de ces mêmes rapports. C'est ce que Jean Combacau nomme le principe de

²¹ Il s'agit en particulier de Jean COMBACAU, « Le droit international : bric-à-brac ou système ? », *A.P.D.*, 1986, pp 85-105.

²² *Idem*, spéc. pp 86-87 : « [...] l'ensemble des éléments qui appartiennent à l'univers juridique est le résultat de volontés, et appartient au monde des choses créées par l'homme ; mais alors l'ordre qui les unit est lui aussi le produit de la volonté, qui, systématiquement, organise la sphère du droit suivant un modèle voulu [...] le système juridique, dans une perspective positiviste, est le mode d'organisation des objets juridiques suivant une logique voulue par les autorités créatrices des principes qui animent le système tout entier ; l'ordre n'est pas intrinsèque aux objets juridiques ou à leur regroupement en ensemble, il est dans la volonté qui anime leur production individuelle et leur organisation globale par un principe extrinsèque, celui-là même qui permet la production du droit ».

²³ *Idem*, spéc. p 87. Cette acception comprend alors les structures qu'imprime au « droit », de manière inéluctable et définitive selon l'auteur, le fait que celui-ci constitue le produit exclusif de volontés : « [...] tout en restant fidèle à une perspective positiviste, il est possible [...] de voir en outre dans l'univers juridique un mode d'organisation en 'systèmes' qui ne sont pas, ou pas entièrement, le produit d'une volonté, alors même que chacun des éléments du système en émanerait pleinement. [...] il y aurait des mécanismes, ou des forces, non voulus, qui résultent de la logique inhérente à un certain ordre juridique particulier, développée en dehors des intentions ouvertes des maîtres du système, et qui feraient que tout élément trouve spontanément sa place dans un ensemble ordonné mais non volontaire, auquel même la volonté ne peut déroger sans détruire la logique du système ». Ces structures recouvrent plus précisément « des règles d'organisation telles que certaines règles incompatibles avec [« toute volonté manifestée ou impliquée des maîtres du système »], si les maîtres de l'ordre juridique voulaient les incorporer de force, aboutiraient à la mutation du système et à son évolution vers un système différent, alors même que les règles de l'ordre juridique [système juridique *stricto sensu*] les tolèrent et proclament le maintien de son identité en dépit de cette incorporation ».

²⁴ *Idem*, spéc. pp 88-95.

« l'intersubjectivité », véritable « ressort du système juridique international »²⁵. Méconnaître partiellement cette *identité* extra-institutionnelle de l'ordre juridique international - en tentant par exemple d'y introduire les notions de *jus cogens* et de *crime international* - c'est encourir la sanction de l'échec immanente à cet ordre juridique ; la révoquer complètement serait substituer à l'ordre juridique international un ordre juridique d'une autre *nature* (proche de ou identique à celle de l'ordre juridique interne)²⁶.

Si cette construction intellectuelle prête le flanc à la critique du point de vue de sa logique interne²⁷, il importe d'insister sur le fait qu'elle conduit à évoquer la subsistance d'un « irréductible » « fond dualiste » du « droit positif » dans le domaine des « rapports de système », le monisme constituant alors tout au plus « une modalité du dualisme »²⁸. En effet, le « monisme » se trouve ainsi rétrogradé au rang de *technique particulière* de « réception » du droit international en droit interne²⁹, ou au rang de qualification d'une technique de « réception » caractérisée par sa très grande faveur à « l'intrusivité »³⁰ du droit international, ou bien alors au rang de qualification d'un ordre juridique interne qui peut être globalement caractérisé par cette même faveur après analyse des diverses techniques de « réception » retenues³¹ (il résulte de cette approche déductive que c'est un droit interne d'origine

²⁵ *Idem*, spéc. pp 95-101.

²⁶ *Idem*, spéc. pp 102-105. Certains éléments de la convention de Vienne relative au droit des traités constituent une cible privilégiée de ces critiques, que Jean Combacau développe plus en détails dans son opuscule concernant *Le droit des traités*, Paris, P.U.F., collection « Que sais-je ? », 1991, 125 pp.

²⁷ Du point de vue de la conception générale du système juridique, il convient effectivement de s'interroger : si le système juridique *stricto sensu* constitue le produit de volontés, est-il possible de soutenir de manière logique qu'il n'en va pas fondamentalement ainsi ? D'un point de vue concret, cette question amène à s'interroger sur le point de savoir si l'auteur n'a pas quitté les domaines positif et logique qu'il présente comme cadre méthodologique exclusif de l'analyse, pour s'aventurer dès lors indûment dans le domaine prescriptif. Cette interrogation concrétisée naît par exemple à la lecture du passage suivant : « Parler du droit international comme d'un système juridique, c'est vouloir signifier qu'on ne peut y entasser ensemble n'importe quelles règles comme un engageant bric-à-brac ; il y a une logique du droit international, qui n'est pas une version primitive de l'ordre juridique dont le droit étatique constituerait la version évoluée ; dans la version évolutionniste linéaire que beaucoup ont des rapports entre l'un et l'autre, il est possible de pénétrer progressivement le droit international d'institutions destinées à le *civiliser* ; ce n'est pas de ce côté que se rangent ceux qui prennent au sérieux l'horizontalité *essentielle* de cet ordre juridique, qui jamais ne se verticalisera : explicitement conçu par des États indépendants comme un mode anarchique de régulation de leurs rapports, le droit international est par nature intersubjectif et ne tolère logiquement aucune atteinte à son ressort essentiel, la souveraineté. On ferait bien de ne pas compter sur l'imitation du droit étatique pour rendre supportable des 'défauts' qui tiennent à sa nature même » (« Le droit international : bric-à-brac ou système ? », *ibid.*, spéc. p 105. En italiques dans le texte). D'autres approches critiques à l'égard des conceptions de Jean Combacau, mais orientées différemment que celle développée ci-dessus, ont été développées : par exemple, celle de Stéphane RIALS, « La puissance étatique et le droit dans l'ordre international. Éléments d'une critique de la notion usuelle de 'souveraineté externe' », *A.P.D.*, 1987, pp 189-218, spéc. pp 201-204.

²⁸ COMBACAU, Jean – SUR, Serge, *Droit international public*, Paris, Domat-Montchrestien, 1^{ère} édition, 1993, 821 pp, spéc. p 181 ; 7^{ème} édition, 2006, 813 pp, spéc. p 183.

²⁹ SUR, Serge, « Progrès et limites de la réception du droit international en droit français », *Droit international et droits internes, développements récents, Colloque des 16-17-18 avril 1998, sous la direction de Rafâa Ben Achour et Slim Laghmani*, Paris, Pédone, 1998, 318 pp, spéc. pp 227-243.

³⁰ *Idem*, spéc. pp 228-231.

³¹ Cette rétrogradation de la notion de « monisme » suppose alors le dédoublement de celle de « dualisme », car il faut bien dans cette logique qualifier de « dualiste » une technique ou un système de « réception » peu favorable

internationale, et non le droit international lui-même, qui trouve et/ou doit trouver à s'appliquer dans l'ordre juridique interne³²).

c) D'autres auteurs enfin répondent positivement à la question susmentionnée, en effectuant des tentatives pour « reconstruire » une théorie des « rapports de systèmes » à partir des approches initiées par diverses théories du « pluralisme juridique », et d'une critique sur ce terrain des diverses solutions issues du droit positif et en particulier de l'évolution des jurisprudences tant internes qu'internationales. Il est par exemple possible de citer, à ce titre et parmi d'autres, les diverses pistes de réflexion explorées par Armin von Bogdandy³³.

§ 3 – La communication vise d'abord et avant tout à répondre à la question de savoir si et dans quelle mesure une théorie et/ou une philosophie du droit pourrai(en)t expliquer/justifier le fait/l'idée que tout en procédant du droit constitutionnel national, un ordre juridique puisse disposer de la primauté sur ce dernier. La démonstration résultera d'un exposé de la conception qui sera désignée par l'expression de « théorie du 'fédéralisme normatif' », qui a été développée par Georges Scelle et sera présentée en trois brefs temps dans ce cadre introductif.

1) Né à Avranches en 1878, reçu premier au concours de l'Agrégation de droit public en 1912, Georges Scelle exerça principalement les fonctions de professeur aux Facultés de droit de Dijon (1912-1932) puis de Paris jusqu'en 1948. Sans renoncer par la suite à exercer de nombreuses autres fonctions (pour le compte du Gouvernement français, au sein de la Commission du droit international de l'O.N.U., ou encore au sein de l'Académie de Droit International de La Haye), il fut à cette dernière date nommé professeur honoraire de la Faculté de Droit de Paris en raison de la qualité exceptionnelle de son parcours universitaire. Charles Rousseau a pu ainsi écrire, pour débiter la notice nécrologique qu'il lui consacra dans la *Revue générale du droit international public*, qu'« avec Georges Scelle la science du droit international perd un de ses théoriciens les plus prestigieux et l'Université française un des maîtres qui l'ont le mieux servie et honorée »³⁴. Un des « théoriciens les plus prestigieux » de la « science du droit international » : d'un point de vue universel, l'appréciation ne paraît pas exagérée si l'on songe que l'Autrichien Hans Kelsen lui-même - « sans conteste, le juriste le

à ladite « intrusivité » ainsi que le met bien en évidence Carlo SANTULLI, *Le statut international de l'ordre juridique étatique. Étude du traitement du droit interne par le droit international*, Paris, Pédone, 2001, 540 pp, spéc. p 88. Après avoir exposé ce schéma, l'auteur le critique en soulignant l'« étrange convention linguistique » qui amène le cas échéant « la qualification de système moniste » (pp 90-91).

³² COMBACAU, Jean, « Conclusions », *Droit international et droit interne dans la jurisprudence comparée du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, collection « Droit international et relations internationales », 2001, 128 pp, spéc. pp 85-93. Le produit de cette approche déductive se trouve corroboré par les résultats de l'approche inductive développée par Carlo SANTULLI, *Le statut international de l'ordre juridique étatique. Étude du traitement du droit interne par le droit international*, op. cit., spéc. pp 85-123.

³³ BOGDANDY, Armin von, « Pluralisme, effet direct et une ultime remarque sur les relations entre droit international et droit constitutionnel interne », *Repenser le constitutionnalisme à l'âge de la mondialisation et de la privatisation* (sous la direction de Hélène Ruiz-Fabri et Michel Rosenfeld), Paris, Société de Législation Comparée, « Collection de l'U.M.R. de Droit Comparé de Paris », Volume n° 23, 2011, 452 pp, spéc. pp 75-92.

³⁴ ROUSSEAU, Charles, « Georges Scelle (1878-1961) », *R.G.D.I.P.*, 1961, pp 5-19, spéc. p 5.

plus important de ce siècle »³⁵ - considérait Georges Scelle comme « le représentant le plus éminent, à l'heure actuelle, de la science du droit international en France »³⁶. Le « fédéralisme normatif » constitue l'un de ces éléments théoriques que Georges Scelle apporta à cette « science du droit international » dont il était alors considéré comme le « représentant » français « le plus éminent », et l'un des plus éminents au niveau mondial.

2) Ainsi que son nom l'indique, la théorie du « fédéralisme normatif » recouvre la conception des rapports entre normes juridiques suivant un principe et une technique relevant du fédéralisme. Il ne s'agit pas d'en faire un exposé détaillé dans ce cadre introductif : de longs développements y seront par la suite consacrés. Il s'agit simplement d'en énoncer les points saillants, afin de donner sans tarder une vision un peu plus précise de ce que recouvrent le principe et la technique du « fédéralisme normatif », et d'en montrer l'intérêt au regard de la problématique susmentionnée.

a) D'un point de vue général, la théorie du « fédéralisme normatif » aboutit à mettre en exergue la fonction cruciale, dans l'institution puis l'évolution de la subordination et de l'autonomie caractéristiques des rapports entre un ordre juridique interétatique et les ordres juridiques internes concernés, d'un pouvoir particulier. Celui-ci n'est pas un pouvoir législatif interne, bien qu'il constitue un pouvoir national. Ce n'est pas non plus un pouvoir législatif interétatique, bien qu'il y participe³⁷. C'est un pouvoir qui a été qualifié de « fédératif » pour les besoins de ce travail, parce que sa fonction est justement de permettre la conciliation de « l'autorité » et de la « liberté » dans les rapports entre l'ordre juridique interétatique d'une part, et des ordres juridiques internes concernés d'autre part³⁸. Il faut à cet égard préciser que Georges Scelle, en effet, situe ouvertement sa conception du fédéralisme dans le prolongement de celle développée par Pierre-Joseph Proudhon au cours du XIX^e siècle, dans la mesure toutefois où les apports de la sociologie (celle d'Émile Durkheim, en particulier) lui semblent vérifier empiriquement les intuitions du socialiste français³⁹.

³⁵ Telle est la présentation donnée du juriste autrichien en quatrième de couverture de la traduction française de deux de ses travaux : *Théorie générale du droit et de l'État – La doctrine du droit naturel et le positivisme juridique*, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., collection « La Pensée Juridique », 1997, 517 pp.

³⁶ KELSEN, Hans, « Droit et compétence. Remarques critiques sur la théorie du droit international de Georges Scelle », *Controverses sur la Théorie pure du droit. Remarques critiques sur Georges Scelle et Michel Virally*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, collection « Les Introuvables », 2006, 186 pp, spéc. pp 63 – 161.

³⁷ Ainsi que cela sera démontré dans les développements, la théorie du droit de Georges Scelle appelle une très grande précision terminologique. En effet, il faut dans ce cadre distinguer entre : d'une part, le national et l'international ; d'autre part, l'interne et l'interétatique ; enfin, entre l'intergouvernemental et le superétatique. Ces distinctions conditionnent la possibilité même, pour la théorie du droit défendue par Georges Scelle, de constituer une alternative théorique dans le domaine des conceptions relatives aux rapports entre ce qui est couramment appelé le « droit interne » (à juste titre, quoique d'une manière parfois trop extensive) et le « droit international » (d'une manière un peu plus contestable si l'on fait preuve d'intransigeance sur cette question terminologique).

³⁸ Il n'est donc pas fait référence à John Locke, qui en effet utilisait la même expression, mais d'une manière exclusivement utilitaire (parce qu'elle lui semblait bien commode pour désigner le pouvoir de conclure le traité). La question sera approfondie dans le courant des développements, aussi n'a-t-il pas été jugé pertinent de multiplier ici les considérations et références bibliographiques relatives à ce sujet.

³⁹ La question sera approfondie dans le courant des développements, aussi n'a-t-il pas été jugé pertinent de multiplier ici les considérations et références bibliographiques relatives à ce sujet.

b) D'un point de vue technique, il importe de préciser dès maintenant que la notion du fédéralisme normatif a pour vocation de préciser en quoi consiste ce que le droit international général désigne sous le nom de « consentement de l'État à être lié par un traité ». Cette notion a plus spécifiquement vocation à détailler le mécanisme par lequel « l'État » se trouve « lié par un traité », c'est-à-dire au fond l'objet auquel consentent les gouvernants nationaux lors de la conclusion d'un traité ou accord international. Les travaux de Georges Scelle permettent d'établir que cet objet consiste en la substitution successive, dans les matières concernées, de plusieurs réglementations interétatiques de compétences législatives aux réglementations internes correspondantes. La fonction de ce mécanisme substitutif est de permettre la création ou le développement d'un ordre juridique interétatique, ce qui suppose la relative intégration de cet ordre juridique aux ordres juridiques internes concernés. Le traité et l'accord international sont donc ici considérés comme les instruments permettant d'accomplir une fonction législative interétatique. C'est pourquoi le principe du fédéralisme normatif peut être également dénommé, d'une manière plus précise, principe de l'objet substitutif de tout consentement législatif interétatique. La technique du fédéralisme normatif, qui découle de son principe, vise notamment quant à elle à détailler ce processus de substitution.

Dans cette conception, la volonté de chacun des gouvernants nationaux a donc pour objet l'effet juridique attendu de l'expression de cette volonté ; la production de cet effet juridique est alors subordonnée à la réalisation d'un certain nombre de conditions relatives à l'expression des volontés concernées. Cette précision montre bien que la notion du fédéralisme normatif constitue une manifestation de la théorie de la condition que Léon Duguit avait forgée afin de pallier son rejet de toute théorie de la personnalité morale. Cette précision permet aussi d'appréhender d'une manière rigoureuse les rapports nécessaires qui unissent procédure et effets du consentement législatif interétatique. En effet, puisque l'objet de ce consentement constitue l'effet juridique que l'on attend de l'expression de celui-ci, cet effet juridique doit être pris en compte lors de la détermination des procédures du consentement prévues par chaque Constitution nationale. En d'autres termes, il résulte de cet effet juridique un certain nombre de conséquences générales sur la détermination des conditions d'exercice du pouvoir fédératif, c'est-à-dire de ce qui sera par la suite appelé la technique constitutionnelle interétatique. Il importe d'insister sur le caractère général des conséquences en question : d'autres paramètres peuvent à l'évidence jouer en ce qui concerne la détermination et l'évolution de chacune des procédures particulières ainsi prévues, et en particulier les nécessités de la vie internationale. La technique qui découle du principe du fédéralisme normatif vise donc, également, à détailler un certain nombre de principes généraux de toute technique constitutionnelle interétatique.

3) Au regard des thèses précédemment évoquées (celles de Kelsen et Virally ainsi que les théories récemment développées par les écoles « volontaristes » et « pluralistes »), la théorie du « fédéralisme normatif » développée par Georges Scelle fait figure de synthèse (au sens dialectique du terme) : elle permet de répondre positivement à la question de savoir si une théorie et une philosophie du droit particulières peuvent expliquer/justifier le fait/l'idée que tout en procédant du droit constitutionnel national un ordre juridique puisse disposer de la primauté sur ce dernier et, ce faisant (c'est une conséquence de la conception, et non pas le principe de la construction de cette dernière), permet de dépasser les contradictions et/ou limites inhérentes à certaines des thèses en question.

a) La théorie scellienne du « fédéralisme normatif » fait tout d'abord justice des limites qu'il est possible de déceler dans certains éléments méthodologiques et conclusifs de la thèse développée par Michel Virally. Cette dernière est critiquable dans la mesure où la

théorie du « fédéralisme normatif » apparaît d'ores-et-déjà constituer une manière particulièrement pertinente : d'une part, de théoriser ce « pluralisme avec primauté du droit international » que Michel Virally constate à l'aide de son approche réaliste (l'entreprise scellienne est dès lors, à certains égards, de même nature que celles récemment dues aux écoles « pluralistes ») ; d'autre part, de justifier l'inséparabilité de la primauté internationale et de la primauté interne du droit international, à défaut de laquelle il est effectivement impossible de comprendre pourquoi Michel Virally invite les juristes à rechercher des « solutions » pratiques aux « problèmes de *collaboration* » entre les ordres juridiques international et internes, alors qu'il rejette vivement toute hypothèse de primauté du droit interne sur le droit international. Ainsi et de plus, la théorie scellienne du fédéralisme normatif aboutit à répudier toute possibilité d'un système moniste avec primauté du droit interne, cette répudiation constituant le but avoué de l'appréciation méthodologique portée par Michel Virally ainsi que l'une de ses plus sérieuses limites. En effet, cette appréciation a été ouvertement conçue comme un outil permettant de condamner l'indécision théorique manifestée par Hans Kelsen entre ses idéaux-types du monisme avec primauté du droit interne et avec primauté du droit international ; c'est précisément cette orientation – pour ne pas dire cette fixation – qui conduit alors Michel Virally à négliger d'autres auteurs, dont Georges Scelle dont la théorie du « fédéralisme normatif » était alors disponible (et pour cause... ce dernier était effectivement décédé peu de temps auparavant)⁴⁰. Pour Michel Virally, cette indécision théorique est effectivement insupportable dans la mesure où elle pourrait aboutir à contrarier le développement du droit international, ce dernier ne pouvant dès lors prospérer que d'une manière indépendante du droit interne (entre l'ordre des « réalités » et celui du « souhaitable », quelques recoupements se font ainsi jour dans l'analyse de l'auteur)⁴¹.

b) Il importe maintenant d'insister sur le fait que la théorie scellienne du « fédéralisme normatif » constitue une alternative théorique à l'opposition, classique en la matière, entre le monisme et le dualisme.

Certes, il est vrai que le professeur de droit a toujours été considéré comme l'auteur d'une théorie du monisme avec primauté du droit international, et il ne l'a du reste jamais contesté⁴². Toutefois, il importe de souligner que cette théorie ne correspond pas à l'idéal-type des théories du monisme avec primauté du droit international dégagé par Hans Kelsen, selon lequel – il faut le rappeler ici – il n'existerait qu'un seul ordre juridique, structuré en conséquence par une seule hiérarchie des normes, celles dont la validité repose en fin de compte sur la seule norme fondamentale du droit international. Au contraire, la conception du fédéralisme retenue par Georges Scelle suppose l'existence de plusieurs ordres juridiques : un ordre juridique interétatique, auquel se trouvent subordonnés plusieurs ordres juridiques

⁴⁰ *Idem*, spéc. p 490. Georges Scelle est « traité » - pour ainsi dire - en une note infrapaginale de deux lignes et demi (n°4).

⁴¹ VIRALLY, Michel, « Sur un pont aux ânes : les rapports entre droit international et droits internes », *ibid.*, spéc. p 490-491 : « L'hypothèse de la supériorité du droit international s'impose pour des raisons pratiques et morales à la fois. Elle est la seule qui permette au droit international de se développer de façon indépendante. Que l'hypothèse inverse reste tout aussi valable sur le plan des principes laisse, cependant, l'esprit mal satisfait et troublé. [...] la suprématie du droit international, proclamée radicale et absolue, une fois ces doutes vaincus, se trouve souvent en butte à la contradiction. [...] l'efficacité du droit interne, juridiquement inférieur, l'emporte de loin sur celle du droit international, dont la supériorité risque ainsi d'apparaître purement nominale. Il est toujours fâcheux et inquiétant que s'établisse un fossé ou, plus encore, une contradiction entre la théorie et la pratique ».

⁴² Sur ces points, bien connus, il est possible de renvoyer au témoignage de René-Jean DUPUY, « Images de Georges Scelle », *E.J.I.L.*, 1990, pp 235-239, spéc. p 239.

internes, sans pour autant que chacun de ces derniers puisse être alors caractérisé par l'abandon d'un fondement de validité qui lui soit propre. Le monisme avec primauté du droit international dont se prévaut Georges Scelle présente dès lors un caractère essentiellement technique : l'expression n'a pas vocation à exprimer d'une manière générale l'unité d'un ordre juridique, mais sert à indiquer l'existence d'un rapport de subordination entre plusieurs ordres juridiques distincts. Cette notion technique présente ainsi un caractère statique : elle correspond certes à l'existence du rapport de subordination, mais n'éclaire guère sur la nature de ce rapport et la technique qui en permet l'institution et le fonctionnement tout en préservant la distinction entre l'ordre juridique interétatique et chacun des ordres juridiques internes concernés. Cette notion technique présente ainsi et en outre un caractère partiel du point de vue de la théorie du « fédéralisme normatif » développée par Georges Scelle : le monisme avec primauté du droit international dont il se prévaut constitue donc un simple produit statique de la mise en œuvre d'une technique dynamique qui relève du fédéralisme, dont les principaux éléments ont déjà été évoqués plus haut. Cette théorie permet donc, tout en confirmant la rétrogradation technique de la notion de « monisme » illustrée par les travaux de l'école « volontariste » évoqués par ailleurs, de dépasser l'idée présentée comme incontournable par cette dernière d'une certaine articulation entre monisme et dualisme.

La théorie du « fédéralisme normatif » développée par Georges Scelle se situe dès lors clairement dans la voie de la « déconstruction de la pyramide » prônée par les écoles « pluralistes »⁴³. Bien plus, elle semble ouvrir une voie nouvelle d'analyse des sociétés pluralistes, compte tenu de la conception du fédéralisme qu'elle suppose. En effet, le fédéralisme n'est alors pas fondamentalement pensé dans une perspective institutionnelle, celle-là même qui est généralement retenue dans les domaines du droit constitutionnel et du droit international public par les auteurs français notamment. Pour Georges Scelle, le fédéralisme apparaît constituer, d'abord et avant tout, un système de rapports entre différentes normes. Le fédéralisme ne semble donc se présenter sous un jour institutionnel qu'à raison de la nature institutionnelle de certaines normes. L'étude du fédéralisme relève alors essentiellement de la théorie générale du droit, et non d'un chapitre particulier du droit constitutionnel institutionnel. En d'autres termes, l'étude du fédéralisme impose alors de ne pas seulement s'attacher aux systèmes constitutionnels de certains États étrangers caractérisés comme étant « fédéraux », aux aspects « fédéraux » que peuvent présenter les systèmes constitutionnels d'autres États qui, dans leur globalité, ne peuvent pas être qualifiés ainsi⁴⁴,

⁴³ C'est par exemple le cas d'Armin von BOGDANDY, « Pluralisme, effet direct et une ultime remarque sur les relations entre droit international et droit constitutionnel interne », *ibid.* Plus largement, la théorie du « fédéralisme normatif » développée par Georges Scelle de ce point de vue susceptible d'intéresser les critiques du normativisme kelsénien tels que, en France, Paul AMSELEK, « Réflexions critiques autour de la conception kelsénienne de l'ordre juridique », *R.D.P.*, 1978, pp 13 (*contra* Michel TROPER, « La pyramide est toujours debout ! Réponse à Paul Amselek », *R.D.P.*, 1978, pp 1531).

⁴⁴ En ce qui concerne la France, Olivier Beaud note ainsi que « le concept même de fédération est, s'agissant d'un pays aussi centraliste que la France, presque 'impensable'. [...] les juristes français s'intéressent au fédéralisme pour diverses raisons, mais ne l'étudient pas en tant qu'objet du droit positif car ce n'en est pas un », « Aperçu sur le fédéralisme dans la doctrine publiciste française au vingtième siècle », *R.H.F.D.S.J.*, 2004, n° 24, pp 165-204. Le même auteur avait antérieurement consacré un long article à l'examen des doctrines politiques françaises relatives au fédéralisme : « Fédéralisme et fédération en France. Histoire d'un concept impensable ? », *Annales de la faculté de droit de l'Université de Strasbourg*, n° 3, 1999, pp 7-82. Cette appréciation relative à l'absence de « fédéralisme » en tant qu'« objet du droit positif » en France doit toutefois être relativisée, ne serait-ce qu'au regard de la loi constitutionnelle n° 98-610 du 20 juillet 1998 relative à la Nouvelle-Calédonie, *J.O.R.F., Lois et décrets*, 21 juillet 1998, p 11143. En effet, la mise en œuvre de cette loi permet désormais d'appréhender les rapports entre les institutions centrales et la Nouvelle-Calédonie dans le sens d'un « quasi-fédéralisme temporaire à une seule unité », selon l'expression de Valérie GOESEL-LE BIHAN, « La Nouvelle-

ainsi même qu'à ces « fédérations » dont Olivier Beaud a récemment proposé une théorie détachée de la notion traditionnelle d'« État »⁴⁵. Cette étude impose alors de s'intéresser aussi à des sociétés plus vastes et à d'autres plus restreintes, en vue notamment de mettre en évidence les formes juridiques qui naissent et se développent sur le fondement du principe général et de la technique générale du fédéralisme normatif, d'établir à partir de là une typologie des formes fédératives et d'en étudier les aspects socio-économiques. En effet, et il faut insister dès maintenant sur ce point extrêmement important avant d'y revenir plus loin, Georges Scelle a constamment insisté sur la pluralité des formes fédératives possibles et imaginables.

§ 4 – La communication visera donc à montrer pourquoi la théorie scellienne du « fédéralisme normatif » permet de donner une réponse positive à la question de savoir si une théorie et/ou une philosophie du droit pourrai(en)t expliquer/justifier le fait/l'idée que tout en procédant du droit constitutionnel national, un ordre juridique puisse disposer de la primauté sur ce dernier.

La réponse peut être évoquée à travers le bref schéma suivant. Le « fédéralisme normatif » recouvre un principe et une technique fondateurs de l'intégration, à partir de la conclusion de tout engagement international, de l'ordre juridique interétatique et des ordres juridiques internes alors concernés ; ce principe et cette technique sont ainsi, notamment, fondateurs de ce que l'on peut désigner sous la dénomination courante de « primauté du droit international ». Or, ce principe et cette technique du « fédéralisme normatif » sont des éléments nécessaires de toute Constitution nationale. En conséquence, un système national n'est plus « constitutionnel » dans la mesure où les gouvernants manquent aux règles correspondant à ce principe et à cette technique et par là-même notamment à ce qui est appelé couramment « primauté du droit international » (C.Q.F.D.).

Il va donc s'agir de démontrer ce qui justifie la conclusion suivant laquelle le « fédéralisme normatif » recouvre un principe et une technique nécessaires de toute Constitution nationale.

1) Cette démonstration sera menée en trois temps.

Les deux premiers ont pour objet de démontrer progressivement ce caractère nécessaire du point de vue de la théorie juridique développée par Georges Scelle. À ce titre, il importe d'insister successivement sur deux éléments qui relèvent d'après lui du droit objectif. Le premier élément est d'ordre général et sera dénommé, pour des raisons de commodité, « devoir fédératif » : il s'agit de la base conceptuelle sans laquelle il est impossible de démontrer précisément le caractère nécessaire à toute Constitution nationale du principe et de la technique du fédéralisme normatif (**Section 1**). Le second élément est d'ordre particulier et recouvre ce que Georges Scelle nommait lui-même la contrainte du « dédoublement fonctionnel » : c'est de cette contrainte que procède directement le caractère nécessaire à toute Constitution nationale du principe et de la technique du fédéralisme normatif (**Section 2**).

Calédonie et l'Accord de Nouméa, un processus inédit de décolonisation », *A.F.D.I.*, 1998, pp 24-75, spéc. pp 32-48.

⁴⁵ BEAUD, Olivier, *Théorie de la Fédération*, Paris, P.U.F., collection « Léviathan », 2007, 433 pp. Pour une critique de cette approche, mettant notamment en exergue le caractère « très jacobin » de la conception de l'État sur laquelle se fonde Olivier Beaud et l'absence d'exclusivité de cette conception, voir la recension d'Yves LEJEUNE, « L'État fédéral est-il une bonne clé pour comprendre le fédéralisme ? Un commentaire du livre d'Olivier BEAUD : *Théorie de la Fédération*, Paris, P.U.F., collection 'Léviathan' », 2007, 433 p. », *R.B.D.C.*, 2010, pp 207-230.

Le troisième temps du raisonnement a pour objet de montrer que ce caractère nécessaire s'inscrit dans le cadre d'une problématique issue de la philosophie du droit développée par Emmanuel Kant, à laquelle il a pour effet d'apporter une réponse. Ce dernier avait effectivement souligné la nécessité, pour les principes constitutionnels fondamentaux tels qu'ils venaient d'être consacrés à son époque à travers la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, d'être également fondateurs du « droit politique » (c'est-à-dire du droit constitutionnel) et du « droit des gens » (c'est-à-dire du droit international). Mais il n'avait pu résoudre la question de savoir comment penser les principes constitutionnels fondamentaux en ce sens. Or, il s'avère que cette question peut être résolue à partir du caractère nécessaire à toute Constitution nationale du principe et de la technique du fédéralisme normatif que met en exergue la théorie juridique scellienne, ce qui permet en retour de préciser l'interprétation correspondante de la Déclaration de 1789 et donc de mesurer l'écart existant entre cette interprétation et la compréhension traditionnellement retenue des principes consacrés par ladite Déclaration (*Section 3*).

2) D'un point de vue méthodologique, il importe d'apporter une précision. Les éléments théoriques de la pensée juridique scellienne apparaissent disséminés au sein d'une multitude de contributions, qui toutes d'ailleurs n'intéressent pas le droit international (ou pas seulement), et/ou ne sont pas destinées au cercle des juristes (ou pas seulement). C'est pourquoi les éléments théoriques de la pensée juridique scellienne peuvent à certains égards paraître demeurer dans un état d'ébauche et frappés dans une certaine mesure du sceau de l'incertitude. C'est ce que confirme le comportement de Hans Kelsen lorsqu'il entreprit de critiquer ces éléments théoriques : jugeant représentatives de la théorie scellienne du droit les deux plus récentes et volumineuses contributions du juriste français au droit international⁴⁶, le juriste autrichien en fut réduit à devoir supposer le sens, la portée et même l'incohérence de la plupart d'entre eux, au point de souhaiter recueillir l'opinion de Georges Scelle lui-même avant de pourvoir à la publication de sa critique⁴⁷. C'est donc dans la littérature scellienne entendue dans son sens le plus large que doivent être recherchées les données susceptibles de permettre, aux termes de multiples recoupements, la précision du sens, de l'articulation et des éventuelles évolutions des éléments théoriques en question. Par conséquent, il s'est avéré nécessaire de procéder dans une certaine mesure à la reconstitution du corpus théorique scellien, voire parfois à son développement lorsque l'approfondissement de certains éléments s'est révélé pertinent. Loin de trahir l'œuvre de Georges Scelle, il s'agit ainsi de la faire vivre, et en particulier dans la perspective de préciser la mesure de son influence.

⁴⁶ SCELLE, Georges, *Précis du droit des gens – Principes et systématique*, Paris, Sirey : Première Partie (Introduction – Le milieu intersocial), 1932, 317 pp ; Deuxième Partie (Droit constitutionnel international), 1934, 563 pp.

SCELLE, Georges, « Règles générales du droit de la paix », *R.C.A.D.I.*, 1933-IV, volume n° 46, pp 327-703.

⁴⁷ KELSEN, Hans, « Droit et Compétence - Remarques critiques sur la théorie du droit international de Georges Scelle », publié dans KELSEN, Hans, *Controverses sur la Théorie pure du droit – Remarques critiques sur Georges Scelle et Michel Virally*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, collection « Les Introuvables », 2006, 186 pp, spéc. pp 63-161. L'historique de cette critique est retracé par Charles Leben dans son avant-propos, spéc. pp 9-10. Le travail de Hans Kelsen n'a nullement un caractère « achevé », ainsi que le présente Charles Leben (*ibid.*, spéc. p 10) ; aux raisons qui figurent dans le texte ci-dessus, il faut ajouter l'appréciation de Robert Kolb, dans la préface du même ouvrage : « Ce texte présente une pensée assez mûrie sur le sujet, mais il ne semble pas que Kelsen lui ait donné sa dernière relecture ; en effet, dans la deuxième partie, il y a une série de répétitions qui semblent indiquer un texte non entièrement fini » (*ibid.*, spéc. p 33).

Plan détaillé

Section 1 - La base conceptuelle : la théorie du devoir fédératif développée par Georges Scelle

- I – La nature objective du devoir fédératif
 - A – La conception générale du droit objectif chez Georges Scelle
 - 1 – La détermination objective de tout phénomène de solidarité
 - 2 – La conception biologique du droit objectif
 - B – La conception dynamique du droit objectif chez Georges Scelle
 - 1 – La dynamique sociale et intersociale d'Émile Durkheim
 - 2 – Droit objectif intersocial et collectivité intersociale chez Georges Scelle

- II – L'objet constructif du devoir fédératif
 - A – La fonction législative dans la théorie juridique scellienne
 - 1 – La délimitation de compétences
 - 2 – La concrétisation de la structure nécessaire de toute compétence
 - 3 – La délimitation personnelle abstraite des compétences législatives
 - B – La régulation de la fonction législative dans la théorie juridique scellienne
 - 1 – Le principe du devoir objectif constructif
 - 2 – La portée du devoir objectif constructif
 - 3 – Le caractère fédératif du devoir objectif constructif

Section 2 - La source conceptuelle : la contrainte du dédoublement fonctionnel mise en évidence par Georges Scelle

- I – La nécessité de la technique constitutionnelle interétatique en droit constitutionnel national
 - A – Le dédoublement de la fonction fédérative des gouvernants nationaux
 - 1 – La nécessité du gouvernement des sociétés internationales
 - 2 – Les modalités interne et interétatiques du gouvernement des sociétés internationales
 - B – Le dédoublement relatif de la technique constitutionnelle nationale
 - 1 – La justification interne principale de la technique constitutionnelle nationale
 - 2 – La nécessaire juxtaposition de la technique constitutionnelle interétatique

- II – Le fédéralisme normatif, principe structurant de la technique constitutionnelle interétatique
 - A – Le principe de l'objet substitutif de tout consentement législatif interétatique
 - 1 – La notion d'« abandons de souveraineté »
 - 2 – La précision de la notion d'« abandon »
 - B – La portée de l'objet substitutif de tout consentement législatif interétatique
 - 1 – La triple dimension substitutive du consentement législatif interétatique
 - a – Précisions préliminaires
 - b - La succession des substitutions des réglementations interétatiques primordiales et secondaires
 - c - Les questions relatives à la succession des substitutions des réglementations interétatiques secondaires et terminales
 - d - Le cas des réglementations interétatiques terminales de compétences législatives intergouvernementales et/ou superétatiques
 - 2 – La base de la technique générale du « pouvoir fédératif » moderne
 - a – La spécificité des principes généraux de toute technique constitutionnelle interétatique
 - b – La source d'un « pouvoir fédératif » moderne

Section 3 - La portée conceptuelle : une réponse à la nécessité de principes constitutionnels également fondateurs du « droit politique » et du « droit des gens »

- I – La nécessité problématique de fonder le « droit des gens » sur la République selon Kant
 - A – La fonction systématisante de la philosophie du droit d’Emmanuel Kant
 - B – La nature républicaine du fondement nouménal du « droit des gens »
 - C – La problématique issue de l’approfondissement du concept républicain
 - 1 – Le fondement de la République précisé par Kant : le principe exprimé à l’article 16 de la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen
 - 2 – Quelle interprétation du principe exprimé par l’article 16 en tant qu’égal fondement nécessaire du « droit politique » et du « droit des gens » ?

- II – L’interprétation idoine de la Déclaration de 1789 permise par la théorie du fédéralisme normatif
 - A – L’interprétation fonctionnelle de l’article 16 de la Déclaration des droits de 1789
 - B – La canalisation consécutive de l’interprétation de l’article 3 de la Déclaration
 - 1 – La précision du régime juridique de l’exercice du pouvoir fédératif
 - 2 - Le rejet des interprétations de l’article 3 de la Déclaration de 1789 résolument hostiles au « droit politique des gens »

Section 1

La base conceptuelle : la théorie du devoir fédératif développée par Georges Scelle

§ 5 - Le caractère nécessaire à toute Constitution nationale du principe et de la technique du fédéralisme normatif, d'après Georges Scelle, constitue la conclusion d'un raisonnement qui ne peut être développé qu'à partir d'un certain nombre d'éléments théoriques fondamentaux. L'objet de cette section est justement de présenter ces éléments en vue de pouvoir, dans la section suivante, exposer le raisonnement en question. Cette perspective explique pourquoi la présentation de ces éléments sera faite sous un angle particulier, celui de la notion de « devoir fédératif ». Certes, Georges Scelle n'a jamais présenté de cette manière les éléments fondamentaux de sa théorie juridique, ni même employé l'expression de « devoir fédératif » semble-t-il. Toutefois, le recours à cette notion permet de rendre compte avec exactitude et de faciliter la compréhension desdits éléments, ainsi et surtout que de bien préparer au raisonnement à venir. Ainsi seront successivement mis en évidence la nature objective du devoir fédératif (I) et son objet constructif (II).

I – La nature objective du devoir fédératif

Le devoir fédératif est un devoir objectif particulier, et un devoir objectif constitue lui-même une catégorie générale de règles de droit objectif. Afin d'étudier la particularité de ce devoir objectif, encore faut-il avoir déterminé ce que recouvre la conception du droit objectif chez Georges Scelle. Cette conception sera présentée, d'abord sous son angle le plus général (A), ensuite sous son aspect dynamique (B).

A – La conception générale du droit objectif chez Georges Scelle

Pour Georges Scelle, le droit objectif recouvre les causes de l'existence, de la persistance et du développement d'une société ou phénomène de solidarité (1). Cette causalité présente d'après lui un fondement biologique (2).

1 – La détermination objective de tout phénomène de solidarité

§ 6 - La réflexion de Georges Scelle est amorcée de manière bien définie, dans la mesure où elle repose sur une observation à caractère sociologique : la solidarité constitue « le fait social primitif »⁴⁸. En quoi consiste la solidarité et en quoi a-t-elle un caractère premier ? Il est d'autant plus nécessaire de le préciser que certains auteurs, en tête desquels Hans Kelsen⁴⁹, ont cru pouvoir critiquer les fondements de la pensée scellienne en invoquant l'inconsistance

⁴⁸ SCELLE, Georges, « Règles générales du droit de la paix », *R.C.A.D.I.*, 1933 – IV, volume n° 46, pp 327-703, spéc. p 340.

⁴⁹ KELSEN, Hans, « Droit et Compétence - Remarques critiques sur la théorie du droit international de Georges Scelle », *ibid.*, spéc. pp 66-69.

de cette notion de « solidarité ». L'imprécision ainsi alléguée n'est en réalité qu'une impression issue d'un manque de considération pour le double point de vue sociologique, durkheimien, à partir duquel Georges Scelle a développé ses conceptions.

§ 7 - En quoi consiste ce double point de vue sociologique fondamental ?

1) Du point de vue microsociologique tout d'abord, Georges Scelle constate que, pour vivre, tout individu doit nécessairement entretenir des liens de solidarité particuliers avec d'autres. Ces liens de solidarité particuliers sont d'abord et avant tout matériels : ils résultent de la nécessité dans laquelle se trouve tout individu de rechercher auprès d'autres, la satisfaction des besoins matériels auxquels il n'est pas en mesure de subvenir lui-même. Assurer sa survie dans un environnement hostile, tel est l'instinct primitif qui cause les phénomènes grégaires⁵⁰ ; subvenir à des besoins matériels de plus en plus nombreux, dans un monde marqué par une spécialisation du travail et la diversification des aptitudes et fonctions individuelles, telle est la nécessité qui résulte de l'amplification du phénomène grégaire. Conséquence et/ou complément de ce phénomène grégaire de caractère physiologique, les liens de solidarité particuliers peuvent également être psychologiques, c'est-à-dire, résulter du sentiment de l'individu de partager avec d'autres des traits communs. Ces traits communs, extrêmement variés, peuvent être de nature physique (liens familiaux, « de l'habitat », de la géographie,...), ou bien culturelle (liens résultant « des mœurs et des coutumes locales ou régionales », de l'histoire, de la religion, de l'éducation, de la culture, des idées, ...). Tout besoin individuel ne peut donc être satisfait qu'au moyen d'échanges interindividuels.

2) Se plaçant ensuite d'un point de vue macrosociologique, Georges Scelle constate alors l'existence de phénomènes, d'états particuliers de convergence interindividuelle résultant, chacun, de la nécessité pour chacun des individus concernés de satisfaire leurs besoins utilitaires et/ou leurs sentiments identitaires. La notion générale de « solidarité » exprime précisément cet état nécessaire de convergence utilitaire et/ou identitaire caractérisant un nombre plus ou moins déterminé et stable d'individus. Le concept de « société » désigne alors simplement l'ensemble des individus dont la satisfaction de certains besoins utilitaires et/ou identitaires dépend entièrement et nécessairement d'un phénomène de solidarité déterminé⁵¹. Les échanges interindividuels seuls à même de permettre la satisfaction des besoins individuels se traduisent donc inéluctablement sous la forme de phénomènes de solidarité et de sociétés, et c'est en cela que la solidarité apparaît comme « le fait social primitif », le fait social de base. Il convient de préciser cette dernière explication en la situant par rapport aux premiers éléments de la définition que donne Émile Durkheim des « faits sociaux » : « manières d'agir, de penser et de sentir, extérieures à l'individu, et qui sont douées d'un pouvoir de coercition en vertu duquel ils s'imposent à lui »⁵². Dire que la

⁵⁰ À cet égard, le premier exemple que développe Georges Scelle est celui de la « horde primitive vivant de la chasse », dans son *Précis de droit des gens – Principes et systématique*, Tome I (Introduction – Le milieu intersocial), *op. cit.*, spéc. p 3. Il faut signaler – cela sera approfondi d'ici quelques pages – que la « horde » est une notion sociologique typiquement durkheimienne.

⁵¹ SCELLE, Georges, « Règles générales du droit de la paix », *ibid.*, spéc. p 339.

⁵² DURKHEIM, Émile, *Les règles de la méthode sociologique*, Paris, Félix Alcan, 1895, 186 pp (Réédition chez Flammarion, collection « Champs », 1988, dans sa version « consolidée », avec une longue et particulièrement intéressante préface de Jean-Michel Berthelot : « *Les Règles de la méthode sociologique* ou l'instauration du raisonnement expérimental en sociologie », plus particulièrement le chapitre premier – « Qu'est-ce qu'un fait social ? », pp 85-107 - , spéc. p 97.

solidarité est « le fait social primitif », comme le fait Georges Scelle, cela signifie que celle-ci n'est pas une manière de l'être parmi d'autres, mais constitue la manière fondamentalement nécessaire de l'être, celle à partir de laquelle se constituent toutes les manières d'être possibles et imaginables. L'être vit nécessairement en société, relève nécessairement d'au moins un phénomène de solidarité. L'être est social ou n'est pas ; l'état de nature réel ou hypothétique des théories jusnaturalistes est par conséquent une idée qui ne peut pas être retenue.

§ 8 - C'est à partir de ces fondements sociologiques que Georges Scelle met en évidence la détermination objective de tout phénomène de solidarité.

1) Sur la base de l'analyse précédente, Georges Scelle précise en effet que tout phénomène de solidarité, toute société est par conséquent déterminé(e) par une finalité particulière : « Le phénomène social issu d'une solidarité de fait matérielle implacable [...] a donc pour fin la satisfaction des besoins individuels et l'entretien de la vie individuelle »⁵³. Par exemple, la finalité du phénomène de solidarité duquel dépendent les membres de la « horde primitive vivant de la chasse » consiste en la satisfaction des besoins de chacun d'eux en matière d'alimentation et de défense contre les agressions animales et humaines. Par ailleurs, toute évolution de ce phénomène de solidarité est le produit d'une mutation de sa finalité ; si par exemple le nombre d'individus membres de la « horde primitive » vient à augmenter, la finalité du phénomène de solidarité duquel l'ensemble de ceux-ci dépendent s'adapte spontanément et détermine un nouvel état de la société. De cette finalité précise, initiale ou ayant évolué, découle nécessairement et spontanément l'ensemble des conditions nécessaires à sa réalisation. La satisfaction des besoins alimentaires des membres de la « horde primitive », par exemple, requiert ainsi de suivre certains troupeaux d'animaux chassés pour leur viande. C'est ainsi que Georges Scelle évoque « le faisceau des *conditions optima* nécessaires à l'existence de ce *fait social*, sans l'observation desquelles il ne pourrait ni naître, ni persister »⁵⁴.

2) La solidarité, constituant un état de convergence interindividuelle résultant de la nécessité pour chacun des individus concernés de satisfaire leurs besoins utilitaires et/ou identitaires, est par conséquent un phénomène « extérieur » à l'individu ; le deuxième élément de la définition durkheimienne du « fait social » est ainsi vérifié. Il en va *a fortiori* de même en ce qui concerne la finalité sociale du phénomène de solidarité considéré, ainsi que des conditions de sa réalisation ; cette finalité et ces conditions étant ainsi « complètement indépendant[s] de la volonté humaine, non seulement en ce qui concerne leur contenu et leur apparition mais même en ce qui concerne leur valeur »⁵⁵, présentent donc un caractère objectif. L'existence de tout phénomène de solidarité, de toute société, se trouve donc entièrement, spontanément et objectivement déterminée par sa finalité et les conditions de réalisation de cette dernière. Tout individu étant dans la nécessité de concourir à un phénomène de solidarité, d'être membre d'une société pour subvenir à l'ensemble de ses besoins utilitaires et identitaires, se trouve par conséquent dans la nécessité de s'efforcer au respect de ces conditions objectives d'existence du phénomène de solidarité. Si la finalité

⁵³ SCELLE, Georges, « Le Concept de Société Internationale – Ses conséquences en technique juridique », *R.D.I.*, 1935, pp 7-35, spéc. p 12.

⁵⁴ SCELLE, Georges, « Règles générales du droit de la paix », *ibid.*, spéc. p 348. En italiques dans le texte.

⁵⁵ *Idem*, spéc. p 349.

objective du phénomène de solidarité ainsi que les conditions objectives nécessaires à sa réalisation n'étaient en effet pas respectées, alors ce dernier dépérirait, et l'individu avec lui : « La loi de conservation et de progrès des sociétés est en même temps la loi de conservation et de progrès de l'individu »⁵⁶. La finalité objective du phénomène de solidarité et ses conditions tout aussi objectives de réalisation constituent donc des contraintes pour l'individu membre de la société ; leur sanction immanente « consiste dans la décadence et la disparition du fait social originaire », et donc de l'individu⁵⁷. C'est en raison de leur caractère de contrainte, que Georges Scelle nomme droit objectif - parfois droit vivant pour en souligner la mutabilité⁵⁸ - l'ensemble des conditions objectives d'existence d'un phénomène de solidarité déterminé (finalité sociale et conditions particulières de sa réalisation). L'être est nécessairement social ; la « vitalité »⁵⁹ de tout être est donc spontanément et objectivement assujettie à celle du phénomène de solidarité dont il est nécessairement dépendant, donc au respect des conditions objectives qui le déterminent.

3) Il convient d'insister sur le sens et la nature de la relation entre le droit objectif et un phénomène de solidarité : c'est bien le droit objectif qui détermine le phénomène de solidarité, et non l'inverse⁶⁰. Traduite en termes durkheimiens, la pensée de Georges Scelle

⁵⁶ SCELLE, Georges, « La doctrine de Léon Duguit et les fondements du droit des gens », *ibid.*, spéc. p 102.

⁵⁷ SCELLE, Georges, « Essai sur les sources formelles du droit international », *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény – Tome III, Les sources des diverses branches du droit*, Paris, Sirey, 1934, 546 pp, spéc. pp 400-430, notamment p 401.

⁵⁸ SCELLE, Georges, « La doctrine de Léon Duguit et les fondements du droit des gens », *ibid.*, spéc. p 106.

⁵⁹ *Idem*, spéc. p 107.

⁶⁰ Force est de constater que le sens et la nature de cette relation entre le droit objectif et la solidarité (le premier déterminant le second) ont été généralement considérés comme des questions d'importance secondaire par les auteurs qui se sont penchés sur l'œuvre de Georges Scelle, et donc mal élucidées. Dans son article intitulé « Léon Duguit et Georges Scelle » - *R.H.F.D.S.J.*, 2000, pp 45-88 - Fabrice Melleray note ainsi à deux reprises que « le droit objectif est issu du phénomène social de solidarité » (pp 58 et 64), tout en procédant par ailleurs à des citations de Georges Scelle qui montrent bien le sens réel de la relation (p 62 notamment). Il est plus courant de constater, chez les auteurs qui présentent l'œuvre de Georges Scelle, une certaine confusion entre les notions de droit objectif et de solidarité, source dès lors de critiques injustifiées ; tel est par exemple le cas d'Antonio TRUYOL Y SERRA et de Robert KOLB, *Doctrines sur le fondement du droit des gens*, Paris, Pédone, 2^{ème} édition, 2007, 157 pp, spéc. pp 94 à 98. Il semble qu'un intérêt très relatif pour la notion même de « droit objectif » en soit à l'origine. De manière très symptomatique à cet égard compte tenu de son intention de se livrer à un « plaidoyer [...] en faveur des thèses de Georges Scelle », Georges Berlia ne consacre à cette notion pourtant essentielle aucun développement spécifique, ni aucun effort destiné à en préciser les contours ; d'où le manque d'impact de sa critique – fondamentalement juste - concernant l'assimilation entre, d'une part le droit objectif et la solidarité, d'autre part le droit naturel, à laquelle certains auteurs procédaient alors (« La doctrine de Georges Scelle – Étude de quelques thèmes », *ibid.*). C'est pourquoi cette assimilation problématique subsiste de nos jours, comme en témoigne par exemple l'analyse à laquelle procède Hubert Thierry pour pouvoir critiquer la distinction scellienne entre « droit objectif » et « droit positif » : « This method of proceeding suggests (doubtless more in the mind of the reader than in the thought of Scelle) a certain confusion between the *lex lata* and the *lex ferenda*, between law as it is and law as it ought to be. But this confusion appears more debatable or deplorable to us than it was in Scelle's time. Professors of law then exercised a kind of moral authority which encouraged them 'to lay down the law' ('*dire le droit*'), the law of which they were in some sense the guardians since they were outside governments, even when they were consulted by them. Furthermore, the tradition of natural law meant that the law, although so thoroughly secularized, retained some theological basis. Like morality, law appeared to be quite independent of existence, experience, and legal practice, and the latter was supposed not to make law, but to conform to it. Scellian objective law founded on 'science' was the heir to this tradition », « The Thought of Georges Scelle », *ibid.* (introduction de la première partie). Souligné pour les besoins de la démonstration.

devient : la possibilité scientifique de concevoir une « coercition » résulte de ce que le « fait social » solidarité est la manière de l'être, extérieure à ce dernier ; le « pouvoir de coercition » du « fait social » « solidarité » résulte de ce qu'il constitue la manière fondamentalement nécessaire de l'être.

§ 9 - Ainsi posés, les fondements de la théorie de Georges Scelle semblent se rapprocher d'éléments que Léon Duguit avait développés antérieurement. Or, cette impression est trompeuse. C'est pourquoi il convient de montrer que les premiers ont en réalité un sens particulier.

2 – La conception biologique du droit objectif

§ 10 - Georges Scelle semble effectivement, à ce niveau de l'analyse, se situer tout à fait dans la droite ligne des concepts introduits par Léon Duguit dès son premier ouvrage consacré à la purge et à la rénovation des conceptions juridiques françaises⁶¹. Il s'en démarque en réalité de façon sensible, quant à la réponse donnée à la problématique suivante. L'être a ses manières : une fondamentalement nécessaire – la solidarité - , les autres contingentes. Mais comment définir l'être en lui-même ?

§ 11 - La réponse donnée à cette problématique par Léon Duguit le conduit à retenir une conception psychologique du droit objectif.

1) Cette réponse consiste pour Léon Duguit à reprendre à René Descartes sa fameuse définition⁶² : *je pense donc je suis*, l'être c'est la conscience⁶³. Il tient cependant à s'inspirer de la « psychologie expérimentale » pour justifier sa réponse, et en préciser les modalités d'expression. Il y a tout d'abord la volonté – « tendance consciente de la pensée interne à agir du dedans au dehors » - puis l'action – « manifestation externe de cette volonté »⁶⁴. Mais Léon Duguit se réapproprie immédiatement ces données de la « psychologie expérimentale » en les complétant par une distinction entre l'objet et le but : « Le but est un résultat à obtenir,

⁶¹ DUGUIT, Léon, *L'ÉTAT, le droit objectif et la loi positive*, op. cit., plus particulièrement le chapitre 1 – « La solidarité sociale » - , pp 23-79.

⁶² DESCARTES, René, *Discours de la méthode pour bien conduire la raison, et chercher la vérité dans les sciences*, Leyde, Imprimerie Ian Maire, 1637 (Réédition Librairie Générale Française, collection « Le Livre de Poche – Classiques de la philosophie », 2000, 254 pp), plus particulièrement la Quatrième Partie.

⁶³ DUGUIT, Léon, *L'ÉTAT, le droit objectif et la loi positive*, op. cit., spéc. pp 24-30 : « La pensée individuelle consciente d'elle-même, voilà le fait placé au-dessus et en dehors de tous les systèmes philosophiques ou sociologiques », spéc. p 27. Tel est le crible auquel sont passées les théories exprimées par Émile Durkheim dans *De la division du travail social*, dont Léon Duguit avoue s'être « largement inspiré », spéc. p 23, note infrapaginale n° 1. Le subjectivisme déterminant qui en résulte explique les limites de l'objectivisme de Léon Duguit, et pourquoi ce n'est que de manière très utilitaire qu'il se réfère à l'œuvre d'Émile Durkheim. Pour plus de précisions à cet égard, il convient de se reporter à la thèse d'Evelyne PISIER, *Le service public dans la théorie de l'État de Léon Duguit*, Paris, L.G.D.J., collection « Bibliothèque de philosophie du droit », 1972, 316 pp, ainsi qu'à son article « La sociologie durkheimienne dans l'œuvre de Léon Duguit », *L'Année sociologique*, 1977, pp 95-114, mais également à l'article de Laurent FONBAUSTIER « Une tentative de refondation du droit : l'apport ambigu de la sociologie à la pensée de Léon Duguit », *R.F.D.A.*, 2004, pp 1053-1061.

⁶⁴ *Idem*, spéc. p 27.

qui est conçu par la conscience de l'individu qui veut et qui veut en vue de l'obtention de ce résultat. L'objet de la volonté est l'action externe, qui sera accomplie par l'individu qui veut à la suite de la volition interne [...] La volonté veut l'action (c'est son objet) en vue du but qu'elle poursuit »⁶⁵. La conséquence déterminante en est que le but constitue le critère et la mesure de la volonté⁶⁶. Finalement : l'être, c'est la conscience ; la conscience, ce sont les buts d'un individu ; l'être consiste donc dans les buts d'un individu. Léon Duguit conçoit par conséquent la solidarité comme la manière fondamentalement nécessaire des buts d'un individu, extérieure à ceux-ci. Tout individu, dans la détermination de ses buts, est par conséquent fondamentalement et nécessairement assujéti au droit objectif.

2) De ce dernier élément, Léon Duguit tire deux conséquences. D'une part, le droit objectif s'analyse comme un ensemble de pouvoirs et/ou de devoirs de vouloir des buts, chez tout individu dépendant du phénomène de solidarité concerné⁶⁷. Consistant en une loi de finalité, le droit objectif se distingue par conséquent des lois biologiques, qui elles consistent en des lois relatives à des causalités. D'autre part, le droit objectif n'existe pas indépendamment de l'opération de volonté qui consiste à déterminer des buts individuels : « Il ne peut y avoir de règle de conduite en général, et particulièrement de règle de droit, que s'il y a une conscience pour la concevoir et une volonté pour vouloir l'appliquer »⁶⁸. Une objection était possible à cette dernière conclusion : la confusion dans la détermination du droit objectif et celle des buts individuels est la négation même du caractère objectif du droit en question. Léon Duguit la balaye de façon péremptoire : « La volonté qui veut la réalisation de la règle, c'est la règle s'appliquant à la volonté ; la règle s'appliquant à la volonté, c'est la volonté qui veut la règle »⁶⁹.

§ 12 - La réponse donnée à la problématique par Georges Scelle le conduit à retenir une conception biologique du droit objectif.

1) Celui-ci va en effet estimer nécessaire d'aller au-delà de la conception d'inspiration cartésienne mais finalement contradictoire du droit objectif développée par Léon Duguit ; il juge effectivement insuffisante la conception de l'être comme étant exclusivement une conscience. L'éthologie, en particulier, met clairement en évidence l'existence de lois sociales en dehors de la conscience humaine : il est donc nécessaire de relativiser cette idée tenue pour irréfutable par Léon Duguit, selon laquelle une loi sociale constitue un fait spécifique à la conscience, elle-même propre à l'homme⁷⁰. La loi sociale n'est donc pas fondamentalement une loi de finalité ; mais à quoi correspond-elle alors ? La vocation de tout animal mis au monde étant de vivre, et non de mourir à bref délai, le droit objectif doit être analysé comme

⁶⁵ *Idem*, spéc. p 163.

⁶⁶ *Idem*, spéc. p 164 : « C'est le but uniquement qui fait d'un acte de volonté ce qu'il est. S'il n'y a pas de but conscient, il n'y a pas de volonté, et il n'y a de volonté que dans la mesure du but et suivant ce but ».

⁶⁷ DUGUIT, Léon, *L'ÉTAT, le droit objectif et la loi positive*, op. cit., spéc. pp 140-148.

⁶⁸ *Idem*, spéc. p 145.

⁶⁹ *Idem*, spéc. pp 144-145.

⁷⁰ SCELLE, Georges, « La doctrine de Léon Duguit et les fondements du droit des gens », *ibid.*, spéc. p 102. L'auteur s'appuie également sur certaines avancées de la physique des particules, mais ce sont surtout les travaux scientifiques relatifs au comportement social de certains insectes - abeilles et fourmis - qui l'intéressent.

le prolongement externe nécessaire des lois de causalité biologiques régissant le fonctionnement interne de chaque organisme vivant. Les lois biologiques internes de tout organisme vivant causent ainsi le droit objectif – externe –, lequel cause un phénomène de solidarité ; le droit objectif et le phénomène de solidarité dont il est la cause constituent ainsi la condition du fonctionnement interne de chaque organisme vivant. Lois biologiques internes et droit objectif sont donc indissolublement liées ; de par son origine et sa fonction, le droit objectif est ainsi fondamentalement causal, biologique : « L'homme, surtout dans son jeune âge et dans son âge mûr, mais aussi dans tous les moments de sa vie, est étroitement dépendant du milieu. S'il en est isolé il meurt [...] Le fait social est donc un fait biologique »⁷¹.

2) L'être défini par Georges Scelle recouvre en définitive sa « loi de conservation et de progrès », c'est-à-dire les lois biologiques internes et externes au respect desquelles celui-ci est subordonné de façon fondamentalement nécessaire ; l'être est ainsi considéré en dehors de l'anthropocentrisme latent de Léon Duguit. Considérant le corps comme le support nécessaire de la conscience, Georges Scelle s'éloigne ainsi radicalement du spiritualisme platonicien qui amenait René Descartes à tenir l'existence de Dieu pour une nécessité logique, l'être étant effectivement pour ce dernier « une substance dont toute l'essence ou la nature n'est que de penser, et qui pour être n'a besoin d'aucun lieu ni ne dépend d'aucune chose matérielle, en sorte que ce moi, c'est-à-dire l'âme par laquelle je suis ce que je suis, est entièrement distincte du corps, et même qu'elle est plus aisée à connaître que lui, et qu'encore qu'il ne fût point elle ne laisserait pas d'être tout ce qu'elle est »⁷². Fondamentalement matérialiste, aristotélien, Georges Scelle ne renie cependant pas cet aspect de l'être humain qu'est la conscience, mais le subordonne étroitement à son aspect biologique fondamental. La solidarité constitue ainsi la manière fondamentalement nécessaire de la « loi de conservation et de progrès » de l'être humain. Qu'est-ce à dire ? Il s'agit tout simplement de l'idée précédemment examinée, selon laquelle tout phénomène de solidarité, toute société est déterminée par une finalité particulière et ses conditions de réalisation, qui sont objectives dans la mesure où elles sont causées par les lois biologiques internes de tout organisme humain. Le droit objectif existe donc indépendamment de la conscience à laquelle il s'impose ; par conséquent, l'objection qu'il était possible d'adresser à Léon Duguit, sans rien obtenir d'autre en réponse qu'un argument d'autorité, disparaît.

3) La détermination de la teneur du droit objectif peut donc être entreprise en elle-même ; parce qu'il s'impose à des consciences, le droit objectif peut alors se résoudre en « pouvoirs » et « devoirs » objectifs de vouloir des buts individuels. Deux conséquences en résultent, qui montrent que Georges Scelle aurait parfaitement pu reprendre à son compte une conclusion à laquelle Émile Durkheim était parvenue : « De ce que tout se fait selon des lois, il ne suit pas que nous n'ayons rien à faire »⁷³. En premier lieu, la détermination de la teneur du droit objectif peut et doit faire l'objet d'une recherche scientifique guidée par un raisonnement expérimental : « le Droit est une science expérimentale dont les éléments se trouvent non seulement dans la sociologie, l'économie politique, les expériences constitutionnelles et législatives de l'humanité, mais également dans le domaine de

⁷¹ *Idem*, spéc. pp 102-103.

⁷² DESCARTES, René, *op. cit.*, spéc. p 111.

⁷³ DURKHEIM, Émile, *De la division du travail social*, *op. cit.*, spéc. p 331.

l'assurance, la prévoyance et l'hygiène sociales, dans le domaine de *l'ingénieur social* »⁷⁴. Les fonctions de professeur de droit ainsi que de législateur sont donc fondamentalement scientifiques et expérimentales, ce sont d'abord et avant tout – ce qui ne veut pas dire exclusivement - des fonctions de connaissance ; les devoirs de leur charge respective obligent donc leurs titulaires à critiquer les méthodes employées, les résultats prévus et obtenus. En second lieu, la teneur du droit objectif une fois déterminée, le devoir incombe à leurs « inventeurs » d'agir afin d'en assurer la réalisation effective dans la mesure où la bonne santé physique et donc psychique de chaque individu membre de la société concernée en dépend. Le professeur de droit, au même titre que tout « ingénieur social », développe dans la perspective de Georges Scelle une activité indissociable – ce qui ne veut pas dire identique ou assimilée à - de celles du professeur de médecine et de tout membre du corps médical.

4) Il faut en définitive souligner que, loin de bâtir une représentation d'une société donnée sur le modèle de l'ensemble des organes d'un corps vivant – distincts mais interdépendants – Georges Scelle se borne à estimer que tout phénomène de solidarité est fondamentalement causé par les lois biologiques régissant le fonctionnement interne de tout être vivant ; ce sont deux ordres d'idées différents, et la façon de penser adoptée par Georges Scelle est en elle-même exempte de tout organicisme, même s'il est vrai que certains exemples plus ou moins imagés peuvent laisser penser le contraire⁷⁵.

§ 13 - La conception biologique du droit objectif retenue par Georges Scelle aboutit donc à définir la science du droit d'une manière radicalement nouvelle. La radicalité de cette innovation se mesure à l'aune des réactions convergentes de certains juristes contemporains : qu'ils soient défenseurs ou contempteurs des théories du droit naturel, ceux-ci n'ont en général vu dans le droit objectif scellien qu'une version renouvelée du droit naturel.

1) Tel est le cas tout d'abord du très catholique et conservateur Louis Le Fur – professeur à la Faculté de Droit de Paris - dont on conçoit fort bien l'effroi devant le matérialisme de Georges Scelle, et dont on comprend pourquoi il chercha à en dévaloriser les conceptions en analysant celles-ci⁷⁶ : d'une part, comme la marque d'un retour au « droit naturel » traditionnel que lui-même défendait ; d'autre part comme un aveu implicite de la nécessité de la philosophie au fondement du droit⁷⁷, idée à laquelle lui-même tenait beaucoup et qu'il avait concrétisée en obtenant la création d'un cours de « philosophie du droit » à la Faculté de Droit de Paris.

⁷⁴ SCELLE, Georges, « La doctrine de Léon Duguit et les fondements du droit des gens », *ibid.*, spéc. p 103. En italiques dans le texte.

⁷⁵ Fabrice Melleray assimile à cet égard le biologisme scellien et l'organicisme spencérien, « Léon Duguit et Georges Scelle », *ibid.*, spéc. pp 69-72. Les développements précédents montrent pourquoi cette assimilation ne peut être soutenue.

⁷⁶ LE FUR, Louis, « Règles générales du droit de la paix », *R.C.A.D.I.*, 1935-IV, volume n°54, pp 1-307. Cet effroi est bien perceptible dans la comparaison que l'auteur opère entre les théories de Léon Duguit et Georges Scelle, respectivement pages 77 et 100. À propos de Léon Duguit, Louis Le Fur disait : « Sa théorie a pu être comparée à un cyclone passant sur le droit et n'en laissant rien subsister ; mais quand on va au fond des choses on s'aperçoit que ces négations radicales sont beaucoup moins outrancières qu'elles ne le paraissent [...] avec M. Scelle le 'cyclone' de Duguit se reforme, plus violent encore, pour ravager à nouveau la science du droit ».

⁷⁷ *Idem*, spéc. pp 96-98. Nombreux sont par ailleurs les auteurs à faire des critiques similaires, sans pour autant se prononcer sur la délimitation de la science du droit (ces critiques sont recensées par l'auteur, spéc. p 98).

2) Tel est surtout le cas ensuite du très positiviste Hans Kelsen, dont l'appréciation s'explique par sa grille de lecture des fondements de la théorie juridique scellienne, à savoir la classification des types idéaux successifs de la pensée juridique qu'il avait établie peu de temps auparavant⁷⁸.

Ainsi que l'explique le juriste autrichien, cette classification a consisté en ceci : « [...] la théorie du droit positif et ses fondements philosophiques ont été traités de façon plus précise pour obtenir un net contraste par rapport à la doctrine du droit naturel, et présenter ainsi pour la première fois la grande opposition qui domine depuis toujours la science du droit, en étroite relation avec les courants parallèles dans le domaine de la philosophie »⁷⁹. L'opposition radicale entre jusnaturalisme et juspositivisme qu'établit Hans Kelsen repose sur les critères suivants. Le jusnaturalisme repose sur la « théorie de la copie »⁸⁰, c'est-à-dire le doublage de toute chose réelle par une essence propre située au-delà de toute conscience immédiate de la chose, doublage qui aboutit dans le domaine juridique au dualisme entre droit naturel et droit positif et se concrétise suivant diverses formes évolutives en fonction des époques⁸¹. Le juspositivisme répudie cette « théorie de la copie », c'est-à-dire qu'il n'est alors question de ne s'intéresser qu'aux choses réelles et de ne donner qu'une « vision scientifico-critique » du monde, et se manifeste par la constitution d'une science du droit positif c'est-à-dire l'entreprise de connaissance des règles qui sont posées dans le cadre d'un ordre de contrainte ou ordre juridique⁸².

Or il est patent que Hans Kelsen situe d'emblée le couple formé par les concepts scelliens de droit objectif et de droit positif – ce dernier sera étudié ultérieurement – dans le cadre de la « théorie de la copie », considère donc le droit objectif comme du droit naturel, son fondement biologique comme reposant par suite sur un « malentendu », et la théorie juridique

⁷⁸ KELSEN, Hans, *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*, Charlottenburg, 1928, 78 pp – *La doctrine du droit naturel et le positivisme juridique*, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 1997.

⁷⁹ KELSEN, Hans, *La doctrine du droit naturel et le positivisme juridique*, *op. cit.*, spéc. p 435.

⁸⁰ *Idem*, spéc. p 465. Cette « théorie de la copie » (terminologie kantienne) constitue la modélisation de ce type de comportement : « [...] l'homme ne veut pas se contenter de ce que ses sens lui offrent et de ce qu'il saisit avec son propre entendement. Son premier élan passionné vers la connaissance reste insatisfait s'il doit en demeurer à ce qui lui est donné dans la limite de son propre être, à la nature telle qu'il peut la sentir et la comprendre avec les forces de son âme. Le désir de sonder l'essence des choses le pousse à interroger ce qui se trouve 'derrière' les choses ; et comme cette question n'obtient pas de réponse dans le domaine de l'expérience, c'est-à-dire dans la sphère du monde sensible, contrôlé et ordonné par son entendement, il fait sienne l'hypothèse hardie selon laquelle il existe un domaine au-delà de son expérience, qui doit bien receler les motifs et les causes qu'il cherche, les idées ou les formes originelles (Urbilder) de toutes les choses de ce monde-ci, telles qu'elles sont 'en soi', indépendamment de ses sens ou de son entendement ; mais en même temps ce domaine lui demeure nécessairement à jamais caché, étant inaccessible à ses sens. Cette hypothèse grandiose avec laquelle l'homme crée l'illusion de se dépasser lui-même, cette étrange tentative de l'éternel Munchhausen de monter sur ses propres épaules, constituent le noyau essentiel de toute métaphysique et de toute religion ».

⁸¹ *Idem*, spéc. pp 435-479.

⁸² *Idem*, spéc. pp 478-492. La répudiation de la « théorie de la copie » est ainsi présentée, spéc. pp 478-479 : « *Le dépassement du dualisme métaphysico-religieux de l'au-delà et de l'ici-bas, de Dieu et du monde s'accomplit lorsque l'homme, renforcé dans sa confiance à l'égard de ses propres sens et de son entendement – notamment grâce aux progrès des sciences de l'expérience – trouve le courage d'abandonner, ne pouvant le connaître, le domaine de la transcendance situé au-delà de son expérience, comme une hypothèse incontrôlable, et donc scientifiquement inféconde. Il limite par conséquent à l'ici-bas son image scientifique du monde* ». En italiques dans le texte.

scellienne comme constituant en définitive une illustration du « dogme socrato-platonicien », mais aussi de la renaissance des analyses dogmatico-religieuses qu'il voit se dessiner depuis la fin de la Première Guerre Mondiale⁸³. Mais il est tout aussi patent que cette analyse, probablement favorisée par le laconisme et la relative approximation terminologique qui caractérisent le cours et l'ouvrage de Georges Scelle sur lesquels se fonde Hans Kelsen, ne correspond pas à la théorie juridique du premier en raison de la définition matérialiste de l'être qu'elle comporte et de la méthode expérimentale qui en découle. Le normativisme ne constitue donc pas l'unique ou du moins principale voie possible du positivisme dans le domaine juridique, ainsi que Hans Kelsen tendait à le penser⁸⁴. L'approche biogenico-socio-juridique de Georges Scelle constitue donc un positivisme alternatif reposant sur – et appelant à – l'articulation des diverses sciences positives, alors que Hans Kelsen recherchait avant tout, à travers son approche normativiste, à fonder la spécificité irréductible de la science juridique pure.

§ 14 - D'après la théorie du droit de Georges Scelle, un devoir objectif apparaît en définitive comme une condition fondamentalement biologique qui détermine l'existence et la consistance d'un phénomène de solidarité de type humain, s'analysant plus précisément en tant qu'obligation de vouloir certains buts nécessaires à l'existence, à la persistance et au développement dudit phénomène, et scientifiquement déterminable par la mise en œuvre d'un raisonnement expérimental. Il convient désormais d'en préciser le sens en se situant, non plus au point de vue d'une société donnée, mais à celui d'un complexe de sociétés ; ceci permet de préciser les fondements durkheimiens de la théorie juridique scellienne.

B – La conception dynamique du droit objectif chez Georges Scelle

Pour Georges Scelle, le droit objectif obéit à une dynamique pour la conception de laquelle l'auteur s'appuie fortement sur la dynamique sociale et intersociale qu'Émile Durkheim avait détaillée d'un point de vue sociologique. C'est pourquoi, en vue d'étudier les notions scelliennes du droit objectif intersocial et de la collectivité intersociale (2), il importe de préciser les traits saillants de cette dernière dynamique (1).

1 – La dynamique sociale et intersociale d'Émile Durkheim

§ 15 - Sur la base des éléments théoriques précédemment examinés, Georges Scelle développe un ensemble de notions permettant d'appréhender les dynamiques sociales et par conséquent juridiques. Avant d'approfondir l'étude de ces dernières conceptions, il est nécessaire de s'attarder sur certains aspects des travaux d'Émile Durkheim. Contrairement à Léon Duguit, Georges Scelle s'est en effet appuyé pleinement – quoique de manière souvent

⁸³ KELSEN, Hans, « Droit et Compétence - Remarques critiques sur la théorie du droit international de Georges Scelle », *ibid.*, spéc. pp 69-77.

⁸⁴ KELSEN, Hans, *La doctrine du droit naturel et le positivisme juridique*, *op. cit.*, spéc. pp 481-485. Ce ne sont rien moins que les fondements sur lesquels l'auteur bâtit sa théorie normativiste du droit qui sont alors exposés, et seuls exposés.

implicite - sur la dynamique sociale et ses causes telles qu'étudiées par le sociologue dans sa thèse *De la division du travail social*⁸⁵.

§ 16 - La distinction entre les notions de droit pénal et de droit restitutif est fondamentale dans les travaux d'Émile Durkheim.

1) La première a pour principale caractéristique de sanctionner par une peine le crime, c'est-à-dire la violation des règles qui « expriment les similitudes sociales les plus essentielles » ; il constitue donc le signe tangible de l'existence d'un phénomène de solidarité par similitudes. La seconde a pour principale caractéristique de sanctionner par une restitution la violation des règles régissant des rapports particuliers ; il constitue donc le signe tangible de l'existence d'un phénomène de solidarité par division du travail⁸⁶.

2) Les sociétés primitives se caractérisent par une prédominance du droit pénal sur le droit restitutif, et constituent donc essentiellement un phénomène de solidarité par similitudes ; il apparaît cependant que ce droit pénal ne régit alors qu'une fraction infime de la vie globale d'un individu. Émile Durkheim met à cet égard en évidence la facilité avec laquelle les individus vivant dans ce genre de sociétés peuvent se dégager du phénomène de solidarité correspondant et en intégrer un autre. Les individus sont alors effectivement très similaires entre eux quant aux besoins qu'ils ressentent et aux fonctions qu'ils exercent ; cela tient à la très grande généralité des besoins ressentis – se nourrir, se défendre – et à la simplicité corrélative des fonctions conçues pour y répondre – la chasse, la veille nocturne. Dès lors, les mouvements de départ et d'arrivée peuvent intervenir sans que le phénomène de solidarité préexistant s'en ressente trop durement : les individus restant pourront eux-mêmes assurer les fonctions destinées à répondre à leurs besoins alimentaires et défensifs ; les nouveaux arrivants n'auront pas à acquérir des aptitudes particulières pour prendre part à l'exercice des fonctions⁸⁷.

3) Ceci produit des conséquences extrêmement importantes lorsque, pour des raisons tenant par exemple à des circonstances géographiques permettant la satisfaction simultanée de l'ensemble des besoins alimentaires et défensifs, plusieurs sociétés de ce type sont amenées à cohabiter. Les individus ainsi réunis par la force des choses, bien qu'étant originaires de sociétés distinctes, tendent à constituer dans l'espace territorial pertinent un nouveau cadre social qui se substitue progressivement aux cadres sociaux originaires. La réunion de plusieurs « hordes » donne progressivement naissance à un « clan » ; la réunion de plusieurs « clans » accouche lentement d'une « société segmentaire à base de clans »⁸⁸. Sur un espace territorial déterminé, le volume de la population (la « densité matérielle ») augmente ; celui des relations interindividuelles (la « densité morale ») croît plus que proportionnellement à cette dernière augmentation⁸⁹.

⁸⁵ DURKHEIM, Émile, *De la division du travail social*, op. cit., spéc. pp 237-266.

⁸⁶ *Idem*, spéc. pp 35-102.

⁸⁷ *Idem*, spéc. pp 119-121.

⁸⁸ *Idem*, spéc. pp 150-154.

⁸⁹ *Idem*, spéc. p 238.

§ 17 - L'accroissement des densités matérielle et morale mis en exergue par Émile Durkheim préside selon lui à l'apparition et au développement de la division du travail social, suivant la même loi de divergence des caractères qui détermine selon Charles Darwin l'évolution des espèces animales⁹⁰. La coexistence sur un espace territorial donné d'un nombre important d'individus relativement indifférenciés quant aux besoins qu'ils éprouvent et aux fonctions qu'ils sont susceptibles d'exercer pour subvenir à ces derniers, place ces individus dans une situation sans pareille de concurrence dans l'accès aux ressources (alimentaires en particulier). Cette « lutte pour la vie » particulièrement « ardente » engendre alors une « divergence des caractères » sociaux, c'est-à-dire une dynamique sociale nouvelle fondée sur la division du travail. Deux phénomènes simultanés en résultent effectivement, qui se déterminent l'un et l'autre.

1) D'une part, l'intensification et la diversification des besoins individuels. L'accroissement de la densité matérielle sur un espace territorial déterminé provoque inévitablement un certain état de tension relatif à la disponibilité des ressources. Il faut consacrer plus de temps à la quête d'une ressource animale et végétale qui tend à se raréfier dans les environs immédiats, et faire preuve de plus d'intelligence pour vaincre la méfiance animale croissante et tirer le meilleur parti possible des caractéristiques végétales. Les besoins sont donc à la fois plus intenses et plus divers, parce que la recherche de la satisfaction de chacun d'entre eux demande qu'il lui soit consacrée plus d'énergie physique et intellectuelle, et qu'il devient alors matériellement impossible de tous les satisfaire soi-même. Le contact permanent des individus oblige encore ces derniers, soucieux de leur survie et donc d'éviter le conflit ouvert dans lequel ils risqueraient de succomber sous la force de leurs adversaires, à réfléchir aux moyens de coexister pacifiquement.

3) C'est à cette intensification et à cette diversification des besoins individuels que répondent d'autre part la spécialisation et la diversification des fonctions individuelles. Les individus tendent à se spécialiser dans la satisfaction d'un besoin particulier de manière à ne plus entrer en concurrence avec ceux qui de toute façon se montrent d'ores-et-déjà plus aptes dans la satisfaction d'un autre besoin particulier (je ne parviens pas à rivaliser avec les chasseurs de tel ou tel clan, je vais donc me consacrer entièrement à la pêche, à la cueillette ou à l'agriculture que ce faisant ils délaissent). Les fonctions sont donc plus spéciales, à mesure que s'accroît la nécessité de consacrer plus spécialement sa force et son intelligence à la satisfaction d'un besoin particulier, et plus diverses parce qu'il devient alors nécessaire de requérir le concours des individus spécialisés pour la satisfaction des autres besoins⁹¹. C'est précisément en quoi consiste la division du travail : « le partage des fonctions jusque-là communes »⁹².

§ 18 - Les causes de la division du travail sont en définitive essentiellement biologiques pour Émile Durkheim, exactement de même que la diversification des espèces pour Charles

⁹⁰ DARWIN, Charles, *On the Origin of Species by Means of Natural Selection, or the Preservation of Favoured Races in the Struggle for Life*, London, John Murray, 1859 (Réédition par Flammarion, 1992, 604 pp), spécialement le Chapitre III – “La lutte pour l'existence” -, pp 109-128.

⁹¹ DURKHEIM, Émile, *De la division du travail social*, *op. cit.*, spéc. pp 248-259.

⁹² *Idem*, spéc. p 260.

Darwin : « Si nous nous spécialisons, ce n'est pas pour produire plus, mais c'est pour pouvoir vivre dans les conditions nouvelles d'existence qui nous sont faites »⁹³.

1) Les produits de ces mêmes causes biologiques n'en sont pas pour autant identiques : les caractères divergents mis en évidence par Émile Durkheim sont de type social, ceux révélés par Charles Darwin sont de type physique. Le sociologue met à cet égard en évidence la différence capitale existant entre la diversification des espèces animales et la spécialisation des fonctions sociales individuelles : si des caractères physiques et psychiques – produits d'une diversification - peuvent se transmettre héréditairement, tel n'est pas le cas des facultés nécessaires à l'accomplissement des fonctions individuelles diversifiées, en raison de leur degré de spécialisation trop élevé⁹⁴. C'est pourquoi la « divergence des caractères » sociaux n'aboutit donc certainement pas à une diversification des « races » par le procédé de la « sélection naturelle »⁹⁵. Cette différence, loin toutefois de relativiser le rôle des causes biologiques dans la divergence des caractères mise en évidence par Charles Darwin, ne fait que le rendre encore plus prégnant dans la perspective sociologique. Il en résulte que, dans les sociétés essentiellement fondées sur la division du travail, le processus biologique de « lutte pour la vie » est perpétuellement intense ; puisque le fondement de la dynamique sociale est essentiellement biologique, c'est également le cas en ce qui concerne la dynamique intersociale.

2) Émile Durkheim note à ce sujet que « Le corollaire de tout ce qui précède, c'est que la division du travail ne peut s'effectuer qu'entre les membres d'une société déjà constituée »⁹⁶. La division du travail suppose en effet une certaine coordination dans les processus de spécialisation et de diversification des fonctions individuelles. Cette coordination suppose elle-même qu'une certaine morale rapproche préalablement les individus concernés car « quand la concurrence oppose des individus isolés et étrangers les uns aux autres, elle ne peut que les séparer davantage »⁹⁷. Émile Durkheim pose alors une question particulièrement importante dans la perspective des futurs travaux de Georges Scelle : comment dès lors est-il possible qu'une division du travail s'établisse entre certains individus respectivement membres de deux sociétés distinctes ? Le sociologue est resté relativement évasif quant à la réponse à y apporter : « On peut affirmer qu'une fonction, économique ou autre, ne peut se diviser entre deux sociétés que si celles-ci participent à quelques égards à une même vie commune et, par conséquent, appartiennent à une même société »⁹⁸. De quelle manière apparaît cette nouvelle société englobant les sociétés préexistantes ? Force est de constater qu'Émile Durkheim n'a pas répondu directement à cette question ; il avait toutefois dégagé les éléments de la solution à y apporter, que Georges Scelle n'a pas manqué de tirer et d'exploiter.

⁹³ *Idem*, spéc. p 259.

⁹⁴ *Idem*, spéc. pp 291-318.

⁹⁵ DARWIN, Charles, *op. cit.* La diversification des races animales au moyen de la sélection naturelle est théorisée au chapitre IV, spécialement pp 129-182.

⁹⁶ DURKHEIM, Émile, *De la division du travail social*, *op. cit.*, spéc. p 259.

⁹⁷ *Idem*, spéc. p 259.

⁹⁸ *Idem*, spéc. p 265.

§ 19 - Il est inévitable que l'élément moral commun aux individus membres de sociétés originellement distinctes, le seul sur la base duquel ces derniers peuvent accepter de se partager un certain nombre de fonctions spéciales et diverses, soit à l'origine un produit purement interne à chacune des sociétés distinctes ; il est tout aussi nécessaire que la prise de conscience de l'identité des éléments moraux pertinents respectivement produits au sein de chaque société soit purement fortuite. Quel élément moral peut ainsi apparaître quasiment à l'identique au sein de chacune des sociétés originellement distinctes?

1) Cet élément moral, d'après les travaux d'Émile Durkheim, ne peut être que le produit de la division du travail au sein de chacune des sociétés originellement distinctes. Le sociologue a tout d'abord montré de quelle manière la constitution d'une « société segmentaire à base de clans », sur un espace territorial déterminé, débouche inéluctablement sur l'affaiblissement des « états forts et définis de la conscience collective » dont la violation suscite une réaction pénale : l'accroissement de la densité matérielle sur une superficie déterminée permet aux individus de se dégager progressivement de l'emprise traditionnelle des anciens sur les membres du « clan », et du contrôle social qu'exercent tout aussi traditionnellement les membres du clan les uns sur les autres. Deux conséquences en résultent. D'une part, les individus sont ainsi en mesure de se spécialiser dans les fonctions toujours plus diversifiées que requièrent, au-delà du « clan » originel, des besoins toujours plus intenses et divers⁹⁹. D'autre part, la conscience collective, c'est-à-dire « l'ensemble des croyances et sentiments communs à la moyenne des membres d'une même société [indépendamment] des conditions particulières où ils se trouvent placés »¹⁰⁰, est nécessairement d'autant plus abstraite et générale que la différenciation fonctionnelle des individus est plus avancée.

2) Promotion du rôle fonctionnel de chaque individu, abstraction et généralité croissante des pensées et sentiments communs à chacun des membres de la « société segmentaire à base de clans » territorialisée... Au sein d'une telle société, il était inévitable qu'une certaine idée de la personne humaine se constitue progressivement en « état fort et défini de la conscience collective » : « L'homme est devenu un dieu pour les hommes » précisait Émile Durkheim pour expliquer la force des réactions sociales au suicide¹⁰¹. Le sociologue ne cachait pas sa profonde perplexité devant cette « religion de l'individu » ou « dignité de la personne humaine » née au sein des sociétés structurées par la division du travail¹⁰². Il ne s'aperçut pas qu'il y avait pourtant là l'élément moral nécessaire à l'explication des phénomènes de division du travail entre membres de sociétés préexistantes et distinctes. Cette « dignité de la personne humaine » est effectivement un élément intellectuel suffisamment général, non seulement pour être partagé par l'ensemble des membres d'une société dominée par la division du travail, mais également par ceux de toute société originellement distincte de la précédente, dans laquelle la division du travail est un tant soit peu développée.

⁹⁹ *Idem*, spéc. pp 267-290.

¹⁰⁰ *Idem*, spéc. p 46.

¹⁰¹ DURKHEIM, Émile, *Le Suicide*, Paris, Félix Alcan, 1897, 463 pp. (Réédition aux P.U.F., collection « Quadrige », 2007), spéc. pp 378-379, et aussi *De la division du travail social*, *op. cit.*, spéc. pp 146-148.

¹⁰² DURKHEIM, Émile, *De la division du travail social*, *op. cit.*, spéc. p 147 : « On a donc une situation tout à fait exceptionnelle dans la conscience collective. C'est bien de la société qu'elle tire tout ce qu'elle a de force, mais ce n'est à la société qu'elle nous attache : c'est à nous-mêmes. Par conséquent, elle ne constitue pas un lien social véritable ».

3) Dans toutes ces sociétés originellement sans rapport les unes avec les autres, la « lutte pour la vie » engendre ainsi chez tout individu la conscience de l'unité biologique de l'espèce humaine ; c'est de cette seule conscience qu'émerge, dans la mesure où elle partagée par les individus membres de sociétés originellement distinctes, une société plus vaste que ces sociétés préexistantes, qui les englobe et à vocation à rassembler l'universalité du genre humain. En prenant progressivement conscience de cette unité biologique de l'espèce humaine, les hommes relevant de sociétés originellement distinctes tendent à devenir conscients de la nécessité de diviser le travail entre eux, d'autant plus qu'il apparaît alors que « les divisions territoriales sont de moins en moins fondées dans la nature des choses, et par conséquent perdent de leur signification »¹⁰³. Sous quelle forme ces éléments issus des travaux d'Émile Durkheim se retrouvent-ils dans les notions théoriques de Georges Scelle ? C'est ce qu'il s'agit maintenant d'examiner de plus près.

2 – Droit objectif intersocial et collectivité intersociale chez Georges Scelle

§ 20 - Replacés dans le contexte de la théorie juridique scellienne, les développements précédents sont seuls en mesure d'expliquer une idée fondamentale développée mais peu explicitée par Georges Scelle : « Le fait social [la solidarité] a pour caractéristique de s'engendrer lui-même »¹⁰⁴.

1) Confronté à de nouveaux besoins utilitaires (toujours plus intenses et divers), les individus vont dans un premier temps pouvoir y subvenir en sollicitant les individus dont c'est devenu la fonction de répondre, au sein même de la société dont ils sont d'ores et déjà membres. De multiples phénomènes de solidarité naissent et se développent ainsi au sein de la société préexistante chaque fois qu'un ou plusieurs individus éprouvant un même besoin individuel rencontre(nt) le (ou les) individu(s) remplissant la fonction susceptible d'y subvenir. C'est la « lutte pour la vie » qui détermine la naissance de nouveaux phénomènes de solidarité au sein même d'une société préexistante, et cette « lutte pour la vie » ne peut alors être que perpétuellement intense ; la finalité d'un phénomène de solidarité et ses conditions de réalisation, c'est-à-dire le droit objectif, ont donc bel et bien le fondement éminemment biologique que leur prête Georges Scelle ; le droit objectif apparaît bien par conséquent susceptible d'être recherché scientifiquement au moyen d'un raisonnement expérimental. Ces éléments justifient pourquoi ce dernier reprochait à Léon Duguit de ne pas avoir tiré toutes les conséquences de son approche sociologique¹⁰⁵.

2) Le développement qualitatif et quantitatif de ces phénomènes de solidarité utilitaires au sein d'une même société préexistante est alors à l'origine du phénomène dont Émile Durkheim n'avait pas saisi l'entière portée : la prise de conscience progressive de la « dignité de la personne humaine ». Tout individu membre d'une société préexistante au sein de laquelle s'est développée la division du travail, prend alors conscience de l'unité

¹⁰³ *Idem*, spéc. pp 162-164.

¹⁰⁴ SCELLE, Georges, « Le Concept de Société Internationale – Ses conséquences en technique juridique », *R.D.I.*, 1935, pp 7-35, spéc. p 15.

¹⁰⁵ SCELLE, Georges, « La doctrine de Léon Duguit et les fondements du droit des gens », *ibid.*, spéc. p 101 : « Nous croyons [...] que la conception de Duguit de la source du Droit et la base sociologique qu'il lui donne, auraient dû l'amener à reconnaître l'origine biologique du Droit [...] ».

biologique de l'espèce humaine, à laquelle il appartient ; dans la perspective de Georges Scelle, cela signifie qu'il prend conscience de l'identité des lois biologiques – internes et externes - qui régissent la vie humaine ; le sentiment identitaire qui en résulte permet l'apparition progressive de ce que Georges Scelle appelle la « société œcuménique », rassemblant l'ensemble des êtres humains. Le fait que Georges Scelle utilise une notion éminemment religieuse – l'œcuménisme – pour désigner un phénomène issu de ce qu'Émile Durkheim appelait notamment la « religion de l'individu » doit être souligné à cet égard (même s'il ne prouve rien en lui-même).

§ 20 - À partir de ces fondements durkheimiens et par là même darwinistes, Georges Scelle va s'approprier un élément qu'Émile Durkheim avait souligné mais guère exploité : le sociologue expliquait qu'aux fins de sa démonstration, « nous supposons que l'individu n'appartient qu'à une société. En fait, nous faisons partie de plusieurs groupes »¹⁰⁶. C'est une réflexion sur l'appartenance simultanée d'un même individu à plusieurs sociétés que Georges Scelle va être le premier à mener de façon systématique ; car la division du travail correspond, dans son cadre d'analyse, à la multiplication de phénomènes de solidarité utilitaires, c'est-à-dire à l'accroissement du nombre de sociétés particulières.

1) Conscients de l'identité biologique foncière de tous les êtres humains, les individus membres d'une société préexistante tendent dès lors à réagir en conséquence, lorsque la satisfaction d'un nouveau besoin s'avère impossible au sein même de ladite société. Une telle situation peut résulter de l'absence au sein de la société concernée de tout individu membre disposant des facultés nécessaires pour satisfaire le nouveau besoin, du nombre insuffisant ou bien de l'insuffisance des facultés des individus présents au sein de ladite société. Pour l'individu cherchant à satisfaire un nouveau besoin, il est alors nécessaire de créer de nouveaux liens de solidarité particuliers avec ceux des individus membres d'une ou de plusieurs société (s) distincte(s) et préexistante(s) et qui disposent de toutes les facultés requises. Si la démarche de ces individus aboutit, il y aura donc, d'un point de vue macrosociologique, un état nécessaire de convergence utilitaire particulière - éventuellement doublé à terme d'un état de convergence identitaire - propre à une fraction des individus respectivement et d'ores et déjà membres de deux sociétés préexistantes. C'est donc une nouvelle solidarité qui naît, une nouvelle société qui est créée.

2) Georges Scelle nomme « collectivité intersociale » cette société nouvelle résultant d'un nouveau phénomène de solidarité, distincte des sociétés de base préexistantes, et qui vient selon lui se « superposer » à elles¹⁰⁷. Le nouveau phénomène de solidarité est effectivement déterminé par une finalité objective distincte de celles des phénomènes de solidarité préexistants – la satisfaction de certains des besoins de certains individus par ailleurs membres de sociétés préexistantes, qui ne peuvent être satisfaits au sein de celles-ci - , ainsi que par les conditions objectives nécessaires à la réalisation de cette finalité objective particulière ; ce droit objectif, tout aussi distinct du droit objectif de chacun des phénomènes

¹⁰⁶ DURKHEIM, Émile, *De la division du travail social*, op. cit., spéc. 74, note infrapaginale n°1.

¹⁰⁷ SCELLE, Georges, « Le Concept de Société Internationale – Ses conséquences en technique juridique », *ibid.*, spéc. pp 14-16. Une *collectivité intersociale* n'est donc pas une « société de sociétés », mais « une société nouvelle, formée d'une collectivité d'individus déjà membres de sociétés [...] et reliés entre eux par l'apparition d'un ou plusieurs phénomènes de solidarité nouveaux. [...] elle n'est pas un agrégat de faits sociaux déjà préexistants, mais un fait social supplémentaire qui se superpose à eux. Elle n'est pas un complexe de sociétés composantes, elle est une société en soi, formée d'éléments premiers des sociétés [préexistantes] ».

de solidarité de base préexistants auquel il vient se superposer, est par conséquent nommé « droit objectif intersocial ». Cette expression, venue à l'esprit de Léon Duguit pour entreprendre l'étude du droit international que son décès allait laisser à peine ébauchée¹⁰⁸, est alors reprise par Georges Scelle qui en généralise le sens et l'usage¹⁰⁹. Il est nécessaire de préciser immédiatement cette situation de superposition du droit objectif intersocial et de la collectivité intersociale, qui peut sinon prêter à confusions.

§ 21 - Le nouveau phénomène de solidarité est par définition plus apte que les phénomènes de solidarité préexistants à répondre à certains besoins utilitaires et/ou identitaires de certains des individus membres des sociétés préexistantes. Le nouveau phénomène de solidarité ne se superpose donc aux phénomènes de solidarité préexistants que dans la mesure où ces derniers ne peuvent pas, plus ou qu'insuffisamment répondre aux nouveaux besoins des individus qui en sont respectivement les membres, les laissant répondre chacun pour leur part aux besoins qu'ils sont en mesure de satisfaire.

1) La notion de superposition semble donc susceptible de recouvrir deux aspects. Dès lors qu'un phénomène de solidarité préexistant s'avère totalement inapte à répondre au nouveau besoin éprouvé par des individus qui en dépendent, le nouveau phénomène de solidarité créé à cette fin particulière vient s'ajouter, s'additionner aux phénomènes de solidarité préexistants ; la première modalité de la superposition est donc l'addition. Cette modalité trouve également à jouer lorsque, un phénomène de solidarité préexistant n'étant que partiellement inapte à répondre au nouveau besoin éprouvé par des individus qui en dépendent, la satisfaction de ce dernier est assuré pour partie par ledit phénomène de solidarité préexistant dans la mesure de ses potentialités, et pour l'autre partie par un nouveau phénomène de solidarité. En revanche, dès lors que le phénomène de solidarité préexistant n'est que partiellement apte à répondre au nouveau besoin éprouvé par des individus qui en dépendent, et que ces derniers choisissent de recourir exclusivement à un nouveau phénomène de solidarité pour y satisfaire, ce dernier se substitue aux phénomènes de solidarité préexistants. La modalité de la superposition est ici la substitution.

2) Il est cependant nécessaire de compter avec une troisième modalité de superposition complémentaire des précédentes. En effet, le nouveau phénomène de solidarité peut être nécessaire à l'existence, à la persistance et au développement d'autres phénomènes de solidarité. Le premier vient donc conditionner les seconds ; la modalité complémentaire de superposition est ici la condition. Une collectivité intersociale se superpose donc aux sociétés de base préexistantes, soit par addition, soit par addition-condition, soit par substitution, soit par substitution-condition. Les sociétés de base préexistantes dont il est question peuvent bien entendu être elles-mêmes des collectivités intersociales.

3) Un seul et même individu, compte tenu de la multiplicité de ses besoins utilitaires et/ou identitaires, et de la multiplicité des fonctions qu'il peut assumer pour satisfaire certains

¹⁰⁸ DUGUIT, Léon, *Traité de droit constitutionnel*, Tome premier, *La règle de droit – Le problème de l'État*, Paris, Boccard, 3^{ème} édition, 1927, 763 pp, plus particulièrement le paragraphe numéro 17 intitulé « La norme juridique intersociale », spéc. pp 184-199.

¹⁰⁹ SCELLE, Georges, « La doctrine de Léon Duguit et les fondements du droit des gens », *ibid.*, spéc. pp 97-98 : « Cette terminologie n'est certainement pas fautive, puisque nous croyons que tout milieu social, dans l'état actuel de l'organisation politique mondiale, est un milieu intersocial, mais alors il faut bien comprendre que le mot intersocial ne peut être réservé aux sociétés interétatiques : il a un sens générique dans lequel nous l'emploierons désormais ».

besoins d'autres individus, pourra dès lors être simultanément membre de plusieurs sociétés superposées les unes aux autres, dans des rapports inéluctablement complexes d'addition, de substitution et de condition, dès lors que seule une pluralité de phénomènes de solidarité sera à même de permettre la satisfaction desdits besoins. Ce qui détermine la superposition de la collectivité intersociale dans la mesure du nouveau phénomène de solidarité aux sociétés et collectivités intersociales préexistantes, c'est bien évidemment la superposition du droit objectif intersocial aux droits objectifs respectifs des sociétés de base préexistantes. S'opèrent dès lors des rapports inéluctablement complexes d'addition, de substitution et de condition entre le droit objectif des différents phénomènes de solidarité desquels dépend la satisfaction des besoins d'un ou de plusieurs individus. Il en résulte un phénomène de répartition et d'articulation des finalités sociales entre divers phénomènes de solidarité, nécessaire à la « vitalité » de chaque individu.

§ 22 - D'après la théorie du droit de Georges Scelle, un devoir objectif apparaît ainsi comme une condition fondamentalement biologique qui détermine l'existence et la consistance d'un phénomène de solidarité de type humain, qui s'analyse plus précisément comme l'obligation de vouloir tels buts nécessaires à l'existence, à la persistance et au développement dudit phénomène, et scientifiquement déterminable par la mise en œuvre d'un raisonnement expérimental. Surtout, il est inévitable que se développent des rapports extrêmement complexes d'addition, de substitution et de condition entre les devoirs et pouvoirs objectifs déterminant les différents phénomènes de solidarité desquels dépend la satisfaction des besoins d'un ou de plusieurs individus ; ce sont dès lors ces rapports qu'il s'agit avant tout de connaître sur la base de raisonnements expérimentaux. C'est dans cette perspective qu'il faut désormais s'intéresser à l'objet constructif du devoir fédératif.

II – L'objet constructif du devoir fédératif

Le devoir fédératif constitue un devoir objectif dont la particularité tient à son objet : celui-ci est relatif à la régulation de la fonction législative. C'est dans cette mesure que Georges Scelle qualifie ce devoir objectif de « constructif », lequel doit alors voir son caractère « fédératif » précisé au regard d'autres éléments de la théorie juridique scellienne. Afin de mener la démonstration à son terme, la conception de la fonction législative chez Georges Scelle sera d'abord présentée sur un terrain général (A), avant de préciser les éléments de cette conception relatifs à la régulation de cette fonction (B).

A – La fonction législative dans la théorie juridique scellienne

Dans le cadre de la théorie juridique scellienne, la fonction législative est conçue comme une opération de délimitation de compétences (1). Il faut souligner à cet égard que toute compétence ayant une structure nécessaire, la fonction législative aboutit plus précisément à concrétiser cette dernière (2). Il faut souligner par ailleurs que la théorie juridique scellienne comprend une définition éminemment générale du législateur type (3).

1 – La délimitation de compétences

§ 23 - La conception biologique du droit objectif que défend Georges Scelle amène ainsi à aborder sans plus tarder sa conception générale de la fonction législative.

1) En premier lieu, le droit objectif d'une société s'impose à chaque individu qui en est membre en raison de son caractère de nécessité biologique ; faute pour la finalité sociale objective du phénomène de solidarité et ses conditions objectives de réalisation d'être respectées par les individus concernés, le phénomène de solidarité en question disparaîtra ; ne pouvant dès lors plus satisfaire certains de leurs besoins, ceux-ci dépériront. Pour ne pas aller à l'encontre du droit objectif de la société dont ils sont membres, les individus sont dès lors contraints de rechercher en quoi celui-ci consiste, c'est-à-dire astreints à déterminer la finalité sociale du phénomène de solidarité et les conditions de réalisation qui en découlent¹¹⁰.

2) En second lieu, le droit objectif consiste en un ensemble de pouvoirs et de devoirs de vouloir tels buts nécessaires à l'existence, à la persistance et au développement d'un phénomène de solidarité, pouvoirs et devoirs dont l'existence est indépendante de toute conscience humaine mais scientifiquement déterminables au moyen de méthodes expérimentales. Tant par ses causes que par sa fonction, le droit objectif d'un phénomène de solidarité est foncièrement biologique ; or, la loi biologique d'une espèce est fondamentalement la même pour l'ensemble des individus que compte l'espèce ; le droit objectif qui détermine un phénomène de solidarité particulier est donc fondamentalement le même pour tous les individus qui dépendent de ce dernier.

3) Ces deux éléments expliquent pourquoi « instituer, délimiter et attribuer », « de façon abstraite, générale et impersonnelle » les « *pouvoir(s) conféré(s) aux individus membres de la société d'émettre des actes de volonté qui se réaliseront dans le milieu social* »¹¹¹ - les pouvoirs de « créer des situations juridiques »¹¹² - relève en définitive d'une nécessité biologique fondamentale. Georges Scelle nomme « compétences » ces « pouvoirs » ainsi « institués, délimités et attribués » « de façon abstraite, générale et impersonnelle » ; les individus bénéficiaires de ces « compétences » sont les « sujets de droit »¹¹³ ; l'ensemble de « compétences » correspond au « droit positif »¹¹⁴. La fonction législative consiste ainsi à « instituer », « délimiter », « attribuer » des « compétences » ; il convient de noter à ce sujet que la juxtaposition par Georges Scelle de ces trois notions n'est pas des plus heureuses, compte tenu de l'imprécision respective de chacune d'entre elles et de leurs possibles recoupements ; il apparaît préférable pour plus de clarté de ne retenir que la seule notion de

¹¹⁰ SCELLE, Georges, « La doctrine de Léon Duguit et les fondements du droit des gens », *ibid.*, spéc. p 117. La conséquence en est l'existence d'un « principe selon lequel tout phénomène de solidarité implique nécessairement la naissance d'une norme sociale appelée à devenir une règle de Droit » (*idem*, spéc. p 114). Il ne peut donc exister de zones de non-droit : c'est « l'*universalisme* de la contrainte juridique » (« Règles générales du droit de la paix », *ibid.*, spéc. p 348).

¹¹¹ SCELLE, Georges, *Précis de droit des gens – Principes et systématique*, Tome I (Introduction – Le milieu intersocial), *op. cit.*, respectivement pp 18 et 16.

¹¹² *Idem*, spéc. pp 7-8.

¹¹³ SCELLE, Georges, « Règles générales du droit de la paix », *ibid.*, spéc. , p 367 : un *sujet de droit* est « un individu investi du pouvoir social de créer des situations juridiques ».

¹¹⁴ *Idem*, spéc. p 367. En italiques dans le texte.

« délimitation » ou la notion synonyme de « réglementation », de sorte que la fonction législative consiste à délimiter – c'est-à-dire à réglementer – des compétences.

4) Il est nécessaire de préciser à cet égard que toute réglementation de compétences comporte cinq grandes dimensions nécessaires : qui peut faire quoi, quand, où et comment ? Il s'agit en d'autres termes des délimitations personnelle, matérielle, temporelle, spatiale et procédurale. Toute réglementation de compétences, dans chacune de ces cinq dimensions nécessaires, pourra être effectuée selon trois modalités alternatives : positive (ce que recouvre la dimension concernée), négative (ce que ne recouvre pas la dimension concernée) ou positive-négative (une certaine conjonction des deux principales modalités).

§ 24 - En concevant de manière générale la fonction législative comme la délimitation de compétences, par suite de sa conception biologique du droit objectif, Georges Scelle s'écarte logiquement de la notion de « compétence » retenue par Léon Duguit.

1) La conception psychologique du droit objectif qu'il défend amène le juriste bordelais à étudier le droit positif essentiellement sous l'angle des processus interne et externe de la volonté des individus gouvernant. Comme tout individu, celui qui exerce des fonctions gouvernementales est amené à vouloir certains objets à raison des buts qu'alors il poursuit (processus interne). Théoriquement, cet acte de volonté d'un individu gouvernant peut produire des effets extérieurs, à savoir créer une situation, dite « subjective » par Léon Duguit simplement dans la mesure où elle est le produit d'une volonté particulière¹¹⁵. Cette situation subjective est susceptible d'« activer » un certain nombre de pouvoirs et de devoirs qui incombent non seulement à l'auteur de l'acte de volonté originel mais aussi aux tiers concernés ; la création d'une situation subjective peut ainsi être le fait ou l'acte conditionnant l'application d'un régime législatif préexistant. Les pouvoirs et devoirs « subjectifs », c'est-à-dire ceux qui sont activés par la création de la situation subjective, ne le sont que dans la mesure des buts individuels poursuivis ; ces derniers une fois atteints, les pouvoirs et devoirs en question sont « désactivés »¹¹⁶.

2) Léon Duguit est ainsi amené à se poser la question suivante : comment faire en sorte qu'un individu gouvernant ne puisse vouloir certains objets qu'à raison de buts individuels « juridiques » - c'est-à-dire conformes au droit objectif -, et évite par conséquent de créer des situations subjectives d'autant plus arbitraires qu'il dispose de la plus grande force matérielle pour en imposer le respect ? Toute la difficulté réside alors dans la conjonction, inévitable dans le cadre des conceptions duguistes, de la conscience de la règle de droit objectif et de la détermination des buts individuels. La solution est trouvée dans le démembrement de la fonction gouvernementale. À la fonction législative exercée par les gouvernants revient le soin de prendre conscience des règles du droit objectif, de les formuler sous forme de règles générales « normatives » et/ou de les assortir de règles générales « constructives », c'est-à-dire nécessaires à leur réalisation concrète ; à la fonction administrative (exercée par certains agents des gouvernants) revient le soin de créer les situations subjectives (sur la base des règles générales normatives et/ou constructives édictées par les législateurs) ; à la fonction judiciaire (exercée par d'autres agents des gouvernants)

¹¹⁵ DUGUIT, Léon, *L'ÉTAT, le droit objectif et la loi positive*, op. cit., spéc. p 161.

¹¹⁶ *Idem*, spéc. p 161-183.

revient le soin de constater le caractère juridique ou non des situations subjectives contestées¹¹⁷.

3) Ainsi placé devant la nécessité de définir la forme juridique des rapports entre les gouvernants et les agents, Léon Duguit aboutit à la notion suivante de la compétence : « la compétence est le pouvoir objectif reconnu par la loi à un fonctionnaire déterminé d'accomplir, régulièrement et efficacement, un certain nombre d'actes d'ordre juridique »¹¹⁸. Dans la perspective de sa conception psychologique du droit objectif, l'existence de gouvernants seuls détenteurs de la plus grande force matérielle justifie ainsi le démembrement de la fonction gouvernementale et aboutit à la notion de compétence comme forme juridique des rapports existant entre les fonctions démembrées et au sein de chacune d'entre elles.

4) Il est dès lors possible de s'apercevoir que Georges Scelle donne à sa notion de compétence un fondement biologique et un sens par conséquent générique et premier, contrairement à Léon Duguit qui ne l'envisage qu'en tant qu'élément d'un système institutionnel fondé sur la séparation du pouvoir en réaction au fait même de l'existence d'individus dotés d'une force matérielle supérieure. Il y a là une illustration particulière du fait que Léon Duguit n'a pas tiré toutes les conséquences du fondement sociologique de sa théorie, ce qui lui était reproché par Georges Scelle en particulier. En dehors du cadre restrictif de sa définition, le juriste bordelais employait l'expression de « pouvoir objectif », tout en doutant d'ailleurs ouvertement de la pertinence de sa conception de la « compétence » : se penchant sur la fonction de l'électeur, il jugeait en effet incertaine la définition d'un certain nombre de notions dont celle de « compétence »¹¹⁹.

§ 24 - S'il s'écarte des conceptions de Léon Duguit en définissant la fonction législative de manière très générale, comme la délimitation de compétences, par suite de sa conception biologique du droit objectif, Georges Scelle reprend néanmoins à Léon Duguit certains éléments théoriques qui permettent d'affiner cette conception de la fonction législative : la délimitation de compétences correspond très précisément à la concrétisation matérielle, personnelle, spatiale, temporelle et procédurale de la structure nécessaire de toute compétence

2 - La concrétisation de la structure nécessaire de toute compétence

§ 25 - Il est ici nécessaire de partir de la conception que se faisait Georges Scelle de l'exercice de toute compétence : « La seule chose qui importe du point de vue juridique, c'est que les volontés nécessaires à la formation de l'acte juridique, en l'espèce une *Vereinbarung*, se soient rencontrées et conditionnées »¹²⁰. En accordant une place de premier plan au conditionnement des volontés des sujets de droit – dans la citation, des législateurs, mais le propos est parfaitement extrapolable à tout sujet de droit - Georges Scelle s'appuie

¹¹⁷ *Idem*, plus particulièrement le Chapitre VI (« La volonté législative », pp 410-501) et VII (« Les caractères essentiels de la loi positive, pp 502-612).

¹¹⁸ DUGUIT, Léon, *L'ÉTAT, les gouvernants et les agents*, *op. cit.*, notamment pp 492-550, spéc. p 496.

¹¹⁹ *Idem*, spéc. pp 119-120.

¹²⁰ SCELLE, Georges, « La doctrine de Léon Duguit et les fondements du Droit des Gens », *ibid.*, spéc. p 93. En italiques dans le texte.

implicitement mais nécessairement, pour préciser sa conception de l'exercice des compétences, sur la critique magistrale que Léon Duguit avait adressée à la théorie générale de la *Vereinbarung* développée par Georg Jellinek (à laquelle Georges Scelle fait explicitement référence dans sa citation, dans un domaine et un sens certes particuliers, mais le propos est là encore parfaitement extrapolable à tout domaine) ¹²¹.

§ 26 - En quoi consiste la critique adressée par Léon Duguit à la théorie dite de « la collaboration » ou de « l'union des volontés » (*Vereinbarung*) développée par Georg Jellinek ?

1) Le professeur allemand souhaitait, à l'aide de cette théorie des actes juridiques, distinguer les notions de contrat et d'union. Le contrat serait foncièrement marqué par la divergence des intérêts des deux contractants : les motifs à la base de leurs volontés respectives, autant que l'objet de celles-ci, seraient foncièrement différents ; créant ainsi une situation purement subjective, l'acte contractuel légalement conclu ne produirait d'effets juridiques que relatifs c'est-à-dire limités au temps nécessaire à la réalisation des volontés distinctes des deux contractants. L'union reposerait foncièrement, au contraire, sur l'identité des motifs guidant la volonté des collaborateurs (deux ou plus) et de l'objet des volontés de ces derniers, au point que celles-ci se fondent en une nouvelle volonté une et distincte des volontés individuelles des collaborateurs ; cet acte de *Vereinbarung*, indépendant des volontés individuelles de chacun des collaborateurs, créerait donc une situation juridique objective.

2) Léon Duguit reprochait à cette théorie son caractère entièrement artificiel : l'identité des motifs et de l'objet d'une pluralité de volontés ne transforme pas ces dernières en une volonté unique, seule créatrice d'une situation juridique objective ; même voulant la même chose pour les mêmes raisons, ces volontés restent ce qu'elles sont : des volontés individuelles ; il est dès lors impossible d'expliquer la production de l'effet juridique objectif¹²². Léon Duguit estime plus précisément que Georg Jellinek commet à son sens une « confusion » : « Il attribue un effet de droit à un élément, l'identité des volontés, qui est un simple élément de fait, impuissant à produire un effet de droit, mais qui est la condition à laquelle est subordonné un acte juridique, qui peut être d'ailleurs unilatéral ou contractuel, et qui seul produit l'effet de droit »¹²³. Il convient à cet égard de souligner que Léon Duguit raisonne dans le cadre de sa conception psychologique du droit objectif. Sa critique signifie très exactement qu'un acte de volonté, ayant pour objet une action extérieure et pour motivation un but conforme au droit objectif, ne produira d'effet juridique qu'à la survenance d'un fait extérieur : l'émission par un (ou plusieurs) autre(s) individu(s) d'un acte de volonté d'objet et de motivation identiques. Léon Duguit applique de façon très éclairante cette conception à la volonté des parlementaires : « Chaque député possède ainsi une compétence, mais une compétence conditionnée dans ses effets par l'exercice dans le même sens de la compétence appartenant aux autres. Finalement ce n'est ni une volonté collective, ni une somme de volontés individuelles qui produisent l'effet de droit, c'est chaque volonté individuelle de chaque député, et la production de l'effet est subordonné à ce fait qu'il y ait un certain nombre de volontés individuelles se manifestant dans un même sens. La délibération

¹²¹ JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Freiburg, Mohr, 1892, 348 pp, plus particulièrement le douzième chapitre.

¹²² DUGUIT, Léon, *L'ÉTAT, le droit objectif et la loi positive*, op. cit., spéc. pp 400-404.

¹²³ *Idem*, spéc. pp 404-409, notamment p 405.

du corps collégial a pour but et pour résultat de donner naissance à ce fait, la formation de l'unanimité ou d'une majorité, fait à l'arrivée duquel est subordonnée la puissance créatrice des volontés individuelles »¹²⁴.

3) Léon Duguit insiste tout particulièrement sur le statut de la condition : « [...] dans une conception exacte des actes juridiques sous condition, on ne peut admettre que ce soit la réalisation de la condition qui produise les effets de droit. [...] . La cause génératrice de ces effets n'est pas la condition, mais toujours et uniquement l'acte de volonté »¹²⁵.

§ 27 - En reprenant les éléments de la critique adressée par Léon Duguit à la théorie dite de « la collaboration » ou de « l'union des volontés » (*Vereinbarung*) développée par Georg Jellinek, Georges Scelle précise sa conception éminemment générale de la compétence. Très clairement, toute compétence apparaît structurée par l'effet juridique attendu de tel acte de volonté individuel, ainsi que par l'ensemble des conditions auxquelles cet acte de volonté individuel sera susceptible de produire cet effet juridique. Par exemple, la réunion d'un certain nombre d'autres actes de volonté individuels convergents, étant entendu que cette réunion (la réalisation de la condition) est un simple fait, et que dans le cas de sa survenance la production de l'effet juridique résulte uniquement des seules volontés individuelles exprimées en ce sens. C'est à concrétiser cette structure nécessaire de la compétence (effet juridique attendu de tel acte de volonté individuel – conditions auxquelles tel acte de volonté individuel pourra produire cet effet juridique) sur les cinq terrains matériel, personnel, spatial, temporel et procédural que correspond précisément la délimitation pentadimensionnelle des compétences évoquée ci-dessus, c'est-à-dire la fonction législative.

3 – La délimitation personnelle abstraite des compétences législatives

§ 28 - Si toute fonction législative s'analyse comme la délimitation de compétences ainsi comprise, cela suppose qu'il y ait des législateurs et donc une délimitation de compétences législatives. Il convient à cet égard de mettre en évidence que la théorie juridique scellienne permet d'identifier un type idéal du législateur, c'est-à-dire comporte des éléments qui aboutissent à préciser quelque peu la délimitation personnelle abstraite de compétences législatives.

1) Georges Scelle n'a certes ouvertement évoqué cette question, sur le plan théorique, que d'une manière très générale : « *Légiférer, c'est faire la politique du droit*. Ce rôle ne peut appartenir qu'à des spécialistes investis d'un pouvoir de décision définitif, et animés d'un esprit d'objectivité et d'abstraction, de généralisation si l'on préfère, qui donne toute sa valeur à la loi »¹²⁶. Plusieurs éléments de sa pratique juridique et sa réflexion théorique, cependant, convergent pour montrer qu'il s'est confronté à une problématique du genre suivant : un phénomène de solidarité n'étant pas en lui-même immédiatement observable par n'importe

¹²⁴ DUGUIT, Léon, *L'ÉTAT, les gouvernants et les agents*, op. cit., spéc. pp 148-149.

¹²⁵ DUGUIT, Léon, *L'ÉTAT, le droit objectif et la loi positive*, op. cit., spéc. p 405.

¹²⁶ SCELLE, Georges, *Théorie juridique de la révision des traités*, Paris, Sirey, collection « Publications de l'Institut Universitaire des Hautes Études Internationales », n° 16, 1936, 97 pp, spéc. p 67. En italiques dans le texte.

quel individu¹²⁷, de même à plus forte raison que le droit objectif qui le détermine, existe-t-il des individus mieux placés que d'autres pour en avoir obtenu et obtenir une certaine connaissance et être ainsi désignés comme type idéal du législateur ?

2) Pour répondre à cette question, Georges Scelle s'appuie manifestement sur l'idée suivante. Tout phénomène de solidarité est un état de convergence interindividuelle correspondant à un besoin dont la satisfaction est assurée par l'accomplissement de la fonction adéquate, c'est-à-dire consiste en un état de convergence entre individus remplissant une fonction d'appel et individus remplissant une fonction de réponse. Ce phénomène de solidarité tend alors à engendrer une multitude d'autres phénomènes de solidarité fondés sur les similitudes individuelles d'ordre fonctionnel, ce qui constitue un degré supplémentaire de la dynamique sociale sur laquelle s'appuie Georges Scelle (le fait social engendre le fait social¹²⁸). L'intérêt de ces derniers phénomènes de solidarité réside dans leur tendance à l'institutionnalisation : conscients de leur identité fonctionnelle, les individus concernés s'organisent en vue d'assurer la reconnaissance de leur fonction. Ces phénomènes de solidarité, qu'il est possible de qualifier d'une manière éminemment générale de « syndicaux » en raison de leur finalité même, sont immédiatement observables. C'est ainsi que le phénomène de solidarité premier tend à être tangiblement structuré par la constitution de syndicats – au sens le plus large de ce dernier terme. Les responsables syndicaux sont alors *a priori* ceux qui ont, de la fonction qu'ils représentent, la meilleure connaissance possible ; il est donc certain que ces individus sont les mieux qualifiés pour parvenir, au terme de travaux inter-fonctionnels, à appréhender de manière optimale les finalités qui déterminent le phénomène de solidarité premier et ses conditions de réalisation, c'est-à-dire le droit objectif de ce dernier. Le type idéal du législateur se trouve donc dans le responsable syndical.

§ 29 - Les travaux sur lesquels s'appuie Georges Scelle pour bâtir sa théorie juridique convergent quant à la réponse à apporter à une problématique du genre de celle précédemment exposée.

1) Disciple critique de Léon Duguit, Georges Scelle ne pouvait ignorer que ce dernier avait été le premier à développer une analyse du phénomène syndical – que le doyen bordelais appelait le « mouvement associationniste » - en termes de solidarité par similitudes, allant sur ce point plus loin qu'Émile Durkheim lui-même¹²⁹.

2) Profondément influencé par les travaux du sociologue bordelais, Georges Scelle ne pouvait pas plus par ailleurs ignorer le sens de ceux-ci au sujet des « groupes professionnels ».

¹²⁷ SCELLE, Georges, « La notion d'ordre juridique », *R.D.P.*, 1944, pp 85-106, spéc. p 90 : « [...] la collectivité qui sert de base à un ordre juridique peut être indéterminée et l'est souvent ».

¹²⁸ SCELLE, Georges, « Le Concept de Société Internationale – Ses conséquences en technique juridique », *ibid.*, spéc. p 15.

¹²⁹ DUGUIT, Léon, *L'ÉTAT, le droit objectif et la loi positive*, *op. cit.*, spéc. pp 57-58. Pour davantage de précisions sur ce point, il convient de se référer à l'article de Claude DIDRY, « De l'État aux groupes professionnels. Les itinéraires croisés de Léon Duguit et Émile Durkheim au tournant du siècle (1880-1900) », *Genèses*, décembre 1990, pp 5-27, spéc. pp 22-27. Solidarité par division du travail et solidarité par similitudes entretenant des rapports particulièrement intimes, il est impossible d'accepter l'analyse de Fabrice Melleray selon laquelle – sommairement résumée – Georges Scelle aurait attaché plus d'importance à la première qu'à la seconde, « Léon Duguit et Georges Scelle », *ibid.*, spéc. pp 66-69.

Préfaçant la seconde édition de sa thèse¹³⁰, Émile Durkheim cherchait à y approfondir les causes de l'« état d'anomie juridique et morale où se trouve actuellement la vie économique », qu'il avait relevé dans la première édition¹³¹. D'après lui, ces causes tiennent essentiellement au manque de « contact » entre les diverses fonctions socio-économiques ; le remède tient dès lors dans la constitution de « personnalités morales », seules susceptibles de « faire la loi aux individus » qui en seraient membres¹³². Cette capacité tient notamment, selon Émile Durkheim, à ce que celles-ci ont « la continuité et même la pérennité nécessaire pour maintenir la règle par-delà les relations éphémères qui l'incarnent journallement ». Lesdites « personnalités morales » ne peuvent d'après lui consister qu'en des « groupements professionnels » : « L'activité d'une profession ne peut être réglée efficacement que par un groupe assez proche de cette profession même pour en bien connaître le fonctionnement, pour en sentir tous les besoins et pouvoir suivre toutes leurs variations. Le seul qui réponde à ces conditions est celui que formeraient tous les agents d'une même industrie réunis et organisés en un même corps. C'est ce qu'on appelle la corporation ou le groupe professionnel »¹³³. Émile Durkheim insistait ainsi précisément sur les aptitudes particulières des responsables syndicaux pour régler l'activité de certains individus liés par un même phénomène de solidarité. Les éléments théoriques présentés au numéro précédent peuvent alors apparaître comme le produit d'une synthèse entre les éléments duguistes et durkheimiens évoqués dans ces dernières lignes.

§ 30 - Le cheminement intellectuel de Georges Scelle, tant sur le point actuellement étudié que d'une manière plus générale, semble avoir été sinueux.

1) Il faut à cet égard noter la proximité de la conception durkheimienne de la « personnalité morale » avec celle que développait à l'époque Léon Michoud, le grand théoricien juridique de celle-ci. Pour ce dernier, la personnalité morale consiste effectivement en un faisceau de « droits subjectifs », le droit subjectif étant dans cette perspective défini comme « l'intérêt [d'un homme ou] d'un groupe d'hommes juridiquement protégé, au moyen de la puissance reconnue à une volonté de le représenter et de le défendre »¹³⁴. La personnalité morale correspond donc à la nécessité de représenter et de défendre un groupe d'intérêts particuliers : « ceux-là seulement que la personnalité individuelle est impuissante à incarner parce qu'ils la dépassent soit dans l'espace, soit dans le temps »¹³⁵.

2) Cette très grande proximité explique sans doute pourquoi Georges Scelle renonça temporairement à suivre Léon Duguit dans sa négation de la personnalité morale, pour

¹³⁰ DURKHEIM, Émile, *De la division du travail social*, *op. cit.*

¹³¹ *Idem*, spéc. p II.

¹³² *Idem*, spéc. p V.

¹³³ *Idem*, spéc. p VI.

¹³⁴ MICHOD, Léon, « La notion de personnalité morale », *R.D.P.*, 1899, Tome I, pp 5-32 et 193-228, spéc. p 213.

¹³⁵ *Idem*, spéc. p 218.

emboîter le pas à Léon Michoud¹³⁶. La théorie de ce dernier n'était toutefois pas exempte d'incertitudes. Pour se défendre de laisser la porte ouverte à l'arbitraire gouvernemental dans la détermination des intérêts protégés, Léon Michoud précisa ainsi que le droit subjectif - l'intérêt juridiquement protégé - « est à nos yeux un intérêt protégé par le droit objectif, et il n'est nullement nécessaire d'entendre par là un intérêt protégé par le droit positif »¹³⁷. Or, dès lors que la personnalité morale est analysée comme un faisceau d'intérêts protégés par le droit objectif, la notion de personnalité morale ne se justifie plus : la technique duguiste, à laquelle Léon Michoud emprunte en recourant à la notion de « but juridique », montre parfaitement de quelle manière il est juridiquement possible de se passer de cette fiction.

3) Telle est sans doute la réflexion qui a conduit Georges Scelle à revenir purement et simplement vers les idées de son « maître », renforcées d'ailleurs en la matière par sa conception essentiellement biologique du droit objectif : si le droit objectif est essentiellement biologique, il est en effet impossible de concevoir d'autre personnalité que la personnalité physique. Georges Scelle donne ainsi un fondement particulièrement solide au rejet de la personnalité morale, lequel avait paru particulièrement gratuit aux critiques des ouvrages de Léon Duguit consacrés à *L'État*¹³⁸.

§ 31 - Ces développements relatifs à la délimitation personnelle abstraite des compétences législatives constituent l'occasion d'insister sur un aspect qui est *a priori* assez peu apparent dans la théorie juridique scellienne, mais qui est nécessaire pour apprécier pleinement la portée de certaines de ses manifestations.

1) Il faut bien voir que Georges Scelle développe sa théorie juridique dans un contexte où la sociologie durkheimienne a profondément redéfini la notion de morale. Dans la mesure où Émile Durkheim présente et développe la sociologie comme une authentique « science de la morale »¹³⁹, la morale ne désigne évidemment plus un ensemble quelconque de règles métaphysiques et/ou religieuses, mais « tout ce qui est source de solidarité, tout ce qui force l'homme à compter avec autrui, à régler ses mouvements sur autre chose que les impulsions de son égoïsme »¹⁴⁰. Dans la mesure où tout droit positif repose sur la fonction législative consistant à délimiter des compétences, par suite du caractère biologique du droit objectif, il apparaît alors clairement que toute fonction législative recouvre dans une certaine mesure une vocation éminemment morale.

¹³⁶ SCELLE, Georges, « Essai de systématique du droit international (Plan d'un cours de droit international public) », *R.G.D.I.P.*, 1923, pp 116-142, spéc. p 124, note infrapaginale n°1. Il semble donc nécessaire de préciser en ce sens la portée de l'appréciation de Georges Berlia d'après laquelle « [...] d'entrée de jeu en quelque sorte et sans avoir eu la moindre hésitation, à quelque date que ce soit, Georges Scelle a critiqué les théories dites de la réalité de la personne morale », « La doctrine de Georges Scelle – Étude de quelques thèmes », *ibid.*, spéc. p 360.

¹³⁷ MICHOU, Léon, « La notion de personnalité morale », *ibid.*, spéc. p 215.

¹³⁸ Il convient à cet égard de renvoyer plus particulièrement aux critiques extrêmement vigoureuses que formulèrent Maurice Hauriou et Achille Mestre au premier de ces ouvrages, dans un long compte-rendu paru à la *Revue du droit public*, 1902-I, pp 346-366.

¹³⁹ DURKHEIM, Émile, *De la division du travail social*, *op. cit.*, spéc. p 38.

¹⁴⁰ *Idem*, spéc. pp 391-406 (conclusion de l'ouvrage).

2) Cette idée correspond bien à celle développée auparavant à propos de la liberté par l'illustre juriste bordelais, Montesquieu, dont l'influence sur la théorie juridique scellienne n'est pas contestable¹⁴¹. Ainsi que le démontre Simone Goyard-Fabre tout au long de son ouvrage de référence sur la philosophie du droit de ce dernier, « Montesquieu a montré qu'il appartenait aux lois de faire les hommes vertueux, libres et heureux. Les lois ne possèdent donc pas seulement une *vertu organisatrice*, mais, plus profonde et plus subtile, une *vertu constitutive* : faites par les hommes, elles contribuent à faire les hommes. [...]. Elles ne sont pas seulement, selon l'expression imagée d'un philosophe du droit contemporain, 'un code de la route humaine', elles sont l'institution de l'homme par l'homme. [...]. Lorsque l'auteur de *L'Esprit des Lois* déclare que les lois sont des rapports nécessaires qui dérivent de la nature des choses, il montre que l'homme, en respectant le déterminisme naturel, peut imposer à sa propre conduite des fins supérieures à la nature. Il est non seulement capable de commander à la nature en lui obéissant, mais capable d'ajouter à la nature humaine une dimension éthique qui la grandit et la transmute. [...] »¹⁴². De cette vocation morale, rationnelle et laïque, de toute fonction législative, force est de constater la distance avec la conception exclusivement métaphysique et religieuse de la morale soutenue par Hans Kelsen, et par conséquent avec la distinction radicale opérée par le juriste autrichien entre cette conception et celle du droit.

B – La régulation de la fonction législative dans la théorie juridique scellienne

La théorie juridique scellienne comprend un aspect relatif à la régulation de la fonction législative ainsi conçue : le devoir objectif constructif, dont il importe d'examiner le principe (1), la portée (2), et le caractère fédératif (3).

1 – Le principe du devoir objectif constructif

§ 32 - Si le devoir fédératif a trait à la fonction législative telle que la conçoit Georges Scelle, il s'agit plus précisément d'un devoir objectif relatif à la régulation concrète de cette fonction législative. L'existence même d'une fonction législative - et en particulier de toute fonction législative spécialisée - pose en effet des problèmes de principe relatifs à la validité du droit alors posé, qui appellent une organisation, une « construction » de la fonction législative. C'est cette problématique qui sera développée ici.

¹⁴¹ Si Georges Scelle n'a pas développé de réflexion proprement philosophique sur le droit, il est incontestable qu'il s'appuyait sur une philosophie du droit bien définie. Il précisait ainsi, dans la préface de son fameux *Précis du droit des gens*, que « Tout internationaliste se rattache à une école philosophico-juridique qui domine son enseignement. Sous peine de manquer de franchise envers lui-même et envers ses élèves, il ne peut souligner que ce qu'il croit être la vérité scientifique et sous peine d'outrecuidance, il lui faut discuter les conceptions doctrinales qui diffèrent des siennes » - *Précis du droit des gens – Principes et systématique*, Première Partie (Introduction – Le milieu intersocial), Paris, Sirey, 1932, 317 pp, spéc. p VIII. Cette philosophie du droit recouvre notamment celle de Montesquieu, sous le patronage duquel il place son maître-ouvrage en inscrivant à son fronton la célèbre définition des lois donnée par le magistrat bordelais et baron de La Brède : « Les lois sont les rapports nécessaires qui dérivent de la nature des choses » - *Idem*, spéc. p 1. La citation exacte, issue des premières lignes du célèbre ouvrage *De l'Esprit des lois* (Genève, Barillot, 1748), est la suivante : « Les lois, dans la signification la plus étendue, sont les rapports nécessaires qui dérivent de la nature des choses ». Il est possible d'aborder la pensée de Montesquieu en la matière en se référant aux travaux de Simone GOYARD-FABRE, *La philosophie du droit de Montesquieu*, Paris, Klincksieck, 1973, 437 pp.

¹⁴² GOYARD-FABRE, Simone, *La philosophie du droit de Montesquieu*, Paris, Klincksieck, *op. cit.*, spéc. pp 357-370.

§ 33 - La perspective biologique adoptée par Georges Scelle le conduit à envisager une fonction législative diffuse, dès lors que la délimitation de compétences s'opère de manière coutumière.

1) La contrainte biologique du droit objectif se manifeste par les efforts que font les individus pour orienter leurs actes dans le sens de ce qu'ils pensent être la nécessité sociale objective, c'est-à-dire pour réaliser des actes « juridiques », créer des situations subjectives « juridiques ». De tels efforts peuvent aboutir à des résultats relativement divergents ; il n'y a alors pas d'accord, au sein de la société concernée, sur la teneur de la contrainte objective en cause. De tels efforts peuvent également aboutir, tout à fait fortuitement, à des résultats relativement convergents ; il existe alors un relatif consensus sur le sens du droit objectif déterminant la société, sur les buts que les individus peuvent et/ou doivent vouloir pour garantir l'existence, la pérennité et le développement du phénomène de solidarité, et assurer ainsi à chaque individu membre de la société concernée une vitalité optimale.

Dans ce dernier cas, il est probable que les actes concernés seront répétés, avec une convergence et une précision d'autant plus grande que les individus les auront effectués avec le sentiment de répondre à une nécessité sociale. Le droit objectif déterminant la société est ainsi traduit dans la réalité par la répétition d'actes concordants, tous ayant « été accomplis avec le sentiment, ou tout au moins l'instinct, d'obéir à une nécessité sociale »¹⁴³. C'est ainsi que naît la norme juridique coutumière, le droit positif coutumier. La concordance et la répétition des actes, la conscience plus ou moins grande de la nécessité sociale constituent les éléments d'un processus de traduction coutumière du droit objectif déterminant une société en droit positif.

Bien plus, ce mode de traduction garantit en lui-même, au travers de l'exigence de concordance, la conformité du droit positif au droit objectif. D'une part, la concordance d'actes répétés témoigne de l'identité de la conscience de la règle de droit chez les individus membres de la société concernée, ce qui sert de fondement à la délimitation d'une manière éminemment abstraite, générale et impersonnelle de compétences. D'autre part, Georges Scelle précise que la concordance initiale des actes est en effet généralement purement fortuite et c'est justement « le fortuit de la rencontre qui donne toute sa valeur à la règle positive et démontre sa concordance avec la règle objective »¹⁴⁴. Dès lors, le droit positif coutumier « est à son tour une contrainte, puisqu'il est l'expression de la nécessité qui est elle-même la contrainte essentielle »¹⁴⁵.

Voilà bien l'élément central de la théorie du droit de Georges Scelle : ce ne peut être que de sa concordance avec les conditions objectives d'existence, de persistance et de développement d'un phénomène de solidarité que le droit positif – les compétences délimitées - tire sa validité ou valeur juridique ; seule cette valeur juridique ou validité matérielle garantit la communication aux compétences délimitées de la force de contrainte biologique du droit objectif, et permet donc de fonder la force juridique ou validité formelle de celles-ci, ainsi que le recours éventuel à la force physique pour en assurer le respect au sein de la société.

¹⁴³ SCELLE, Georges, « Règles générales du droit de la paix », *ibid.*, spéc , pp 432-437.

¹⁴⁴ *Idem*, spéc. p 433.

¹⁴⁵ *Idem*, spéc. p 349.

2) La fonction législative diffuse envisagée par Georges Scelle rencontre toutefois des limites : si le processus coutumier de traduction du droit objectif en droit positif est particulièrement bien adapté aux sociétés d'ampleur restreinte du type de la « horde » ou du « clan », en revanche, les complexes de phénomènes de solidarité qui caractérisent les sociétés à forte division du travail ne peuvent pas s'accommoder d'une traduction exclusivement coutumière des complexes correspondants de droits objectifs. D'une part, l'importance numérique des individus dépendant d'un complexe de phénomènes de solidarité pour la satisfaction de leurs besoins matériels et identitaires, liée à la spécialisation et à la diversification des fonctions individuelles, fait naturellement obstacle à la concordance des actes qu'ils accomplissent, et ainsi à l'efficacité du processus coutumier de traduction du droit objectif en droit positif. D'autre part, l'impossibilité d'appréhender sans technique adaptée les rapports complexes d'addition, de substitution et de condition des différents phénomènes de solidarité concernés ainsi que de leur droit objectif respectif, provoque naturellement incertitudes et conflits quant à l'existence même et à la teneur du droit positif¹⁴⁶. La fonction législative étant une nécessité biologique fondamentale, comment peut-il être remédié à ces graves insuffisances du procédé coutumier ?

§ 34 - La perspective biologique adoptée par Georges Scelle aboutit alors à un devoir objectif dont l'objet est la délimitation de compétences législatives spécialisées, laquelle pourra intervenir aussi bien de manière expresse que sous forme coutumière.

1) En premier lieu, il faut souligner que la simple existence de compétences législatives spécialisées ne garantit en rien la validité du droit positif qui résultera de l'exercice de celles-ci. Ce faisant, l'intérêt majeur de la coutume, celui de ne permettre l'accession au statut de droit positif que de normes conformes au droit objectif déterminant la société, est effectivement battu en brèche. Si certains individus peuvent désormais seuls exercer des compétences leur permettant de délimiter des compétences multiples, rien ne garantit, à l'instar de ce que permet la spontanéité et le fortuit dans le cas d'une traduction coutumière du droit objectif et quand bien même il s'agit d'un ensemble de responsables syndicaux, que cela soit fait de façon réellement « abstraite, générale et impersonnelle ». La spécialisation de certains individus déterminés dans l'accomplissement de la fonction de traduction du droit objectif en droit positif présente effectivement le vice majeur de laisser ouverte la porte à la seule subjectivité (préjugés, intérêts, passions, caprices) de ceux-ci, laquelle est incompatible avec la recherche d'une perception acceptable des rapports complexes d'addition, de substitution et de condition des phénomènes de solidarité concernés ainsi que des droits objectifs correspondants¹⁴⁷. La multiplication des législations ou services spécialisés risque par ailleurs, en plus de conforter le vice précédent, d'amener les législateurs spécialisés à perdre de vue la complexité des rapports entre les droits objectifs concernés, dont la perception requière par définition une vision globale et non point spéciale. Les inconvénients issus de ces deux phénomènes pour l'existence, le maintien et le développement du complexe de phénomènes de solidarité concerné sont d'autant plus prégnants et graves que son amplitude est grande, car les compétences des législateurs spécialisés s'étendent potentiellement à tous les phénomènes de solidarité concernés.

¹⁴⁶ SCELLE, Georges, *Précis de droit des gens – Principes et systématique*, Tome I (Introduction – Le milieu intersocial), *op. cit.*, spéc. p 6.

¹⁴⁷ *Idem*, spéc. p 6.

2) En second lieu, il faut donc se poser la question suivante : est-ce à dire que la validité de tout droit positif spécial serait foncièrement aléatoire, la force juridique de celui-ci dénuée par conséquent de tout fondement véritable ? En ce qui concerne les complexes de sociétés, entre l'absence de droit positif coutumier et la validité douteuse de tout droit positif spécial, le seul choix possible serait en définitive celui des moyens de l'anarchie...

3) La théorie juridique scellienne ne se solde toutefois pas par cette aporie, dans la mesure où Georges Scelle répercute l'inéluctable imperfection de tout droit positif spécial sur les conditions de sa validité. Il faut effectivement rappeler que, dans une société préexistante, le droit objectif soumet l'existence, la persistance et le développement de tout phénomène de solidarité à l'absence d'anarchie ; il en résulte que le droit objectif de tout phénomène de solidarité exige à ce titre que le droit positif soit respecté tant qu'il n'est pas prouvé que ce dernier, depuis son origine ou en raison de l'évolution des circonstances, est manifestement incompatible avec le droit objectif ; c'est ce que Georges Scelle nomme l'« hypothèse du bien légiféré ». Cette preuve n'est constituée que par des circonstances exceptionnelles : « la survenance de la révolution sociale ou de la guerre internationale, lorsqu'elles ont pour cause déterminante, dans une société [...], le rétablissement de l'accord nécessaire entre le droit objectif, condition de la permanence du fait social, et le droit positif »¹⁴⁸. La validité matérielle ou valeur juridique du droit positif spécial est ainsi fonction de sa simple compatibilité avec le droit objectif, et n'est pas déterminée par l'exigence d'une stricte conformité à ce dernier. La validité du droit positif spécial ne pouvant être ainsi que « relative et provisoire »¹⁴⁹, ce n'est qu'à une traduction optimale du (ou des) complexe(s) de droits objectifs que peuvent momentanément prétendre les législateurs spécialisés.

§ 35 - La perspective biologique adoptée par Georges Scelle, en aboutissant à un devoir objectif dont l'objet est la délimitation de compétences législatives spécialisées, aboutit donc simultanément à préciser l'objet de ce devoir objectif : il est en définitive nécessaire que la délimitation de compétences législatives spécialisées soit faite d'une manière permettant la traduction optimale du (ou des) complexe(s) de droits objectifs concerné(s).

1) Préciser la portée de l'objet de ce devoir objectif impose de prendre en compte la distinction entre le « droit constructif » et le « droit normatif » que Georges Scelle reprend à Léon Duguit. Relèvent du droit normatif les règles de droit objectif ou de droit positif qui se bornent à prévoir les permissions, actions et abstentions nécessaires à l'existence, à la persistance et au développement de la société et donc des individus qui en sont membres, « sans se préoccuper des moyens d'en assurer l'exécution ou l'utilisation »¹⁵⁰. Il « constitue l'essence même du droit objectif et se trouve dans les formules fondamentales du droit

¹⁴⁸ SCELLE, Georges, « Essai sur les sources formelles du droit international », *ibid.*, spéc. p 401 : « ...jusqu'à ce que la discordance soit manifeste et prouvée par ses effets nocifs, il est une *hypothèse nécessaire* : c'est celle de la concordance entre la source matérielle et les sources formelles du droit, entre la matérialité du droit et son expression, entre le droit objectif et le droit positif. Sans cela, il n'y aurait aucune stabilité sociale ». Il convient de remarquer que ce que Georges Scelle qualifie d'*hypothèse* n'est rien d'autre, logiquement, qu'une règle systématiquement présente dans le *droit objectif* des complexes de *sociétés*.

¹⁴⁹ SCELLE, Georges, « La doctrine de Léon Duguit et le fondement du droit des gens », *ibid.*, spéc. p 105.

¹⁵⁰ SCELLE, Georges, « Règles générales du droit de la paix », *ibid.*, spéc. pp 354 – 355.

positif»¹⁵¹. Relèvent du droit constructif les règles de droit qui précisent « les procédés par lesquels les normes devront être utilisées et grâce auxquels elles seront respectées »¹⁵².

2) Les « normes » ainsi visées par Georges Scelle pouvant aussi bien consister en du droit positif qu'en du droit objectif, le droit constructif comprend donc un double volet. Il comprend, tout d'abord, un ensemble de règles positives dont la fonction est d'assurer le respect du droit normatif objectif lors de sa traduction en droit normatif positif. Il constitue, également, un ensemble de règles dont la fonction est d'assurer l'effectivité de ce droit normatif positif ou objectif. Georges Scelle va évidemment plus loin que Léon Duguit sur ce point, puisqu'il estime que c'est une nécessité biologique fondamentale pour les législateurs spécialisés d'assurer l'effectivité du droit normatif – traduit en compétences ou demeurant à l'état objectif – par des systèmes de droit constructif¹⁵³. Le devoir objectif dont l'objet est une délimitation de compétences législatives spécialisées permettant d'assurer la traduction optimale du (ou des) complexe(s) de droits objectifs concerné(s), est donc relatif à un objet doublement constructif : il s'agit tout d'abord de délimiter des compétences législatives spécialisées de manière à assurer la traduction optimale des complexes de droits objectifs en compétences ; il s'agit également de délimiter des compétences législatives spécialisées de manière à pouvoir assortir le droit normatif – traduit en compétences ou demeurant à l'état de pouvoir/devoir objectif – des moyens de réalisation les plus appropriés.

§ 36 - C'est en cela que consiste en principe le devoir objectif constructif ; il convient dorénavant d'en préciser la portée.

2 – La portée du devoir objectif constructif

§ 37 - Pour mesurer la portée du devoir objectif constructif précédemment détaillé, il faut rappeler que tout phénomène de solidarité est rendu tangible par la série de phénomènes de solidarité par similitudes fonctionnelles qu'il engendre, dans la mesure où ces derniers tendent à être institutionnalisés. Si tout phénomène de solidarité se manifeste concrètement par un ordre d'institutions fonctionnelles, tout complexe de phénomènes de solidarité se révèle par conséquent à travers le complexe formé par les ordres d'institutions fonctionnelles qui y correspondent, c'est-à-dire à travers les rapports d'addition, de substitution et de condition qui affectent ces divers ordres d'institutions fonctionnelles. Or le responsable syndical constitue le type idéal du législateur ! C'est dire que pour assurer la traduction optimale des complexes de droits objectifs en compétences, autant que pour pouvoir assortir le droit normatif – traduit en compétences ou demeurant à l'état de pouvoir/devoir objectif – des moyens de réalisation les plus appropriés, la délimitation des compétences législatives spécialisées doit être effectuée en mesure des rapports d'addition, de substitution et de condition qui articulent les divers ordres d'institutions fonctionnelles concernés.

¹⁵¹ SCELLE, Georges, *Précis de droit des gens – Principes et systématique*, Tome I (Introduction – Le milieu intersocial), *op. cit.*, spéc. pp 14 - 15.

¹⁵² *Idem*, spéc. p 15.

¹⁵³ SCELLE, Georges, « Règles générales du droit de la paix », *ibid.*, spéc. p 348 : « L'homme, être social, doit être obligé par la norme d'obéir aux lois causales qui conditionnent l'existence, la durée et le progrès de la société. La contrainte sociale, active et consciente, doit organiser et doubler la contrainte naturelle et causale. Il y a dans ce domaine une *compétence liée* des gouvernements. Ils ne sont pas libres de ne pas doubler la contrainte normative de la contrainte matérielle : c'est la fonction du droit *constructif* ». En italiques dans le texte.

§ 38 - Cette exigence nécessaire à la réalisation du devoir objectif constructif doit être précisée d'un point de vue statique et d'un point de vue dynamique.

1) Du point de vue statique, cette exigence suppose : d'une part, la détermination du (ou des) niveau(x) pertinent(s) de traduction et de réalisation sous forme de compétences des éléments du complexe de droits objectifs que l'on considère, chacune de ces deux opérations pouvant être effectuées à un niveau pertinent différent voire être échelonnées sur plusieurs niveaux différents ; d'autre part et ensuite seulement, la traduction et la réalisation proprement dites. Ainsi, les éléments de droit objectif qui ne déterminent et/ou ne conditionnent que des phénomènes de solidarité très localisés seront ainsi le mieux appréhendés par les responsables syndicaux agissant au niveau local dans le domaine concerné. Ils devront être traduits et/ou réalisés au moyen de compétences législatives exercées à ce niveau local et dans ce domaine par lesdits responsables syndicaux. En revanche, les éléments de droit objectif qui déterminent et/ou conditionnent des phénomènes de solidarité, soit d'ampleur plus générale, soit localisés mais en nombre important sur un espace plus vaste, seront le mieux appréhendés par les responsables syndicaux agissant dans le domaine concerné et au niveau d'une région ou de la globalité territoriale de la société préexistante. Ils devront de ce fait être traduits et/ou réalisés au moyen de compétences législatives exercées en ce domaine au niveau de la société préexistante, d'une ou plusieurs de ses régions.

2) Du point de vue dynamique, il faut rappeler que la « lutte pour la vie » étant perpétuellement intense dans les sociétés à forte division du travail, les droits objectifs se caractérisent par leur particulière mutabilité ; c'est ainsi que leurs rapports complexes de superposition par addition, substitution, condition ne peuvent guère demeurer que dans un état provisoire et sujet à de perpétuelles mutations. Les phénomènes de solidarité évoluant en conséquence, il est inévitable que la délimitation des compétences législatives doive varier en fonction des mutations affectant la structure syndicale. Il convient à cet égard de souligner l'impact systémique de toute modification survenant ainsi dans la délimitation des compétences législatives attribuées aux responsables syndicaux, quel que soit le niveau auquel survient à l'origine la modification.

3) Les précisions relatives aux points de vue statique et dynamique mettent en évidence la très grande complexité et mutabilité de la délimitation des compétences législatives spécialisées, et par suite l'ampleur et la gravité des incertitudes et conflits que cela peut générer, qui résultent de l'exigence nécessaire à la réalisation du devoir objectif constructif dans une société préexistante. C'est pourquoi le devoir objectif constructif exige fondamentalement la délimitation des compétences législatives spécialisées au niveau de la société préexistante, dans la mesure nécessaire à l'articulation optimale des réglementations sous-jacentes de compétences législatives spécialisées.

§ 39 - Cette exigence fondamentale du devoir objectif constructif amène à déterminer quels peuvent être les responsables syndicaux susceptibles de pourvoir à sa réalisation, quel type d'individu peut ainsi se trouver responsable d'une société préexistante.

1) La théorie de Georges Scelle repose à ce sujet sur une idée générale qu'il n'a guère développée en elle-même, mais qui préside en particulier à sa conception du gouvernement de

fait¹⁵⁴ et dérive en tout état de cause de sa conception biologique du droit objectif. Il s'agit de celle selon laquelle une condition première détermine l'existence, la persistance et le développement de tout phénomène de solidarité dans une société préexistante : l'ordre, car les relations sociales nécessaires au bon fonctionnement biologique de chaque individu ne peuvent se dérouler dans un état d'anarchie. Caractérisée par une démultiplication des phénomènes de solidarité au sein d'une société préexistante, la division du travail rend simplement d'autant plus intense le besoin d'ordre, c'est-à-dire aboutit mécaniquement à démultiplier la présence et la conscience de cet élément inhérent à tout droit objectif, quels que soient les rapports d'addition, de substitution et de condition des droits objectifs concernés. Or, seuls les individus qui capitalisent à leur profit la plus grande force sont à même d'exercer la fonction destinée à satisfaire ce besoin d'ordre ; sur ce point particulier, Georges Scelle se situe en réalité tout à fait dans la perspective des travaux de Léon Duguit, pour lequel « Les gouvernants ont toujours été, sont et seront toujours les plus forts en fait »¹⁵⁵. Contrairement à Georges Scelle, Léon Duguit n'a guère mis en valeur les sources biologiques, objectives de cette fonction, et par conséquent la multiplicité de ses possibles manifestations ; le doyen bordelais n'y voyait manifestement qu'un « pouvoir de contrainte matérielle » fondé sur la seule force, n'évoquant l'obéissance des plus faibles que comme « cause d'une plus grande force »¹⁵⁶.

2) La fonction gouvernementale ou politique, que son caractère spécialisé distingue des autres fonctions sociales, apparaît sur ces bases. Un phénomène de solidarité naît ainsi entre les individus qui exercent les fonctions gouvernementales ou politiques et ceux qui ne les exercent pas. La finalité objective qui détermine ce nouveau phénomène de solidarité consiste dans le maintien de l'ordre nécessaire, au sein de la société préexistante, à l'existence, à la persistance et au développement des autres phénomènes de solidarité présents et à venir, et un certain nombre de conditions de réalisation tout aussi objectives en découlent. Le droit objectif de ce nouveau phénomène de solidarité (finalité et conditions de réalisation) est donc entièrement conditionné par la mesure de ce qui est nécessaire à l'existence, à la persistance et au développement de l'ensemble des autres phénomènes de solidarité nés au sein de la société préexistante. S'il se superpose aux autres droits objectifs, sa teneur particulière explique que cette superposition intervienne selon une modalité inédite. La superposition de ce droit objectif s'effectue en effet par addition, mais cette addition est perpétuellement conditionnée par la détermination de ce que recouvre l'ordre nécessaire à l'existence, la persistance et au développement de l'ensemble des autres phénomènes de solidarité présents ou à venir au sein de la société préexistante. Il importe de noter que, dans la théorie juridique scellienne, les phénomènes de solidarité non politiques ou non gouvernementaux constituent ainsi la base nécessaire du phénomène de solidarité politique ou gouvernemental.

3) Soumis au droit objectif du phénomène de solidarité concerné, c'est-à-dire aux pouvoirs et devoirs objectifs nécessaires à l'existence, à la persistance et au développement de ce dernier, les gouvernants sont ainsi par là même fondamentalement et perpétuellement astreints à déterminer en quoi se résout l'ordre nécessaire à l'existence, la persistance et au développement de l'ensemble des autres phénomènes de solidarité présents ou à venir au sein de la société préexistante. Or il apparaît clairement que cet ordre recouvre notamment

¹⁵⁴ SCELLE, Georges, « Règles générales du droit de la paix », *ibid.*, spéc , pp 382-385.

¹⁵⁵ DUGUIT, Léon, *L'ÉTAT, le droit objectif et la loi positive*, *op. cit.*, notamment pp 242-255, spéc. p 243.

¹⁵⁶ *Idem*, spéc. pp 247-248.

l'exigence fondamentale du devoir objectif constructif, précédemment mise en évidence : la délimitation des compétences législatives spécialisées au niveau de la société préexistante, dans la mesure nécessaire à l'articulation optimale des réglementations sous-jacentes de compétences législatives spécialisées.

§ 40 - Ainsi précisé dans sa portée, le devoir objectif constructif revêt un caractère sur lequel il convient de s'attarder : il présente un caractère fédératif.

3 - Le caractère fédératif du devoir objectif constructif

§ 41 - En quoi le devoir objectif imposant aux gouvernants d'une société préexistante de déterminer la mesure dans laquelle il est nécessaire de procéder à la délimitation des compétences législatives spécialisées afin d'assurer l'articulation optimale des réglementations sous-jacentes de compétences législatives spécialisées, et de procéder à la délimitation proprement dite une fois la mesure effectuée, présente-t-il un caractère fédératif ?

1) La réponse réside dans la vérification et l'approfondissement scientifique du « principe fédératif », conçu dans un élan d'inspiration par Pierre-Joseph Proudhon à la fin de sa vie et comme couronnement de son œuvre¹⁵⁷, que procure cette conception du devoir objectif constructif. Usant de sa fameuse dialectique des antinomies, le socialiste français mit en évidence la nécessité historique du principe fédératif comme principe de conciliation des deux notions contradictoires mais complémentaires d'autorité et de liberté ; celui-ci devant se réaliser par la conclusion de contrats fédératifs entre, d'une part « les États fédérés ou autorités provinciales et municipales », d'autre part « une autorité centrale »¹⁵⁸. C'est l'élément théorique général que retient à titre principal Georges Scelle de la pensée proudhonienne, comme en témoigne la force de son évocation de « cette synthèse puissante, profondément exacte, toujours reprise depuis lors » que constitue la conception fondamentale du fédéralisme dans le sens de « la conciliation de l'autorité et de la liberté, ces deux principes antagonistes dont la coexistence est pourtant nécessaire, mais dont la lutte est à la base des révolutions et des guerres »¹⁵⁹.

2) Il faut cependant souligner que si Georges Scelle adhère à cette conception théorique générale du « principe fédératif », c'est uniquement dans la mesure où il estime que la sociologie a permis la validation expérimentale, scientifique de l'intuition proudhonienne : « La sociologie nous apprend que le fédéralisme est une loi constante de l'évolution des sociétés humaines. C'est que le fédéralisme concilie *deux besoins*, en apparence contradictoires, mais, en réalité, complémentaires et également essentiels des groupements

¹⁵⁷ PROUDHON, Pierre-Joseph, *Du Principe Fédératif et de la nécessité de reconstituer le parti de la révolution*, Paris, Dentu, 1863 (Avant-propos et première partie réédités par Romillat, 1999, 181 pp). Sur la genèse de cette œuvre essentielle de Pierre-Joseph Proudhon, il convient de se reporter aux travaux de Pierre HAUBTMANN, *Pierre-Joseph Proudhon. Sa vie et sa pensée. 1849-1865* : Tome I, 444 pp, spéc. pp 215-221 ; Tome II, 447 pp, spéc. pp 279-332 ; Paris, Desclée de Brouwer, 1988.

¹⁵⁸ PROUDHON, Pierre-Joseph, *Du Principe Fédératif et de la nécessité de reconstituer le parti de la révolution*, *op. cit.*, spéc. pp 122-123.

¹⁵⁹ SCELLE, Georges, « Fédéralisme et proudhonisme », *Œuvres complètes de P.-J. Proudhon. Nouvelle édition publiée avec des Notes et des Documents inédits. Du principe fédératif et œuvres diverses sur les problèmes politiques européens*, Paris, Librairie Marcel Rivière et Cie, 1959, spéc. pp 9-23, notamment pp 19-20.

politiques./ D'une part, c'est le besoin d'*autonomie* et de *liberté* dans la recherche de leurs fins propres, dans la gérance de leurs solidarités particulières [...]/ D'autre part, c'est le besoin non moins puissant d'*ordre* et de *sécurité*, de travail libre et productif, dont la réalisation exige le contrôle, la hiérarchie, l'*autorité* si l'on veut, mais consentie et organisée, en vue de procurer le respect de cette autre solidarité plus large qui unit dans la paix les collectivités en contact permanent »¹⁶⁰.

3) C'est exactement cette conciliation des principes contradictoires de liberté et d'autorité que permet - en tant que devoir objectif constructif - l'exigence de délimitation des compétences législatives spécialisées au niveau de la société préexistante, dans la mesure nécessaire à l'articulation optimale des réglementations sous-jacentes de compétences législatives spécialisées ; le devoir objectif constructif revêt donc de manière générale un caractère fédératif, ce qui permet de le nommer plus simplement et justement « devoir fédératif ».

§ 42 - Le principe même de ce devoir fédératif doit faire l'objet de précisions, destinées à bien faire comprendre que c'est à tous les niveaux que la conciliation des principes antagonistes de liberté et d'autorité qu'il permet trouve à jouer.

1) En premier lieu, cette conciliation se retrouve certes sur un plan « vertical » : en exigeant que la délimitation des compétences législatives spécialisées au niveau de la société préexistante soit bornée à ce qui est *nécessaire* à l'articulation optimale des réglementations sous-jacentes de compétences législatives spécialisées, le devoir objectif constructif consiste à borner « l'autorité » centrale de manière à laisser aux « libertés » sous-jacentes le domaine le plus large *possible*.

2) En second lieu, cette conciliation se retrouve aussi et peut-être même surtout sur un plan « horizontal », c'est-à-dire à chaque niveau de la société préexistante, du plus général (cette société prise dans sa globalité) au plus particulier (le plus « petit » phénomène de solidarité existant ou susceptible d'exister au sein de cette société). En ce qui concerne par exemple le premier, pour que la délimitation des compétences législatives spécialisées au niveau de la société préexistante soit bornée à ce qui est *nécessaire* à l'articulation optimale des réglementations sous-jacentes de compétences législatives spécialisées, c'est-à-dire pour que « l'autorité » centrale soit bornée de manière à laisser aux « libertés » sous-jacentes le domaine le plus large *possible*, il est indispensable de permettre – à travers des procédures qui peuvent être variables et complexes - la participation de tous les individus concernés à cette délimitation c'est-à-dire à l'exercice de cette « autorité » : leur « liberté » sera alors le principe même d'exercice de « l'autorité » en question, de sorte que les deux principes antagonistes sont alors conciliés.

3) Parce qu'il est éminemment « fédératif », le devoir objectif constructif est donc éminemment démocratique ; c'est dans cette perspective que Georges Scelle considérait que « La démocratie consiste dans la participation de tous les gouvernés au choix et au contrôle des gouvernants [...] La perfection de ce système exigerait que la participation des gouvernés au choix des gouvernants et à leur contrôle, fût proportionnelle à l'importance et à l'utilité que chacun de ces gouvernés représente et apporte dans l'organisme social ». Il considérait ce

¹⁶⁰ SCELLE, Georges, *Précis de droit des gens – Principes et systématique*, Tome I (Introduction – Le milieu intersocial), *op. cit.*, spéc. p 188. En italiques dans le texte ; souligné pour les besoins de la démonstration.

système démocratique ou « représentatif »¹⁶¹ comme une notion juridique éminemment scientifique – « il fait table rase de tout ‘droit’ au pouvoir, droit indémontrable et indémontré » - , logique et juste – « ce sont les affaires de tous que les gouvernements sont appelés à faire, il est donc logique, juste et nécessaire que la totalité des gouvernés participe au choix et au contrôle des gouvernements, proportionnellement à l’importance des intérêts qu’ils leur confient » - , et source de stabilité car « si le personnel gouvernemental y est et doit y être changeant, la ‘forme’ de gouvernement, elle, peut y être immuable »¹⁶².

§ 43 - L’intime liaison de ces deux dimensions du caractère « fédératif » avaient été particulièrement bien mises en évidence dans une thèse de doctorat en droit publiée en 1900, *Le fédéralisme économique* de Joseph Paul-Boncour, que Georges Scelle n’a pu ignorer compte tenu de la personnalité de son auteur, du domaine de ses recherches – l’organisation syndicale professionnelle - et surtout du retentissement considérable de son travail¹⁶³.

1) Joseph Paul-Boncour précise tout d’abord en quoi consiste la conception qu’avaient les révolutionnaires français de la liberté du travail (plus connue des juristes sous le nom de liberté du commerce et de l’industrie) : « le droit, pour les individus, de diriger à leur guise leur activité économique et professionnelle en vue d’assurer leur libre développement »¹⁶⁴. Il montre que la liberté du travail ainsi définie n’est que « l’application au domaine de l’activité économique et professionnelle de la liberté générale proclamée dans la Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen de 1789 »¹⁶⁵. La principale préoccupation des constituants, en proclamant la liberté à l’article 4 de la Déclaration, était d’assurer ainsi la conciliation de celle-ci avec « toutes les nécessités d’un ordre social »¹⁶⁶. Selon Joseph Paul-Boncour, qui se réfère alors implicitement aux travaux d’Émile Durkheim, ces « nécessités » sont celles qui découlent de la « solidarité », qu’il définit comme étant « le rapport de dépendance dans lequel sont entre eux les membres d’un même groupe politique ou social, et par lequel l’acte accompli par un individu a son incidence sur les autres »¹⁶⁷. Dès lors, les restrictions à la liberté du travail (du commerce et de l’industrie) nécessitées par l’état de solidarité ne peuvent garantir cette liberté que dans la mesure où participent à leur définition tous ceux qui sont inclus dans le champ de cette solidarité, car « seule cette participation de tous donne aux

¹⁶¹ Les deux notions correspondant à ces adjectifs – démocratie, représentativité - sont parfaitement synonymes dans la perspective théorique de Georges Scelle. Sur ce point, il est par exemple possible de se reporter à son article « De Genève à Washington. II – La Conférence du Travail », *R.P.P.*, 1^{er} trimestre 1922, pp 19-34, spéc. p 22.

¹⁶² SCELLE, Georges, « Le problème juridique de la Société des Nations », *R.P.P.*, 4^{ème} trimestre 1919, pp 297-311, spéc. p 307.

¹⁶³ PAUL-BONCOUR, Joseph, *Le fédéralisme économique*, Paris, Félix Alcan, 2^{ème} édition, 1901, 445 pp (1^{ère} édition, 1900). Ancien secrétaire particulier de Pierre Waldeck-Rousseau lorsque celui-ci était président du conseil, sa thèse connaît un succès foudroyant qui justifie une seconde édition à peine un an plus tard. Le fait était rarissime à l’époque dans les milieux éditoriaux, il le demeure aujourd’hui encore s’agissant d’une thèse en droit.

¹⁶⁴ *Idem*, spéc. p 371.

¹⁶⁵ *Idem*, spéc. p 39.

¹⁶⁶ *Idem*, spéc. p 42.

¹⁶⁷ *Idem*, spéc. pp 45-46.

libertés de chacun la garantie que les restrictions qui leur sont apportées sont bien l'expression exacte de la solidarité qui les nécessite¹⁶⁸. C'est ce à quoi correspond la notion de « souveraineté » dans la Déclaration de 1789 ; cette notion garantit donc la liberté et, par elle, se trouvent ainsi conciliées l'autorité et la liberté.

2) Joseph Paul-Boncour se demande alors quelles sont les solidarités dont les nécessités peuvent justifier des restrictions à la liberté du travail, c'est-à-dire à quel(s) niveau(x) doit être « souverainement » définie la réglementation du travail. Ce sont les solidarités qui naissent de la communauté de « la situation économique et professionnelle »¹⁶⁹ qui, de manière générale, peuvent justifier les restrictions à la liberté du travail ; tous les professionnels placés dans la même situation économique (le même état de solidarité) doivent donc participer à la définition de la réglementation du commerce et de l'industrie. Là intervient l'apport majeur de Joseph Paul-Boncour. Ce dernier met en évidence ce fait selon lequel, par agrégations successives, les syndicats des divers ordres de professions vont « matérialiser » les différents degrés de solidarité économique apparus au sein de la société préexistante. Il devra alors y avoir autant de niveaux auxquels sera déterminée la réglementation du travail, c'est-à-dire de niveaux de « souveraineté », que de degrés de solidarité économique, allant du stade le plus particulier au stade le plus général.

3) C'est cet étagement de la « souveraineté » que Joseph Paul-Boncour désigne sous l'expression « fédéralisme économique » : « Elle seule, en effet, peut servir à désigner le système auquel aboutit la souveraineté syndicale. Du moment où l'on admet que, pour chaque industrie, dans chaque région, la souveraineté économique appartient aux syndicats, le système auquel on aboutit ne diffère guère du fédéralisme territorial ou politique, le seul que le droit public ait eu jusqu'ici l'occasion d'analyser, que par une souplesse plus grande, donc une conformité plus rigoureuse à la logique même du fédéralisme »¹⁷⁰.

§ 44 - La tonalité générale proudhonienne qui se décline par suite dans sa théorie juridique explique pourquoi Georges Scelle divergea profondément de son « maître » bordelais en ce qui concerne la conception du fédéralisme : « [...] il n'y a pas, à notre avis, de différence essentielle entre le système de l'État unitaire et le système fédératif, entre le fédéralisme et la décentralisation. Sur ce point, nous regrettons d'être en désaccord avec le doyen Duguit et nous pensons qu'en pénétrant plus avant dans l'étude du droit international, il eût peut-être, sur ce point, été amené à modifier ses conclusions »¹⁷¹. Cette même tonalité générale est ensuite à l'origine d'une divergence irrémédiable d'avec les vues que Louis Le Fur soutenait depuis son essai de systématisation juridique des phénomènes fédéraux, jusqu'alors inédit dans la doctrine française. En effet, ce dernier ne faisait pas grand cas – c'est peu dire – des conceptions proudhoniennes : « si [la forme fédérative] a puissamment contribué au développement de certains États, si elle offre pour des États décidés à conserver leur autonomie et trop petits cependant pour vivre isolés, des avantages que l'on chercherait vainement dans toute autre organisation politique, si elle paraît devoir avant longtemps

¹⁶⁸ *Idem*, spéc. pp 372-373.

¹⁶⁹ *Idem*, spéc. p 379.

¹⁷⁰ *Idem*, spéc. p IX.

¹⁷¹ SCELLE, Georges, « La doctrine de Léon Duguit et les fondements du droit des gens », *A.P.D.*, 1932, pp 83-119, spéc. p 109.

remplacer avantageusement dans certains pays soit la forme unitaire, soit une forme d'union moins perfectionnée que la forme fédérative, il serait en revanche évidemment ridicule de recommander son adoption comme un remède universel aux maux dont peuvent souffrir les États modernes. C'est ce que faisait Proudhon [...]»¹⁷². Ils expriment enfin, plus généralement, la spécificité des théories scelliennes au sein de la doctrine juridique française¹⁷³.

§ 45 - La notion de devoir fédératif recouvre ainsi le devoir objectif imposant aux gouvernants d'une société préexistante de déterminer la mesure dans laquelle il est nécessaire de procéder à la délimitation des compétences législatives spécialisées afin d'assurer l'articulation optimale des réglementations sous-jacentes de compétences législatives spécialisées, et de procéder à la délimitation proprement dite une fois la mesure effectuée. Ce devoir objectif constructif présente un caractère fédératif dans la mesure où sa vocation est de permettre la conciliation des principes contradictoires de liberté et d'autorité, cette conciliation constituant le génie propre du « principe fédératif » tel que Pierre-Joseph Proudhon l'avait défini sur le terrain de la philosophie politique. Ceci dit, il convient désormais de montrer que ce devoir fédératif a une double portée d'après la théorie juridique scellienne.

¹⁷² LE FUR, Louis, *État fédéral et confédération d'États*, Paris, Imprimerie et Librairie générale de jurisprudence Marchal et Billard, 1896, 839 pp (Réédition aux Éditions Panthéon-Assas, collection « Les Introuvables », 2000), spéc. p 343.

¹⁷³ VOYENNE, Bernard, *Histoire de l'idée fédéraliste. Les lignées proudhoniennes*, Nice, Presses d'Europe, collection « Réalités du présent », 1981, 287 pp, spéc. pp 145-146. L'auteur évoque la « profession de foi » et l'« inspiration » proudhoniennes de Georges Scelle, dont il déduit une rupture « avec le conformisme de la neutralité universitaire, en honneur de son temps ». L'appréciation est fondamentalement juste, mais aurait mérité d'être située dans la perspective de la conception du droit objectif adoptée par ce dernier, laquelle explique en effet dans une large mesure l'« inspiration » précédemment évoquée.

Section 2
La source conceptuelle :
la contrainte du dédoublement fonctionnel mise en évidence par Georges Scelle

§ 46 - Les éléments fondamentaux de la théorie juridique de Georges Scelle ayant été présentés sous l'angle de la notion de devoir fédératif, il est maintenant possible de mettre en évidence la justification directe du caractère nécessaire à toute Constitution nationale du principe et de la technique du fédéralisme normatif. En effet, ce caractère nécessaire s'avère être une conséquence de cette contrainte du « dédoublement fonctionnel » que Georges Scelle a mise en évidence par ailleurs, et qui s'applique au devoir fédératif. C'est ce qui sera démontré en deux temps. Le premier vise à mettre en évidence que cette contrainte justifie l'existence d'une technique constitutionnelle interétatique en tant qu'élément nécessaire de toute Constitution nationale (I). Le second temps est destiné à montrer que le fédéralisme normatif constitue le principe structurant de toute technique constitutionnelle interétatique, et se retrouve donc nécessairement en droit constitutionnel national (II).

I – La nécessité de la technique constitutionnelle interétatique en droit constitutionnel national

En l'occurrence, la contrainte du dédoublement fonctionnel signifie que la fonction fédérative qui incombe aux gouvernants nationaux à raison du devoir fédératif est double. Le mettre en évidence (A) est indispensable pour montrer que la technique constitutionnelle se dédouble elle aussi : en effet, c'est de l'accomplissement de ce devoir fédératif que résulte la technique constitutionnelle. Toutefois, il importe d'insister sur le fait que ce dédoublement de la technique constitutionnelle ne peut être que relatif : il y a une simple juxtaposition de la technique constitutionnelle interétatique à la technique constitutionnelle interne (B).

A – Le dédoublement de la fonction fédérative des gouvernants nationaux

Le dédoublement de la fonction fédérative qui incombe aux gouvernants nationaux à raison du devoir fédératif résulte de la nécessité du gouvernement des sociétés internationales (1). Plus précisément, ce dédoublement résulte de l'existence de deux grandes modalités en la matière : en effet, il importe de distinguer la modalité interne et la modalité interétatique du gouvernement de ces sociétés (2).

1 – La nécessité du gouvernement des sociétés internationales

§ 47 - Les sociétés préexistantes ont progressivement acquis, dans leur grande majorité, un caractère national (ce n'est toutefois pas le cas de la société œcuménique, par exemple *a contrario*).

1) Selon Georges Scelle, il n'existe aucune différence de principe entre un phénomène de solidarité national et un phénomène de solidarité quelconque. Un phénomène de solidarité national consiste toujours en un état nécessaire de convergence propre à un nombre plus ou moins déterminé et stable d'individus ; une société nationale est toujours un ensemble d'individus dont la satisfaction de certains besoins dépend entièrement et nécessairement d'un phénomène de solidarité déterminé, plus précisément une collectivité intersociale regroupant un ensemble d'individus par ailleurs membres d'autres sociétés et recherchant la satisfaction d'un besoin que ces autres sociétés ne sont pas aptes à assouvir : « La société française, par exemple, est formée d'individus qui composent déjà d'autres groupes : groupes de droit privé, familles, sociétés de commerce, syndicats, associations ; groupes de droit public, communes, cantons, départements. Les mêmes individus seront chefs d'une famille, habitants d'une ville, fidèles d'une Église, actionnaires d'une société, citoyens de l'État »¹⁷⁴.

2) S'il existe bien toutefois une différence entre un phénomène de solidarité national et un phénomène de solidarité quelconque, celle-ci n'est que de degré selon Georges Scelle. Un phénomène de solidarité national consiste en un état nécessaire de convergence essentiellement identitaire, suffisamment affirmé pour avoir vocation à concerner l'ensemble des individus membres de l'ensemble des sociétés assises sur un espace géographique déterminé¹⁷⁵. La finalité objective de celui-ci réside ainsi dans la satisfaction du besoin identitaire ressenti par l'ensemble des individus concernés. Or, le besoin identitaire exprime la volonté d'un individu, parce qu'il a le sentiment de partager un certain nombre de traits communs avec d'autres individus, de nouer des relations avec ces derniers. Dès lors, satisfaire les besoins individuels de caractère identitaire consiste à « permettre les rapports sociaux entre [ces] individus empruntés à différentes collectivités et en composant une nouvelle »¹⁷⁶ ; de cette finalité découle l'ensemble des conditions objectives nécessaires à sa réalisation. L'existence de tout phénomène de solidarité national est ainsi nécessairement et spontanément déterminée par l'ensemble des conditions objectives permettant les rapports sociaux entre l'ensemble des individus membres de la société nationale, c'est-à-dire la création et/ou la pérennisation de phénomènes de solidarité. En d'autres termes, l'existence de tout phénomène de solidarité national est déterminée par l'existence des complexes de phénomènes de solidarité sous-jacents nécessaires à la satisfaction des besoins individuels. Le phénomène de solidarité national a ainsi pour finalité objective profonde d'assurer, aux individus qui en dépendent, le développement de la solidarité nécessaire à la satisfaction de leurs besoins.

3) Le droit objectif de tout phénomène de solidarité national apparaît ainsi rigoureusement identique à celui, précédemment étudié, de tout phénomène de solidarité gouvernemental. Cette correspondance s'explique aisément. Le phénomène de solidarité national ayant vocation à concerner l'ensemble des individus membres de la société préexistante, aboutit à faire du nombre de ceux-ci la plus grande force au sein de celle-ci. C'est alors au nombre que revient la fonction d'assurer l'ordre nécessaire, au sein de la société préexistante, à l'existence, à la persistance et au développement des autres phénomènes de solidarité. Le nombre ne peut cependant réaliser cette fonction qu'en la confiant à des individus spécialisés, les gouvernants ; d'où l'existence d'un phénomène de solidarité entre le nombre des individus et les gouvernants que ceux-ci ont désigné.

¹⁷⁴ SCELLE, Georges, *Précis de droit des gens – Principes et systématique*, Tome I (Introduction – Le milieu intersocial), *op. cit.*, spéc. pp 28-29.

¹⁷⁵ *Idem*, spéc. pp 74 - 75.

¹⁷⁶ SCELLE, Georges, « La doctrine de Léon Duguit et les fondements du droit des gens », *ibid.*, spéc. p 88.

4) Le droit objectif du phénomène de solidarité gouvernemental conditionne ainsi entièrement, à lui seul, l'existence, la persistance et le développement du phénomène de solidarité national. Ce droit objectif est lui-même entièrement conditionné par la mesure de ce qui est nécessaire à l'existence, à la persistance et au développement de l'ensemble des autres phénomènes de solidarité nés au sein de la société préexistante. La superposition de ce droit objectif s'effectuera alors par addition, mais cette addition est perpétuellement conditionnée par la détermination de ce que recouvre l'ordre nécessaire à l'existence, la persistance et au développement de l'ensemble des autres phénomènes de solidarité présents ou à venir au sein de la société préexistante. C'est en ce sens que Georges Scelle indiquait : « la solidarité étatique est en principe universelle ; l'organisation étatique donne satisfaction ou s'efforce de donner satisfaction à tous les besoins collectifs : la 'compétence étatique', comme l'on dit, a pour caractéristique d'être générale, tandis que, dans beaucoup d'autres groupements, elle est *spécialisée* à une ou à quelques formes de solidarité »¹⁷⁷.

§ 48 - Le phénomène de solidarité national ne présente ainsi aucune qualité qui le distinguerait foncièrement des autres phénomènes de solidarité.

1) En particulier, son enracinement territorial et sa généralité n'ont aucune valeur intrinsèque. Tout d'abord, il ne s'agit que de simples conséquences du caractère et de l'intensité des besoins identitaires fondateurs du phénomène de solidarité national ; le « peuple » et le « territoire » ne sauraient être des critères de la société nationale¹⁷⁸. Surtout, ces éléments sont parfaitement contingents, ne serait-ce que parce qu'un certain nombre d'individus étrangers à ce phénomène de solidarité de caractère identitaire – individus généralement membres d'autres sociétés nationales - coexistent, sur la même superficie territoriale, avec les individus membres de la société nationale considérée.

2) *A fortiori* le phénomène de solidarité national ne donne-t-il absolument aucun caractère particulier au phénomène de solidarité gouvernemental. C'est ce que Georges Scelle précisait ainsi : « Lorsqu'on parle de besoins collectifs, de sentiments collectifs, d'actions collectives, on fait simplement allusion à ce résultat du groupement social qui est de transformer, dans une large mesure, les aspirations, les sentiments et l'action de chacun des membres du groupe, parce que tous subissent l'influence et la réaction sur eux-mêmes de l'ensemble des autres individus qui le composent. On ne saurait nier cette action évidente du groupement sur ses membres, mais si chacun des éléments premiers est modifié par le fait de leur réunion, le groupement n'est rien de plus, cependant, que la somme de ces éléments *modifiés*. Il n'a pas d'existence propre en dehors de celle de ses unités composantes ; en particulier, il n'a pas d'existence *psychique* indépendante. La volonté d'une majorité ou même d'une unanimité reste toujours une somme de volontés individuelles 'qualifiées' et non la volonté d'un individu nouveau »¹⁷⁹. Il résulte de cette conception que la société nationale ne saurait être analysée comme ayant une personnalité propre, distincte de celle des individus qui en sont membres, et à laquelle serait rattachée ce droit particulier que constituerait la souveraineté. Ni peuple, ni territoire, ni souveraineté qui puissent constituer une société

¹⁷⁷ SCELLE, Georges, « Règles générales du droit de la paix », *ibid.*, spéc , p 344. En italiques dans le texte.

¹⁷⁸ *Idem*, spéc. pp 344 – 345.

¹⁷⁹ SCELLE, Georges, « Le Concept de Société Internationale – Ses conséquences en technique juridique », *ibid.*, spéc. pp 12-13. En italique dans le texte.

nationale personnifiée ; ni corporation statutaire ; l'État défini par Raymond Carré de Malberg¹⁸⁰ est en tout état de cause un mythe aux yeux de Georges Scelle¹⁸¹. C'est là une conséquence majeure de sa conception essentiellement biologique du droit objectif : en ce cas, il est en effet impossible de concevoir d'autre support de la personnalité juridique que la personnalité physique.

§ 49 - Bannissant toute idée tendant à reconnaître une quelconque personnalité morale à une société nationale et/ou à un État (suivant la conception qui peut être retenue de ce dernier), Georges Scelle rejette *a fortiori* toute conception de la société internationale comme société de sociétés nationales, comme société d'États¹⁸². Une société internationale constitue toujours un état de convergence interindividuelle à caractère utilitaire et/ou identitaire, dont la seule et unique particularité est d'impliquer des individus rattachés à plusieurs sociétés nationales préexistantes.

1) Si divers phénomènes de solidarité particuliers peuvent, en vue de la satisfaction de nouveaux besoins, se développer qualitativement et quantitativement dans le cadre éminemment global que constitue le phénomène de solidarité nationale, la « lutte pour la vie » entraîne cependant, en raison de son caractère perpétuellement intense, une intensification et une diversification des besoins ainsi qu'une spécialisation et une diversification des fonctions telles que les individus rattachés à un phénomène de solidarité nationale se trouveront placés devant la nécessité de nouer des relations en dehors de celui-ci. Des liens de solidarité particuliers se noueront entre certains nationaux et certains étrangers, que ceux-ci soient situés sur la même superficie territoriale (ex : un ressortissant français embauche sur le territoire français un ressortissant italien), ou bien sur des aires territoriales distinctes (ex : les échanges entre un ressortissant français établi sur le territoire français et un ressortissant anglais établi sur le territoire britannique). La division du travail fait ainsi inéluctablement apparaître de nouveaux phénomènes de solidarité, distincts des phénomènes de solidarité nationaux (c'est-à-dire, impliquant seulement des nationaux) : « [...] plus l'État s'intègre et s'affirme par le développement de la solidarité par similitudes qui lui crée sa physionomie et son génie propres, plus les individus qui le composent se trouvent amenés à rechercher dans les rapports avec les membres d'autres États le développement de la solidarité par division du travail, qui seule peut satisfaire à leurs besoins nouveaux. C'est ainsi que le commerce international, au sens étroit et au sens large, s'est développé avec une intensité croissante, à mesure que l'intégration des sociétés étatiques s'affirmait plus exclusive »¹⁸³.

2) L'intégration des phénomènes de solidarité nationaux et internationaux s'observe alors à deux égards, aussi bien dans l'un que dans l'autre des cas précédemment mis en évidence. En premier lieu, la finalité objective du phénomène de solidarité internationale consiste en la satisfaction d'un besoin qui ne peut être assurée dans le cadre d'un phénomène de solidarité nationale. C'est par conséquent en s'additionnant aux droits objectifs des

¹⁸⁰ CARRÉ DE MALBERG, Raymond, *Contribution à la Théorie Générale de l'État, spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, Paris, Sirey, 1920, Tome I, (Réédition aux Éditions Dalloz, collection « Bibliothèque Dalloz », 2003), spécialement les premiers numéros.

¹⁸¹ SCELLE, Georges, *Précis de droit des gens – Principes et systématique*, Tome I (Introduction – Le milieu intersocial), *op. cit.*, spéc. pp.

¹⁸² SCELLE, Georges, « Le Concept de Société Internationale – Ses conséquences en technique juridique », *ibid.*

¹⁸³ *Idem*, spéc. p 15.

phénomènes de solidarité nationaux ou en se substituant à certains d'entre eux que le droit objectif du phénomène de solidarité international se superpose, mais cette superposition peut également s'effectuer en conditionnant le droit objectif de certains phénomènes de solidarité nationaux. Certains des individus rattachés au phénomène de solidarité national dépendent alors directement et/ou indirectement, pour la satisfaction de certains de leurs besoins, d'une collectivité intersociale. En second lieu, dans la mesure où un phénomène de solidarité international se développe à partir de sociétés nationales préexistantes et distinctes, celui-ci pourra évidemment avoir son existence, sa persistance et son développement objectivement conditionnés par les droits objectifs de certains phénomènes de solidarité nationaux. C'est ainsi que se distinguent et s'intègrent à la fois, au sein de la société œcuménique préexistante, les sociétés nationales et les sociétés internationales composées d'éléments individuels de diverses nationalités.

§ 50 - Dans la mesure où toute société nationale est ainsi une collectivité intersociale « charnière »¹⁸⁴, il en résulte que c'est aux gouvernants nationaux qu'il revient d'abord et avant tout de gouverner les sociétés internationales.

1) Il est à cet égard nécessaire de rappeler qu'une condition première détermine, dans une société préexistante, l'existence, la persistance et le développement de tout phénomène de solidarité : l'ordre. Ces principes restent évidemment valables lorsque la société préexistante est la société œcuménique, Georges Scelle rejoignant ici les analyses d'Émile Durkheim relatives au besoin à la paix : « Les hommes n'ont besoin de la paix que dans la mesure où ils sont unis déjà par quelque lien de sociabilité »¹⁸⁵. Les relations sociales internationales nécessaires au bon fonctionnement biologique de chaque individu ne peuvent se dérouler dans un état d'anarchie ; la division du travail, qui se caractérise alors par une démultiplication des phénomènes de solidarité au sein de la société œcuménique, rend d'autant plus intense le besoin de paix c'est-à-dire aboutit à démultiplier mécaniquement la présence et la conscience de cet élément du droit objectif international, constant quels que soient les rapports d'addition, de substitution et de condition des droits objectifs internationaux. Or, dans la mesure où chacun de ces derniers constitue la condition de multiples droits objectifs nationaux (et inversement), il en résulte que la paix nécessaire à l'existence, la persistance et au développement des phénomènes de solidarité internationaux conditionne également l'ordre nécessaire à l'existence, la persistance et au développement de certains phénomènes de solidarité nationaux et vice-versa. La démultiplication des phénomènes de solidarité internationaux due à la division du travail aboutit donc, plus particulièrement, à démultiplier la présence et la conscience de cet élément de droit objectif international au sein des droits objectifs nationaux, au point de devenir un élément crucial de l'ordre nécessaire à l'existence, à la persistance et au développement de l'ensemble des phénomènes de solidarité présents ou à venir au sein de la société nationale considérée. La finalité objective du phénomène de solidarité gouvernemental consistant dans le maintien d'un tel ordre, inclut dès lors celle d'assurer la paix nécessaire à l'existence, à la persistance et au développement de l'ensemble des phénomènes de solidarité internationaux impliquant les individus rattachés à la société nationale considérée.

2) C'est ainsi que les individus gouvernant une société nationale sont nécessairement amenés à gouverner les sociétés internationales, c'est-à-dire à exercer cumulativement ou

¹⁸⁴ SCELLE, Georges, « Règles générales du droit de la paix », *ibid.*, spéc. p 344.

¹⁸⁵ DURKHEIM, Émile, *De la division du travail social*, *op. cit.*, spéc. p 89.

alternativement les fonctions gouvernementales nationale et internationales. Issus d'une « souche » nationale donnée, les gouvernants n'exercent pas moins des fonctions aussi bien nationales qu'internationales. C'est ce que Georges Scelle appelait la loi du « dédoublement fonctionnel »¹⁸⁶, non sans relever le caractère parfaitement utilitaire de la dénomination ainsi utilisée¹⁸⁷. Les individus exerçant les fonctions gouvernementales, étant soumis au droit objectif du phénomène de solidarité concerné, c'est-à-dire aux pouvoirs et devoirs objectifs nécessaires à l'existence, à la persistance et au développement de ce dernier, sont donc fondamentalement et perpétuellement astreints à déterminer : d'une part, en quoi se résout l'ordre nécessaire à l'existence, la persistance et au développement de l'ensemble des autres phénomènes de solidarité présents ou à venir au sein de la société nationale considérée ; d'autre part, et par conséquent, en quoi consiste la paix nécessaire à ceux des phénomènes de solidarité internationaux impliquant les individus rattachés à ladite société nationale.

3) Responsables syndicaux des sociétés nationales et des sociétés internationales auxquelles participent les membres de ces dernières, les gouvernants nationaux doivent en définitive réaliser le devoir fédératif, c'est-à-dire la délimitation des compétences législatives spécialisées au niveau de la société préexistante dans la mesure nécessaire à l'articulation optimale des réglementations sous-jacentes de compétences législatives spécialisées, aussi bien pour chacune des sociétés nationales que pour chacune des sociétés internationales concernées. Les gouvernants nationaux doivent ainsi exercer une double fonction fédérative, mais il faut d'emblée souligner qu'il est nécessaire de dépasser la dichotomie entre « national » et « international » pour pouvoir distinguer et qualifier respectivement les deux grands niveaux auxquels ces deux fonctions fédératives pourront être accomplis, au profit d'une dichotomie entre « interne » et « interétatique ».

2 – Les modalités interne et interétatiques du gouvernement des sociétés internationales

§ 51 - La nécessité de dépasser la distinction entre « national » et « international » au profit d'une dichotomie entre « interne » et « interétatique », pour pouvoir qualifier avec exactitude les deux grands niveaux de réalisation du double devoir fédératif qui incombe aux gouvernants nationaux, est une conséquence de l'enracinement territorial de chacun des phénomènes de solidarité nationaux. En effet, ce dernier amène à considérer les phénomènes de solidarité internationaux sous deux angles différents.

¹⁸⁶ SCELLE, Georges, « Le Concept de Société Internationale – Ses conséquences en technique juridique », *ibid.*, spéc. p 23 : « Croire, ou raisonner comme si l'on croyait que les gouvernants étatiques, même quand ils agissent comme législateurs, agents judiciaires, exécutifs ou administratifs dans l'ordre juridique international, restent des gouvernants ou agents *nationaux*, c'est commettre une erreur scientifique capitale. C'est une confusion que font trop souvent les juristes qui se guident sur des critères « formels », ou extérieurs. Un sujet de droit muni de compétences n'utilise celles-ci que pour faire des *actes* juridiques, et ces actes juridiques ont nécessairement la même nature, une « matérialité » du même ordre que les rapports sociaux auxquels ils correspondent ».

¹⁸⁷ La dénomination est utilitaire en ce sens que, loin de se borner aux seuls cas de « dédoublement » à proprement parler, elle couvre selon Georges Scelle tous les cas de « démultiplication » fonctionnelle : « [...] au lieu de parler de dédoublement fonctionnel, par abréviation, on pourrait parler légitimement de détriplement, de déquadruplement ou, en fin de compte, de démultiplication de ses fonctions », « La notion d'ordre juridique », *ibid.*, spéc. p 100.

1) En premier lieu, l'assise de phénomènes de solidarité internationaux peut tenir entièrement sur le seul territoire de la société nationale préexistante ; de multiples droits objectifs nationaux et un certain nombre de droits objectifs internationaux se superposent alors les uns aux autres, sur ce même territoire, dans des rapports complexes d'addition, de substitution et de condition ; parce que leur portée est circonscrite à tel(s) ou tel(s) niveau(x) d'un même territoire, ces droits objectifs et phénomènes de solidarités seront qualifiés d'« internes ». Responsables syndicaux d'une société nationale et des sociétés internationales auxquelles participent les membres de cette dernière, les gouvernants nationaux doivent en ce cas réaliser le devoir fédératif à l'échelle interne, c'est-à-dire procéder à la délimitation des compétences législatives spécialisées au niveau de la société nationale préexistante dans la mesure nécessaire à l'articulation optimale des réglementations internes sous-jacentes de compétences législatives spécialisées. C'est la fonction fédérative interne des gouvernants nationaux, ou encore le devoir fédératif interne qui incombe à ces derniers.

2) En second lieu, l'assise de phénomènes de solidarité internationaux peut tenir, non plus sur le territoire d'une seule société nationale préexistante mais sur ceux de deux ou plusieurs, de sorte que la société préexistante dans le cadre de laquelle surviennent lesdits phénomènes de solidarité et les droits objectifs qui les déterminent est alors la société œcuménique (ou à vocation œcuménique, du moins). Puisque leur portée s'étend à tel(s) ou tel(s) niveau(x) de plusieurs territoires étatiques, sans pour autant s'étendre systématiquement à l'ensemble de la société œcuménique ou à vocation œcuménique, ces phénomènes de solidarité et les droits objectifs qui les déterminent seront qualifiés d'« interétatiques ». Ainsi, de multiples phénomènes de solidarité interétatiques se superposent alors à certains phénomènes de solidarité relevant respectivement de deux ou plusieurs ordres internes (nationaux et/ou internationaux) ; également, de multiples phénomènes de solidarité relevant respectivement de deux ou plusieurs ordres internes se superposent à de multiples phénomènes de solidarité interétatiques, notamment en les conditionnant. L'intensification de cette intégration des phénomènes de solidarité interétatiques et des droits objectifs qui les déterminent, pour des raisons précédemment exposées en termes généraux, explique que les gouvernants des différentes sociétés nationales concernées, responsables syndicaux desdites sociétés nationales et des sociétés internationales auxquelles participent les membres de ces dernières, doivent alors se concerter afin de réaliser le devoir fédératif à l'échelle interétatique. Ils doivent en d'autres termes procéder d'un commun accord à la délimitation de compétences législatives spécialisées dans la mesure nécessaire à l'articulation optimale des réglementations sous-jacentes de compétences législatives spécialisées. Il leur incombe ainsi de réaliser les délimitations nécessaires à l'articulation optimale de réglementations interétatiques et/ou internes de compétences législatives spécialisées. C'est la fonction fédérative interétatique, qui incombe d'abord et avant tout aux gouvernants des diverses sociétés nationales concernées, puisqu'ils sont *a priori* les seuls gouvernants possibles de la société œcuménique ou à vocation œcuménique ; ou encore, le devoir fédératif interétatique qui incombe auxdits gouvernants.

§ 52 - La fonction fédérative interétatique qui incombe aux gouvernants nationaux peut être réalisée selon deux grandes modalités.

1) La première correspond à la modalité intergouvernementale : la délimitation de compétences législatives spécialisées procède d'un commun accord des gouvernants des diverses sociétés nationales concernées, intervenant à titre originel ou sur le fondement d'une législation intergouvernementale préexistante, mais n'a pas pour objet ou effet de remettre en

cause la nécessité d'un commun accord intergouvernemental pour l'entrée en vigueur d'une future législation interétatique.

2) La seconde correspond à la modalité superétatique : la délimitation des compétences législatives spécialisées procède là aussi d'un commun accord des gouvernants des diverses sociétés nationales concernées, intervenant à titre originel ou sur le fondement d'une législation intergouvernementale préexistante, mais est effectuée de telle sorte que d'autres délimitations de compétences législatives spécialisées puissent ultérieurement procéder d'un accord de volontés qui sera dans une certaine mesure extra-gouvernemental et interviendra dans le cadre d'une procédure à laquelle les gouvernants nationaux pourront le cas échéant participer.

3) L'évolution de la modalité intergouvernementale vers la modalité superétatique de réalisation de la fonction fédérative interétatique incombant aux gouvernants nationaux est dictée par l'intensification et la diversification des besoins individuels, ainsi que par la diversification et la spécialisation des fonctions individuelles au sein de la société œcuménique ou à vocation œcuménique, d'où résulte un développement quantitatif et qualitatif sans précédent des phénomènes de solidarité interétatiques. La paix nécessaire à leur existence, leur persistance et leur développement ainsi qu'à ceux des phénomènes de solidarité relevant des divers ordres internes, nécessite plus que jamais que les différents aspects des complexes de droits objectifs interétatiques soient traduits et réalisés en compétences au niveau pertinent. Tenus de déterminer les délimitations de compétences législatives spécialisées qui sont alors nécessaires à l'échelle interétatique pour permettre l'articulation optimale des réglementations interétatiques et/ou internes de compétences législatives spécialisées, les gouvernants nationaux ne peuvent plus se borner à la réalisation simplement intergouvernementale de la fonction fédérative interétatique qui leur incombe. Le degré très poussé d'intégration, la rapidité de mutation et la très grande technicité qu'exige la connaissance des complexes de droits objectifs internes et interétatiques, ainsi que la lourdeur de toute procédure intergouvernementale et la généralité des aptitudes des gouvernants nationaux interétatiques, exigent au contraire de ces derniers la réalisation superétatique de la fonction fédérative interétatique qui leur incombe. En particulier : les responsables syndicaux, en faveur desquels doivent être délimitées les compétences législatives spécialisées nécessaires à l'articulation optimale des réglementations interétatiques et/ou internes de compétences législatives spécialisées, ne doivent pas seulement être les gouvernants nationaux interétatiques ; par suite, rien ne justifie plus que l'acte de volonté d'un de ces responsables syndicaux ne puisse produire d'effets juridiques qu'à la condition que les autres exercent unanimement leurs compétences législatives dans un sens identique, tout favorise au contraire l'adoption d'un système majoritaire d'adoption des décisions législatives ; la validité matérielle optimale des délimitations de compétences législatives spécialisées ainsi réalisées, justifie enfin que celles-ci s'imposent à l'ensemble des personnes concernées et en particulier aux gouvernants des diverses sociétés nationales concernées.

4) En définitive, la fonction fédérative interétatique incombant aux gouvernants nationaux consiste pour ces derniers à procéder, aux niveaux interétatiques pertinents et d'un commun accord, à la délimitation des compétences législatives spécialisées dans la mesure superétatique et/ou intergouvernementale nécessaire à l'articulation optimale des réglementations interétatiques et/ou internes de compétences législatives spécialisées concernées.

§ 53 - La réalisation superétatique du devoir fédératif interétatique par les gouvernants nationaux – ou bien le « devoir fédératif superétatique » incombant à ceux-ci, expression qui sera souvent retenue pour une raison de commodité terminologique - peut s'imposer avec un caractère de plus ou moins grande nécessité selon les cas.

1) En premier lieu, si cette réalisation peut s'imposer du point de vue du droit objectif au niveau de la société œcuménique ou à vocation œcuménique le cas échéant, elle s'imposera d'abord et avant tout aux diverses échelles régionales de celle-ci. Il est en effet inévitable que les phénomènes de solidarité interétatiques se développent davantage entre individus relevant respectivement de diverses nationalités coexistant sur des espaces territoriaux relativement proches les uns des autres. Les complexes de phénomènes de solidarité internes et interétatiques, et donc ceux des droits objectifs qui les déterminent, sont donc beaucoup plus importants et intégrés aux diverses échelles régionales qu'à l'échelle mondiale. Il en résulte que le devoir fédératif superétatique régional conditionne objectivement la réalisation des finalités déterminant les phénomènes de solidarité inter-régionaux ou mondiaux, bien plus que certains aspects du droit objectif de ces derniers ne le font à l'égard de phénomènes de solidarité régionaux. C'est ce qui justifie que le devoir fédératif superétatique exige le cas échéant la représentation des fédérations régionales au sein des organismes superétatiques universels, c'est-à-dire que des gouvernants interétatiques régionaux figurent parmi les responsables syndicaux de la société œcuménique ou à vocation œcuménique.

2) En second lieu, que l'on se situe au niveau œcuménique ou bien aux différents niveaux régionaux, le devoir fédératif superétatique peut s'imposer aux gouvernants nationaux avec plus de force dans certains domaines que dans d'autres. Par exemple, tel est le cas en ce qui concerne le domaine des conditions du travail, ainsi que le constata d'ailleurs le préambule de la première section de la Partie XIII du Traité de Versailles. Ses auteurs relevèrent tout d'abord que le but assigné à la Société des Nations (ci-après, S.D.N.) était l'établissement de la « paix universelle », mais pour souligner immédiatement à quel point celle-ci serait incapable de l'atteindre à elle seule. La Société des Nations participe effectivement à l'établissement de la « paix universelle » dans la mesure où sa fonction consiste à réguler les rapports entre les divers ordres de gouvernants nationaux interétatiques. La « paix universelle » est toutefois loin de dépendre de ces seuls rapports, mais apparaît également conditionnée par les conditions de travail ; l'indécence de celle-ci, d'une part « engendre un tel mécontentement que la paix et l'harmonie universelles sont mises en danger », d'autre part « fait obstacle aux efforts des autres nations désireuses d'améliorer le sort des travailleurs dans leurs propres pays ». Il est donc nécessaire que la fonction de régulation des rapports entre les divers ordres de gouvernants nationaux interétatiques assignée à la S.D.N. soit complétée par une fonction de réglementation internationale des conditions de travail. Tout phénomène de solidarité d'entreprise a pour finalité la satisfaction de certains besoins utilitaires et/ou identitaires, laquelle est conditionnée par l'existence de relations professionnelles acceptables entre employeurs et salariés. Le droit objectif qui détermine l'existence, la persistance et le développement de ce phénomène de solidarité d'entreprise constitue donc, par ailleurs, une condition objective de la réalisation des finalités déterminant l'existence, la persistance et le développement de chacun des phénomènes de solidarité dans lesquels ce dernier est impliqué. Cette idée générale se développe alors dans un contexte particulier : à la veille et au sortir de la Première Guerre Mondiale, la société œcuménique se caractérise par un fort développement en son sein de phénomènes de solidarité interétatiques dans de multiples domaines (économique, financier, culturel...) ¹⁸⁸. La

¹⁸⁸ Parmi un nombre considérable de références à cet égard, il est possible de retenir la suivante : « À propos de la quatrième Conférence internationale du travail », *R.P.P.*, 1^{er} trimestre 1923, pp 45-55, spéc. p 46.

réalisation de la finalité propre à chacun d'entre eux – susceptible de déterminer par ailleurs l'existence, la persistance et le développement d'autres phénomènes de solidarité internes ou interétatiques – se trouve donc objectivement conditionnée par le droit objectif des phénomènes de solidarité d'entreprise qui y participent. Les phénomènes de solidarité d'entreprise se superposent ainsi à divers ordres de phénomènes de solidarité interétatiques et internes en conditionnant ces derniers ; Georges Scelle soulignait à cet égard l'« aveuglante clarté » du préambule dans son expression de « la superposition de la nécessité sociale internationale aux convenances sociales nationales »¹⁸⁹. Or, les déficiences internes ainsi que les divergences existant entre les divers ordres internes en ce qui concerne la traduction et la réalisation du droit objectif des phénomènes de solidarité d'entreprise sont ainsi susceptibles, au-delà d'une certaine mesure, d'empêcher la réalisation correcte des finalités déterminant de multiples phénomènes de solidarité interétatiques et internes. D'où la mise en danger de « la paix et [de] l'harmonie universelles », certes directement mais aussi indirectement dans la mesure où ceci serait par ailleurs susceptible, en fin de compte, d'altérer les rapports existant entre les divers ordres de gouvernants interétatiques.

§ 54 - Il a ainsi été montré que la contrainte du dédoublement fonctionnel impose aux gouvernants nationaux de chercher à accomplir le devoir fédératif qui leur incombe à deux grands niveaux, interne et interétatique, ce qui a nécessité d'explicitier une série de distinctions indispensable à la précision des analyses mais qui demeuraient jusqu'alors plus ou moins latentes dans les écrits de Georges Scelle. Il importe maintenant de souligner que la double fonction fédérative qui incombe aux gouvernants nationaux, interne et interétatique, se manifeste par le dédoublement de la technique constitutionnelle nationale. En effet, la technique constitutionnelle constitue la réalisation première et fondamentale du devoir fédératif. Toutefois, il est indispensable de préciser que si ce dédoublement de la technique constitutionnelle nationale est incontestable dans son principe, il est relatif dans sa portée.

B – Le dédoublement relatif de la technique constitutionnelle nationale

Le dédoublement de la fonction fédérative des gouvernants nationaux se traduit, sur le terrain de la technique constitutionnelle nationale, d'une manière qui n'est pas équilibrée. Cette technique est principalement relative à la fonction fédérative interne (1), et ne règle la fonction fédérative interétatique que d'une manière à la fois accessoire et distincte (2).

1 – La justification interne principale de la technique constitutionnelle nationale

§ 55 - Responsables syndicaux d'une société nationale et des sociétés internationales auxquelles participent les membres de cette dernière, les gouvernants nationaux doivent notamment à ce titre réaliser le devoir fédératif à l'échelle interne, c'est-à-dire procéder à la délimitation des compétences législatives spécialisées au niveau de la société nationale préexistante dans la mesure nécessaire à l'articulation optimale des réglementations internes sous-jacentes de compétences législatives spécialisées. Les sources statique et dynamique de ce devoir fédératif – précédemment étudiées – permettent de conclure que les gouvernants

¹⁸⁹ SCELLE, Georges, *Théorie juridique de la révision des traités*, op. cit., spéc. p 89.

nationaux ne pourront déterminer que d'une manière éminemment abstraite, générale et impersonnelle, au niveau de la société nationale prise dans sa globalité et compte tenu de l'ensemble des phénomènes de solidarité internationaux sis sur le seul territoire national, la mesure dans laquelle la délimitation des compétences législatives spécialisées sera nécessaire à l'articulation optimale des réglementations internes sous-jacentes de compétences législatives spécialisées. La délimitation des compétences législatives spécialisées au niveau en question ne pourra donc, par suite et au moins d'emblée, être effectuée que d'une manière tout aussi éminemment abstraite, générale et impersonnelle.

§ 56 - La contrainte à laquelle se trouvent ainsi réduits les gouvernants nationaux pour réaliser le devoir fédératif à l'échelle interne, loin d'être un sérieux problème, constitue au contraire pour Georges Scelle la garantie essentielle de la conformité au devoir fédératif de la délimitation des compétences législatives spécialisées à laquelle ceux-ci procéderont effectivement, c'est-à-dire la garantie essentielle du respect de la condition de nécessité à l'articulation optimale des réglementations internes sous-jacentes de compétences législatives spécialisées. Cette contrainte correspond en effet, d'abord et avant tout, au recours des gouvernants nationaux à la technique constitutionnelle, que Georges Scelle considérait comme la technique la plus achevée du droit constructif : il souligne à cet égard l'éminente valeur constructive de la « hiérarchie des lois qui, en les subordonnant les unes aux autres, réduit les risques de divergence entre le droit positif et le droit objectif. La loi constitutionnelle conditionnera la validité de la loi ordinaire et celle-ci du règlement ; [...] »¹⁹⁰.

1) Cette appréciation doit faire l'objet de certains approfondissements, dans la mesure où elle suppose que la loi constitutionnelle présente une plus grande fidélité naturelle au droit objectif que toute autre forme de législation ; à défaut, une objection majeure se présenterait : le système ne ferait-il alors pas une part trop belle à la subjectivité des constituants nationaux, de sorte que Georges Scelle n'aurait réussi qu'à déplacer, non à résoudre, le problème posé par toute fonction législative spécialisée du point de vue de la validité du droit positif spécial ? Tel n'est pas le cas. Toute fonction législative repose sur un fondement biologique qui impose la délimitation abstraite, générale, et impersonnelle de compétences. Le sens de la gradation du droit positif législatif indiquée par Georges Scelle, ne prête dès lors pas à confusions. L'auteur se réfère manifestement à l'idée d'une gradation et d'une subordination de différentes compétences, en fonction du degré d'abstraction, de généralité et d'impersonnalité de leur réglementation. Or, selon Georges Scelle, « c'est [précisément] ce caractère général et abstrait qui constitue l'égalité juridique et garantit l'objectivité de l'acte-règle dont le but est de procurer l'utilité publique et non l'intérêt particulier »¹⁹¹. Par conséquent, plus la délimitation des compétences est opérée de façon abstraite, générale et impersonnelle, moins la compatibilité desdites compétences avec le (ou les) complexe(s) de droits objectifs concerné(s) sera susceptible de doutes et plus la validité matérielle des compétences sera par conséquent affirmée.

¹⁹⁰ SCELLE, Georges, *Précis de droit des gens – Principes et systématique*, Tome I (Introduction – Le milieu intersocial), *op. cit.*, spéc. p 6. S'agissant du second volet du *droit constructif*, la technique première est évidemment, dès lors, le contrôle de constitutionnalité des actes juridiques.

¹⁹¹ SCELLE, Georges, « Règles générales du droit de la paix », *ibid.*, spéc. p 429. En italiques dans le texte.

2) Dans la mesure où les gouvernants nationaux ne peuvent guère d'emblée prétendre réaliser le devoir fédératif à l'échelle interne qu'à travers une délimitation éminemment abstraite, générale et impersonnelle des compétences législatives spécialisées, ils sont de ce fait même contraints de recourir à la technique constitutionnelle qui garantit la validité optimale de cette délimitation au regard de la condition de nécessité à l'articulation optimale des réglementations internes sous-jacentes de compétences législatives spécialisées. Telle est la condition pour que cette délimitation puisse être précisée, c'est-à-dire poursuivie d'une manière moins abstraite, générale et impersonnelle, ce processus de concrétisation étant nécessaire compte tenu du caractère au plus haut point relatif et évolutif de la réalisation du devoir fédératif à l'échelle interne. Dans la mesure où cette réglementation précise des compétences législatives spécialisées aura été effectuée de façon conforme à la délimitation éminemment abstraite, générale et impersonnelle de celles-ci, la validité matérielle de la première sera effectivement assurée.

3) La technique constitutionnelle lance ainsi un mouvement de hiérarchisation des réglementations de compétences législatives spécialisées, en fonction de leur degré d'abstraction, de généralité et d'impersonnalité ; il s'agit d'une hiérarchie fondamentalement matérielle, qui peut faire l'objet d'une certaine formalisation. La réalisation du devoir fédératif à l'échelle interne constituant un processus relatif et évolutif au plus haut point, la technique constitutionnelle à laquelle les gouvernants nationaux se trouvent d'emblée contraints de recourir garantit la validité des réglementations de compétences législatives spécialisées plus précises qu'eux-mêmes, leurs agents ou bien d'autres législateurs internes auront à délibérer. Le rôle fondamental et nécessaire de la technique constitutionnelle dans le processus de réalisation du devoir fédératif à l'échelle interne, explique ainsi en partie pourquoi Georges Scelle estimait que « *tout système juridique est fédératif* »¹⁹².

§ 57 - La technique constitutionnelle, à laquelle les gouvernants nationaux sont contraints de recourir pour amorcer la réalisation interne du devoir fédératif, est une technique complexe dans la mesure elle implique plusieurs catégories de réglementations de compétences législatives spécialisées. Sur ce point, la précision des analyses impose d'approfondir sur plusieurs points la réflexion de Georges Scelle, ce qui sera fait avec la distinction desdites catégories.

1) La technique constitutionnelle à proprement parler doit d'abord être distinguée de ce qu'il est possible d'appeler la réglementation **primitive** des compétences législatives : cette dernière prévoyait les conditions d'élaboration et d'entrée en vigueur de la première. Dans la mesure où il est indispensable, au titre de cette technique constitutionnelle, d'envisager l'éventualité d'une révision de la procédure de révision constitutionnelle, toute technique constitutionnelle recouvre nécessairement trois catégories de réglementations de compétences législatives spécialisées : la réglementation qui sera dite **primordiale** ; la réglementation qui sera spécifiquement dite **secondaire**¹⁹³ ; les réglementations qui seront dites **terminales**.

¹⁹² SCELLE, Georges, « La doctrine de Léon Duguit et le fondement du droit des gens », *ibid.*, spéc. p 107. En italiques dans le texte.

¹⁹³ Ainsi que cela va être immédiatement précisé, cette adjectif « secondaire » est ici employé dans un sens qui diffère de celui du même adjectif employé par Georges Scelle dans sa *Théorie juridique de la révision des traités*, *op. cit.* L'auteur y emploie alors la notion de « législateur secondaire », et précise que sa principale caractéristique est d'« être tenu de faire entrer ses propres décisions dans le cadre de normes plus larges et hiérarchiquement supérieures ».

La réglementation primordiale recouvre la délimitation des compétences législatives spécialisées dont la mise en œuvre est nécessaire pour modifier la consistance de la réglementation secondaire.

La réglementation secondaire recouvre la délimitation des compétences législatives spécialisées dont la mise en œuvre est nécessaire pour modifier la consistance des réglementations terminales. Elle comprend également toute délimitation de compétences législatives spécialisées dont la mise en œuvre est nécessaire pour modifier la durée et le champ d'application de toutes les réglementations constitutionnelles internes (primordiale, secondaires, terminales), telle par exemple la réglementation définissant les conditions dans lesquelles pourra se produire une sécession¹⁹⁴. Ce deuxième élément de la réglementation secondaire se justifie d'abord et avant tout par la nécessité de prévoir un mode de modification de la consistance de la réglementation primordiale, tel que l'on ne soit pas contraint de multiplier à l'infini et dans un sens toujours plus « primordial » les catégories de réglementations constitutionnelles (ce qui marquerait à coup sûr l'échec de la tentative de théorisation). C'est justement un tel mode que permet de définir le deuxième élément de la réglementation secondaire : il en découle effectivement que toute mutation de la réglementation primordiale nécessite la mise en œuvre de la réglementation secondaire en vue de modifier la durée et/ou le champ d'application de la réglementation primordiale, la modification de la consistance qu'il serait le cas échéant jugé nécessaire d'apporter à la réglementation primordiale étant alors précisée à titre accessoire. En outre, ce deuxième élément permet de faire une juste place théorique à certaines réglementations constitutionnelles dont l'objet précis n'est pas de permettre la modification de la substance, de la consistance d'autres réglementations constitutionnelles, mais seulement de leur durée et/ou de leur champ d'application. C'est le cas en particulier de la procédure de sécession.

Les réglementations sont dites terminales en raison de leur incapacité à permettre de modifier la consistance d'une quelconque autre réglementation constitutionnelle.

Il faut enfin noter que plusieurs réglementations peuvent être adoptées sur le fondement de telle ou telle réglementation terminale interne de compétences législatives : ces réglementations seront – d'une manière générale – dites **dérivées**.

2) Plusieurs précisions doivent être apportées au sujet de ces distinctions.

En premier lieu, il faut noter que si les réglementations primordiale et secondaire n'apparaissent pas la plupart du temps comme étant distinctes d'un point de vue formel – cas fréquent dans lequel la procédure de révision constitutionnelle est applicable à elle-même - elles doivent être distinguées du point de vue matériel dans la mesure où elles recouvrent en particulier une délimitation matérielle positive de compétences législatives spécialisées différente.

¹⁹⁴ Toute modification de la délimitation territoriale de la technique constitutionnelle interne est dépourvue d'impact sur la technique constitutionnelle interétatique considérée en elle-même, laquelle est effectivement dépourvue en principe d'une telle délimitation (cela sera vu un peu plus loin). Toute sécession ou tout traité portant cession, échange, adjonction de territoire ne peut donc avoir pour principal objet que de modifier la délimitation territoriale de la technique constitutionnelle interne ; c'est uniquement par suite que se trouvent affectées les délimitations territoriales relevant des législations interétatiques concernées.

En second lieu, ces réglementations peuvent avoir deux types d'objets, de matières ou de domaines : des objets législatifs tout d'abord, c'est-à-dire des matières dont la réglementation appelle immédiatement la délimitation personnelle et procédurale de compétences législatives spécialisées ; des objets non-législatifs ensuite, c'est-à-dire des domaines dont la réglementation appelle immédiatement la délimitation de compétences non-législatives. Toute réglementation se caractérise à cet égard par la succession d'au moins deux objets : l'un principal, qui est celui de la réglementation considérée en elle-même ; et l'autre accessoire, qui est celui de la réglementation considérée dans sa portée. La réglementation primordiale a ainsi à titre principal un objet législatif (la détermination des conditions de modification de la consistance de la réglementation secondaire), et à titre accessoire un objet lui aussi législatif (la réglementation secondaire, qui consiste en une délimitation de compétences législatives spécialisées). La réglementation secondaire a ainsi à titre principal un objet législatif, et à titre accessoire un objet qui peut être aussi bien législatif (les réglementations primordiales et secondaires, une réglementation terminale de compétences législatives spécialisées) que non-législatif (une réglementation terminale de compétences non-législatives). Cette dernière analyse vaut également pour toute réglementation terminale et dérivée de compétences législatives. Les réglementations terminales et dérivées de compétences non-législatives ont à titre principal un objet non-législatif, mais celui-ci n'est pas exclusif dans la mesure où ces réglementations participent à titre accessoire à la délimitation matérielle positive et/ou négative de compétences législatives spécialisées, ou de compétences non-législatives. Ainsi lorsque la réglementation terminale correspond à des « règles normatives destinées à traduire les nécessités essentielles des rapports sociaux »¹⁹⁵, comme la liberté d'aller et de venir reconnue à tout citoyen national et étranger en situation régulière présents sur le territoire national : il s'agit d'une compétence évidemment non-législative à titre principal, mais qui participe accessoirement à la délimitation matérielle positive de l'objet de la réglementation secondaire, mais aussi (et alors par conséquent) à la délimitation matérielle négative d'autres objets législatifs ou non-législatifs de la réglementation terminale ou de réglementations dérivées.

§ 58 - La technique constitutionnelle interne ayant ainsi été définie dans son principe et ses éléments essentiels, il importe maintenant de souligner qu'il ne s'agit pas du seul élément de la technique constitutionnelle nationale, puisqu'il s'y juxtapose de manière nécessaire une technique constitutionnelle interétatique. Il importe surtout de souligner que cette juxtaposition marque la relativité du dédoublement de la technique constitutionnelle nationale.

2 – La nécessaire juxtaposition de la technique constitutionnelle interétatique

§ 59 - La nécessité de la juxtaposition d'une technique constitutionnelle interétatique à la technique constitutionnelle interne trouve sa source dans les rapports étroits unissant le devoir fédératif interne et le devoir fédératif interétatique qui s'imposent aux gouvernants nationaux, responsables syndicaux d'une société nationale et des sociétés internationales auxquelles participent les membres de cette dernière.

1) Le devoir fédératif interétatique impose aux gouvernants des multiples sociétés nationales concernées : d'une part de déterminer d'un commun accord la mesure

¹⁹⁵ SCHELLE, Georges, « Le Droit constitutionnel international », *Mélanges R. Carré de Malberg*, Paris, Sirey, 1933 (Réédition Topos Verlag AG-Librairie Édouard Duchemin, Vaduz-Paris, 1977), pp 501-515, spéc. p 505.

superétatique et/ou intergouvernementale dans laquelle les délimitations de compétences législatives spécialisées sont nécessaires, à l'échelle interétatique pertinente, à l'articulation optimale des réglementations sous-jacentes (interétatiques et/ou internes) de compétences législatives spécialisées ; d'autre part, de procéder d'un commun accord auxdites délimitations. Le devoir fédératif interne impose aux gouvernants d'une société nationale particulière : d'une part de déterminer la mesure dans laquelle les délimitations de compétences législatives spécialisées sont nécessaires, au niveau de la société nationale préexistante, à l'articulation optimale des réglementations internes sous-jacentes de compétences législatives spécialisées ; d'autre part, de procéder auxdites délimitations.

2) De manière générale, il résulte de cette confrontation que les premiers pouvoirs objectifs se substituent aux seconds, ou du moins en conditionnent l'exercice ; le devoir fédératif interétatique se superpose donc aux devoirs fédératifs internes respectifs par substitution et/ou condition ; la fonction fédérative interétatique qui incombe aux gouvernants nationaux se caractérise donc en tout état de cause par sa superposition, par substitution et/ou condition, à la fonction fédérative interne qui incombe à ces mêmes gouvernants.

3) D'une manière plus précise, force est de constater l'impossibilité de concevoir la réalisation interne du devoir fédératif sans concevoir simultanément sa réalisation interétatique, c'est-à-dire de définir une technique constitutionnelle interne sans définir simultanément une technique constitutionnelle interétatique dont la vocation est de fixer les conditions de la participation des gouvernants nationaux relevant d'un seul et même ordre : d'une part, à la détermination intergouvernementale de la mesure superétatique et/ou intergouvernementale dans laquelle les délimitations de compétences législatives spécialisées sont nécessaires, à l'échelle interétatique pertinente, à l'articulation optimale des réglementations interétatiques et/ou internes de compétences législatives spécialisées ; d'autre part, à la réalisation desdites délimitations. Telle est la source, objective, de la nécessaire juxtaposition d'une technique constitutionnelle interétatique à la technique constitutionnelle interne, que Georges Scelle n'a pas manqué de relever : « Toute constitution comporte obligatoirement l'institution des organismes de relation nécessaires à l'entretien des rapports de Droit des gens, et la faculté pour les nationaux et les étrangers de cultiver ces relations. C'est une norme primordiale et toujours sous-entendue du droit intersocial »¹⁹⁶.

§ 60 - La nécessité de la juxtaposition d'une technique constitutionnelle interétatique à la technique constitutionnelle interne se caractérise de trois manières sur le terrain du droit positif.

1) En premier lieu, cette nécessité se manifeste sous la forme d'une réglementation universelle des compétences législatives nationales. Élément fondamental de la « constitution coutumière »¹⁹⁷ de la société œcuménique, cette réglementation consiste en l'obligation, pour les gouvernants nationaux, de mettre en œuvre la réglementation nationale définissant les conditions d'élaboration et de révision de la technique constitutionnelle – réglementation primitive ou secondaire selon les cas - de manière à délimiter les compétences législatives interétatiques « nécessaires à l'entretien des rapports de Droit des gens ». Il résulte du rapport de condition existant entre les deux devoirs fédératifs que la réglementation nationale des

¹⁹⁶ SCELLE, Georges, *Précis de droit des gens – Principes et systématique*, Tome I (Introduction – Le milieu intersocial), *op. cit.*, spéc. p 85.

¹⁹⁷ SCELLE, Georges, « Règles générales du droit de la paix », *ibid.*, spéc , p 382.

compétences législatives - primitive ou secondaire – devant être mise en œuvre à cet effet *dérive fonctionnellement* de la réglementation universelle susmentionnée dans la mesure de celle-ci : les constituants nationaux exercent bien une fonction législative interétatique, c'est-à-dire agissent bien en situation de dédoublement fonctionnel interétatique, lorsqu'ils déterminent unilatéralement des compétences relatives à la négociation et à la ratification des traités ; cette dérivation fonctionnelle justifie en fin de compte que la technique constitutionnelle nationale comporte une réglementation terminale de compétences législatives interétatiques.

2) En second lieu, il convient d'insister sur la simple *juxtaposition* d'une technique constitutionnelle interétatique à la technique constitutionnelle interne, alors même que le devoir fédératif interétatique se caractérise par sa *superposition*, par substitution et/ou condition, au devoir fédératif interne, ce qui montre que le dédoublement de la fonction fédérative des gouvernants nationaux ne peut aboutir qu'à un dédoublement relatif de la technique constitutionnelle nationale.

La relativité du dédoublement s'explique par cette raison que si la technique constitutionnelle interne participe immédiatement à la réalisation du devoir fédératif interne, il est impossible que la technique constitutionnelle interétatique participe d'une manière autre que médiate à la réalisation du devoir fédératif interétatique. La réglementation constitutionnelle terminale des compétences législatives interétatiques, dont le degré éminent d'abstraction, de généralité et d'impersonnalité justifie à lui seul la qualification de « constitutionnelle » donnée à la technique correspondante, constitue certes la condition fondamentale de cette réalisation directe : sans ces techniques constitutionnelles nationales respectives, il est impossible de concevoir que les gouvernants interétatiques nationaux puissent, à l'échelle pertinente, délimiter les compétences législatives spécialisées dans la mesure superétatique et/ou intergouvernementale nécessaire à l'articulation optimale des réglementations interétatiques et/ou internes concernées. Mais à défaut de sa connexion à une ou plusieurs autres techniques constitutionnelles interétatiques, ce système législatif *incomplet* mais *universellement connectable* ne pourra pas participer directement à la réalisation du devoir fédératif interétatique.

En ce qui concerne les instruments de cette connexion, Georges Scelle a insisté sur le procédé conventionnel : certes, « [...] le traité, en soi, n'est pas un acte juridique ayant une spécificité particulière. C'est un acte formel, un instrument comparable à un acte authentique, mais susceptible d'incorporer toute espèce d'opération juridique : loi, règlement, contrat, acte de juridiction, de procédure, d'exécution, de documentation, etc... »¹⁹⁸ ; il insiste cependant sur sa vocation législative contemporaine, en précisant que « La caractéristique du traité, c'est qu'il est un acte collectif, et, par conséquent, implique un concours de volontés concourant au même but, du moins le plus souvent. Ce but, c'est, dans l'immense majorité des cas, un aménagement, une réglementation des compétences des sujets de l'ordre juridique international, de telle sorte que l'on se trouve en présence d'un acte réglementaire ou législatif, et parfois même constitutionnel. C'est en ce sens que les traités et conventions constituent une source formelle de Droit écrit, que l'on peut légitimement parler de traités-lois et que nous les étudierons en parlant de la fonction législative du Droit international. [...] les situations contractuelles sont les plus rares »¹⁹⁹. Dans cette perspective législative de

¹⁹⁸ SCELLE, Georges, *Manuel de droit international public*, Paris, Domat-Montchrestien, 1948, 1008 pp, spéc. p 600.

¹⁹⁹ *Idem*, respectivement pp 587 et 586. Souligné dans le texte.

l'instrument conventionnel, il est logique de retrouver à propos d'une législation interétatique l'ensemble des éléments généraux de la technique constitutionnelle interne (c'est-à-dire : réglementations primitives, primordiales, secondaires, terminales, le cas échéant dérivées), alors même que la généralité des domaines couverts par cette dernière ne s'y retrouverait pas.

3) En troisième lieu, il faut souligner que l'une des manifestations les plus remarquables de la simple *juxtaposition* d'une technique constitutionnelle interétatique à la technique constitutionnelle interne réside dans le fait que cette réglementation constitutionnelle terminale de compétences législatives interétatiques, à la grande différence des réglementations constitutionnelles de compétences législatives internes, ne comprend pas en principe de délimitation territoriale des compétences en question. La délimitation territoriale des compétences législatives interétatiques concernées résulte toujours de leur réglementation interétatique dans la perspective de l'élaboration, de l'application ou de la mutation d'une législation interétatique déterminée : toute modification de la délimitation territoriale inhérente à la technique constitutionnelle interne n'est donc guère susceptible d'affecter en elle-même la technique constitutionnelle interétatique, quel que soit le procédé utilisé pour parvenir à cette modification, et ne peut produire d'impact que sur les délimitations interétatiques de compétences législatives interétatiques.

§ 61 - Dans la perspective ainsi définie, la négociation d'un traité ou d'un accord international constitue une délibération à double objet.

1) En premier lieu les agents exerçant les compétences législatives requises ont alors à déterminer les termes d'un projet de législation interétatique normative et/ou constructive dont la validité matérielle est relativement assurée, et ainsi de délimiter positivement les objets, matières, domaines des compétences législatives jusqu'ici exercées. Il faut souligner l'importance de ce travail : dans la limite de leur compétence délimitée par les gouvernants interétatiques, les agents en question déterminent provisoirement et d'un commun accord la mesure superétatique et/ou intergouvernementale dans laquelle les délimitations de compétences législatives spécialisées sont nécessaires, à l'échelle interétatique pertinente, à l'articulation optimale des réglementations interétatiques et/ou internes de compétences législatives spécialisées.

2) En second lieu, ces mêmes agents ont alors à déterminer les conditions dans lesquelles, à l'avenir, l'exercice des compétences législatives interétatiques permettra de produire cet effet juridique général que constitue l'entrée en vigueur de la législation interétatique jusqu'alors projetée. Le champ des conditions possibles à cet égard est particulièrement vaste. Il ne peut tout d'abord, comme dans le cas de certains accords en forme simplifiée, être exigé aucune condition autre qu'un certain nombre de signatures ; ceci implique nécessairement que (la ou les) disposition(s) prévoyant ce type de procédure – à l'exclusion des autres dispositions projetées – entre(nt) en vigueur du fait même du paraphe du projet par les négociateurs (par exemple) afin que la réalisation du fait de la réunion du minimum de signatures exigé permette à l'acte de volonté de chacun des signataires de produire cet effet de droit que constitue l'entrée en vigueur des autres dispositions. Peut également être demandée, en plus de la signature du projet de législation interétatique par les gouvernants compétents, l'unanimité ou une unanimité des gouvernants alors compétents pour ratifier (l'adoption de l'acte de ratification pouvant être conditionnée par l'obtention d'une autorisation parlementaire elle-même conditionnée par le vote concordant d'un nombre minimum de parlementaires) ; ceci implique que la (ou les) disposition(s) du projet prévoyant

cette procédure – à l'exclusion des autres - entre(nt) en vigueur du fait même de la signature du projet par les gouvernants compétents, et ce afin que ce fait de la réunion de l'unanimité ou d'une certaine unanimité des gouvernants compétents pour ratifier permette à l'acte de volonté de chacun de ces derniers de produire cet effet de droit que constitue l'entrée en vigueur des autres dispositions du projet. Rien ne s'oppose enfin à ce qu'en plus de la signature du projet de législation interétatique par les gouvernants compétents, une majorité des gouvernants alors compétents pour ratifier soit jugée suffisante pour permettre à l'acte de volonté de ces derniers de produire cet effet de droit que constitue l'entrée en vigueur des autres dispositions du projet à l'égard de tous les sujets de droit concernés par ladite signature.

§ 62 - *Le second objet de cette délibération consiste ainsi en une réglementation interétatique primitive des compétences législatives interétatiques originellement délimitées à travers chaque technique constitutionnelle interétatique respective, identique dans son principe à la réglementation primitive des compétences législatives suivie par les constituants nationaux.*

1) Il faut souligner ce faisant que les compétences législatives interétatiques relatives à la négociation sont fondamentales dans la mesure où, si leur fonction consiste *a priori* et en tout état de cause à déterminer les conditions dans lesquelles l'exercice positif des autres compétences législatives interétatiques permettra l'entrée en vigueur des autres réglementations envisagées à travers le projet de législation interétatique, cette fonction recouvre éventuellement la détermination, parmi ces autres compétences législatives interétatiques, de celles dont l'exercice positif sera seul nécessaire. Qu'elle soit relative à une gamme de procédures prédéfinies ou seulement une procédure apparemment exclusive, toute technique constitutionnelle interétatique nationale se caractérise donc également *a priori* par l'éventuelle plasticité de ses prévisions, dans la mesure où cette plasticité peut être requise par le droit objectif des phénomènes de solidarité dont il s'agit d'assurer l'existence, la persistance et le développement.

2) Cette réglementation interétatique primitive comporte nécessairement une réglementation des compétences des agents/gouvernants nationaux, ayant pour objet les autres prévisions de la réglementation interétatique primitive des compétences législatives interétatiques, et destinée à en assurer la mise en œuvre ; les actes accomplis à cet égard dérivent fonctionnellement alors de cette partie de la réglementation interétatique primitive (par exemple : le dépôt, par le ministre signataire d'un projet de législation interétatique et les ministres qui partageraient le cas échéant la responsabilité de l'exécution celle-ci, d'un projet de loi tendant à autoriser le chef de l'État à procéder aux opérations de ratification ; la soumission au(x) ministre(s) compétent(s), par l'agent concerné, aux fins de sa signature, d'un projet paraphé ; etc...).

3) ***Que l'entrée en vigueur de cette réglementation interétatique primitive précède celle des autres réglementations prévues à travers le traité ou l'accord, apparaît dès lors comme une nécessité logique de la technique juridique dans la mesure où elle seule peut déterminer l'entrée en vigueur ultérieure des autres réglementations que comporte le projet de législation interétatique concerné***²⁰⁰ ; seule cette entrée en vigueur de la réglementation

²⁰⁰ Cette exigence est d'une nécessité logique telle qu'elle constitue l'une des rares règles non supplétives formalisées à travers la Convention de Vienne du 23 mai 1969 relative au droit des traités, à l'article 24, paragraphe 4 : « Les dispositions d'un traité qui réglementent l'authentification du texte, l'établissement du consentement des États à être liés par le traité, les modalités ou la date d'entrée en vigueur, les réserves, les

interétatique primitive permet en d'autres termes la constitution d'un corps législatif interétatique, particulier dans la mesure où la compétence de ses membres est relative à la seule législation interétatique alors envisagée. La constitution de ce corps législatif interétatique *ad hoc* correspond ainsi à la « saisine » des gouvernants qui en sont membres (essentiellement chefs d'État et/ou membres du Gouvernement, ainsi que la totalité ou une partie des parlementaires suivant les cas), ainsi que Georges Scelle l'avait précisé à propos des traités « solennels » mais sans toutefois entreprendre une démonstration très détaillée : « La négociation proprement dite est menée par les agents du cadre diplomatique ; quelquefois les gouvernants du cadre exécutif y prennent part, mais leurs interventions restent conditionnées par des instructions et sujettes aux ratifications, il est de plus en plus rare qu'ils puissent prendre une décision d'ordre discrétionnaire, et leur compétence reste juridiquement celle d'agents. Dans cette première phase, le corps législatif international n'est donc pas saisi »²⁰¹.

4) *Toute réglementation interétatique primitive présente cependant un caractère foncièrement précaire.* Rien n'empêche effectivement les négociateurs et/ou les gouvernants membres du corps législatif interétatique de prévoir des dispositions dont l'entrée en vigueur aboutira à substituer au « statut » initial du corps législatif interétatique une réglementation des compétences législatives différente pour tout ou partie des domaines de la législation interétatique lorsque celle-ci sera entrée en vigueur. La réglementation des compétences législatives correspondant à tout ou partie des domaines du projet de législation interétatique peut, du fait de l'entrée en vigueur de cette dernière, aussi bien être pérennisée (implicitement et/ou explicitement) qu'être abrogée et remplacée par une autre réglementation ; cette dernière peut tout aussi bien se borner à conditionner différemment les compétences législatives interétatiques concernées, qu'être de type exclusivement superétatique, ou encore associer ces deux hypothèses à l'exemple de ce que prévoyait le Traité de Versailles dans son article 422 (relatif à la Partie XIII du Traité, celui-ci sera examiné ultérieurement). Toute législation interétatique d'origine intergouvernementale comporte ainsi, nécessairement, une réglementation des compétences législatives applicable à elle-même et/ou aux dispositions autres que celles portant cette réglementation.

§ 63 - Toute législation interétatique d'origine intergouvernementale comporte en définitive trois types de réglementations de compétences, de sorte que celle-ci est identique dans son principe à toute technique constitutionnelle interne : une réglementation primordiale, une réglementation secondaire et une réglementation terminale (réglementation terminale à partir de laquelle pourront être le cas échéant élaborées, puis entrer en vigueur, des réglementations dérivées).

1) Tout d'abord et de la même manière qu'en ce qui concerne la technique constitutionnelle interne, la réglementation interétatique primordiale a pour objet principal de définir les conditions dans lesquelles la consistance de la réglementation interétatique secondaire sera susceptible d'être révisée ou amendée. La réglementation secondaire définit pour sa part les conditions dans lesquelles pourront être modifiés, non seulement la consistance des réglementations interétatiques terminales (révision, amendement), mais

fonctions du dépositaire, ainsi que les autres questions qui se posent nécessairement avant l'entrée en vigueur du traité, sont applicables dès l'adoption du texte ».

²⁰¹ SCELLE, Georges, *Précis du droit des gens – Principes et systématique*, Deuxième Partie, 1934 (Droit constitutionnel international), *op. cit.*, spéc. p 459. La solution vaut bien évidemment, toutes choses étant égales par ailleurs, pour les accords en forme simplifiée.

également la durée et le champ d'application de l'ensemble des réglementations interétatiques concernées (primordiales, secondaires, terminales, le cas échéant dérivées) : révision, amendement, adhésion, retrait, dénonciation, suspension, réserves, *etc.* Plusieurs remarques doivent être faites à propos de ces deux catégories de réglementations interétatiques.

Premièrement, il résulte des précisions apportées à leur sujet que toute mutation de la réglementation interétatique primordiale nécessite la mise en œuvre de la réglementation interétatique secondaire en vue de modifier à titre principal la durée et/ou le champ d'application de la réglementation interétatique primordiale, la consistance même de la modification qu'il est jugé nécessaire d'apporter à la réglementation interétatique primordiale étant alors précisée à titre accessoire.

Deuxièmement, les réglementations interétatiques primordiales et secondaires peuvent faire l'objet de prévisions spéciales au sein de la législation interétatique concernée ; en l'absence de telles prévisions spéciales, ce seront celles résultant du droit international général, dont l'application dans le cadre de la législation interétatique concernée était conditionnée et a alors été déterminée par l'entrée en vigueur de celle-ci ; elles peuvent tout aussi bien résulter pour partie de prévisions spéciales et pour partie de l'application particulière des règles du droit international général en ces matières.

Troisièmement, il faut insister sur le fait que la distinction entre ces deux ordres de compétences exclusivement législatives s'impose, nonobstant le fait qu'ils puissent être pour partie identiques ou confondus sur le plan formel. Cette distinction permet plus particulièrement de préciser le statut des éventuelles procédures sectorielles de modification vis-à-vis des procédures générales, lorsque celles-ci coexistent au sein d'une même législation interétatique. Dans la mesure où une procédure sectorielle de modification ne sera pas définie comme étant applicable à elle-même, c'est-à-dire dans la mesure où seules les procédures générales considérées en tant que réglementation primordiale en permettront la modification éventuelle, celle-ci s'analyse alors comme une réglementation secondaire particulière alternative ou exclusive (ce qui peut être déterminé par la confrontation de leurs objets accessoires respectifs) vis-à-vis de la réglementation secondaire générale. Dans le cas contraire, elle s'analyse *a priori* aussi bien de cette dernière manière que comme une réglementation primordiale particulière alternative ou exclusive vis-à-vis de la réglementation primordiale générale.

2) En ce qui concerne ensuite la réglementation terminale, il convient de souligner que celle-ci est *a priori* éminemment variable : elle peut consister en une réglementation de compétences non-législatives relative à des objets, matières, domaines déterminés et/ou en une réglementation de compétences législatives sous-jacentes (internes par exemple), intergouvernementales et/ou superétatiques applicable à certains objets, matières, domaines alors plus ou moins déterminés (la structure nécessaire de toute réglementation terminale sera ultérieurement précisée). S'agissant plus spécifiquement de la réglementation terminale de compétences législatives, il faut souligner que sa mise en œuvre permettra en définitive l'entrée en vigueur d'une réglementation de compétences qui en sera alors dérivée, celle-ci pouvant de même consister en une réglementation de compétences non-législatives relative à des objets, matières, domaines déterminés et/ou en une réglementation de compétences législatives applicable à certains objets, matières, domaines alors plus ou moins déterminés. La mise en œuvre de toute réglementation dérivée de compétences législatives permettra à son tour l'entrée en vigueur d'une réglementation de compétences dérivée qui en sera alors dérivée, c'est-à-dire qui dérivera à un second degré de la réglementation terminale ; plusieurs

degrés internes, intergouvernementaux et/ou superétatiques de dérivation vis-à-vis de la législation interétatique sont ainsi concevables *a priori*.

3) Toute législation interétatique comporte en fin de compte nécessairement trois ordres de compétences, et plusieurs autres ordres sont susceptibles d'en dériver.

§ 64 - Les développements précédents permettent d'aboutir aux conclusions suivantes. Toute technique constitutionnelle interétatique, en raison de sa nécessaire et simple juxtaposition à la technique constitutionnelle interne, consiste donc en une concrétisation minimale de la structure nécessaire de toute compétence, cette structure recouvrant : d'abord et avant tout, l'effet juridique attendu de tel acte de volonté individuel ; ensuite, l'ensemble des conditions auxquelles cet acte de volonté individuel sera susceptible de produire cet effet juridique. Approfondir l'étude de la technique constitutionnelle interétatique suppose donc de préciser avant tout l'effet juridique attendu de l'acte de volonté de tel législateur interétatique national. Or il résulte avec certitude de la nécessaire et simple juxtaposition de la technique constitutionnelle interétatique à la technique constitutionnelle interne, que cet effet juridique est relatif à la superposition inéluctable des réglementations interétatiques primordiales, secondaires, terminales et éventuellement dérivées, aux réglementations sous-jacentes (internes, notamment) d'objets, matières, domaines correspondants. Il convient maintenant de montrer que cette superposition correspond précisément au principe du fédéralisme normatif, et que la technique constitutionnelle interétatique se trouve donc entièrement structurée par ce principe ; ainsi aura été mise en évidence la raison pour laquelle le fédéralisme normatif constitue le principe structurant de toute technique constitutionnelle interétatique, et expliqué pourquoi ce principe se retrouve donc nécessairement en droit constitutionnel national.

II – Le fédéralisme normatif, principe structurant de la technique constitutionnelle interétatique

Il s'agit de montrer ici que si le fédéralisme normatif constitue le principe structurant de toute technique constitutionnelle interétatique, c'est parce qu'il a été conçu comme étant l'objet (nécessairement substitutif) du consentement des législateurs interétatiques nationaux (A), et que cet objet a une portée inéluctablement structurante (B).

A – Le principe de l'objet substitutif de tout consentement législatif interétatique

Il sera démontré que le principe du fédéralisme normatif correspond à une définition précise de l'objet qui est nécessairement celui auquel les gouvernants nationaux sont appelés à consentir lorsqu'ils participent à un corps législatif interétatique : la substitution de plusieurs ordres de réglementations à d'autres qui sont sous-jacents et/ou antérieurs. C'est pourquoi le principe du fédéralisme normatif est, plus précisément, le principe de l'objet substitutif de tout consentement législatif interétatique. Cette dernière dénomination n'a guère été utilisée par Georges Scelle, mais sera souvent utilisée dans la suite des développements, car elle permet de donner immédiatement une vue plus exacte et précise du cœur même de la théorie du fédéralisme normatif telle que Georges Scelle l'a conçue. À ce propos, il importe de mettre en

évidence que la notion du fédéralisme normatif apparaît dans l'œuvre de Georges Scelle à travers, tout d'abord, celle d'« abandons de souveraineté » (1). En effet, c'est afin de préciser la notion d'« abandon » que le professeur de droit conçoit la théorie du fédéralisme normatif (2).

1 – La notion d'« abandons de souveraineté »

§ 65 - La notion d'« abandons de souveraineté » apparaît sous la plume de Georges Scelle dans un contexte particulier, celui de l'idée exprimée par l'auteur selon laquelle seule la conscience du devoir fédératif superétatique par les gouvernés permettra de développer celle des gouvernants interétatiques, et ainsi de réduire le caractère problématique du décalage inévitable entre : d'une part le caractère aléatoire de l'intégration des différentes techniques constitutionnelles interétatiques concernées ; d'autre part le caractère nécessaire de chacune d'entre elles pour la réalisation superétatique du devoir fédératif aux diverses échelles interétatiques pertinentes²⁰².

1) Cette conscience individuelle du devoir fédératif superétatique, également nommée « sens international » ou « éthique internationale »²⁰³, ne pourra guère être que particulièrement générale : « Le sens international consiste donc à vouloir l'*institutionnalisme international* [...] Pour avoir le sens international, il ne suffit pas de vouloir la collaboration, il faut accepter des institutions délibérantes munies de pouvoirs et de sanctions »²⁰⁴. De même qu'en ce qui concerne la connaissance de tout élément de droit objectif, la conscience du devoir fédératif superétatique sera donc foncièrement imparfaite en ce qui concerne ses exigences matérielles et géographiques ; celui-ci ne pourra donc être concrètement réalisé qu'au moyen de tâtonnements progressifs, à partir de multiples expériences fédéralistes particulières, chacune ayant vocation à s'imbriquer dans les autres et/ou à se développer par suite d'adhésions successives. C'est ce que Georges Scelle appelle, en des termes qui correspondent pour beaucoup d'entre eux à ceux des concepts sociologiques développés par Émile Durkheim, la « conception d'un fédéralisme fragmentaire par stratifications successives »²⁰⁵ ; c'est ce qui justifie l'« opportunité », « actuellement et pour longtemps », du « procédé » du consentement des législateurs interétatiques nationaux à des « abandons de souveraineté » « progressifs »²⁰⁶.

2) Dès le milieu des années 1920, Georges Scelle évoque ainsi constamment la nécessité pour les législateurs interétatiques nationaux de consentir à un objet particulier : des

²⁰² SCELLE, Georges, « Le problème du fédéralisme », *Politique étrangère*, 1940, n°2, pp 143-163, spéc. p 147.

²⁰³ SCELLE, Georges, *Le sens international*, Paris, P.U.F., collection « Bibliothèque du peuple », volume n°55, 1942, 62 pp.

²⁰⁴ *Idem*, respectivement pp 25 et 49. En italiques dans le texte.

²⁰⁵ SCELLE, Georges, « Le problème du fédéralisme », *ibid.*, spéc. p 161.

²⁰⁶ SCELLE, Georges, *Une crise de la Société des Nations. La réforme du Conseil et l'entrée de l'Allemagne à Genève (Mars-septembre 1926)*, La Flèche, Éditions de la Conciliation Internationale, 1927, 254 pp, plus particulièrement la note figurant en bas de la page 128.

« abandons de souveraineté », parfois dénommés autrement²⁰⁷. C'est ainsi que, face aux menaces de guerre toujours plus précises, Georges Scelle répétait encore au sein de l'association « La Paix par le Droit » - doyenne des associations pacifistes - que ladite tactique constituait la « base de la Paix future » : « [...] la permanence de la paix exige un abatement de souveraineté beaucoup plus considérable que celui qu'avait tenté de réaliser la pâle timidité du Pacte Wilsonien. Pour être bref, il faut passer de la *coopération volontaire du Pacte* au *fédéralisme superétatique* » ; « [...] le pouvoir central de la Fédération est fait de tous les prélèvements consentis progressivement et librement sur [les] souverainetés particulières [...] Ainsi le gouvernement fédéral ne commande [...] qu'à un nombre restreint d'intérêts communs à tous les États membres, ceux précisément, dont la gestion centralisée est essentielle à la sauvegarde de la paix [...] »²⁰⁸.

§ 66 - La notion d'« abandons de souveraineté » pouvait sembler être employée dans un sens restrictif, pour désigner l'objet nécessaire du consentement des législateurs interétatiques nationaux en tant seulement qu'ils œuvrent à la réalisation superétatique du devoir fédératif interétatique :

« La 'souveraineté juridiquement, est *absolue*, ou elle n'est pas. Être 'souverain', *pour un État*, avons-nous dit, c'est ne se soumettre qu'aux règles de Droit qu'il approuve, ou en d'autres termes 'déterminer sa propre compétence'. Cela est absolu, et équivaut à réclamer pour l'individu le pouvoir de déterminer sa propre capacité, sous prétexte qu'il est libre. C'est proprement l'anarchie. Il n'y a de 'Sociétés politiques' que si la compétence des sujets de droit est déterminée par une autorité juridiquement supérieure et centrale, *qui a la compétence de la compétence*. Cette autorité supérieure et centrale, par conséquent unique, exerce un pouvoir nécessaire de la collectivité globale, le pouvoir d'organisation qui ne peut appartenir qu'à elle et s'impose à tous les sujets de Droit, à toutes les collectivités *incluses*, c'est-à-dire dans la société internationale à tous les États. La loi internationale est hiérarchiquement supérieure à la loi *constitutionnelle* de chaque État, comme dans chaque État la loi constitutionnelle est supérieure à la loi ordinaire, et celle-ci au règlement. C'est dire qu'il n'y a plus de souveraineté des États, *car l'autonomie constitutionnelle et législative de chacun d'eux doit pouvoir être à chaque instant restreinte et aménagée* par la loi de la société internationale.

Qu'il soit bon, nécessaire même, de garantir à tous les États une large autonomie, comme il est socialement nécessaire et profitable de garantir juridiquement aux individus une large liberté, personne n'en doute, mais c'est à la loi internationale qu'il appartient de fixer les limites de cette

²⁰⁷ Nombreux sont les articles de Georges Scelle qui jalonnent à cet égard la période, en plus du maître-ouvrage de 1926. Sans prétention à l'exhaustivité – ce qui nécessiterait une « super » note de bas de page - les suivants figurent parmi les plus illustratifs d'entre eux : « De Washington à Gênes », *R.P.P.*, 3^{ème} trimestre 1922, pp 58-84, spéc. pp 73-74 ; « La quatrième Assemblée de la Société des Nations », *R.P.P.*, 4^{ème} trimestre 1923, pp 257-276, spéc. pp 257-261 ; « Le Pacte Kellogg ou 'la guerre hors la loi'. Le bilan », *L.P.C.*, 1928, pp 1175-1176, spéc. p 1176 ; « La crise de la S.D.N. », *R.P.P.*, 2^{ème} trimestre 1932, pp 235-255, spéc. p 255.

²⁰⁸ SCELLE, Georges, « La base de la Paix future », *L.P.P.D.*, 1940, pp 4-8 et pp 80-86, spéc. p 6 et pp 82-83. En italiques dans le texte.

autonomie et non aux États eux-mêmes de la délimiter individuellement [...].
 [...] La 'liberté juridique' des États, et spécialement des petits, n'a d'autre sauvegarde que l'abandon de leur souveraineté »²⁰⁹

Deux remarques doivent être faites à propos de cette citation.

1) En premier lieu, Georges Scelle présente alors ce à quoi correspond la réalisation superétatique ultime du devoir fédératif interétatique : les législateurs interétatiques nationaux ayant consenti à un « abandon de souveraineté » complet, une « autorité juridiquement supérieure et centrale » - que Georges Scelle pouvait aussi bien appeler « organe déterminateur de l'intérêt commun » qu'« organe catalyseur de l'intérêt commun » ou « super-État »²¹⁰ - dispose de la « compétence de la compétence ».

Si cette dernière expression rappelle évidemment le célèbre concept du même nom employé par Georg Jellinek, elle revêt ici un sens propre à Georges Scelle : celui-ci exprime ainsi l'idée que seule une autorité superétatique mondiale doit disposer, sur le fondement de « l'abandon » consenti par l'ensemble des États, du pouvoir de déterminer les compétences des gouvernants étatiques (ce pouvoir correspondant à la « souveraineté »), dans la mesure nécessaire à l'« organisation » de la « collectivité globale ». Autrement dit, les gouvernants superétatiques universels pourraient alors procéder, pour tous objets, matières, domaines, à la délimitation de compétences législatives spécialisées dans la mesure superétatique et/ou intergouvernementale qu'ils jugent nécessaire à l'articulation optimale des réglementations interétatiques et/ou internes de compétences législatives spécialisées concernées.

C'est uniquement dans le cadre des délimitations ainsi effectuées que les gouvernants superétatiques régionaux et les législateurs interétatiques nationaux pourront dès lors procéder à des délimitations de ce type. C'est uniquement dans le cadre de ces dernières délimitations que les gouvernants internes pourront alors procéder à la délimitation de compétences législatives spécialisées au niveau de la société nationale préexistante dans la mesure qu'ils jugent nécessaire à l'articulation optimale des réglementations internes sous-jacentes de compétences législatives spécialisées ; telle est la double justification générale de la supériorité hiérarchique de la « loi internationale » sur la « loi *constitutionnelle* de chaque État », c'est-à-dire à la détermination par la première de « *l'autonomie constitutionnelle et législative de chacun d'eux* », à laquelle Georges Scelle fait référence.

2) En second lieu, il est possible de percevoir en quoi des « abandons de souveraineté » « progressifs » contribuent à l'« abandon de souveraineté » complet qu'évoque alors Georges Scelle : l'agglomération et l'ajustement progressifs des différents domaines successivement jugés d'intérêt commun par les législateurs interétatiques nationaux tend à donner à la « compétence de la compétence » des législateurs superétatiques un caractère de plus en plus général, ce qui contribue à la réalisation superétatique progressive du devoir

²⁰⁹ SCELLE, Georges, *Une crise de la Société des Nations. La réforme du Conseil et l'entrée de l'Allemagne à Genève (Mars-septembre 1926)*, *op. cit.*, spéc. pp 127-128. En italiques dans le texte.

²¹⁰ Telles sont les expressions fréquemment employées à cet égard par Georges Scelle, respectivement tirées de son article « La crise de la S.D.N. », *R.P.P.*, 2^{ème} trimestre 1932, pp 235-256, spéc. p 249, et de son cours « Théorie et pratique de la fonction exécutive en droit international », *R.C.A.D.I.*, 1936-I, volume n° 55, pp 87-197, spéc. p 196.

fédératif interétatique aux diverses échelles régionales pertinentes et en fin de compte à l'échelle universelle.

§ 67 - La notion d'« abandons de souveraineté » revêt en réalité un sens éminemment général : Georges Scelle désigne ce faisant l'objet nécessaire de tout consentement législatif interétatique, c'est-à-dire l'effet juridique attendu de l'acte de volonté de n'importe quel législateur interétatique national.

1) En premier lieu, cette généralité ressort nettement des précisions de la notion d'« abandons de souveraineté » que permettent les deux remarques précédentes. La « souveraineté » est en effet définie de manière générale par Georges Scelle, comme le pouvoir de délimiter des compétences législatives spécialisées dans la mesure jugée nécessaire à l'articulation optimale des réglementations sous-jacentes de compétences législatives spécialisées concernées, relatif à des objets, matières, domaines quelconques. Il précise même que ce pouvoir peut être exercé « individuellement » par chaque État, non pas de façon inconditionnelle mais au titre de son « *autonomie constitutionnelle et législative* » délimitée par la « loi internationale ». Il est donc évident que la plus simple réalisation intergouvernementale du devoir fédératif interétatique trouve son fondement dans le consentement des législateurs interétatiques nationaux concernés aux « abandons de souveraineté » correspondants ; la notion d'« abandon » correspond alors à la modalité – il est vrai encore bien floue – de la superposition inéluctable, précédemment évoquée, des réglementations interétatiques primordiales, secondaires, terminales et éventuellement dérivées, aux réglementations sous-jacentes (internes, notamment) d'objets, matières, domaines correspondants.

2) En second lieu, cette généralité ressort par ailleurs de précisions apportées par Georges Scelle lui-même, par exemple à propos de l'union européenne projetée par Aristide Briand : « La compétence des gouvernements des États membres ne pourra être déterminée que par le libre jeu d'accords qui ne prendront peut-être pas toujours la forme de conventions ou de traités, mais simplement celle de résolutions de l'organe [de type diplomatique] délibérant. [...] Ces déterminations de compétence aboutiront à des abattements, c'est-à-dire à des abandons consentis par les gouvernements de leur autonomie actuelle de décision »²¹¹.

3) En troisième lieu, la signification éminemment générale de la notion d'« abandons de souveraineté » coïncide de façon parfaite avec celle donnée au « principe fédératif » de Pierre-Joseph Proudhon tel que Georges Scelle le reprend à travers sa conception du devoir fédératif interétatique, ce qui témoigne de la très grande cohérence de la lecture faite du premier par le second, à partir de ses conceptions fondamentales biologiques et sociologiques. La notion d'« abandons de souveraineté » est en effet à l'origine employée par Pierre-Joseph Proudhon, pour désigner l'élément essentiel de tout « contrat fédératif », ce dernier consistant en ce que « les contractants [personnes morales notamment], non seulement s'obligent synallagmatiquement et commutativement les uns envers les autres, [mais] se réservent individuellement, en formant le pacte, plus de droits, de liberté, d'autorité, de propriété qu'ils n'en abandonnent »²¹².

²¹¹ SCELLE, Georges, « Anticipations d'ordre juridique sur l'éventuel fédéralisme européen », *L'Europe Nouvelle*, 1929, pp 1296-1298, spéc. pp 1296-1297.

²¹² PROUDHON, Pierre-Joseph, *Du Principe Fédératif et de la nécessité de reconstituer le parti de la révolution*, op. cit., spéc. p 106.

§ 68 - En désignant par la notion générale d'« abandons de souveraineté » l'objet nécessaire de tout consentement législatif interétatique, c'est-à-dire l'effet juridique attendu de l'acte de volonté de n'importe quel législateur interétatique national, Georges Scelle se plaçait sciemment et complètement à contre-courant de la doctrine du droit international alors dominante sur ce sujet.

1) Celle-ci se trouvait en particulier exprimée dans les premiers avis et arrêts rendus par la C.P.J.I. Elle repose effectivement sur le principe de « l'indépendance des États »²¹³ ou souveraineté étatique²¹⁴, considérée comme la qualité d'une personne et à laquelle sont attachés les droits souverains subjectifs ; la possession de cette qualité et de ses attributs entraîne *ipso facto* pour telle nation son appartenance à la société internationale²¹⁵. Elle constitue par conséquent tant la justification que la source du droit international : « Les règles de droit liant les États procèdent donc de la volonté de ceux-ci, volonté manifestée dans des conventions ou des usages acceptés généralement comme consacrant des principes de droit et établis en vue de régler la coexistence de ces communautés indépendantes ou en vue de la poursuite de buts communs »²¹⁶. Le cœur de cette conception subjective et personnaliste de l'État tient alors à ce que « la faculté de contracter des engagements internationaux » constitue l'un des droits subjectifs inhérents à la souveraineté ou indépendance de l'État : le simple usage de ce droit souverain subjectif n'aboutit guère qu'à « une restriction à l'exercice des droits souverains de l'État, en ce sens qu'elle imprime à cet exercice une direction déterminée », jamais à « un abandon de sa souveraineté » dans la mesure où la personne étatique conserve la pleine jouissance de ce dernier droit subjectif ; tout traité ne comporte ainsi que des limitations de souveraineté, sa conclusion ne consiste jamais en un abandon de souveraineté²¹⁷.

2) Majoritaire au sein de la doctrine internationaliste, adoptée y compris par des auteurs particulièrement critiques à l'égard du concept traditionnel de « souveraineté »²¹⁸, cette conception selon laquelle la conclusion d'un traité ne consiste jamais en un abandon de

²¹³ C.P.J.I., Avis consultatif n° 5 du 23 juillet 1923, *Statut de la Carélie orientale*, Rec., série B, pp 7-29, spéc. p 27.

²¹⁴ Sur la conception générale de la souveraineté dans la jurisprudence de la C.P.J.I., il convient de se reporter à la synthèse de Charles ROUSSEAU, « L'indépendance de l'État dans l'ordre international », *R.C.A.D.I.*, 1948-II, Volume n° 73, pp 167-253, spéc. pp 200-212.

²¹⁵ C.P.J.I., Arrêt n° 9 du 7 septembre 1927, *Affaire du « Lotus »*, Rec., série A, pp 4-33, spéc. pp 16-17. Sur les positions doctrinales insérées dans cet arrêt par Dionisio Anzilotti, son principal rédacteur, il convient de se reporter à l'article d'Alain PELLET, « Lotus, que de sottises on profère en ton nom – Remarques sur le concept de souveraineté dans la jurisprudence de la Cour mondiale », *L'État souverain dans le monde d'aujourd'hui – Mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Puissechet*, Paris, Pédone, 2008, 331 pp, spéc. pp 215-222.

²¹⁶ *Idem*, spéc. p 18. La justification en question exclut *a priori* que le droit international puisse, en tant que tel, « créer des droits et des obligations pour les Particuliers » ; la source en question peut *a posteriori* apporter des exceptions à cette exclusion de principe. C'est ce qu'a précisé la C.P.J.I. dans son avis consultatif n° 15 du 3 mars 1928, *Compétence des tribunaux de Dantzig*, Rec., série B, pp 4-27, spéc. p 17.

²¹⁷ C.P.J.I., Arrêt n° 1 du 17 août 1923, *Affaire du vapeur « Wimbledon »*, Rec., série A, pp 15-34, spéc. p 25.

²¹⁸ Tels par exemple James-Wilford GARNER, « Des limitations à la souveraineté nationale dans les relations extérieures », *R.D.I.L.C.*, 1925, pp 36-58, ou Nicolas POLITIS, « Le problème des limitations de la souveraineté et la théorie de l'abus des droits dans les rapports internationaux », *R.C.A.D.I.*, 1925-I, volume n° 6, pp 1-121.

souveraineté avait été critiquée par Georges Scelle : « Nous savons qu'un certain nombre de très bons esprits, tout en comprenant très bien que la souveraineté '*absolue*' est incompatible avec l'établissement d'un Droit international, ne combattent plus, et depuis longtemps, que pour le maintien d'une 'souveraineté relative', qu'ils assimilent à la 'liberté réglementée' de l'individu au sein d'une société nationale. Mais c'est là jouer sur les mots. La souveraineté juridiquement, est *absolue* ou elle n'est pas. [...] »²¹⁹.

2 – La précision de la notion d'« abandon »

§ 69 - S'il est certain que Georges Scelle reprend à Pierre-Joseph Proudhon la notion d'« abandons de souveraineté », s'il est tout aussi certain qu'il redéfinit cette notion dans la perspective de sa conception du devoir fédératif interétatique, il est manifeste que la conception même de l'« abandon » demeure très floue dans un premier temps : aucune précision n'est en effet apportée immédiatement au sujet de la modalité de la superposition inéluctable, précédemment évoquée, des réglementations interétatiques primordiales, secondaires, terminales et éventuellement dérivées, aux réglementations sous-jacentes (internes, notamment) d'objets, matières, domaines correspondants.

1) Cette imprécision n'est pas demeurée sans inconvénient pour Georges Scelle, en particulier face à la parution en 1929 du *Cours de droit international public* dans lequel le juriste italien Dionisio Anzilotti soutenait sa fameuse théorie dualiste²²⁰. S'appuyant sur sa doctrine de la séparation des ordres juridiques international et interne, dont il avait fait consacrer les fondements par la Cour Permanente de Justice Internationale – au sein de laquelle il était alors juge - dans l'affaire du « Lotus » précédemment examinée, Dionisio Anzilotti déduisait notamment du principe d'indépendance des conditions de validité respectives du droit international et du droit interne la soumission de l'applicabilité du droit international dans l'ordre juridique interne à l'accomplissement préalable d'une formalité étatique unilatérale de réception du premier dans le second. Cherchant à combattre sans délai cette théorie, Georges Scelle ne parvint en 1930 qu'à une première réponse dénuée de toute référence à la notion d'« abandons de souveraineté » ; ceci semble bien être dû à l'imprécision de la notion d'« abandon », très gênante scientifiquement car la notion d'« abandons de souveraineté » avait vocation à constituer un point névralgique de la théorie scellienne du droit international. Cette première réponse consista pour Georges Scelle à évoquer platement les principes gouvernant la succession des lois dans le temps pour régler le cas des lois internes incompatibles avec un traité postérieur, et à colmater les brèches concernant les lois internes incompatibles avec un traité antérieur par une référence toute opportune à un « hiérarchie » de la « loi internationale » sur « la loi interne, même constitutionnelle » qui semble inspirée des théories kelsésiennes ; à peine esquisse-t-il un raisonnement de type sociologique²²¹.

²¹⁹ SCELLE, Georges, Une crise de la Société des Nations. La réforme du Conseil et l'entrée de l'Allemagne à Genève (Mars-septembre 1926), op. cit., spéc. pp 126-127. En italiques dans le texte. Il s'agit de l'introduction du passage précédemment cité.

²²⁰ ANZILOTTI, Dionisio, *Cours de droit international*, Paris, Sirey, 1929, 534 pp (Réédition aux Éditions Panthéon-Assas, collection « Les Introuvables », 1999). L'ouvrage a été traduit en français par Gilbert Gidel.

²²¹ SCELLE, Georges, *L'Organisation Internationale du Travail et le B.I.T.*, Paris, Librairie des sciences politiques et sociales, collection « Bibliothèque Générale d'Économie Politique », 1930, 333 pp, spéc. pp 176-177 (note infrapaginale) : « L'abrogation *ipso facto* d'une législation nationale contraire aux stipulations d'un traité, se justifie par la même raison que l'abrogation de la loi antérieure par la loi postérieure. Mais en ce qui

2) En revanche, c'est en s'appuyant sur ses conceptions biologiques et sociologiques du droit que Georges Scelle s'en prend ouvertement aux thèses dualistes de Dionisio Anzilotti dans son *Précis* et dans son cours à l'Académie de Droit International²²², avant de fixer l'essentiel de sa réponse sur le sujet dans deux articles en 1934 et 1935²²³. Cette nouvelle réponse s'appuie sur une conception de l'« ordre juridique » et de la « hiérarchie des ordres juridiques », qui permet d'insister sur la fonction motrice du « fédéralisme normatif » dans le processus de hiérarchisation des ordres juridiques, et la substitution de réglementations de compétences législatives spécialisées en laquelle celui-ci consiste : la notion d'« abandon » correspond alors à ce principe substitutif du fédéralisme normatif, se trouve ainsi éclaircie et solidement assise d'un point de vue théorique et scientifique.

§ 70 - La notion d'ordre juridique constitue, pour Georges Scelle, le prolongement de celles de solidarité et de société : « le critère d'existence d'un ordre juridique est constitué par l'existence d'un corps autonome de règles de droit, tout au moins normatives et réglementaires (sinon nécessairement organiques) traduisant un phénomène de solidarité social exclusif, et dégageant un potentiel de réalisation effective ».

Dans cette définition, c'est bien le caractère autonome du « corps » de droit positif qui révèle le caractère « exclusif » (c'est-à-dire spécifique) du phénomène de solidarité considéré, celui-ci n'étant pas immédiatement observable : « Par phénomène de solidarité spéciale et exclusive, nous entendons qu'il puisse se traduire par une réglementation qui lui soit propre, qui ne convienne à aucun autre »²²⁴. La question est donc de savoir à quelle(s) condition(s) un « corps » de droit positif peut-il être autonome. Les exemples donnés par Georges Scelle situent alors la notion d'ordre juridique dans le prolongement de la notion de compétence²²⁵ :

concerne la législation internationale, il faut, en outre, faire intervenir le principe de la hiérarchie des lois. Une loi interne postérieure ne pourrait pas plus abroger un traité qu'elle ne pourrait rendre caduque une prescription constitutionnelle. S'il y a contrariété entre une norme constitutionnelle et une norme législative ordinaire, c'est la loi constitutionnelle qui l'emporte. S'il y a contrariété entre la loi internationale et la loi interne, même constitutionnelle, c'est la loi internationale qui doit l'emporter. Les autorités administratives et judiciaires devraient l'appliquer exclusivement dès lors qu'elle est promulguée. Toute doctrine contraire aboutit à la négation de la « Société internationale », car dans toute société politique, il est nécessaire qu'il y ait une hiérarchie strictement observée entre le législateur supérieur et le législateur secondaire. S'il y a concurrence des législateurs, il n'y a plus unité sociale ; c'est un phénomène d'anarchie. La même solution est commandée par la notion même de la norme juridique. Celle-ci n'étant que la traduction de l'utilité sociale, l'autorité sociale chargée de la formuler ne saurait être contredite par les autorités représentatives de collectivités composantes ou inférieures ». Souligné pour les besoins de la démonstration.

²²² SCELLE, Georges, *Précis du droit des gens – Principes et systématique*, Première Partie (Introduction – Le milieu intersocial), *op. cit.*, spéc. pp 37-40.

SCELLE, Georges, « Règles générales du droit de la paix », *ibid.*, spéc. pp 449-452.

SCELLE, Georges, *Précis du droit des gens – Principes et systématique*, Deuxième Partie, 1934 (Droit constitutionnel international), *op. cit.*, spéc. pp 349-356.

²²³ SCELLE, Georges, « Essai sur les sources formelles du droit international », *ibid.*, spéc. pp 408-410 ; « Le Concept de Société Internationale – Ses conséquences en technique juridique », *ibid.*, spéc. pp 18-23.

²²⁴ SCELLE, Georges, « La notion d'ordre juridique », *ibid.*, respectivement pp 95 et 92.

²²⁵ *Idem*, spéc. p 94. La loi communale de 1884 fixe ainsi le cadre commun aux multiples ordres juridiques communaux, mais ce n'est que par l'exercice des compétences qui leur sont attribuées en application ce cadre commun que naît et évolue véritablement l'ordre juridique communal : « Sans doute, les dispositions de la loi municipale délimitent les *matières* qui, de l'avis du législateur, constituent le domaine propre de la solidarité

il y a ordre juridique, c'est-à-dire « autonomie » d'un « corps » de droit positif dès lors qu'un « corps » de gouvernants appropriés, exerçant les compétences (notamment législatives) nécessaires pour ce faire, procède à la détermination concrète des compétences particulières nécessaires à l'existence, la persistance ainsi qu'au développement du phénomène de solidarité concerné. En d'autres termes, il existe un ordre juridique partout où un ensemble de gouvernants disposent de pouvoirs déterminateurs, c'est-à-dire d'une certaine « souveraineté » dans le sens scellien du terme ; il y a ordre juridique, en définitive, là où existe une réglementation d'un ensemble particulier de compétences législatives.

D'aspect statique, cette conception de l'ordre juridique axée sur le droit positif présente en réalité un caractère dynamique dans la mesure où elle est fondamentalement axée sur la fonction législative ; c'est d'ailleurs cette dynamique qui apparaît beaucoup plus nettement lorsque Georges Scelle se penche sur la question des rapports existant entre ordres juridiques. D'après lui, ces rapports sont régis par la « loi de hiérarchie des ordres » : « Tout ordre juridique complexe, c'est-à-dire superposé à un certain nombre d'ordres juridiques plus restreints ou plus spécialisés, *conditionne et prime nécessairement* ces ordres juridiques sous-jacents »²²⁶. Il faut insister sur le fondement biologique de cette solution, qui se retrouve de manière très claire et constante dans l'œuvre de Georges Scelle : « Tout ordre juridique intersocial est nécessairement *dans l'alternative de régir ou de disparaître*, en faisant disparaître avec lui le phénomène intersocial dont il est l'expression normative »²²⁷. C'est cette « loi de hiérarchie des ordres juridiques » dont il convient d'approfondir l'étude.

§ 71 - Il est nécessaire d'approfondir ce que recouvre exactement le « conditionnement » par un ordre juridique des ordres juridiques sous-jacents. Georges Scelle présente à cet égard une réponse en deux temps.

1) Il évoque tout d'abord l'élément essentiel qui permet à l'ordre juridique complexe de jouer son « rôle de 'conditionnement' des ordres juridiques sous-jacents ». Cet élément tient à ce que l'ordre juridique complexe est « nécessairement doté d'un pouvoir considérable sans lequel il ne pourrait exister : c'est le pouvoir de déterminer lui-même quels sont les éléments de cette solidarité commune qu'il est chargé de traduire. Il est 'déterminateur' du critère de distinction entre les phénomènes de solidarité locaux ou sous-jacents, et les phénomènes de solidarité globaux qui composent son domaine »²²⁸. Il est impossible de prêter à Georges Scelle, pourfendeur de la théorie de la personnalité morale, l'intention d'avoir attribué à une simple idée – l'ordre juridique – la compétence déterminatrice dont il est question, et qui consiste à traduire sur le terrain du droit positif (autrement dit, en compétences) un certain nombre d'éléments sociaux qui jusque-là se trouvaient à l'état latent. L'auteur signifie évidemment que l'ordre juridique complexe recouvre en particulier un

communale, et cela seul équivaut à la reconnaissance de l'ordre juridique communal ; mais la loi municipale ne veut ni ne peut indiquer dans chaque cas particulier quelle solution sera prise, et c'est précisément l'expression normative de cette solution qui constitue le domaine autonome du règlement municipal, domaine *exclusif* de ce règlement, incommunicable non seulement à tout autre ordre juridique, mais à tout autre ordre juridique de la même catégorie, c'est-à-dire tout autre commune ». En italiques dans le texte.

²²⁶ *Idem*, spéc. p 96. En italiques dans le texte.

²²⁷ SCELLE, Georges, « Règles générales du droit de la paix », *ibid*, spéc. p 350. En italiques dans le texte.

²²⁸ SCELLE, Georges, « La notion d'ordre juridique », *ibid.*, spéc. p 97.

ensemble de règles de droit positif relatives à la délimitation des compétences déterminatrices, dont la mise en œuvre sera vecteur de particularisation de cet ordre juridique.

2) Georges Scelle évoque ensuite les exigences « impliquées » par ce « rôle de ‘conditionnement’ des ordres juridiques sous-jacents ». Cette fonction suppose tout d’abord que les « normes » de l’ordre juridique complexe « *abrogent* les règles de droit qui lui seraient contraires, et cela *automatiquement*, par pure impossibilité de coexistence de normes contradictoires s’appliquant à un même rapport de droit »²²⁹. Cette fonction suppose également que les « normes » de cet ordre juridique complexe « *monopolisent* (aspirent, *s’approprient*) la réglementation des rapports et matières juridiques qui font partie intégrante du phénomène de solidarité global ou supérieur. C’est ce phénomène que nous avons qualifié ailleurs de ‘fédéralisme normatif’, phénomène naturel, constant, nécessaire, que l’on retrouve partout, à la base de tout ordre juridique complexe [...] »²³⁰. Approfondissant la notion d’ordre juridique, Georges Scelle en arrivait ainsi à cerner le principe fondateur de la « loi technique de la *hiérarchie des ordres juridiques* » : le fédéralisme normatif.

§ 72 - Georges Scelle a implicitement mais nécessairement insisté sur le caractère de généralité du fédéralisme normatif, conçu comme le principe fondateur de la « loi technique de la *hiérarchie des ordres juridiques* ». Il évoque les deux exigences qu’impliquent selon lui le « rôle de ‘conditionnement’ des ordres juridiques sous-jacents » par l’ordre juridique complexe : la substitution des réglementations intersociales de compétences législatives correspondant aux objets réglementés – dénommée fédéralisme normatif – et l’abrogation automatique des règles juridiques sous-jacentes contradictoires. Ce faisant, il pose la question des rapports entre les deux exigences, laquelle doit être envisagée dans ses deux branches possibles.

1) D’une part, l’« aspiration », la « monopolisation », ou l’« appropriation » de compétences législatives relatives à un domaine donné, qui vient gonfler (pour ainsi dire) l’ordre juridique complexe, n’est-elle pas une simple face d’un phénomène qui se traduit par ailleurs inévitablement par une « abrogation » dans chacun des ordres juridiques sous-jacents ? Ce phénomène lui-même ne se produit-il pas sur la base de « l’abrogation » de la réglementation sous-jacente des compétences législatives par la nouvelle réglementation ainsi superposée, c’est-à-dire d’un autre côté « l’aspiration » par l’ordre juridique complexe d’un certain pouvoir déterminateur ? Poser ces questions, c’est évidemment mettre en évidence l’unité d’un phénomène dont les manifestations apparaissent au moins duales, la survenance d’un seul et même phénomène de substitution d’une réglementation de compétences législatives spécialisées à une réglementation sous-jacente d’objets, matières, domaines correspondants, qui se décline inévitablement sous deux ou plusieurs aspects et que Georges Scelle désigne sous le nom de « fédéralisme normatif ».

2) D’autre part, l’« aspiration », la « monopolisation », ou l’« appropriation » de compétences législatives correspondant aux objets réglementés, qui vient augmenter l’ordre juridique complexe, ne peut-elle être analysée comme la condition de l’abrogation automatique des réglementations sous-jacentes contradictoires desdits objets par la réglementation intersociale des mêmes objets ? Poser cette question, c’est mettre en évidence l’existence de plusieurs stades de ce phénomène de substitution d’une réglementation de

²²⁹ *Idem*, spéc. p 97. En italiques dans le texte.

²³⁰ *Idem*, spéc. p 97. En italiques dans le texte.

compétences législatives spécialisées à une réglementation sous-jacente d'objets, matières, domaines correspondants que Georges Scelle nomme « fédéralisme normatif ».

3) *Fédéralisme*, car ces derniers éléments ainsi que les doubles faces du phénomène de substitution précédemment relevées, montrent bien qu'il s'agit d'un mouvement d'articulation des réglementations de compétences législatives spécialisées caractérisant les ordres juridiques concernés. L'adjectif *normatif* est quant à lui employé dans un sens différent de celui qui est à la base de la distinction d'essence duguiste entre le « normatif » et le « constructif » : le terme est ici précisément utilisé par Georges Scelle en vue de désigner les compétences composant respectivement les divers droits positifs, c'est-à-dire les divers ordres juridiques concernés par le phénomène de fédéralisme. Georges Scelle relativise ainsi très fortement une analyse qu'il avait par ailleurs développée en suivant la distinction duguiste précédemment évoquée : distinguant alors le fédéralisme normatif « pur » du fédéralisme constructif, il exposait en conséquence une théorie soulignant l'existence d'un devoir objectif imposant l'évolution progressive du fédéralisme normatif « pur » au fédéralisme constructif ou fédéralisme institutionnel²³¹. La distinction duguiste apparaissait cependant beaucoup trop rigide dans ce contexte : comment vouloir fonder le fédéralisme constructif en dehors d'un phénomène de fédéralisme des « normes » fixant la réglementation des compétences législatives applicable à certains objets, matières, domaines, c'est-à-dire des compétences déterminatrices précédemment évoquées ? C'est pourquoi Georges Scelle fut amené à désigner, par l'adjectif de l'expression « fédéralisme normatif », ce qui est relatif aux réglementations de compétences = au droit positif = aux ordres juridiques concernés ; il reconnaissait ainsi très clairement que le fédéralisme normatif constitue le principe et la technique absolument nécessaires au fédéralisme constructif ou institutionnel (à la réalisation superétatique du devoir fédératif).

§ 73 - La modalité de la superposition inéluctable des réglementations interétatiques primordiales, secondaires, terminales et éventuellement dérivées, aux réglementations sous-jacentes (internes, notamment) d'objets, matières, domaines correspondants, c'est-à-dire la notion même d'« abandon » de souveraineté, correspond ainsi de manière parfaite au phénomène de substitution affectant lesdites réglementations que constitue le fédéralisme normatif. C'est en cette substitution que consiste donc l'objet nécessaire de tout consentement législatif interétatique, c'est-à-dire l'effet juridique attendu de l'acte de volonté de n'importe quel législateur interétatique national.

Tel est le principe fondamental de la loi technique de la hiérarchie des ordres juridiques, issu d'une nécessité objective sur le caractère impérieux de laquelle Georges Scelle a constamment insisté, en évoquant par exemple « cette loi sociale nécessaire du *conditionnement des ordres juridiques* composants par l'ordre juridique composé ou immédiatement supérieur. C'est ce que nous avons appelé ailleurs le *fédéralisme normatif*. Cette loi se vérifie partout, en ce sens que si elle n'est pas respectée elle se trouve immédiatement sanctionnée. C'est le type même de la loi juridique causale. On peut l'exprimer ainsi : tout fait social composé, tout élargissement de la solidarité et du fait social, exigent pour se réaliser, progresser et durer, que les phénomènes sociaux sous-jacents ne les

²³¹ SCELLE, Georges, « La doctrine de Léon Duguit et les fondements du Droit des Gens », *ibid.*, spéc. pp 107-113. Cette théorie est également exposée, mais en général de manière plus succincte, dans la plupart des écrits de la première moitié des années 1930. Il convient de souligner que le souci de Georges Scelle de « purifier » la notion de fédéralisme normatif afin de pouvoir l'opposer à celle de fédéralisme constructif, est en lui-même révélateur de la nécessaire interpénétration des deux notions.

contrarient pas. Il en résulte que toute norme juridique d'une société composée doit *nécessairement* modifier ou abroger les normes juridiques des sociétés composantes, en tant qu'elles seraient contradictoires avec elles, et que les sujets de droit des sociétés composées, particuliers, agents et gouvernants, voient leurs compétences conditionnées par l'ordre juridique de la société composée, dans toute la mesure où il est nécessaire d'éviter que leur activité puisse contrarier le développement de cette société [...] »²³².

En guise de conclusion sur ce point, il apparaît opportun de souligner plusieurs éléments. D'une part, les conceptions scelliennes apparaissent relativement éloignées du monisme à primauté du droit international entendu dans le sens très théorique que lui donnait Hans Helsen, et qu'avait critiqué Michel Virally pour son absence de prise en considération de la pluralité des ordres juridiques. En effet, Georges Scelle a toujours insisté sur le caractère « complexe » ou « composé » de l'ordre juridique de superposition, c'est-à-dire sur l'existence d'une pluralité d'ordres juridiques unis par des rapports de superposition éminemment variables et complexes. D'autre part et d'un point de vue plus général, il apparaît que Georges Scelle jugeait très insuffisante la notion de « primauté du droit international », entendue dans le sens courant que Hans Kelsen a grandement contribué à forger²³³.

Si le principe du fédéralisme normatif est ainsi le principe de l'objet substitutif de tout consentement législatif interétatique, encore reste-t-il à préciser la portée de cet objet, ce qui permettra effectivement de mettre en évidence que ce principe a une portée éminemment structurante.

B – La portée de l'objet substitutif de tout consentement législatif interétatique

Le principe du fédéralisme normatif, parce qu'il est le principe de l'**objet substitutif** de tout consentement législatif interétatique, détermine aussi bien les principaux **effets** que les principaux aspects de la **procédure** de ce consentement. C'est pourquoi, à travers cet objet du consentement législatif interétatique, des liens étroits unissent procédure et effets de ce dernier. C'est ce qui sera démontré en deux temps. Le premier vise à approfondir les questions relatives aux effets dudit consentement, ce qui permettra de souligner la triple dimension substitutive qui est nécessairement celle de celui-ci (1). Le second temps vise à approfondir les questions relatives aux principaux aspects de la procédure du consentement législatif interétatique, ce qui permettra de mettre en évidence que le principe du fédéralisme normatif constitue la base de la technique générale du « pouvoir fédératif » moderne (2).

1 – La triple dimension substitutive du consentement législatif interétatique

²³² SCELLE, Georges, « Essai sur les sources formelles du droit international », *ibid.*, spéc. pp 408-409. En italiques dans le texte.

²³³ SCELLE, Georges, *Précis du droit des gens – Principes et systématique*, Deuxième Partie, 1934 (Droit constitutionnel international), *op. cit.*, spéc. p 348.

Il s'agit ici de préciser ce que l'on veut dire en indiquant que tout consentement législatif interétatique revêt nécessairement une triple dimension substitutive. D'une manière générale, celle-ci résulte évidemment du fait que toute législation interétatique comporte d'origine intergouvernementale comporte systématiquement trois ordres de réglementations de compétences. Il importe de donner quelques précisions préliminaires sur ce point (a). En effet celles-ci s'avèrent indispensables afin d'étudier la succession des substitutions des réglementations interétatiques primordiales et secondaires aux réglementations sous-jacentes (b), puis les questions relatives à la succession des substitutions des réglementations interétatiques secondaires et terminales (c), et enfin celles touchant au cas des réglementations interétatiques terminales de compétences législatives intergouvernementales et/ou superétatiques (d).

a – Précisions préliminaires

§ 74 - Compte tenu du fait que toute législation interétatique comporte d'origine intergouvernementale comporte systématiquement trois ordres de réglementations de compétences, tout consentement législatif interétatique a précisément pour objet nécessaire les trois substitutions de réglementations de compétences législatives spécialisées qui doivent alors se succéder (étant entendu qu'une ou plusieurs substitutions complémentaires peuvent le cas échéant se produire en conséquence). Georges Scelle avait bien vu la nécessité de cette succession de substitutions. D'une manière très caractéristique de sa théorie, il indiqua souvent que « Lorsque la règle de Droit international est connue et établie, elle abroge par là-même, nécessairement et ipso facto, toute règle de droit interne [notamment] qui lui serait contraire. [...] Cela implique [...] un dessaisissement du législateur interne »²³⁴. S'il visait surtout ce faisant les réglementations terminales, son propos est en réalité applicable aux réglementations primordiales et secondaires notamment, ainsi que le prouve sa référence au « dessaisissement » nécessairement préalable du « législateur interne » en l'une de ses significations.

§ 75 - Si Georges Scelle envisage ainsi l'« abrogation » automatique de « toute règle de droit interne » « contraire » à une « règle de Droit international », il importe de souligner qu'il le fait à l'aide d'une formule éminemment générale dont la portée doit faire l'objet de nombreux approfondissements, de sorte qu'il n'apparaît pas pertinent de juger de cet aspect de la théorie juridique scellienne en le réduisant à la simple abrogation automatique du droit interne contraire par le droit international. Il est à cet égard nécessaire de distinguer en fonction de plusieurs critères. Le premier vise à distinguer les législations sous-jacentes adoptées antérieurement et postérieurement à l'entrée en vigueur de la législation interétatique concernée. Le second vise à distinguer les cas de la compatibilité et de l'incompatibilité des législations sous-jacentes à l'égard de cette dernière. Lorsque des réglementations sous-jacentes sont relatives à des objets couverts dans une certaine mesure par une législation interétatique, et sont incompatibles avec cette dernière : dans le cas où les premières auraient été établies antérieurement à la seconde, elles sont abrogées dans la mesure de leur incompatibilité du fait même de l'entrée en vigueur de celle-ci ; dans le cas où les premières auraient été établies postérieurement à la seconde, elles apparaissent en revanche nulles de plein droit dans la mesure de leur incompatibilité. Lorsque des réglementations sous-jacentes sont relatives à des objets couverts dans une certaine mesure par une législation interétatique

²³⁴ SCELLE, Georges – BERLIA, Georges, *La réforme constitutionnelle. Sa préparation – ses bases*, op. cit., spéc. p 63.

et sont compatibles avec cette dernière (antérieures ou postérieures à celle-ci), elles subsistent bien évidemment. Si ces principes sont simples, encore convient-il de préciser la manière dont ils trouvent à s'appliquer, en ajoutant aux critères précédents celui du type de la réglementation interétatique concernée.

§ 76 - À ce propos, il importe de noter d'une manière générale qu'il n'y a guère que les réglementations interétatiques de compétences non-législatives qui puissent être aussi bien incompatibles que compatibles avec les réglementations sous-jacentes d'objets identiques ; les réglementations interétatiques de compétences législatives (primordiales, secondaires, terminales et éventuellement dérivées) sont effectivement par nature incompatibles avec les réglementations sous-jacentes d'objets identiques. Le caractère de nécessité biologique qui s'attache à l'existence de toute fonction législative intersociale, et plus particulièrement sa manifestation à travers le principe même de toute fonction fédérative interétatique, impose à cet égard la suppression des fonctions législatives sous-jacentes jusqu'alors concurrentes dans la mesure des objets concernés, autrement dit la substitution des premières réglementations aux secondes. Les réglementations interétatiques primordiales, secondaires, terminales et dérivées de compétences législatives ont donc vocation à se substituer systématiquement aux réglementations sous-jacentes d'objets principaux et accessoires correspondants, en abrogeant dans la mesure de cette correspondance celles qui auraient été établies antérieurement à leur entrée en vigueur, et en rendant dans cette même mesure nulles de plein droit celles qui pourraient l'être postérieurement. La question est alors de savoir de quelle manière s'articulent les substitutions des réglementations interétatiques primordiales, secondaires, terminales et dérivées de compétences législatives. Les nécessités biologiques et logiques fondamentales à cet égard font que la substitution ne puisse se réaliser que dans la mesure où les réglementations en question constituent des ensembles parfaitement finis, déterminés ; une substitution ne peut logiquement intervenir que s'il est certain que les objets appelés à être substitués à d'autres sont relativement bien déterminés, faute de quoi il ne pourrait s'établir qu'une vague coexistence par ailleurs contraire à la perspective biologique anti-concurrentielle rappelée ci-dessus.

b - La succession des substitutions des réglementations interétatiques primordiales et secondaires

§ 77 - Les réglementations interétatiques primordiales et secondaires présentent systématiquement ce caractère fini, déterminé. Toute réglementation interétatique secondaire s'analyse comme ayant pour objet principal (législatif) la délimitation des conditions dans lesquelles peuvent être modifiés, d'une part la durée et le champ d'application de toutes les réglementations que comporte la législation interétatique (primordiales, secondaires, terminales, éventuellement dérivées), et d'autre part la consistance même de la réglementation terminale (la structure nécessaire de toute réglementation terminale sera ultérieurement précisée). Ses objets accessoires (législatifs et non-législatifs), c'est-à-dire respectivement l'ensemble des réglementations de la législation interétatique concernée et la seule réglementation terminale de cette dernière, sont ainsi *a priori* parfaitement définis. Toute réglementation primordiale, dans la mesure où elle a pour objet principal (législatif) la délimitation des conditions dans lesquelles peut être modifiée la consistance de la réglementation secondaire, et donc cette dernière pour objet accessoire, est elle aussi en définitive parfaitement déterminée.

§ 78 - L'entrée en vigueur de la législation interétatique commande par conséquent la substitution instantanée de la réglementation interétatique primordiale aux réglementations sous-jacentes (internes, en particulier) de compétences législatives, dans la mesure où les objets de ces dernières correspondent à ceux de la première : c'est-à-dire, dans toute la mesure où ces dernières sont susceptibles de permettre aux gouvernants concernés d'agir d'une manière qui équivaut objectivement à une mutation de la consistance de la délimitation des conditions dans lesquelles peuvent être modifiés, d'une part la durée et le champ d'application de toutes les réglementations que comporte la législation interétatique (primordiales, secondaires, terminales, éventuellement dérivées), et d'autre part la consistance même de la réglementation terminale. Cette substitution instantanée, qui peut être désignée sous l'appellation d'« abandon de souveraineté » positif primordial, entraîne plus particulièrement deux conséquences.

1) Première conséquence : la réglementation interétatique primordiale bénéficie alors d'une exclusivité absolue, vis-à-vis des ordres juridiques sous-jacents (tout comme vis-à-vis des autres réglementations de la législation interétatique concernée), pour permettre la mutation de la consistance de la délimitation des conditions dans lesquelles peuvent être modifiés, d'une part la durée et le champ d'application de toutes les réglementations que comporte la législation interétatique (primordiales, secondaires, terminales, éventuellement dérivées), et d'autre part la consistance même de la réglementation terminale.

2) Seconde conséquence : la substitution instantanée de la réglementation interétatique primordiale a sapé, dans chacun des ordres juridiques sous-jacents, les fondements juridiques des réglementations sous-jacentes de compétences législatives dont les objets correspondent à ceux de la réglementation interétatique secondaire - c'est-à-dire des réglementations sous-jacentes susceptibles de permettre aux gouvernants concernés d'agir d'une manière qui équivaut objectivement à modifier, d'une part la durée et le champ d'application de toutes les réglementations que comporte la législation interétatique (primordiales, secondaires, terminales, éventuellement dérivées), et d'autre part la consistance même de la réglementation terminale.

§ 79 - Cette seconde conséquence justifie ainsi que la substitution de la réglementation interétatique primordiale entraîne instantanément celle de la réglementation interétatique secondaire à toutes les réglementations sous-jacentes de compétences législatives dont les objets correspondent aux siens. Rien d'étonnant par suite à voir cette seconde substitution, qui peut être désignée sous l'appellation d'« abandon de souveraineté » positif secondaire, entraîner plus particulièrement deux conséquences similaires à celles qui viennent d'être détaillées s'agissant de la réglementation interétatique primordiale.

1) Première conséquence : la réglementation interétatique secondaire bénéficie alors d'une exclusivité absolue, vis-à-vis des ordres juridiques sous-jacents (tout comme vis-à-vis des autres réglementations de la législation interétatique concernée), pour permettre de modifier, d'une part la durée et le champ d'application de toutes les réglementations que comporte la législation interétatique (primordiales, secondaires, terminales, éventuellement dérivées), et d'autre part la consistance même de la réglementation interétatique terminale.

2) Seconde conséquence : cette deuxième substitution consécutive à l'entrée en vigueur de la législation interétatique a sapé, dans chacun des ordres juridiques sous-jacents, les fondements juridiques des réglementations sous-jacentes dont les objets correspondent à

ceux de la réglementation interétatique terminale. Si le principe même de cette seconde conséquence n'est guère contestable, sa portée et par conséquent celle de l'exclusivité absolue de la réglementation interétatique secondaire et celle de la substitution de cette dernière doivent être précisées. Cette précision exige de cerner ce que peut bien recouvrir, dans le cadre détaillé ci-dessus, la correspondance des objets d'une réglementation sous-jacente à ceux d'une réglementation interétatique terminale. C'est dire qu'il est temps de s'intéresser à la structure de la réglementation interétatique terminale, dont l'étude a été annoncée à plusieurs reprises ci-dessus.

c - Les questions relatives à la succession des substitutions des réglementations interétatiques secondaires et terminales

§ 80 - Afin de pouvoir préciser la portée de la substitution de la réglementation interétatique secondaire aux réglementations sous-jacentes de compétences législatives, il importe d'étudier en priorité l'hypothèse d'une réglementation interétatique terminale de compétences non-législatives. En effet, force est de constater qu'une situation anormale résulterait de la stricte application de la seconde conséquence de la deuxième substitution : abrogation ou nullité de plein droit systématique, sans aucune prise en considération de la compatibilité ou de l'incompatibilité de l'une par rapport à l'autre, de toute réglementation sous-jacente de compétences non-législatives dont les objets correspondent à ceux d'une réglementation interétatique terminale de compétences non-législatives. Il n'est guère contestable que pareille conclusion se situe en pleine contradiction avec les principes généraux susmentionnés relatifs aux modalités de la substitution ; la question est alors de déterminer la source de cette contradiction manifeste.

§ 81 - Il importe tout d'abord de souligner que la source de cette contradiction manifeste ne réside pas dans la teneur même du principe de la seconde conséquence de la deuxième substitution.

1) En effet, cette contradiction incite à reformuler ce principe de manière à prendre en considération la compatibilité ou l'incompatibilité de la réglementation sous-jacente de compétences non-législatives avec la réglementation interétatique terminale d'objets correspondants. Cette reformulation pourrait ainsi aboutir à préciser que la deuxième substitution immédiatement consécutive à l'entrée en vigueur de la législation interétatique a sapé, dans chacun des ordres juridiques sous-jacents, les fondements juridiques des réglementations sous-jacentes de compétences non-législatives incompatibles avec la réglementation interétatique terminale d'objets non-législatifs correspondants.

2) Or une telle reformulation n'est pas acceptable, compte tenu de l'exclusivité absolue dont bénéficie la réglementation interétatique secondaire, vis-à-vis des ordres juridiques sous-jacents, pour permettre de modifier, d'une part la durée et le champ d'application de toutes les réglementations que comporte la législation interétatique (primordiales, secondaires, terminales, éventuellement dérivées), et d'autre part la consistance même de la réglementation terminale.

Certes, cette reformulation permet de bien prendre en compte l'exclusivité absolue de la réglementation interétatique secondaire vis-à-vis des ordres juridiques sous-jacents pour permettre de modifier la consistance de la réglementation interétatique terminale. En

revanche, cette reformulation néglige de prendre en compte l'exclusivité absolue de la réglementation interétatique secondaire vis-à-vis des ordres juridiques sous-jacents pour permettre de modifier la durée et le champ d'application de toutes les réglementations que comporte la législation interétatique.

Cette lacune est plus particulièrement perceptible lorsqu'il s'agit de préciser la conception des relations existant entre une réglementation antérieure ou postérieure sous-jacente de compétences non-législatives et une réglementation interétatique terminale de compétences non-législatives, dans ce cas particulier de compatibilité en lequel consiste l'identité de la première à la seconde. Lorsque cette réglementation sous-jacente est antérieure à cette réglementation interétatique, il semble que la première subsiste indépendamment de la seconde puisqu'il n'y a en tout état de cause pas de modification de la consistance de la réglementation interétatique terminale. Lorsque cette réglementation sous-jacente est postérieure à la réglementation interétatique, il semble pour la même raison que la première soit établie indépendamment de la seconde. Or une telle indépendance est problématique dans la mesure où elle ne contribue en rien à garantir l'exclusivité absolue dont bénéficie la réglementation interétatique secondaire vis-à-vis des ordres juridiques sous-jacents pour permettre en particulier de modifier la durée et le champ d'application de toutes les réglementations que comporte la législation interétatique (primordiales, secondaires, terminales, éventuellement dérivées).

§ 82 - La source de la contradiction manifeste précédemment relevée ne peut alors résider que dans la possibilité même pour une réglementation interétatique terminale de ne consister qu'en une délimitation de compétences non-législatives.

1) Il s'avère ainsi nécessaire d'envisager l'existence systématique en ce cas d'une réglementation interétatique terminale de compétences législatives relative à cette dernière délimitation. Force est également de préciser les contours de cette dernière réglementation interétatique terminale d'une manière compatible avec l'exclusivité absolue dont bénéficie la réglementation interétatique secondaire vis-à-vis des ordres juridiques sous-jacents pour permettre en particulier de modifier la durée et le champ d'application de toutes les réglementations que comporte la législation interétatique (primordiales, secondaires, terminales, éventuellement dérivées). Plus précisément, cette exclusivité absolue rend nécessaire de définir en ce cas la structure de la réglementation interétatique terminale de manière à ce que le pouvoir des législateurs sous-jacents d'adopter des réglementations de compétences non-législatives identiques aux réglementations interétatiques terminales pertinentes (et, de façon plus large, compatibles avec elles) soit bien exclusif du pouvoir de modifier ce faisant le champ d'application de ces dernières. Il est donc nécessaire que la réglementation interétatique terminale s'attache, outre la délimitation de compétences non-législatives, à la délimitation d'un objet dont le champ d'application soit par nature limité à chacun des ordres juridiques sous-jacents concernés.

2) La solution de cette équation consiste à reconnaître en ce cas l'existence systématique d'une réglementation interétatique terminale des compétences législatives sous-jacentes, dont la vocation est de reconditionner toute réglementation sous-jacente des compétences législatives d'objets correspondant à ceux de la réglementation interétatique terminale de compétences non-législatives, dans la perspective de l'application de cette dernière réglementation. En d'autres termes, le principe même ainsi que le sort substitutif de toute réglementation interétatique secondaire aboutissent en ce cas à déterminer la structure

de toute réglementation interétatique terminale, de manière à ce que celle-ci ait pour objet principal de réglementer le champ d'application des réglementations sous-jacentes de compétences législatives pertinentes, et plus précisément de fixer ce dernier en rapport avec l'application de la réglementation interétatique terminale de compétences législatives dès lors précisée à titre accessoire. Cette réglementation interétatique terminale des compétences législatives sous-jacentes peut revêtir une consistance variable. Elle peut être très simple, en se bornant par exemple à obliger implicitement les législateurs sous-jacents à déterminer l'usage adéquat de la réglementation sous-jacente des compétences législatives afin que soient prises les mesures nécessaires à l'application de la réglementation interétatique terminale des compétences non-législatives, et à leur permettre implicitement pour ce faire d'interpréter cette dernière et d'insérer dans la législation sous-jacente des éléments identiques à cette dernière réglementation terminale. La réglementation interétatique terminale des compétences législatives sous-jacentes peut évidemment être explicite, plus développée et complexe.

§ 83 - La possibilité s'ouvre alors de préciser la portée de la substitution de la réglementation interétatique secondaire aux réglementations sous-jacentes (internes, en particulier) de compétences législatives, dans la mesure où les objets de ces dernières correspondent à ceux de la première : c'est-à-dire, dans toute la mesure où ces dernières sont susceptibles de permettre aux gouvernants concernés d'agir d'une manière qui équivaut objectivement à modifier, d'une part la durée et le champ d'application de toutes les réglementations que comporte la législation interétatique (primordiales, secondaires, terminales, éventuellement dérivées), d'autre part la consistance même de la réglementation terminale (et en particulier à ces titres le principe même ainsi que la portée de la perspective dans laquelle sont reconditionnées les réglementations sous-jacentes des compétences législatives dont les objets non-législatifs correspondent à ceux de la réglementation interétatique terminale accessoire de compétences non-législatives).

1) Première conséquence : la réglementation interétatique secondaire bénéficie ainsi d'une exclusivité absolue, vis-à-vis des ordres juridiques sous-jacents, notamment pour abroger le principe même ainsi que pour modifier la portée de la perspective dans laquelle sont reconditionnées les réglementations sous-jacentes des compétences législatives dont les objets non-législatifs correspondent à ceux de la réglementation interétatique terminale accessoire de compétences non-législatives.

2) Seconde conséquence : cette deuxième substitution consécutive à l'entrée en vigueur de la législation interétatique a sapé, dans chacun des ordres juridiques sous-jacents, les fondements juridiques des réglementations sous-jacentes de compétences législatives dont les objets non-législatifs correspondent à ceux de la réglementation interétatique terminale accessoire ; c'est-à-dire, en particulier, des réglementations sous-jacentes susceptibles de permettre aux gouvernants concernés d'agir d'une manière qui équivaut objectivement à abroger le principe même ou à réduire la portée de la perspective dans laquelle sont reconditionnées les réglementations sous-jacentes des compétences législatives dont les objets non-législatifs correspondent à ceux de la réglementation interétatique terminale accessoire de compétences non-législatives.

Il en résulte que la substitution de la réglementation interétatique secondaire entraîne instantanément celle de la réglementation sous-jacente de compétences législatives reconditionnée à la réglementation sous-jacente de compétences législatives antérieure (dans la mesure où cette dernière n'était pas ainsi reconditionnée). Alors, la nouvelle réglementation

sous-jacente de compétences législatives *dérive fonctionnellement* de la réglementation interétatique terminale des compétences législatives sous-jacentes.

Ce résultat doit être précisé en ce sens que s'il y a bien intervention d'une substitution (de sorte que le consentement législatif interétatique a bien pour objet les trois substitutions de réglementations de compétences qui doivent en tout état de cause se succéder avec l'entrée en vigueur de toute législation interétatique), cette substitution correspond à un « abandon de souveraineté » (positif terminal) d'un type particulier : tout d'abord, celle-ci concerne le seul pouvoir déterminateur défini par la réglementation sous-jacente de compétences législatives correspondantes, alors que les autres substitutions impliquaient en outre le pouvoir déterminateur défini par la réglementation interétatique concernée ; ensuite, celle-ci est motivée par le reconditionnement des réglementations sous-jacentes des compétences législatives dont les objets non-législatifs correspondent à ceux de la réglementation interétatique terminale accessoire de compétences non-législatives, dans la perspective de l'application de cette dernière réglementation ; par conséquent, cet « abandon de souveraineté » se caractérise par sa fonction directement et exclusivement intégratrice, que matérialise la technique de la dérivation.

Les choses peuvent être résumées de la manière suivante : les deux premières substitutions sont destinées à purger l'ordre juridique interne de tous les éléments malsains pour l'ordre juridique interétatique en cours de formation ou plus largement d'évolution, et à les prémunir contre l'éventuel retour de ces derniers ; la troisième vise à assurer l'intégration de l'ordre juridique interétatique à l'ordre juridique interne, grâce à un moyen qui garantit que ce dernier reste par principe indépendant du premier (pour préciser le sens de ce propos, il est possible de faire une analogie avec l'inoculation d'une substance dans le corps humain : une fois l'injection effectuée, la seringue – qui figure ici l'ordre juridique interétatique et plus précisément la réglementation terminale du type ici concerné – est retirée du corps – qui figure ici l'ordre juridique interne ; elle n'est que très brièvement solidaire du corps, le temps que vienne se greffer sur l'un des éléments de ce dernier un élément issu d'elle-même).

3) La portée de cette seconde conséquence est extrêmement importante.

En premier lieu, toute réglementation sous-jacente de compétences non-législatives identique à la réglementation interétatique terminale de compétences non-législatives, antérieure ou le cas échéant postérieure à cette dernière, subsiste naturellement tout en devenant ou en étant alors *dérivée au second degré* de la réglementation interétatique terminale des compétences législatives sous-jacentes (réglementations terminale et sous-jacentes de compétences non-législatives sont alors simultanément applicables). Plus généralement, toute réglementation sous-jacente nécessaire à l'application de la réglementation interétatique terminale de compétences non-législatives est ou devient également *dérivée au second degré* de la réglementation interétatique terminale des compétences législatives sous-jacentes.

En second lieu, si toute réglementation antérieure sous-jacente de compétences non-législatives incompatible avec la réglementation interétatique terminale de compétences non-législatives se trouve abrogée lors de l'entrée en vigueur de la législation interétatique, c'est uniquement faute de pouvoir être détachée de la réglementation sous-jacente préexistante de compétences législatives abrogée par la réglementation interétatique terminale principale, c'est-à-dire faute de pouvoir *dériver au second degré* à l'avenir de cette dernière. En d'autres termes, cette abrogation constitue l'accessoire de l'abrogation principale de la réglementation

sous-jacente préexistante de compétences législatives (la réglementation interétatique terminale de compétences non-législatives est alors par conséquent seule applicable).

En troisième lieu, si toute réglementation postérieure sous-jacente de compétences non-législatives est par ailleurs susceptible d'être nulle de plein droit, ceci ne peut être que faute d'avoir été élaborée conformément au cadre nécessaire fixé par la réglementation interétatique terminale principale, faute par conséquent de *dériver au second degré* de celle-ci. En d'autres termes, cette nullité constitue l'accessoire de la nullité principale de la réglementation sous-jacente postérieure de compétences législatives ; sont alors simultanément applicables tant la réglementation interétatique terminale de compétences non-législatives que la réglementation sous-jacente de compétences non-législatives antérieure.

§ 84 - Il vient ainsi d'être démontré que toute réglementation interétatique terminale comporte dès lors systématiquement une délimitation de compétences législatives (au moins à titre principal : par ailleurs, rien n'empêche qu'une réglementation interétatique terminale comporte exclusivement une réglementation expresse de compétences législatives sous-jacentes ; ce cas ne pose aucun problème particulier puisque c'est alors la technique du reconditionnement précédemment détaillée qui est alors applicable). Cette démonstration constitue un élément essentiel de celle qui visait à montrer pourquoi tout consentement législatif interétatique revêt nécessairement une triple dimension substitutive. Il reste alors à préciser certains aspects relatifs aux réglementations interétatiques terminales de compétences législatives intergouvernementales et/ou superétatiques.

d - Le cas des réglementations interétatiques terminales de compétences législatives intergouvernementales et/ou superétatiques

§ 85 - En tout état de cause, il convient de tirer les conséquences minimales à cet égard : d'une part, des substitutions instantanées des réglementations interétatiques primordiales puis secondaires aux réglementations sous-jacentes de compétences législatives, dans toute la mesure où les objets de ces dernières correspondent à ceux respectifs de la première et de la seconde réglementation ; d'autre part et par conséquent, de l'exclusivité absolue consécutive de la première réglementation pour permettre la mutation de la consistance de la délimitation des conditions dans lesquelles peuvent être modifiés la durée et le champ d'application de toutes les réglementations que comporte la législation interétatique (primordiales, secondaires, terminales, éventuellement dérivées) ainsi que la consistance même de la réglementation terminale, et de la seconde réglementation pour permettre de modifier la durée et le champ d'application de toutes les réglementations que comporte la législation interétatique ainsi que la consistance même de la réglementation terminale. En effet, il en résulte en particulier que la validité de toute réglementation interétatique dérivée n'est subordonnée qu'au respect des seules conditions prévues par la réglementation interétatique terminale de compétences législatives intergouvernementales et/ou superétatiques, et donc à aucune condition extérieure, telles celles qui pourraient être alléguées à partir de réglementations sous-jacentes de compétences législatives.

§ 86 - La question peut alors se poser de savoir dans quelles circonstances une réglementation interétatique terminale de compétences législatives intergouvernementales et/ou

superétatiques pourra se substituer aux réglementations sous-jacentes de compétences législatives dont les objets accessoires correspondent aux siens (c'est un autre cas d'« abandon de souveraineté » positif terminal, identique dans son principe aux « abandons de souveraineté » primordiaux et secondaires). Il faut tout d'abord mentionner le cas dans lequel une réglementation interétatique terminale de ce type pose expressément son exclusivité pour réglementer tels objets définis de manière plus ou moins précise : alors, la substitution intervient comme la conséquence immédiate de l'« abandon de souveraineté » secondaire). En dehors de ce cas, il apparaît que cette substitution interviendra uniquement au(x) moment(s) et dans la mesure où la mise en œuvre de la réglementation interétatique terminale concernée aura permis l'entrée en vigueur d'une (ou de) réglementation(s) interétatique(s) dérivée(s), car seule cette dernière peut permettre en effet d'en préciser suffisamment les objets accessoires. Plusieurs précisions doivent être apportées à ce sujet.

1) Tout d'abord et lorsque ces objets accessoires présentent un caractère non-législatif, la question de la portée de cette troisième substitution se pose d'une manière identique à celle qui a été précédemment résolue à propos de la portée de la seconde substitution, exceptées les adaptations nécessaires à la transposition de la problématique dans le cadre présent. C'est pourquoi seuls les résultats de cette démonstration transposée seront maintenant évoqués.

Toute réglementation interétatique dérivée de compétences non-législatives ne peut ainsi constituer que l'accessoire d'une réglementation interétatique dérivée principale des compétences législatives sous-jacentes, destinée à reconditionner les réglementations sous-jacentes de compétences législatives dont les objets non-législatifs correspondent à ceux de la réglementation interétatique dérivée accessoire, dans la perspective de l'application de cette dernière. Les deux principales conséquences de cette troisième substitution, qui intervient alors quelques temps après l'entrée en vigueur de la législation interétatique concernée, sont alors et sans surprise les suivantes.

a) Première conséquence : la réglementation interétatique terminale de compétences législatives intergouvernementales et/ou superétatiques ne bénéficie d'une exclusivité absolue, vis-à-vis des ordres juridiques sous-jacents, que pour déterminer le principe même ainsi que la portée de la perspective dans laquelle sont reconditionnées les réglementations sous-jacentes des compétences législatives dont les objets non-législatifs correspondent à ceux de la réglementation interétatique dérivée accessoire de compétences non-législatives.

b) Seconde conséquence : la troisième substitution en question sape, dans chacun des ordres juridiques sous-jacents, les fondements juridiques des réglementations sous-jacentes dont les objets non-législatifs correspondent à ceux de la réglementation interétatique dérivée accessoire ; c'est-à-dire, en particulier, des réglementations sous-jacentes susceptibles de permettre aux gouvernants concernés d'agir d'une manière qui équivaut objectivement à abroger le principe même ou à réduire la portée de la perspective dans laquelle sont reconditionnées les réglementations sous-jacentes des compétences législatives dont les objets non-législatifs correspondent à ceux de la réglementation interétatique dérivée accessoire de compétences non-législatives. Il en résulte que la substitution de la réglementation interétatique terminale en question entraîne instantanément celle de la réglementation sous-jacente de compétences législatives reconditionnée à la réglementation sous-jacente de compétences législatives antérieure (c'est un « abandon de souveraineté » positif dérivé, caractérisé par sa fonction exclusivement et directement intégratrice) ; alors, la nouvelle réglementation sous-jacente de compétences législatives *dérive fonctionnellement* de

la réglementation interétatique dérivée des compétences législatives sous-jacentes. Les conséquences de cette conception sont *mutatis mutandis* les mêmes que celles développées précédées ; elles ne seront pas pour cette raison rappelées ici.

2) Ensuite et lorsque les objets accessoires en question ont à leur tour trait à une délimitation de compétences législatives intergouvernementales et/ou superétatiques, il est évident que la problématique examinée ci-dessus devra être transposée au niveau pertinent.

§ 86 - Plusieurs précisions doivent maintenant être apportées quel que soit le cas de figure. Tout d'abord, si le maintien - et même d'un certain point de vue l'aggravation de la concurrence des fonctions législatives (une fonction législative intersociale et plusieurs fonctions législatives sous-jacentes) - peut paraître en lui-même contraire à la perspective biologique anti-concurrentielle rappelée ci-dessus, il lui est en réalité conforme compte tenu du renforcement de la validité des compétences susceptible d'en résulter ainsi que de son vocation temporaire et en tout état de cause constamment dégressive. Ensuite et compte tenu du fait que toute réglementation interétatique dérivée principale des compétences législatives sous-jacentes se situe dans un contexte différent de celui de toute réglementation interétatique terminale analogue, ses modalités peuvent se distinguer de celles de cette dernière puisqu'il peut s'agir : soit d'une réglementation interétatique dérivée des compétences législatives sous-jacentes spécifique ; soit de la mise en application spécifique (implicite ou explicite) d'une réglementation interétatique terminale générale des compétences législatives sous-jacentes ; soit d'un système mixte.

§ 87 - La portée minimale de l'objet substitutif du consentement législatif interétatique est en définitive nécessairement et successivement tridimensionnelle, sans pour autant être exclusive d'une ou de plusieurs dimensions supplémentaires : tout consentement législatif interétatique a pour objet minimal trois « abandons de souveraineté ». Il convient maintenant de mettre en évidence un autre aspect de cette portée, celui selon lequel l'objet substitutif du consentement législatif interétatique constitue la base de la technique générale du « pouvoir fédératif » moderne.

2 – La base de la technique générale du « pouvoir fédératif » moderne

L'objet nécessaire de tout consentement législatif interétatique, c'est-à-dire l'effet juridique attendu de l'acte de volonté de n'importe quel législateur interétatique national, consiste donc en la substitution tridimensionnelle minimale des réglementations interétatiques de compétences législatives spécialisées aux réglementations sous-jacentes d'objets, matières, domaines correspondants. Compte tenu de la simple juxtaposition de la technique constitutionnelle interétatique à la technique constitutionnelle interne, il est alors possible de déterminer la technique générale selon laquelle doivent être réparties les compétences législatives interétatiques entre les différents législateurs relevant d'un seul et même ordre national, c'est-à-dire les conditions procédurales fondamentales pour que l'acte de volonté d'un législateur interétatique relevant de tel ordre national produise l'effet juridique recherché. Cette technique générale correspond à un certain nombre de principes généraux marqués par leur spécificité vis-à-vis de la technique constitutionnelle interne et de l'organisation des corps législatifs interétatiques en particulier **(a)**, ce qui justifie d'y voir la source d'un « pouvoir fédératif » moderne **(b)**.

a – La spécificité des principes généraux de toute technique constitutionnelle interétatique

§ 88 - Des développements généraux et particuliers précédents, il résulte que c'est à une logique matérielle qu'obéit la répartition ordinaire des compétences législatives interétatiques, c'est-à-dire la détermination des procédures de participation des gouvernants issus d'un ordre national donné à la délimitation intergouvernementale des compétences législatives spécialisées dans la mesure superétatique et/ou intergouvernementale jugée nécessaire à l'articulation optimale des réglementations interétatiques et/ou internes de compétences législatives spécialisées concernées, autrement dit la détermination des procédures de participation des gouvernants nationaux à l'expression régulière du consentement législatif interétatique national et donc ce faisant aux corps législatifs interétatiques. Elle doit effectivement être en principe réalisée en considération des matières dans lesquelles le consentement des législateurs interétatiques nationaux produira éventuellement, en raison de son objet substitutif, la réalisation plus ou moins simultanée des différentes dimensions du fédéralisme normatif. Plus précisément, les gouvernants nationaux compétents à l'égard de tels objets en application des réglementations sous-jacentes de compétences législatives, ont vocation à être membres des corps législatifs interétatiques dont l'activité est relative à certains de ces objets et de laquelle pourra résulter la substitution à ces dernières réglementations de nouvelles réglementations interétatiques des compétences législatives (primordiales, secondaires, terminales, le cas échéant dérivées), soit en qualité d'autorités diplomatiques soit aux côtés de ces dernières. Plusieurs précisions doivent être apportées concernant les modalités de mise en œuvre de ce principe.

§ 89 - Tout d'abord, compte tenu du fait qu'il s'agit de déterminer les conditions de la participation aux corps législatifs interétatiques des gouvernants relevant d'un seul et unique ordre national, il convient évidemment de ne raisonner que par rapport à celles desdites réglementations sous-jacentes de compétences législatives qui ont un caractère interne. Le principe doit donc être précisé en ce sens que les gouvernants nationaux compétents à l'égard de tels objets en application de la réglementation *interne* des compétences législatives, ont vocation à être membres des corps législatifs interétatiques dont l'activité est relative à certains de ces objets et de laquelle pourra résulter la substitution à cette dernière réglementation de nouvelles réglementations interétatiques des compétences législatives (primordiales, secondaires, terminales, dérivées...), soit en qualité d'autorités diplomatiques soit aux côtés de ces dernières.

§ 90 - Ensuite, il s'agit alors de savoir quel(s) objet(s) d'un projet de législation interétatique déterminé prendre en compte, compte tenu de la multiplicité des réglementations (primordiale, secondaire, terminale, éventuellement dérivée[s]) appelées à se substituer à la réglementation interne des compétences législatives d'objets correspondants.

1) Le problème est le suivant : considérer dans leur totalité les objets d'un projet de législation interétatique déterminé revient à exiger systématiquement la participation des constituants nationaux aux corps législatifs interétatiques, dans la mesure où les réglementations interétatiques primordiales, secondaires, terminales et éventuellement dérivées sont toujours appelées à se substituer dans une certaine mesure à des réglementations

constitutionnelles nationales de compétences législatives internes. Puisque les dimensions primordiale, secondaire, terminale et le cas échéant dérivées du fédéralisme normatif consistent toujours – pour des objets déterminés - en une substitution des réglementations interétatiques des compétences législatives correspondantes à l'ensemble des réglementations sous-jacentes de compétences législatives concernées, le consentement des législateurs interétatiques nationaux entraîne en effet systématiquement une délimitation négative mesurée des compétences législatives des constituants ainsi que de celles délimitées par ces derniers au profit de divers législateurs internes (et ainsi de suite : celles délimitées par ces derniers au profit de législateurs subordonnés, *etc.*). Or la « rigidité » caractéristique de toute procédure de révision constitutionnelle rend évidemment la participation systématique des constituants nationaux aux corps législatifs interétatiques incompatible avec la règle de droit objectif prescrivant l'existence et le fonctionnement effectif d'une fonction législative interétatique destinée à réglementer les conditions d'existence, de persistance et de développement de sociétés interétatiques caractérisées par une certaine expansion qualitative et quantitative.

2) C'est pourquoi doit être en principe proscrite la prise en considération, à titre principal, des objets législatifs du projet de législation interétatique ; seule doit être dès lors retenue en principe la prise en considération, à titre principal, des objets non-législatifs c'est-à-dire des objets dont la délimitation appelle en tout état de cause l'entrée en vigueur de réglementations interétatiques et/ou internes dérivées de la réglementation interétatique terminale ou dérivée principale de compétences législatives sous-jacentes. Le principe doit donc être précisé dans le sens suivant. D'une part, les gouvernants nationaux, dont la compétence à l'égard de tels objets non-législatifs est nécessaire en application de la réglementation interne des compétences législatives, ont vocation à être membres des corps législatifs interétatiques (soit en qualité d'autorités diplomatiques soit aux côtés de ces dernières) appelés à se prononcer sur la réglementation à titre terminal de compétences législatives relatives ne serait-ce qu'à certains de ces objets non-législatifs, et de l'activité desquels pourra résulter la substitution de nouvelles réglementations interétatiques des compétences législatives (primordiales, secondaires, terminales, dérivées...) aux réglementations internes correspondantes. D'autre part, cette vocation est déterminée indépendamment de toute prise en considération des modalités selon lesquelles ladite réglementation interétatique terminale de compétences législatives est en elle-même relative auxdits objets non-législatifs.

3) La vocation des constituants nationaux à participer à l'expression régulière du consentement législatif interétatique national et ce faisant aux corps législatifs interétatiques se trouve ainsi limitée. Les constituants nationaux ne sont nécessairement compétents à l'égard des objets non-législatifs délimités à titre terminal par la Constitution, en application de la réglementation constitutionnelle secondaire interne, que dans la mesure où il est question d'aller à l'encontre de ce que prévoient les dispositions pertinentes des réglementations constitutionnelles terminales internes des compétences non-législatives. La participation des constituants nationaux aux corps législatifs interétatiques se conçoit donc seulement dans les cas où les membres de ces derniers sont appelés à se prononcer sur une réglementation interétatique terminale de compétences législatives relative à des objets non-législatifs dont il est certain que la délimitation entraînera une contrariété avec la réglementation constitutionnelle terminale interne de ces mêmes objets non-législatifs. Cette vocation est alors déterminée indépendamment de toute prise en considération des modalités selon lesquelles ladite réglementation interétatique terminale de compétences législatives est en elle-même relative auxdits objets non-législatifs.

§ 91 - Enfin, il s'agit d'apporter plusieurs précisions relatives à la concrétisation de la vocation définie à travers le principe général précisé ci-dessus.

1) En premier lieu, les objets non-législatifs dont la délimitation a vocation à constituer le cas échéant la réglementation interétatique terminale posent problème dans la mesure où ils peuvent, par suite de leur mise en rapport avec la réglementation interne des compétences législatives, appeler la participation aux corps législatifs interétatiques concernés d'une très grande diversité de gouvernants nationaux. Le principe général objectif du parallélisme entre la répartition des compétences législatives internes et celle des compétences législatives interétatiques devra ainsi voir sa portée positive définie au moyen d'un ensemble de précisions que de multiples et diverses considérations sont susceptibles de motiver. Cette définition correspond en définitive à celle de la répartition ordinaire des compétences législatives interétatiques.

2) En second lieu, il résulte de la vocation définie à travers le principe général précisé ci-dessus que c'est à un titre en tout état de cause accessoire qu'est susceptible d'intervenir la prise en considération d'objets législatifs du projet de législation interétatique, ceux-ci pouvant être considérés tant en eux-mêmes que du point de vue des modalités suivant lesquelles ils (et notamment les réglementations interétatiques terminales de compétences législatives) sont relatifs aux objets non-législatifs susmentionnés. Les conditions de participation des gouvernants nationaux à l'expression régulière du consentement législatif interétatique susceptibles de résulter d'une telle prise en considération ont donc en tout état de cause vocation à déroger à la répartition ordinaire des compétences législatives interétatiques. Il en résulte que c'est exclusivement sur la base et dans les limites d'une prévision expresse de la technique constitutionnelle interétatique que les conditions de participation des gouvernants issus d'un ordre national donné à un corps législatif interétatique *doivent juridiquement* – c'est-à-dire, sous peine d'irrégularité substantielle du consentement législatif interétatique – être le cas échéant adaptées à la prise en considération d'objets législatifs du projet de législation interétatique ; en dehors de l'existence et du cadre éventuel d'une telle prévision de la technique constitutionnelle interétatique, le recours à une telle adaptation – sauf à être expressément prohibé – n'est donc qu'*une question d'opportunité politique sans incidence aucune sur la validité du consentement des législateurs interétatiques nationaux*.

3) En troisième et dernier lieu, il importe de mettre en exergue l'esprit démocratique qui innerve ainsi les principes généraux de toute technique constitutionnelle interétatique, et constitue dès lors le fondement d'une lecture nécessairement souple de la répartition des compétences législatives interétatiques prévue par une constitution nationale donnée.

Il n'existe effectivement aucune différence de nature entre les différentes catégories de législateurs interétatiques nationaux, et en particulier entre les autorités diplomatiques et les autres autorités dont la participation est requise au titre de la validité du consentement législatif interétatique. Les uns et les autres exercent fondamentalement la même fonction fédérative interétatique qui consiste, aux niveaux interétatiques pertinents et d'un commun accord : d'une part à déterminer la mesure superétatique et/ou intergouvernementale dans laquelle la délimitation de compétences législatives spécialisées est nécessaire à l'articulation optimale des réglementations interétatiques et/ou internes de compétences législatives spécialisées concernées ; d'autre part à procéder effectivement à ladite délimitation. Compte tenu aussi de la structure nécessaire de toute compétence législative interétatique, il est indispensable d'admettre le devoir *politique* des législateurs interétatiques nationaux non

diplomatiques de participer aux discussions destinées à déterminer la mesure superétatique et/ou intergouvernementale dans laquelle la délimitation de compétences législatives spécialisées est nécessaire à l'articulation optimale des réglementations interétatiques et/ou internes de compétences législatives spécialisées concernées, à des étapes et selon des modalités qui ne peuvent ici être qu'éminemment variables dans le temps et l'espace.

Cet esprit démocratique constitue effectivement un point fondamental sur lequel Georges Scelle a beaucoup insisté mais qu'il n'a jamais défini de manière plus complète qu'en évoquant « la morale politique qui se dégage de l'attitude du Sénat américain » devant le Traité de Versailles : « Il est inadmissible, il est contraire aux principes démocratiques élémentaires, que le contrôle des représentants de la Nation ne s'exerce qu'après coup et d'une façon absolument fictive sur l'activité diplomatique, que le Gouvernement et l'administration des intérêts extérieurs, c'est-à-dire le ministère des Affaires Étrangères, soient en réalité, en fait, *omnipotents* et *irresponsables* ; qu'alors que les représentants du peuple paraissent si jaloux de contrôler tout ce qui peut compromettre la prospérité de l'État à l'intérieur, 'épluchent' d'aussi près l'administration interne, on les voie se désintéresser presque ostensiblement de ses affaires extérieures, des engagements par lesquels le pays est lié, souvent sans le savoir, des complications où on le jette, parfois avec étourderie, toujours avec mystère. [...] / Sans doute il ne s'agit pas de discuter les négociations politiques sur le forum, ni même de les livrer inconsidérément aux débats publics des assemblées. Mais il faudrait, à tout le moins, que dans chaque Chambre, les Commissions spéciales ne fussent pas des trompe l'œil. Constituées de compétences, sans distinction de partis, en nombre réduit, elles devraient être saisies non seulement des engagements internationaux effectifs, mais être tenues, au jour le jour, au courant des négociations ; exercer non seulement un contrôle 'a posteriori' des résultats obtenus, mais un droit de vue dans les procédés de l'administration technique : être tenues au courant des pourparlers, avoir l'accès aux mystérieux cartons du Quai d'Orsay, posséder la clef des valises diplomatiques. Alors seulement on pourrait parler de démocratie majeure, veillant à ses intérêts vitaux, libérée d'une tutelle dépourvue de sanction »²³⁵.

Cette « morale politique » ne trouve cependant un contexte idéal de réalisation, selon Georges Scelle, que dans un régime de type parlementaire : « [...] le conflit chronique aux États-Unis, en ce domaine, entre le Président et le Sénat, résulte du jeu même de la constitution, de l'absence de régime parlementaire, du fait que le Président est un chef politique, qu'il n'y a pas de responsabilité ministérielle, et, par conséquent, pas de compromis nécessaire entre les deux adversaires ; du fait encore que l'oscillation naturelle de la majorité entre deux grands partis, dans l'intervalle qui sépare les élections présidentielles, aboutit forcément à une désharmonie entre l'exécutif et le législatif ; du fait, enfin, que la participation à l'œuvre diplomatique n'appartient qu'au Sénat, de telle sorte qu'en cette matière l'antagonisme s'accroît, devient aussi irréductible que si la constitution ne prévoyait qu'une seule Chambre. / Les inconvénients du système seraient donc infiniment atténués dans un régime parlementaire, où le caractère impartial du chef de l'État, la responsabilité ministérielle et le

²³⁵ SCELLE, Georges, « Les réserves du Sénat américain », *R.P.P.*, 1^{er} trimestre 1920, pp 342-358, spéc. p 357. En italiques dans le texte. S'il critique alors les très nombreuses réserves émises par le Sénat américain en ce qui concerne la ratification du Traité de Versailles, qui aboutissent à « geler » de nombreuses parties de celui-ci, Georges Scelle estime toutefois que l'attitude du Sénat est dans son principe compréhensible compte tenu du fait que le président Woodrow Wilson a largement tenu celui-ci à l'écart des négociations qu'il a menées d'une manière plutôt personnelle, contrairement à une pratique constitutionnelle bien établie qu'il avait d'ailleurs auparavant critiquée en qualité de professeur de droit.

concours de deux chambres conduiraient nécessairement à des transactions. Dans une constitution comme la nôtre, il pourrait fonctionner avec profit »²³⁶.

§ 92 - Si toute Constitution nationale comporte nécessairement une technique constitutionnelle interétatique, il apparaît en définitive que celle-ci est marquée par sa foncière spécificité, qu'elle doit : d'une part et de manière fondamentale, au principe nécessaire de l'objet substitutif du consentement législatif interétatique ; d'autre part et également, à la singularisation tout aussi nécessaire des modalités générales du consentement législatif interétatique national par rapport aux conditions d'exercice des fonctions législatives internes, de laquelle il résulte que le recours à toute procédure en dehors du cadre établi par la technique constitutionnelle interétatique – sauf à être expressément prohibé - n'est qu'*une question d'opportunité politique sans incidence aucune sur la validité du consentement législatif interétatique national* (cette conséquence n'est pas d'importance secondaire, puisque le cadre ainsi précisé constitue celui dans lequel trouve à jouer la souplesse qu'exige l'esprit démocratique inhérent à toute technique constitutionnelle interétatique dans la mise en œuvre de la répartition des compétences législatives interétatiques).

b – La source d'un « pouvoir fédératif » moderne

§ 93 - La spécificité des principes généraux de toute technique constitutionnelle interétatique a des conséquences très précises du point de vue de la théorie de la séparation des pouvoirs : ce caractère justifie pleinement l'existence d'un authentique « pouvoir fédératif » distinct des autres pouvoirs.

§ 94 - Il faut souligner que la théorie juridique scellienne, sur ce point, se situe à l'opposé de certaines idées d'apparence similaire que John Locke avait, de manière inédite, exposées dans son *Traité du gouvernement civil*²³⁷.

1) Le philosophe anglais avait en effet conçu l'existence d'un pouvoir particulier, nécessaire compte tenu de l'état de nature existant entre les États, recouvrant « le droit de la guerre et de la paix, des ligue, des alliances, de tous les traités qui peuvent être faits avec toutes sortes de communautés et d'États ». Celui-ci était dénommé « *pouvoir fédératif* » mais de manière toute utilitaire : « pourvu qu'on entende la chose, il est assez indifférent de quel mot on se serve pour l'exprimer »²³⁸. Si ce « *pouvoir fédératif* » devait être en principe soumis au « *pouvoir législatif* »²³⁹, ce dernier étant en effet conçu comme « *suprême pouvoir de l'État* »²⁴⁰, John Locke pensait cependant que la portée de cette soumission devait être abandonnée à l'appréciation discrétionnaire des personnes chargées de l'exercer, elles-mêmes

²³⁶ *Idem*, spéc. pp 356-357.

²³⁷ LOCKE, John, *Traité du gouvernement civil*, 1690 – Réédition par GF Flammarion, 1992, 383 pp.

²³⁸ *Idem*, n° 145-146.

²³⁹ *Idem*, n° 153.

²⁴⁰ *Idem*, n° 134 et, plus généralement, le Chapitre XI qui traite « *De l'étendue du Pouvoir législatif* ».

devant par ailleurs exercer le pouvoir exécutif²⁴¹ : « Pour ce qui regarde en particulier le *pouvoir fédératif*, ce pouvoir, soit qu'il soit bien ou mal exercé, est d'une grande conséquence à un État ; mais il est pourtant moins capable de se conformer à des lois antécédentes, stables et positives, que n'est le *pouvoir exécutif* ; et, par cette raison, il doit être laissé à la prudence et à la sagesse de ceux qui en ont été revêtus, afin qu'ils le ménagent pour le *bien public*. En effet, les lois qui concernent les sujets entre eux, étant destinées à régler leurs actions, doivent précéder ces actions-là : mais qu'y a-t-il à faire de semblable à l'égard des étrangers, sur les actions desquels on ne saurait compter ni prétendre avoir aucune juridiction ? Leurs sentiments, leurs desseins, leurs vues, leurs intérêts peuvent varier ; et on est obligé de laisser la plus grande partie de ce qu'il y a à faire auprès d'eux, à la prudence de ceux à qui l'on a remis le *pouvoir fédératif*, afin qu'ils emploient ce pouvoir et ménagent les choses avec le plus de soin pour l'avantage de l'État »²⁴². Il importe de remarquer que c'est en ce qui concerne la conception de la société internationale (dont l'évidente spécificité pour John Locke entraîne, tout aussi « naturellement » d'après lui, celle du pouvoir y intervenant), et des conséquences qui en découlent relativement à la consistance du « *pouvoir fédératif* » et à ses rapports avec le « *pouvoir législatif* » et le « *pouvoir exécutif* », que se situe l'opposition entre les conceptions de l'existence autonome d'un « pouvoir fédératif » successivement adoptées par John Locke et Georges Scelle.

2) Une solide justification théorique peut ainsi être apportée à l'existence autonome d'un authentique « pouvoir fédératif », de sorte qu'il est alors répondu aux questions suscitées par un certain nombre d'idées que Pierre Chailley avait défendues durant l'entre-deux-guerres en se réclamant de celles exprimées par John Locke. Dans sa thèse qui fut en particulier remarquée et critiquée pour son « réalisme » répudiant l'alternative dogmatique entre « monisme » et « dualisme »²⁴³, Pierre Chailley avait en effet mis en évidence que « *le traité est la procédure constitutionnelle suivant laquelle sont créées des normes juridiques communes à plusieurs États* », et posé comme « évidente » cette conséquence selon laquelle, d'après lui, « *le pouvoir de traiter correspond, dans l'ensemble des compétences étatiques, à une fonction propre, originale* »²⁴⁴. Reprises par Germain Watrin comme point de départ de

²⁴¹ *Idem*, n° 148 : « Quoique, comme je l'ai dit, le *pouvoir exécutif* et le *pouvoir fédératif* de chaque société soient réellement distincts en eux-mêmes, ils se séparent néanmoins mal aisément, et on ne les voit guère résider, en un même temps, dans des personnes différentes. Car l'un et l'autre requérant, pour être exercés, les forces de la société, il est presque impossible de remettre les forces d'un État à différentes personnes qui ne soient pas subordonnées les unes aux autres. Que si le *pouvoir exécutif*, et le *pouvoir fédératif*, sont remis entre les mains de personnes qui agissent séparément, les forces du corps politique sous de différents commandements ; ce qui ne pourrait qu'attirer, tôt ou tard, des malheurs et la ruine à un État ». En italiques dans le texte. Si Montesquieu traite du sujet sous l'angle de la « puissance exécutrice des choses qui dépendent du droit des gens » dans son célèbre chapitre intitulé « De la Constitution d'Angleterre », sa conception diffère toutefois sensiblement de celle du philosophe anglais et annonce intuitivement la problématique relative au « droit des gens » que l'esprit lumineux d'Emmanuel Kant explicitera quelques années plus tard ; c'est pourquoi l'étude de l'ouvrage *De l'Esprit des lois* – 1748, Réédition par Gallimard, collection « Folio essais », 1995 (Tome I, Livre XI, Chapitre VI) – sera effectuée ultérieurement, au moment d'aborder l'étude de la philosophie du droit de ce dernier.

²⁴² *Idem*, n° 147. En italiques dans le texte.

²⁴³ CHAILLEY, Pierre, *La nature juridique des traités internationaux selon le droit contemporain*, Paris, Sirey, 1932, 343 pp. En italiques dans le texte. La critique mentionnée est en particulier celle d'André DECENCIÈRE-FERRANDIÈRE, « Considérations sur le droit international dans ses rapports avec le droit de l'État (À propos de deux ouvrages récents) », *R.G.D.I.P.*, 1933, pp 45-70.

²⁴⁴ CHAILLEY, Pierre, *La nature juridique des traités internationaux selon le droit contemporain*, *op. cit.*, spéc. pp 331-334.

ses travaux doctoraux²⁴⁵, ces idées avaient fait l'objet d'une sérieuse critique interne par Fernand Dehousse. Tout en adhérant à la thèse de la spécificité du « *pouvoir fédératif* » en ce qui concerne la conclusion des traités en raison de son « réalisme », l'auteur belge avait suggéré que celle-ci pouvait avoir une autre cause que la définition caractéristique du traité, l'explication des deux auteurs français lui semblant en effet très insuffisante : « Cette conception trouve un fondement dans la pratique de maints États et, entre autres, dans la pratique constitutionnelle française. Aussi sommes-nous disposés à accepter également cette thèse, tout en faisant des réserves cependant sur l'orientation que MM. Chailley et Watrin leur impriment. Nous ne voyons pas pourquoi le caractère propre du pouvoir de traiter serait nécessairement lié au caractère spécial qui est celui du traité dans la théorie de ces auteurs »²⁴⁶. C'est précisément cette lacune en termes de justification théorique que vient combler la réflexion scellienne.

§ 95 - La foncière spécificité de la technique constitutionnelle interétatique vis-à-vis de la technique constitutionnelle interne constitue une démonstration théorique qui peut être opposée, d'une manière convaincante, certes à l'alternative dogmatique entre monisme à primauté du droit interne et monisme à primauté du droit international que la pensée de Hans Kelsen n'a pas peu contribué à diffuser, mais aussi à l'alternative non moins dogmatique entre théorie et réalité sur laquelle insistait en particulier Michel Virally.

1) En premier lieu, la spécificité inhérente à toute technique constitutionnelle interétatique permet de surmonter aisément les incohérences d'un aspect particulier de l'approche kelsénienne des « rapports de système ».

Hans Kelsen considérait qu'une conception selon laquelle toute prévision constitutionnelle relative à la conclusion des traités implique l'obligation de l'État par les traités qu'il conclut, met en œuvre une reconnaissance implicite du droit international par l'ordre juridique interne, et consiste donc en une théorie moniste à primauté du droit interne. Il résulte de cette analyse, d'une part que « si le caractère obligatoire des traités internationaux repose uniquement sur la Constitution, il dépend d'elle qu'elle cesse », et d'autre part que « si on déclare cette rétractation impossible, on s'engage dans la voie de la fiction ; on substitue, en réalité, à la théorie de la primauté de l'ordre étatique une autre théorie qui déclare le droit international obligatoire pour l'État indépendamment de sa volonté »²⁴⁷.

La rigidité formelle de cette réflexion est excessive, à un point tel qu'elle est génératrice de contradictions internes. Si toute prévision constitutionnelle relative à la conclusion des traités implique l'obligation de l'État par les traités qu'il conclut, alors la cessation de cette dernière obligation nécessite la suppression de toutes les règles constitutionnelles relatives à la conclusion des traités. En ce cas, de deux choses l'une : soit la suppression n'empêche pas la conclusion de traités sur le fondement de règles constitutionnelles coutumières qui ne peuvent alors qu'émerger peu à peu, ce qui montre que c'est bien une conception relative – de façon

²⁴⁵ WATRIN, Germain, *Le Pacte de la Société des Nations et la Constitution française. Esquisse d'une étude sur la Constitutionnalité intrinsèque des traités*, Paris, Éditions internationales, 1932, 318 pp, spéc. pp 8-11.

²⁴⁶ DEHOUSSE, Fernand, *La ratification des traités. Essai sur les rapports des traités et du droit interne*, Paris, Sirey, 1935, 224 pp, spéc. p 61.

²⁴⁷ KELSEN, Hans, « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public », *ibid.*, spéc. pp 293-294.

très générale - à la primauté du droit international qui détermine ne serait-ce que l'existence de cette catégorie de règles constitutionnelles ; soit la suppression s'accompagne de la cessation de la conclusion de tous engagements internationaux, mais alors l'État se résume à une bulle interne hermétique pour laquelle la question des « rapports de système » ne se pose même pas. La conclusion kelsénienne dans le sens d'un monisme à primauté du droit interne est battue en brèche dans les deux cas, ce qui est révélateur du caractère artificiel des prémisses de son raisonnement.

En insistant sur le caractère objectif, nécessaire de l'effet juridique produit sous certaines conditions par l'acte de volonté de tout législateur interétatique national, ainsi que sur la distinction corrélative entre la technique constitutionnelle interne et la technique constitutionnelle interétatique, la théorie juridique scellienne permet d'approfondir considérablement l'exploration de la veine ouverte par la première des deux branches de l'alternative précédente ; c'est dire son degré de « réalisme ».

2) En second lieu, la spécificité inhérente à toute technique constitutionnelle interétatique permet de surmonter aisément les problèmes relatifs à la portée internationale des limites constitutionnelles apportées au pouvoir de traiter traditionnellement reconnu au Chef de l'État.

Ces limites sont traditionnellement considérées comme relevant du droit interne, ainsi qu'en témoigne l'article 46 de la Convention sur le droit des traités signée à Vienne le 23 mai 1969 : « 1. Le fait que le consentement d'un État à être lié par un traité a été exprimé en violation d'une disposition de son droit interne concernant la compétence pour conclure des traités ne peut être invoqué par cet État comme viciant son consentement, à moins que cette violation n'ait été manifeste et ne concerne une règle de son droit interne d'importance fondamentale./ 2. Une violation est manifeste si elle est objectivement évidente pour tout État se comportant en la matière conformément à la pratique habituelle et de bonne foi »²⁴⁸. Or, cette conception n'est manifestement pas compatible avec le principe *Pacta sunt servanda*, au point de justifier en effet une restriction de sa portée, comme le montrent les articles 26 et 27 de la Convention du 23 mai 1969 : « Tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi » ; « Une partie ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité. *Cette règle est sans préjudice de l'article 46* »²⁴⁹. La spécificité inhérente à toute technique constitutionnelle interétatique signifie que, si cette dernière présente bien un caractère incontestablement unilatéral du point de vue du droit international, elle n'en demeure pas moins du droit interétatique qui détermine dès lors logiquement les conditions de validité du consentement législatif interétatique, c'est-à-dire du consentement à être lié par un droit interétatique de forme conventionnelle. La difficulté précédemment relevée trouve ainsi sa source dans l'assimilation trop systématique de ce qui relève d'une action unilatérale à ce qui relève d'une action sur le plan interne, laquelle s'avère injustifiée : il n'a par exemple jamais été soutenu que la suspension étatique de l'exécution d'un traité, acte unilatéral, constitue un acte de droit interne, ou bien que les règles constitutionnelles concernées puissent être mises en œuvre sur un terrain strictement interne.

Bien plus, la spécificité inhérente à la technique constitutionnelle interétatique – qui est une spécificité matérielle – justifie la spécificité formelle qui doit être celle de sa présentation au

²⁴⁸ Convention sur le droit des traités, faite à Vienne le 23 mai 1969, *Recueil des Traités des Nations Unies*, volume n° 1155, pp 331 et s.

²⁴⁹ Mis en italiques pour les besoins de la démonstration.

sein d'une Constitution nationale, spécificité formelle indispensable aux autres membres des futurs corps législatifs interétatiques pour prendre connaissance des règles concernées, pouvoir dès lors constater eux-mêmes l'éventuelle méconnaissance de ces dernières et en tirer le cas échéant les conséquences. Or cette exigence formelle traditionnellement indispensable à la notoriété des limites constitutionnelles susmentionnées, et donc à leur « effet international » pour reprendre une expression fréquente dans la doctrine classique, est tout aussi traditionnellement distincte de la conception des règles constitutionnelles concernées comme étant du droit interne et se justifie alors pour des raisons éminemment et exclusivement pratiques²⁵⁰. Que cette exigence formelle découle logiquement de la théorie juridique scellienne montre bien dès lors à quel degré élevé de réalisme cette dernière peut prétendre.

§ 96 - Parce qu'il est le principe structurant de la technique constitutionnelle interétatique, et parce que celle-ci figure au nombre des éléments nécessaires du droit constitutionnel national, le principe du fédéralisme normatif ou principe de l'objet substitutif de tout consentement législatif interétatique constitue dès lors un élément inhérent à toute Constitution nationale. Manifestation de la contrainte du dédoublement fonctionnel qui s'exerce à propos de la réalisation du devoir fédératif, cette conclusion doit maintenant être située dans un cadre intellectuel plus vaste. En effet, il s'avère que celle-ci répond à une nécessité plus générale qu'Emmanuel Kant avait mise en évidence dès la fin du XVIII^e siècle, sans toutefois être parvenu à y donner suite sur le plan des idées. Ainsi pourront être dégagées, sur le terrain des principes fondamentaux du droit constitutionnel positif (puisque ce n'est rien moins que sur une certaine interprétation de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 que s'appuie le philosophe de Königsberg), les interprétations qui correspondent au principe et à la technique du fédéralisme normatif.

²⁵⁰ BASDEVANT, Jules, « La conclusion et la rédaction des traités et des instruments diplomatiques autres que les traités », *R.C.A.D.I.*, 1926-V, volume n° 15, pp 535-643, spéc. p 581.

Section 3

La portée conceptuelle : une réponse à la nécessité de principes constitutionnels également fondateurs du « droit politique » et du « droit des gens »

§ 97 - Le caractère nécessaire à toute Constitution nationale du principe et de la technique du fédéralisme normatif ayant ainsi été démontré sur le plan de la théorie juridique scellienne, il importe de souligner que ce raisonnement s'inscrit dans la continuité de la philosophie du droit qu'Emmanuel Kant avait élaborée au cours du XVIII^e siècle.

1) En effet, ce dernier en était arrivé à démontrer que les principes fondateurs du « droit des gens » ne pouvaient être différents des principes constitutionnels fondateurs du « droit politique » ou droit constitutionnel (ces derniers correspondant pour Emmanuel Kant à une interprétation précise de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789), mais sans pour autant parvenir à en définir l'interprétation idoine. Or, le caractère nécessaire à toute Constitution nationale du principe et de la technique du fédéralisme normatif signifie bien que le concept de Constitution détermine l'existence du droit constitutionnel aussi bien que celle du droit international, mais ne permet pas pour autant de déterminer immédiatement les interprétations correspondantes du point de vue des principes fondamentaux du droit constitutionnel positif. Les deux conceptions ont donc tout à gagner à leur rapprochement : ce qui demeurait problématique au XVIII^e siècle reçoit objectivement une réponse plus d'un siècle après, et ce qui ne pouvait être déterminé dans le seul XX^e siècle s'éclaire au vu des sources de la problématique formulée alors que s'achevait le siècle des Lumières.

2) De plus, rien ne paraît s'opposer au rapprochement des deux conceptions, même pas le fait que Georges Scelle ait probablement ignoré qu'il traçait une route dont le plan avait déjà été dressé par Emmanuel Kant. Le juridisme de la manière de raisonner propre à Emmanuel Kant d'une part, le caractère objectif que Georges Scelle assignait aux principes et techniques juridiques mis en évidence à partir de raisonnements expérimentaux d'autre part, constituent effectivement deux justifications différentes d'une même manière causaliste de penser. Dans la mesure où les deux auteurs partagent un objet commun, ici l'identité des principes constitutionnels fondateurs du « droit politique » et du « droit des gens », leurs raisonnements et conclusions peuvent et peut-être même doivent être rapprochés.

3) Par ailleurs, l'intérêt de ce rapprochement est considérable puisqu'en permettant de dégager les interprétations correspondant au principe et à la technique du fédéralisme normatif sur le terrain des principes fondamentaux du droit constitutionnel positif, il ne rend rien moins que comparables les diverses positions exprimées au cours des grands débats constitutionnels qui sont survenus en la matière (notamment après la Seconde Guerre Mondiale), et ouvre ainsi la voie à une compréhension particulièrement fine de ceux-ci.

§ 98 - Il importe donc de justifier précisément en quoi le caractère nécessaire à toute Constitution nationale du principe et de la technique du fédéralisme normatif, démontré sur le plan de la théorie juridique scellienne, constitue une réponse à la nécessité de principes constitutionnels également fondateurs du « droit politique » et du « droit des gens », nécessité dont le principe avait été mis en évidence par Emmanuel Kant. C'est ce qui sera entrepris en

exposant d'abord la problématique à laquelle aboutit la philosophie juridique de ce dernier (I), puis en voyant que la théorie juridique scellienne permet d'y répondre sur le terrain de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 qu'avait choisi le philosophe de Königsberg (II).

I – La nécessité problématique de fonder le « droit des gens » sur la République selon Emmanuel Kant

Il est indispensable de préciser en premier lieu que la réflexion développée par Emmanuel Kant relativement au « droit des gens » constitue un élément d'une philosophie du droit qui constitue la pierre angulaire de l'unité de sa philosophie (A). Il sera alors possible de mettre en évidence la nature républicaine du fondement nouménal du « droit des gens » (B), puis de montrer en conséquence la problématique suscitée par l'approfondissement du concept républicain du point de vue de la conception de ce fondement (C).

A – La fonction systématisante de la philosophie du droit d'Emmanuel Kant

§ 99 - La philosophie du droit occupe une place on ne peut plus éminente dans l'œuvre du philosophe de Königsberg : c'est elle qui permet précisément de réunir en un même système sa philosophie théorique - développée dans la *Critique de la raison pure*²⁵¹ - et sa philosophie pratique - développée dans la *Critique de la raison pratique*²⁵² - dans le prolongement des réflexions au sujet de cette unité que la *Critique de la faculté de juger* avait vocation à exposer²⁵³. Le statut ainsi donné à la philosophie du droit mérite que l'on s'y arrête le temps nécessaire.

§ 100 - Dans sa *Critique de la raison pure*, Emmanuel Kant expose ce que recouvrent d'après lui les conditions - dites transcendantales - de la connaissance de la nature, de l'univers, c'est-à-dire des phénomènes : *que puis-je savoir ?*

1) Certes, « toute notre connaissance commence avec l'expérience, il n'y a là aucun doute ». Cette expérience recouvre l'ordonnement - par comparaison, liaison et séparation - des représentations produites par les « objets qui frappent nos sens » (des « intuitions »), c'est-à-dire recouvre le travail de la raison - de « l'entendement » - sur les produits de notre « sensibilité » pour aboutir en définitive à un ordre de « concepts empiriques ». La raison, l'entendement correspondent exactement à ce pouvoir d'ordonner c'est-à-dire d'établir les règles²⁵⁴.

²⁵¹ KANT, Emmanuel, *Critique de la raison pure*, Paris, Gallimard, collection « Folio-Essais », 1980, 1018 pp (comprend la première édition de la *Kritik der reinen Vernunft* – 1781 – ainsi que la seconde – 1787).

²⁵² KANT, Emmanuel, *Critique de la raison pratique*, Paris, GF Flammarion, 2003, 473 pp (comprend la première édition de la *Kritik der praktische Vernunft*, 1788).

²⁵³ KANT, Emmanuel, *Critique de la faculté de juger*, Paris, GF Flammarion, 2000, 540 pp (comprend la première édition de la *Kritik der Urteilskraft*, 1790).

²⁵⁴ KANT, Emmanuel, *Critique de la raison pure*, *op. cit.*, spéc. p 64.

2) Or, la représentation que nous avons de toute expérience implique nécessairement – de droit – que nous appréhendons la nature comme une totalité organisée de manière systématique, susceptible d’être pensée d’après les règles de comparabilité des phénomènes, de divisibilité des phénomènes en espèces, et de continuité des concepts empiriques. En d’autres termes, la possibilité de toute expérience est déterminée - réglée - par cette conception de la nature, laquelle ne peut être produite par le travail de l’entendement sur les produits d’une sensibilité, puisque jamais celle-ci ne pourra être frappée par la totalité de la nature. Cette conception de la nature ne peut ainsi pas relever du domaine de l’expérience, il s’agit donc nécessairement d’un concept *a priori* - un « principe », encore appelé « noumène » - qui témoigne plus généralement de la possibilité de subsumer tous concepts empiriques sous des « principes » dont la connaissance ne peut résulter que d’un travail de la « raison pure » (théorique, spéculative) c’est-à-dire de l’entendement excluant toute référence empirique.

3) En définitive, cette conception de la nature constitue l’*Idée régulatrice* (qui a pour fonction de régler, c’est-à-dire de déterminer) de la faculté de connaître dont disposent les êtres humains : la connaissance de la nature *exige* de penser que tout phénomène auquel nous sommes sensibles (le conditionné) et que nous cherchons à subsumer sous un concept empirique est fondamentalement l’effet – c’est-à-dire est causé, conditionné par - un « principe » (la condition) dont il revient à la seule « raison pure » de mettre en évidence la consistance et les critères d’application. Il faut à cet égard préciser qu’il y a « jugement déterminant » lorsque le sujet maîtrise le concept empirique et/ou le « principe » auquel il rapporte un phénomène qui a frappé sa sensibilité, et « jugement réfléchissant » lorsque le sujet cherche à rapporter ce phénomène à un concept empirique et/ou à un principe dont la consistance et les critères d’application ne sont pas bien définis, ce qui lui impose de procéder *comme si* le produit de sa sensibilité était l’effet du concept empirique ou du noumène déterminé que la raison empirique ou théorique se donne alors de manière au moins momentanée.

§ 101 - Dans sa *Critique de la raison pratique*, Emmanuel Kant se penche sur un problème essentiel dans la perspective de la réponse à apporter à la question *Que puis-je savoir ? : Que dois-je faire ?*

1) Ce ne sont donc plus les conditions de la connaissance de la nature qu’il s’agit pour le philosophe de Königsberg de sonder en priorité ; dans ses rapports avec les phénomènes, la raison fondée sur l’*Idée régulatrice* est conçue comme une fonction révélatrice du déterminisme dont ceux-ci constituent la manifestation. Il s’agit désormais pour lui d’étudier les conditions de la détermination de la volonté, celle-ci étant définie comme le « pouvoir, soit de produire des objets correspondant aux représentations, soit, tout au moins, de se déterminer soi-même à effectuer cela (que le pouvoir physique soit, en l’occurrence, suffisant ou non), c’est-à-dire de déterminer sa causalité »²⁵⁵. L’objet de l’étude est donc la fonction de la raison dans son rapport avec les fins, qu’il s’agisse de « maximes » ou de « lois pratiques ». Ces dernières sont des « propositions renfermant une détermination générale de la volonté, détermination dont dépendent plusieurs règles pratiques », « propositions » dans le premier cas « subjectives [...] lorsque la condition n’est regardée par le sujet comme valable que pour

²⁵⁵ KANT, Emmanuel, *Critique de la raison pratique*, op. cit., spéc. p 103.

sa volonté », dans le second cas « objectives [...] lorsque cette condition est reconnue [...] comme valable pour la volonté de tout être raisonnable »²⁵⁶.

2) Emmanuel Kant marque bien la différence entre l'ordre des fins et l'ordre de la connaissance de la nature : si toute expérience cognitive *doit* être pensée comme la déclinaison particulière de purs concepts de la raison, toute fin empirique, compte tenu de sa dimension normative, n'est en revanche pas subsumable sous une loi universelle de la raison²⁵⁷. C'est donc seulement la raison pure qui doit être considérée comme pratique, c'est-à-dire capable de fixer les fins et donc à ce titre « immédiatement législatrice » et seulement déterminée (conditionnée) « *par la simple forme de la loi* »²⁵⁸. C'est ce que traduit la célèbre « loi fondamentale » de la raison pratique : « Agis de telle sorte que la maxime de ta volonté puisse toujours valoir en même temps comme principe d'une législation universelle »²⁵⁹. Cette « loi fondamentale de la raison pratique pure » ne correspond à rien d'autre qu'à la loi universelle de la liberté, qui n'est absolument pas spéculative comme l'Idée régulatrice sur laquelle est fondée la raison théorique pure mais, tout au contraire, constitutive : c'est en se fixant à lui-même des « maximes » du type de celles visées par la « loi fondamentale » qu'un être raisonnable se constitue lui-même en tant qu'être libre, et c'est en agissant suivant celles-ci qu'il déclare au monde sa liberté (c'est-à-dire sa propre constitution en tant qu'être libre)²⁶⁰. En définitive, cette conception de la liberté constitue la *Loi universelle* de la faculté de désirer dont disposent les êtres humains : la détermination de la volonté repose sur l'exercice de la liberté, qui a une dimension constitutive.

§ 102 - La succession de la *Critique de la raison pure* et de la *Critique de la raison pratique* posait à Emmanuel Kant la question du système de sa philosophie : philosophie théorique et philosophie pratique relèvent-elles d'un même ensemble, ou bien forment-elles deux ensembles distincts ?

1) Cette question est latente dans le second ouvrage, lorsque le philosophe de Königsberg insiste sur l'irréductible différence de perspective existant entre les deux philosophies en question²⁶¹. Les actions humaines relèvent en effet de la philosophie pratique du point de vue de la détermination de la volonté de leur auteur, et de la philosophie théorique du point de vue des manifestations de volonté. Dès lors, comment devoir considérer un phénomène humain comme l'effet d'une cause dont l'objectivité est celle du concept pur déterminant, tout en pouvant considérer celui-ci comme l'effet d'une cause dont l'objectivité est celle de la spontanéité caractéristique de l'autoconstitution d'un sujet comme être libre (c'est-à-dire en tant qu'homme) et de la déclaration au monde de celle-ci par celui-ci ? La question se ramène en définitive à savoir comment considérer que l'indétermination

²⁵⁶ *Idem*, spéc. p 109.

²⁵⁷ *Idem*, spéc. p 104 : « L'usage de la raison pure, s'il est entendu qu'il y a une telle raison, est seul immanent ; en revanche, l'usage empiriquement conditionné, qui s'arroge le pouvoir absolu, est transcendant et se manifeste par des exigences et des commandements qui dépassent tout à fait son domaine, ce qui constitue précisément la situation inverse de celle que l'on pouvait constater à propos de la raison dans son usage spéculatif ».

²⁵⁸ *Idem*, spéc. p 127. En italiques dans le texte.

²⁵⁹ *Idem*, spéc. p 126.

²⁶⁰ *Idem*, spéc. pp 128-132.

²⁶¹ *Idem*, spéc. pp 145-147.

principielle de la liberté puisse déterminer un phénomène de la nature, c'est-à-dire à préciser comment se fait l'Histoire.

2) Avec la *Critique de la faculté de juger*, Emmanuel Kant opère pour résoudre cette question un syncrétisme entre la *Critique de la raison pure* et de la *Critique de la raison pratique*, en estimant que la clé de son système philosophique réside dans le jugement réfléchissant téléologique. La base du syncrétisme constitue alors le jugement réfléchissant de la première *Critique*, c'est-à-dire l'*absolue nécessité* pour le sujet de rapporter un phénomène de la nature à une cause purement conceptuelle dont la consistance et les critères d'application ne sont pas bien définis, en *ne pouvant procéder* pour ce faire que *comme si* le produit de sa sensibilité était l'effet du concept que la raison se donne au moins momentanément alors. Cette base se trouve cependant modifiée dans la mesure où la seconde *Critique* aboutit - dans la troisième *Critique* - à donner un caractère téléologique au jugement réfléchissant, c'est-à-dire à modifier la perspective de la première *Critique* compte tenu du caractère normatif et non pas cognitif de la raison pratique. Ce caractère ne permet effectivement pas de caractériser la nature par sa légalité (son déterminisme) mais au contraire par sa seule finalité : le jugement réfléchissant téléologique recouvre ainsi la *simple capacité* du sujet à rapporter un phénomène humain à une cause essentiellement finale, l'activité de ce sujet lui *permettant* alors de procéder *comme si* le produit de sa sensibilité était l'effet de cette causalité finale.

§ 103 - La *Critique de la faculté de juger* assure donc la systématisme des philosophies théorique et pratique développées dans les deux premières *Critiques*, dans la mesure où la double relevance théorique et pratique des actions humaines se traduit en définitive par le pouvoir de considérer un phénomène humain comme l'effet d'une cause dont l'objectivité est celle de la spontanéité caractéristique de l'autoconstitution d'un sujet comme être libre (c'est-à-dire en tant qu'homme) et de la déclaration au monde de celle-ci par celui-ci. Deux éléments doivent être précisés à ce sujet.

1) En premier lieu, c'est ce qu'Emmanuel Kant signifie en désignant l'homme comme étant la « fin dernière de la nature » : « En tant [que l'homme] est le seul être sur terre qui possède un entendement, par conséquent un pouvoir de se proposer arbitrairement des fins, il est assurément celui à qui revient le titre de seigneur de la nature et, si l'on considère celle-ci comme un système téléologique, il est quant à sa destination la fin dernière de la nature [...] »²⁶². C'est exactement ce qu'il précise en exposant que « seule la culture peut être la fin dernière que l'on a des raisons d'attribuer à la nature vis-à-vis de l'espèce humaine », « culture » qu'il définit comme « la production de l'aptitude d'un être raisonnable à de quelconques fins en général (résidant par conséquent dans sa liberté) », c'est-à-dire d'un être libéré des chaînes que tendent à devenir très facilement les « pulsions que la nature nous avait données simplement en guise de fils conducteurs pour que nous ne négligions pas en nous la destination correspondant à l'animalité ou que nous n'y portions pas atteinte »²⁶³.

²⁶² KANT, Emmanuel, *Critique de la faculté de juger*, op. cit., spéc. p 428. Le philosophe de Königsberg reprend et approfondit ainsi les conceptions qu'il avait succinctement exposées auparavant dans son *Idee d'une histoire universelle au point de vue cosmopolitique*, Paris, Bordas, 1988, collection « Les Œuvres philosophiques » (traduction de son article « Idee zu einer allgemeinen Geschichte in weltbürgerlicher Absicht », *Berlinische Monatsschrift*, novembre 1784).

²⁶³ *Idem*, spéc. p 429.

2) En second lieu, Emmanuel Kant achève son système philosophique en explicitant le fondement nouménal de ce jugement réfléchissant téléologique. Si l'homme peut ainsi être pensé comme « fin dernière de la nature », ce n'est qu'à la condition de supposer que l'homme est « la fin finale de l'existence d'un monde, c'est-à-dire de la création elle-même » : « [...] à propos de l'homme (et ainsi de tout être raisonnable) comme être moral, on ne peut poser à nouveau la question de savoir pourquoi (*quem in finem*) il existe. Son existence contient en soi la fin suprême [dernière] à laquelle, autant qu'il lui est possible, il peut soumettre la nature tout entière, ou du moins vis-à-vis de laquelle il ne lui est pas permis de se tenir pour soumis à une quelconque influence de la nature. Si, dans ces conditions, certaines choses du monde, en tant qu'êtres dont l'existence dépend d'autre chose, requièrent une cause suprême [dernière] agissant selon des fins, c'est l'homme qui est la fin finale de la création ; car, sans lui, la chaîne des fins subordonnées les unes aux autres ne serait pas complètement fondée ; et c'est uniquement en l'homme, mais même en lui seulement comme sujet de la moralité, que se peut rencontrer la législation inconditionnée à l'égard des fins, laquelle le rend donc capable, lui seul, d'être une fin finale à laquelle la nature tout entière est téléologiquement subordonnée »²⁶⁴.

§ 104 - Emmanuel Kant se pose alors tout à fait logiquement la question de savoir quelles sont les conditions qui permettraient plus particulièrement de considérer un phénomène humain comme l'effet de cette cause dernière en laquelle consiste la « culture », c'est-à-dire comme un progrès de la culture. C'est précisément ici que s'amorce sa philosophie du droit : « La condition formelle sous laquelle seulement la nature peut atteindre cette intention finale qui est la sienne réside en cette constitution, dans le rapport des hommes entre eux, où, au préjudice que se portent les uns aux autres les libertés en conflit, est opposée une puissance légale dans un tout qui s'appelle *société civile* ; car c'est uniquement en elle que se peut accomplir le plus grand développement des dispositions naturelles [de la culture]. Reste toutefois que, pour une telle constitution, quand bien même les hommes seraient assez intelligents pour la découvrir et assez sages pour se soumettre volontairement à sa contrainte, serait requis en outre un tout *cosmopolite*, c'est-à-dire un système de tous les États qui courent le risque de se nuire réciproquement »²⁶⁵. Il est désormais possible d'insister sur la source républicaine du fondement nouménal du « droit des gens », fondement qu'Emmanuel Kant désigne sous le nom d'« état fédératif ».

B – La nature républicaine du fondement nouménal du « droit des gens »

§ 105 - C'est avec son article généralement présenté sous le titre de *Théorie et pratique* qu'Emmanuel Kant, en prolongeant sa réflexion relative au jugement réfléchissant téléologique, amorce une conceptualisation de la République dont il se sert comme une véritable rampe de lancement pour celle du « droit des gens »²⁶⁶. Ses travaux postérieurs

²⁶⁴ *Idem*, spéc. pp 432-434. En italiques dans le texte.

²⁶⁵ *Idem*, spéc. p 430. En italiques dans le texte. Le philosophe de Königsberg reprend ainsi, mais sans guère les approfondir cependant, certaines des conceptions qu'il avait succinctement exposées auparavant dans son *Idée d'une histoire universelle au point de vue cosmopolitique*, *op. cit.*

²⁶⁶ KANT, Emmanuel, « Sur le lieu commun : il se peut que cela soit juste en théorie, mais en pratique, cela ne vaut rien », *Théorie et pratique*, Paris, GF Flammarion, 2006, pp 43-93 (traduction d'un article paru dans la *Berlinische Monatsschrift* en septembre 1794), spéc. pp 90-91.

confirment cette entreprise de conceptualisation : si la réflexion demeure à l'état embryonnaire dans *Théorie et pratique*, elle se trouve en revanche bien développée à partir de l'opuscule *Vers la paix perpétuelle*²⁶⁷. Tels sont les éléments sur lesquels il importe de s'arrêter.

§ 106 - Les éléments fondamentaux de la conception kantienne de la République procèdent de la question qu'appelle le principe du jugement réfléchissant téléologique : quand considérer une action humaine comme un progrès de la culture, c'est-à-dire comme l'effet d'une cause dont l'objectivité est celle de la spontanéité caractéristique de l'autoconstitution d'un sujet comme être libre (c'est-à-dire, en tant qu'homme) et de la déclaration au monde de celle-ci par celui-ci ? Compte tenu de l'inévitable conflit des libertés livrées à elles-mêmes, la réponse à cette question suppose que chacun dispose des mêmes possibilités simplement optimales de réaliser et de déclarer son autoconstitution comme être libre (comme homme), c'est-à-dire suppose *l'existence* des droits publics correspondants. Cette disposition exige des sujets concernés qu'ils veuillent former entre eux et veuillent se rassembler en vue de procéder à la formation d'une communauté précisément destinée à garantir extérieurement celle-ci à chacun. Cette fin consistant à devoir faire de la liberté de chacun une chose fondamentalement publique, c'est-à-dire à ne plus la considérer comme une chose exclusivement privée, constitue alors « le premier devoir inconditionné dans tous les rapports extérieurs en général des hommes qui ne peuvent s'empêcher de parvenir à s'influencer réciproquement »²⁶⁸. La conception kantienne de la République s'est en conséquence déclinée tout d'abord en deux aspects successifs.

1) En premier lieu, la fin en question cause d'après Emmanuel Kant le concept nouménal de « contrat originnaire », *contractus originarius* ou *pactum sociale*, c'est-à-dire « la coalition de toutes les volontés particulières et privées dans un peuple en vue de former une volonté commune et publique (en vue d'une législation simplement juridique) »²⁶⁹. Cette constitution purement nouménale du peuple correspond à la fondation d'un « état civil » (*constitutio civilis, status civilis*), c'est-à-dire à la publicisation fondamentale de la liberté de chacun à travers la reconnaissance publique hypothétique par chaque associé : d'une part, de la liberté de chaque membre de la société (en tant qu'homme) ; d'autre part, de la « dépendance de tous envers une unique législation commune (comme sujets) » ; enfin, de l'égalité de tous en tant que citoyens²⁷⁰. Cette constitution purement nouménale du peuple correspond dès lors à la constitution purement nouménale de la République.

²⁶⁷ KANT, Emmanuel, *Vers la paix perpétuelle – Esquisse philosophique*, Paris, GF, Flammarion, 2006, pp 73-131 (traduction de l'opuscule *Zum ewigen Frieden : ein philosophischer Entwurf*, Königsberg, Nicolovius, 1795), spéc. pp 83-93.

KANT, Emmanuel, *Métaphysique des mœurs*, Paris, GF Flammarion, 1994, 411 pp – en particulier les « Principes métaphysiques de la doctrine du droit, pp 7-207 » (traduction de l'ouvrage *Metaphysik der Sitten*, 1797).

²⁶⁸ KANT, Emmanuel, « Sur le lieu commun : il se peut que cela soit juste en théorie, mais en pratique, cela ne vaut rien », *ibid.*, spéc. p 63.

²⁶⁹ *Idem*, spéc. p 73.

²⁷⁰ KANT, Emmanuel, *Vers la paix perpétuelle – Esquisse philosophique*, *op. cit.*, spéc. p 84. En italiques dans le texte. Les trois aspects de l'état civil y sont précisés par rapport à la présentation qui en avait été primitivement faite dans l'article « Sur le lieu commun : il se peut que cela soit juste en théorie, mais en pratique, cela ne vaut rien », *ibid.*, spéc. pp 64-65.

2) En second lieu, Emmanuel Kant conclut de cette réflexion que tout pouvoir de réaliser une « Constitution légale » (*pactum unionis*) – loi positive instituant un État (*civitas*) – ou plus généralement tout pouvoir législatif, doit être considéré comme déterminé par cette cause conditionnée en laquelle consiste le concept pur finalisé de « contrat originaire ». Ce dernier « est une *simple Idée* de la raison, qui a pourtant une réalité pratique indubitable : en effet elle oblige chaque législateur à légiférer comme si les lois avaient pu émaner de la volonté unie d'un peuple tout entier, et elle oblige chaque sujet, dans la mesure où il veut être citoyen, à se regarder comme ayant participé à l'accord général d'une telle volonté. Car c'est là la pierre de touche de la conformité au droit d'une telle loi publique. Si, en effet, la nature de cette loi est telle qu'il est *impossible* à un peuple tout entier de donner son accord (par exemple, une loi selon laquelle une certaine classe de *sujets* possède le privilège héréditaire d'être *nobles*), alors elle n'est pas juste [c'est-à-dire, ne garantit pas des possibilités optimales d'autoconstitution en tant qu'homme et de déclaration de celle-ci] ; inversement il *suffit* qu'il soit *possible* que le peuple donne son accord à une loi pour que ce soit un devoir de la considérer comme juste, à supposer même que le peuple soit actuellement dans une situation et un état d'esprit tels que, si on le lui demandait, il refuserait vraisemblablement de donner son consentement »²⁷¹.

2) Le « salut public » reposant ainsi entièrement sur la « Constitution légale »²⁷², il est nécessaire de considérer une action humaine comme un progrès de la culture - c'est-à-dire comme l'effet d'une cause dont l'objectivité est celle de la spontanéité caractéristique de l'autoconstitution d'un sujet comme être libre (c'est-à-dire, en tant qu'homme) et de la déclaration au monde de celle-ci par celui-ci - dès lors que l'action humaine en question s'avère respecter le domaine des possibilités d'autoconstitution du sujet comme homme et de déclaration de celle-ci (des fins) prévu par la Constitution légale et les lois adoptées conformément à elle. Le jugement réfléchissant téléologique se trouve en définitive entièrement conditionné par un jugement de type juridictionnel.

§ 107 - La réflexion d'Emmanuel Kant sur le fondement nouménal du « droit des gens » résulte de ce que la constitution nouménale de la République implique que le « droit des gens » en question soit un « droit de la paix ».

1) Il faut dans cette perspective préciser que si tout pouvoir législatif doit être considéré comme l'effet du concept pur et final de contrat originaire, cela ne vaut pas seulement du point de vue intérieur, c'est-à-dire afin que puisse être déterminé ce qui est « juste » entre citoyens (ce que recouvrent les possibilités vraiment optimales d'autoconstitution en tant qu'homme et de déclaration de celle-ci). Cela vaut également du point de vue extérieur, afin que puisse être déterminé – d'une manière ou d'une autre, à ce stade du raisonnement - ce qui est « juste » vis-à-vis des autres peuples, c'est-à-dire ce que recouvrent les possibilités optimales d'autoconstitution d'un ensemble d'individus en tant que peuple (libre, par principe) et de déclaration de celle-ci, c'est-à-dire afin que puisse être déterminé le « droit des gens ». Or ce « juste » ne peut en tout état de cause être conçu dans « l'état de guerre » caractéristique des relations entre États, lequel recouvre non seulement les « hostilités » déclarées mais aussi le « danger permanent » d'éclatement de celles-ci. Bien au

²⁷¹ KANT, Emmanuel, « Sur le lieu commun : il se peut que cela soit juste en théorie, mais en pratique, cela ne vaut rien », *ibid.*, spéc. p 73.

²⁷² *Idem*, spéc. p 74.

contraire, ce « juste » ne peut être déterminé que sur le fondement de « l'état de paix », à l'institution duquel il est dès lors nécessaire de procéder en théorie²⁷³.

2) La constitution nouménale de la République recouvre donc également les conditions, relatives à l'institution de « l'état de paix », de la détermination de ce en quoi consistent les possibilités optimales d'autoconstitution d'un ensemble d'individus en tant que peuple (libre, par principe) et de déclaration de celle-ci, c'est-à-dire de la détermination du « droit des gens » : Emmanuel Kant est très clair à ce sujet, lorsqu'il précise par exemple qu'une République légale, « par nature, *doit* incliner à la paix perpétuelle »²⁷⁴ ; c'est en ce sens que le concept pur et final de République implique que le « droit des gens » soit constitué en tant que « droit de la paix ».

§ 108 - Quelles sont les conditions - relatives à l'institution de « l'état de paix » - de la détermination du « droit des gens », que recouvre notamment la constitution nouménale de la République ? Le philosophe de Königsberg estime à cet égard que puisque l'État républicain « se forme et se conserve lui-même d'après des lois de la liberté »²⁷⁵, sa principale caractéristique extérieure réside dans le principe d'indépendance, lequel n'implique pas nécessairement que « ces États puissent se soumettre (comme des hommes à l'état de nature) à des lois publiques et à leur contrainte »²⁷⁶. C'est dire que le concept pur et final de contrat originaire n'est pas transposable tel quel dans l'ordre des relations entre peuples, de sorte qu'il ne peut y avoir à ce niveau d'« état civil » complet : certes, la constitution nouménale de la République a pour effets les principes de liberté et d'égalité de chaque peuple (les peuples sont donc de ce point de vue dans une situation analogue à celle de l'homme et du citoyen dans l'état civil), mais elle ne peut en revanche constituer la cause d'une quelconque reconnaissance hypothétique par les peuples du principe de la soumission de chacun d'entre eux à une loi internationale extérieure (les peuples sont donc de ce point de vue dans une situation très différente de celle du sujet dans l'état civil). La constitution nouménale de la République ne cause donc que la simple possibilité pour chaque peuple de reconnaître concrètement et vis-à-vis de lui-même, en ce dernier domaine, les principes constitutifs du « droit des gens » qu'il entend suivre. La constitution nouménale de la République ne recouvre donc, au titre des conditions de la détermination du « droit des gens », qu'un « contrat originaire »/« état civil » nécessairement amputé de l'un de ses éléments essentiels, amputation sur les conséquences de laquelle il convient d'insister.

1) En premier lieu, certains peuples peuvent à juste titre se montrer partisans de la solution parfaite en théorie à cette fin, à savoir une « constitution légale élargie » pour tous les peuples : « Qu'un peuple dise : 'Il ne doit y avoir entre nous aucune guerre, car nous ne voulons former qu'un État, c'est-à-dire nous voulons instituer un pouvoir suprême législatif, exécutif, législatif et judiciaire qui réglera pacifiquement nos conflits' - cela se comprend »²⁷⁷. Mais la portée de ces principes constitutifs du « droit des gens » qu'entendent suivre tels peuples est restreinte, dans la mesure où ces derniers ne peuvent imposer les premiers aux

²⁷³ KANT, Emmanuel, *Vers la paix perpétuelle – Esquisse philosophique*, op. cit., spéc. p 83.

²⁷⁴ *Idem*, spéc. p 92. Mis en italiques pour les besoins de la démonstration.

²⁷⁵ KANT, Emmanuel, *Métaphysique des mœurs*, op. cit., spéc. p 134.

²⁷⁶ KANT, Emmanuel, *Vers la paix perpétuelle – Esquisse philosophique*, op. cit., spéc. p 92.

²⁷⁷ *Idem*, spéc. pp 91-92.

autres peuples « parce que, en tant qu'États, ils possèdent déjà une constitution intérieure légale et par suite ils sont soustraits à la contrainte d'autres États qui voudraient les soumettre, d'après leurs concepts de droit, à une constitution légale élargie »²⁷⁸. Dans le meilleur des cas, c'est-à-dire s'il existe réellement des peuples qui adoptent de tels principes constitutifs du « droit des gens », la détermination et la garantie du « juste » entre peuples ne peuvent être ainsi effectuées que d'une manière très relative.

2) En second lieu, les peuples qui rejettent de tels « concepts de droit » particuliers (tous en réalité à la fin de XVIII^e siècle, et le philosophe de Königsberg insiste par ailleurs sur le risque de dérives despotiques que présente leur mise en œuvre à une trop vaste échelle, tout en estimant que « la diversité des *langues* et des *religions* » œuvre en tout état de cause en faveur du maintien de l'absence de fusion des peuples nationaux dans un peuple régional ou *a fortiori* universel²⁷⁹) ne peuvent pas dire « 'Il ne doit y avoir aucune guerre entre moi et d'autres États, bien que je ne reconnaisse aucun pouvoir législatif suprême qui m'assure mon droit et moi le sien', car on ne comprend plus du tout sur quoi je peux fonder la confiance en mon droit »²⁸⁰. C'est de façon essentiellement unilatérale que pourra être alors déterminé ce que recouvrent les possibilités optimales d'autoconstitution d'un ensemble d'individus en tant que peuple (libre, par principe) et de déclaration de celle-ci, de sorte que la détermination et la garantie de ce « juste entre peuples » ne peuvent être ici effectuées que d'une manière foncièrement aléatoire.

3) En définitive et compte tenu de ces deux ordres d'éléments, il apparaît que ce « juste entre peuples » se réduit à la liberté et à l'égalité qui sont communes à tous les États en tant qu'effets de la constitution nouménale de la République. Il en résulte que les possibilités optimales d'autoconstitution et d'auto-proclamation d'un ensemble d'individus en tant que peuple ici évoquées se réduisent aux conditions de la sauvegarde de cette liberté et de cette égalité dans cet « état dépourvu de loi »²⁸¹, et que la détermination du « droit des gens » en question se réduit ainsi à la décision d'assister ou de ne pas assister un État qui, menacé ou agressé de l'extérieur (guerre) aussi bien que de l'intérieur (révolution)²⁸², sollicite l'assistance en question en invoquant notamment sa liberté et son égalité vis-à-vis des autres. Les conditions - relatives à l'institution de « l'état de paix » - de la détermination du « droit des gens », que recouvre notamment la constitution nouménale de la République, doivent ainsi et avant tout aboutir à un aménagement technique permettant de considérer le peuple comme l'auteur de la décision en question.

§ 109 - Les conditions - relatives à l'institution de « l'état de paix » - de la détermination du « droit des gens », que recouvre notamment la constitution nouménale de la République, doivent être précisées à plusieurs égards.

1) En premier lieu, ces conditions recouvrent précisément l'exigence d'une réglementation du « droit de guerre » telle que le recours à la guerre ne sera pas décidé de

²⁷⁸ *Idem*, spéc. p 92.

²⁷⁹ *Idem*, spéc. p 106.

²⁸⁰ *Idem*, spéc. p 92.

²⁸¹ KANT, Emmanuel, *Métaphysique des mœurs*, op. cit., spéc. p 182.

²⁸² *Idem*, spéc. p 175.

manière inconsidérée, exigence qui justifie d'ailleurs que le « premier article définitif en vue de la paix perpétuelle » commande que « La constitution civique de chaque État doit être républicaine » : « Quand (et ce ne peut être autrement dans cette constitution), on exige l'assentiment des citoyens pour décider si une guerre doit avoir lieu ou non, il n'y a rien de plus naturel que, étant donné qu'il leur faudrait décider de supporter toutes les horreurs de la guerre (comme combattre soi-même, prendre sur son propre bien pour couvrir les frais de guerre, réparer péniblement les dévastations qu'elle laisse derrière elles, enfin, comble du malheur, prendre en charge un endettement qui rend la paix elle-même amère et qui, parce qu'il y aura toujours de nouvelles guerres, ne s'éteindra jamais), réfléchissent beaucoup avant de commencer un jeu aussi néfaste »²⁸³.

2) En second lieu, ces conditions impliquent, par l'association du peuple à la prise de décision d'assistance ou de non-assistance, qu'on ne puisse plus citer, « toujours ingénument, Hugo Grotius, Pufendorf, Vattel et d'autres encore (rien que de funestes consolateurs) pour justifier une offensive de guerre, bien que leur code, qu'il soit rédigé philosophiquement ou diplomatiquement, n'ait pas ou même ne puisse avoir la moindre force *légale* (parce que les États comme tels ne sont pas soumis à une contrainte commune extérieure) »²⁸⁴.

a) Il faut à cet égard insister sur l'extrême dureté des critiques formulées par le philosophe de Königsberg à l'égard de ces « juristes de *métier* » (qu'il distingue soigneusement des « *juristes-législateurs* »)²⁸⁵, dont la « faculté de philosophie » « se trouve à un niveau très bas »²⁸⁶ selon lui pour plusieurs raisons. D'une part et en tout état de cause, « parce que sa fonction consiste seulement à appliquer les lois existantes et non pas à faire des recherches pour savoir si ces lois n'ont pas elles-mêmes besoin d'être améliorées »²⁸⁷, y compris s'agissant de « lois de contrainte données despotiquement »²⁸⁸. D'autre part, parce que les « juristes de *métier* » au service d'un pouvoir ne sont guère capables que d'un « usage privé » de leur raison²⁸⁹, à un point tel qu'ils ne sont selon lui que « les perfides *représentants* des puissants de la terre »²⁹⁰ : ils sont effectivement amenés à devoir justifier *a posteriori* par leur « droit des gens » personnel – ou du moins, celui qui apparaît le plus adapté à la situation – les pires injustices commises par ces « puissants » à l'égard de l'étranger (guerre

²⁸³ KANT, Emmanuel, *Vers la paix perpétuelle – Esquisse philosophique*, op. cit., spéc. pp 85-86.

²⁸⁴ *Idem*, spéc. p 90. En italiques dans le texte.

²⁸⁵ *Idem*, spéc. p 114.

²⁸⁶ *Idem*, spéc. p 109.

²⁸⁷ *Idem*, spéc. p 109.

²⁸⁸ *Idem*, spéc. p 115.

²⁸⁹ KANT, Emmanuel, « Réponse à la question : qu'est-ce que les Lumières ? », Paris, GF Flammarion, 2006, pp 41-51 (traduction de l'article paru dans la *Berlinische Monatsschrift*, septembre 1784), notamment p 45 : « [...] je comprends par usage public de sa propre raison celui qu'en fait quelqu'un, en tant que *savant*, devant l'ensemble du public *qui lit*. J'appelle usage privé celui qu'il lui est permis de faire de sa raison dans une *charge civile* qui lui a été confiée ou dans ses fonctions ». En italiques dans le texte.

²⁹⁰ KANT, Emmanuel, *Vers la paix perpétuelle – Esquisse philosophique*, op. cit., spéc. p 118.

d'agression, imputations infondées...il s'agit précisément de la raison pour laquelle les jurisconsultes sont décrits comme de « funestes consolateurs »)²⁹¹.

b) Il résulte de cette critique virulente que ce sont bien davantage les philosophes qui doivent être écoutés dans ce système *a priori* d'association du peuple à la décision d'assistance ou de non-assistance : la recherche de la paix perpétuelle suppose en effet que « *les États armés pour la guerre doivent consulter les maximes des philosophes concernant les conditions de possibilité de la paix publique* », c'est-à-dire de permettre à ceux qui sont naturellement portés à faire un usage exclusivement « public » de leur raison de s'exprimer en la matière²⁹².

3) En troisième lieu, il suffit d'une seule République légale pour enclencher le mouvement d'institution de « l'état de paix » : « si, par chance, il arrive qu'un peuple puissant et éclairé parvienne à se constituer en république (qui, par nature, doit incliner à la paix perpétuelle), alors celle-ci servira de centre pour la confédération d'autres États qui s'y rattacheront et assurera ainsi, conformément à l'idée du droit des gens, un état de liberté entre les États et insensiblement, grâce à plusieurs liaisons de cette espèce, s'étendra de plus en plus »²⁹³. Emmanuel Kant songeait évidemment que la jeune République française serait le foyer de cette « fédération », de cet « état fédératif » qui constitue « l'état de paix » nécessaire à la détermination d'un « droit des gens » certes restreint mais effectif, c'est-à-dire cet « équivalent de l'alliance sociale civique [du contrat originaire], à savoir le libre fédéralisme que la raison doit lier d'une manière nécessaire au concept du droit des gens, si l'on veut d'une manière générale continuer à penser quelque chose sous ces termes »²⁹⁴.

§ 110 - Les conditions - relatives à l'institution de « l'état de paix » - de la détermination du « droit des gens », que recouvre notamment la constitution nouménale de la République, doivent être cependant complétées. En effet, le philosophe de Königsberg a mis l'accent sur le risque de retomber dans l'état de guerre qui résulterait d'une trop grande extension de cette sorte de « fédération » (affaiblissement des garanties de protection par suite de la relativisation des liens subjectifs de solidarité entre peuples très éloignés les uns des autres) ou de leur multiplication (création et exacerbation de rivalités et de bellicisme), au point de souligner que « *la paix perpétuelle* (but ultime de tous les peuples) est assurément une Idée irréalisable »²⁹⁵.

1) Les conditions de la détermination du droit des gens, inhérentes à la constitution nouménale de la République, doivent donc intégrer de surcroît ce qu'Emmanuel Kant – probablement inspiré sur ce point par le Titre VI de la Constitution française de 1791 - appelle le « droit cosmopolitique ». Les peuples ne se constituant que dans le cadre du « globe de terre et d'eau » (*globus terraqueus*) dans lequel « la Nature a renfermé tous les hommes ensemble », « tous les peuples disposent *originellement* d'une communauté de sol », et à ce titre de la « possibilité d'y exercer une *action réciproque* physique (*commercium*), c'est-à-dire

²⁹¹ *Idem*, spéc. pp 115-116.

²⁹² *Idem*, spéc. p 108.

²⁹³ *Idem*, spéc. p 92.

²⁹⁴ *Idem*, spéc. p 92.

²⁹⁵ KANT, Emmanuel, *Métaphysique des mœurs*, op. cit., spéc. p 177. En italiques dans le texte.

d'y entrer dans une relation continuelle de chacun avec tous les autres consistant à *se prêter* au *commerce* réciproque [...] sans que l'étranger soit pour cela légitimé à traiter chacun d'eux pour cela comme un ennemi »²⁹⁶. Le « droit cosmopolitique » constitue donc une « Idée de la raison qui a pour objet une communauté complète, *pacifique*, sinon encore amicale, de tous les peuples de la Terre susceptibles d'entrer les uns avec les autres dans des relations effectives »²⁹⁷.

2) Dans ces conditions supplémentaires, en effet, « la communauté (plus ou moins étroite) formée des peuples de la terre ayant globalement gagné du terrain, on est arrivé au point où toute atteinte au droit en *un* seul lieu de la terre est ressentie en *tous* », ce qui conjure le risque de retomber dans l'état de guerre du fait de l'extension et/ou de la multiplication des « fédérations ». C'est pourquoi « l'idée d'un droit cosmopolitique [...] est un complément nécessaire du code non-écrit, aussi bien du droit civique que du droit des gens en vue du droit public des hommes en général et ainsi de la paix perpétuelle dont on ne peut se flatter de se rapprocher continuellement qu'à cette seule condition »²⁹⁸.

3) Dans ces conditions supplémentaires, les « principes politiques » qui tendent à la réalisation de la paix perpétuelle « sont assurément réalisables », et le philosophe de Königsberg donne comme exemple de ces « principes politiques » la création d'un « congrès permanent » « auquel il reste loisible à chaque État voisin de venir s'associer », c'est-à-dire la « réunion arbitraire de différents États, *susceptible d'être dissoute* à tout moment, et non pas une union (comme celle des États américains) qui est fondée sur une constitution politique et par conséquent est indissoluble », mais sans pour autant exclure celui d'une constitution cosmopolitique²⁹⁹.

§ 111 - Cette réflexion très élaborée sur les conditions - relatives à l'institution de « l'état de paix » - de la détermination du « droit des gens », que recouvre notamment la constitution nouménale de la République, s'est par la suite trouvée ébranlée en raison de l'évolution des réflexions d'Emmanuel Kant au sujet de la conception de cette République. En effet, cette évolution amène le philosophe de Königsberg à poser la question de savoir comment interpréter les principes constitutionnels fondateurs du « droit politique » de manière à ce qu'ils soient également fondateurs du « droit des gens », alors même qu'il ne dispose pas des moyens d'y répondre.

C – La problématique issue de l'approfondissement du concept républicain

Dans la mesure où la constitution nouménale de la République recouvre les conditions – relatives à l'institution de « l'état de paix » – de la détermination du « droit des gens », il était inévitable que la conception de ces dernières évolue quelque peu suite à la précision des exigences inhérentes à la première, effectuée dans la *Métaphysique des mœurs*. Si ces évolutions apparaissent très marginales, Emmanuel Kant n'en pose pas moins une question problématique à la fois en elle-même (puisque les moyens d'y répondre précisément ne

²⁹⁶ *Idem*, spéc. pp 179-180. En italiques dans le texte.

²⁹⁷ *Idem*, spéc. p 179. En italiques dans le texte.

²⁹⁸ KANT, Emmanuel, *Vers la paix perpétuelle – Esquisse philosophique*, op. cit., spéc. pp 96-97 et 107.

²⁹⁹ KANT, Emmanuel, *Métaphysique des mœurs*, op. cit., spéc. pp 177-178 et 182.

paraissaient pas disponibles à l'époque) et du point de vue de sa réflexion antérieure sur le « droit des gens » (puisqu'une réponse était susceptible de la faire voler en éclats). Cette question problématique est la suivante : les principes constitutionnels fondateurs du « droit politique » se trouvant précisés au terme d'une réflexion qui s'appuie manifestement sur le principe de toute Constitution exprimé à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 (suivant lequel « Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ») [1], comment les interpréter de manière à ce qu'ils soient également fondateurs du « droit des gens » [2] ?

1 – Le fondement de la République précisé par Kant : le principe exprimé à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen

§ 112 - La précision de la conception kantienne de la République procède de la question qu'appelle la conclusion précédemment établie suivant laquelle il est nécessaire de considérer une action humaine comme un progrès de la culture, c'est-à-dire comme l'effet d'une cause dont l'objectivité est celle de la spontanéité caractéristique de l'autoconstitution d'un sujet comme être libre (c'est-à-dire, en tant qu'homme) et de la déclaration au monde de celle-ci par celui-ci, dès lors que l'action humaine en question s'avère respecter le domaine des possibilités d'autoconstitution du sujet comme homme et de déclaration de celle-ci (des fins) prévu par la Constitution légale et les lois adoptées conformément à elle.

1) Cette question est celle de savoir comment établir avec certitude que l'action humaine en question s'avère respecter le domaine des possibilités d'autoconstitution du sujet comme homme et de déclaration de celle-ci (des fins) prévu par la Constitution légale et les lois adoptées conformément à elle, c'est-à-dire en définitive comment *garantir* à chacun la disposition des possibilités optimales de réaliser et de déclarer son autoconstitution comme être libre (comme homme), c'est-à-dire les droits publics correspondants? Emmanuel Kant s'est alors trouvé devant la nécessité de préciser la consistance de la constitution nouménale de la République : si celle-ci correspond à la fondation hypothétique de l'état civil (du peuple) déduite du (causée par le) devoir inconditionné de faire de la liberté une chose publique, elle doit également recouvrir par déduction (comme effet) de ce dernier devoir les conditions suivant lesquelles tout État – une fois légalement constitué – pourra assurer cette *garantie des droits*.

2) Le philosophe de Königsberg met en évidence que le moyen transcendantal de celle-ci réside dans la *séparation des pouvoirs*, c'est-à-dire dans la « coordination » des pouvoirs – « chacun constitue le complément des deux autres pour conduire à son accomplissement (*complementum ad sufficientiam*) la constitution de l'État » - et la « subordination » des pouvoirs – « de sorte que l'un ne peut pas, en assistant l'autre, en même temps usurper sa fonction, mais qu'il possède son propre principe, c'est-à-dire qu'il commande assurément en qualité de personne particulière, mais cependant en se soumettant à la condition que constitue la volonté d'une personne supérieure » : « c'est par l'unification de ces deux relations [« coordination » et « subordination » des pouvoirs] qu'à chaque sujet son droit est assigné en partage »³⁰⁰.

³⁰⁰ *Idem*, spéc. p 132.

§ 113 - La précision de la conception kantienne de la République consiste donc à intégrer à la constitution nouménale de celle-ci l'exigence de la *garantie des droits* par le moyen nécessaire de la *séparation des pouvoirs* ; plusieurs temps sont nécessaires pour approfondir cette exigence.

1) En premier lieu et en ce qui concerne la « subordination des pouvoirs », il faut tout d'abord rappeler que tout pouvoir législatif (« le souverain de l'État ») doit être considéré comme l'effet de cette cause hypothétique en laquelle consiste le contrat originaire, c'est-à-dire comme subordonné à la volonté du peuple : soit en raison du seul contrat originaire pour ce qui concerne le pouvoir constituant, soit par l'intermédiaire du respect de la loi fondamentale (et d'autres lois sous-jacentes, le cas échéant) pour tout autre pouvoir législatif.

Il faut ensuite préciser que tout pouvoir judiciaire doit être également considéré de cette manière : devant être exercé à l'endroit d'un sujet lui-même soumis à l'autorité du législateur et du « régent », le pouvoir judiciaire pourrait remettre en cause l'égalité des citoyens s'il devait être véritablement subordonné aux pouvoirs législatif et/ou exécutif, et s'il ne devait par conséquent être considéré de la manière susmentionnée. Le pouvoir judiciaire ne peut être en particulier véritablement subordonné par l'entremise de la loi au pouvoir législatif car sa fonction repose sur l'accomplissement d'un jugement réfléchissant (et non déterminant), c'est-à-dire revient à trancher la question de savoir de quelle règle légale relève le cas particulier litigieux (« ce qui est de droit dans le cas concerné »³⁰¹). Cette règle légale étant *a priori* indéterminée ou du moins matière à contestation, il est impossible de considérer le juge comme étant soumis à la loi, la seule contrainte s'imposant dès lors à lui étant l'existence du système juridique de référence³⁰².

Il faut ensuite préciser que le pouvoir exécutif est subordonné par l'entremise de la loi au pouvoir législatif comme au pouvoir judiciaire (il n'intervient à l'égard de ce dernier que pour « installer des juges qui soient des *magistrats* »)³⁰³.

2) En second lieu et en ce qui concerne la « coordination » des pouvoirs, il faut relever qu'Emmanuel Kant conçoit précisément la « subordination » des pouvoirs (d'où résulte le caractère de « dignité » des fonctions correspondantes) comme le moyen de celle-ci, ce qui permet leur « unification » indispensable pour « qu'à chaque sujet son droit [soit] assigné en partage ». « Subordonné » au peuple à raison du seul contrat originaire ou par l'intermédiaire du respect de la Constitution (et d'autres lois subalternes, le cas échéant), le pouvoir législatif définit par la loi ce en quoi consiste la Justice générale. « Subordonné » au peuple par la contrainte que constitue pour lui le système des lois, le pouvoir judiciaire détermine au regard de ce dernier en quoi consiste la Vérité particulière. « Subordonné » au pouvoir législatif et au pouvoir judiciaire par l'intermédiaire de sa soumission à la loi, le pouvoir exécutif dote cette Justice générale et cette Vérité particulière de la Force matérielle indispensable à leur réalisation. C'est ainsi que « De ces pouvoirs, considérés dans leur dignité, on dira que la volonté du *législateur* (*legislatoris*) à l'égard de ce qui concerne le mien et le tien extérieurs est *irréprochable* (irrépréhensible), que le pouvoir exécutif du *chef ultime* (*summi rectoris*) est

³⁰¹ *Idem*, spéc. p 128.

³⁰² *Idem*, spéc. pp 133-134.

³⁰³ *Idem*, spéc. pp 133-134. Mis en italiques pour bien montrer le principe « populaire » du pouvoir judiciaire pour Emmanuel Kant.

irrépressible (irrésistible), et que la sentence du *juge* suprême (*supremi judicis*) est *irrévocable* (*sans appel*) »³⁰⁴.

3) En troisième lieu, il faut conclure que la constitution nouménale de la République recouvre deux effets de cette cause finale en laquelle consiste le devoir inconditionné de faire de la liberté une chose publique : la fondation hypothétique de l'état civil (du peuple), en vue seulement de la *garantie des droits* de chacun par le moyen nécessaire de la *séparation des pouvoirs*.

a) Il faut préciser que cette perspective (deuxième élément) est relative selon Emmanuel Kant à la « forme de gouvernement (*forma regiminis*) »³⁰⁵, c'est-à-dire à la manière dont l'action des individus investis des fonctions publiques peut être considérée comme l'effet d'une cause dont l'objectivité est celle de la spontanéité caractéristique de l'autoconstitution d'un sujet comme être libre (c'est-à-dire, en tant qu'homme) et de la déclaration au monde de celle-ci par celui-ci.

b) Cette perspective constitue par ailleurs pour le philosophe de Königsberg le critère du « politique » : seuls sont en effet qualifiés de « politiques » les éléments qui « procèdent nécessairement de l'Idée d'un État en général en vue de la fondation de celui-ci (constitution) »³⁰⁶.

c) Cette perspective constitue par ailleurs pour lui la référence primordiale nécessaire à l'interprétation et à l'évolution des Constitutions légales préexistantes : « *l'esprit* de ce contrat originaire (*anima pacti originarii*) contient l'obligation pour le pouvoir constituant de rendre adéquat le *mode de gouvernement* et ainsi de le transformer peu à peu et de manière continue, si cela ne peut s'effectuer d'un seul coup, de manière qu'il vienne s'accorder *dans ses effets* avec la seule constitution conforme au droit, j'entends celle d'une pure république, et que ces anciennes formes empiriques (statutaires) qui servaient simplement à produire la *sujétion* du peuple se dissolvent dans la forme originaire (rationnelle) qui seule prend la *liberté* pour principe, pour condition même de toute *contrainte*, de cette contrainte qui est nécessaire à une constitution juridique dans le sens propre du mot État et qui finira, à la lettre aussi, par y conduire »³⁰⁷. C'est dire toute l'éminence de la place ainsi acquise par la perspective du contrat originaire (la *garantie des droits* par la *séparation des pouvoirs*) dans la philosophie du droit d'Emmanuel Kant.

§ 114 - Quel effet l'intégration à la constitution nouménale de la République de l'exigence de la *garantie des droits* par le moyen nécessaire de la *séparation des pouvoirs* a-t-elle produit sur la conception des conditions – relatives à l'institution de « l'état de paix » - de la détermination du « droit des gens » ? C'est à ce propos que surgit la problématique annoncée plus haut.

³⁰⁴ *Idem*, spéc. p 132.

³⁰⁵ KANT, Emmanuel, *Vers la paix perpétuelle – Esquisse philosophique*, op. cit., spéc. p 86. La réflexion sur les formes de gouvernement se trouve ici à l'état d'ébauche, et il s'agit d'une ébauche courte et mal dégrossie par rapport à la réflexion bien développée et très fine à ce sujet de la *Métaphysique des mœurs* : en particulier, le philosophe de Königsberg ne distingue guère le pouvoir judiciaire du pouvoir exécutif et, fusionnant le premier dans le dernier, demeure très flou sur le sens et la portée exacts de sa pensée.

³⁰⁶ KANT, Emmanuel, *Métaphysique des mœurs*, op. cit., spéc. p 131.

³⁰⁷ *Idem*, spéc. pp 164-165.

2 – Quelle interprétation du principe exprimé par l'article 16 en tant qu'égal fondement nécessaire du « droit politique » et du « droit des gens » ?

§ 115 - L'intégration à la constitution nouménale de la République de l'exigence de la *garantie des droits* par le moyen nécessaire de la *séparation des pouvoirs* ne produit apparemment aucun effet sur la conception des conditions – relatives à l'institution de « l'état de paix » - de la détermination du « droit des gens ». En effet, Emmanuel Kant semble se borner à reprendre – avec quelques précisions – les conditions déjà très nettement exposées dans *Vers la paix perpétuelle*. Ce qui saute aux yeux ne saurait toutefois faire oublier ces quelques lignes, lourdes d'interrogations et de perspectives, que le philosophe de Königsberg place en tête des développements consacrés au « droit public » dans la *Métaphysique des mœurs*³⁰⁸.

1) Emmanuel Kant y définit le « droit politique » comme « un système de lois destiné à un peuple, c'est-à-dire à une multiplicité d'hommes [...] qui, se trouvant en des relations d'influence réciproque les uns vis-à-vis des autres, ont besoin de l'état juridique, sous une volonté qui les unifie, autrement dit d'une *constitution (constitutio)*, pour recevoir leur part de ce qui est de droit ». Le « *droit politique des gens* » - qualifié de « *droit cosmopolitique* », mais cela ne doit pas induire en erreur dans la mesure où l'auteur maintient par ailleurs l'acceptation de cette expression qu'il avait développée dans *Vers la paix perpétuelle* – est quant à lui défini d'une manière quasiment identique au « droit politique » : il s'agit « un système de lois destiné [...] à une multiplicité de peuples qui, se trouvant en des relations d'influence réciproque les uns vis-à-vis des autres, ont besoin de l'état juridique, sous une volonté qui les unifie, autrement dit d'une *constitution (constitutio)*, pour recevoir leur part de ce qui est de droit ». Le sort fait au « droit des gens » dans cette entreprise de définition doit être souligné : alors même qu'il ne s'y trouve guère défini, il est précisé que « droit politique et droit des gens conduisent [...] ensemble, inévitablement, parce que la Terre n'est pas une surface infinie, mais une surface close sur elle-même, à l'Idée d'un *droit politique des gens (jus gentium)*, autrement dit au *droit cosmopolitique (jus cosmopoliticum)*, sur un mode tel que, si, ne serait-ce qu'à l'une de ces trois formes possibles de l'état juridique, vient à faire défaut le principe limitant la liberté extérieure par des lois, l'édifice des deux autres ne peut qu'être inéluctablement sapé dans ses fondements et doit finir par s'effondrer »³⁰⁹.

2) Emmanuel Kant signifie ainsi que le droit cosmopolitique, dont il faut rappeler qu'il est inhérent à la constitution nouménale de la République, entraînera en tout état de cause : d'une part, la nécessité pour le droit politique et le droit des gens d'être conçus *ensemble* de manière à permettre la conception théorique du droit politique des gens ; d'autre part la nécessité pour cette manière de consister en ce que le « principe limitant la liberté extérieure par des lois », étant inhérent à l'une quelconque de ces trois formes de l'état juridique, conditionne le fondement de chacune des deux autres formes de l'état juridique. En d'autres termes, le philosophe de Königsberg précise ainsi que la vocation du droit cosmopolitique n'est pas simplement de garantir l'effectivité de « l'état fédératif » qu'appelle la constitution nouménale de la République. Cette vocation consiste également à garantir la réforme de cette constitution nouménale de la République - dont le droit cosmopolitique est lui-même partie

³⁰⁸ *Idem*, spéc. pp 125-126.

³⁰⁹ *Idem*, spéc. pp 125-126. En italiques dans le texte.

intégrante – dans la mesure nécessaire à la fondation du « principe limitant la liberté extérieure par des lois » devant venir compléter la liberté et l'égalité des peuples dans un « état fédératif » alors profondément rénové, c'est-à-dire à la fondation d'un véritable *droit des gens* qui doit lui-même participer à l'assise théorique du droit politique des gens (c'est-à-dire d'une constitution cosmopolitique).

§ 116 - La problématique essentielle est alors la suivante. Certes, la nécessité de fonder sur le droit politique le « principe limitant la liberté extérieure par des lois » qui doit être constitutif du « droit des gens » dans cette nouvelle perspective s'impose, compte tenu du fait que c'est de la seule constitution nouménale de la République que découle la simple possibilité « traditionnelle » pour chaque peuple de reconnaître concrètement et vis-à-vis de lui-même les principes constitutifs du « droit des gens » qu'il entend suivre. Mais quelle modalité de fondation retenir pour que le « principe limitant la liberté extérieure par des lois », qui doit être constitutif du « droit des gens » dans cette nouvelle perspective, conditionne en retour le fondement même du droit politique ?

1) Il importe de rappeler à cet égard que c'est seulement quelques pages plus loin qu'Emmanuel Kant précise que le droit politique est fondé sur l'exigence de *séparation des pouvoirs*, nécessaire à la *garantie des droits*. C'est dire implicitement mais nécessairement que c'est sur cette exigence de *séparation des pouvoirs* qu'il est impératif de fonder le « principe limitant la liberté extérieure par des lois » qui doit être désormais constitutif du « droit des gens ». La problématique essentielle se ramène ainsi à la question de savoir comment fonder ce « principe » sur cette « exigence ». Si Emmanuel Kant ne répond pas à cette question, il n'est guère douteux qu'il cherchait en la posant à souligner la nécessité de développer substantiellement la notion de « pouvoir fédératif », que John Locke avait mise en exergue dans un but toutefois purement utilitaire. Il importe de relever que cette nécessité est soulignée dans un contexte juridique profondément renouvelé par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, et notamment son article 16 – véritable proclamation universelle d'un élément essentiel de la constitution nouménale de la République - suivant lequel : « Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ».

2) Il est indispensable de situer cette problématique kantienne par rapport à l'intuition qui a visiblement été celle de Montesquieu sur le sujet. Contrairement à John Locke, le juriste bordelais n'envisageait pas expressément de « pouvoir fédératif » dont la spécificité serait évidemment à raison de celle de la société internationale dans laquelle il a vocation à intervenir. Il distinguait entre « la puissance exécutrice des choses qui dépendent du droit des gens, et la puissance exécutrice de celles qui dépendent du droit civil »³¹⁰, et Michel Troper a bien montré à ce sujet qu'« Il faut lire : puissance exécutrice de la loi en tant que celle-ci a statué sur les choses qui dépendent du droit des gens »³¹¹. La distinction suppose par conséquent le caractère spécial des lois traitant « des choses qui dépendent du droit des gens », par rapport à celles traitant des choses « qui dépendent du droit civil », et donc l'existence d'un pouvoir spécifique dans le premier domaine. Partant de son principe de la séparation des pouvoirs et envisageant les questions relatives à la distribution de ces derniers, Montesquieu a ainsi l'intuition que le pouvoir relatif aux « choses qui dépendent du droit des

³¹⁰ MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, op. cit., spéc. p 327.

³¹¹ TROPER, Michel, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, Paris, L.G.D.J., collection « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », tome n° 48, 1973, 251 pp, spéc. p 117.

gens » présente une certaine spécificité en rapport avec ce principe. Il refuse par suite de suivre John Locke, c'est-à-dire de justifier cette spécificité par l'évidence des particularités de la société internationale, mais se montre dans l'incapacité de produire sa propre justification au point d'ailleurs de traiter généralement de la « puissance exécutive » dans la suite de son célèbre chapitre. En précisant qu'il est impératif de fonder le « principe limitant la liberté extérieure par des lois » qui doit être désormais constitutif du « droit des gens », sur l'exigence de *séparation des pouvoirs* - nécessaire à la *garantie des droits* - et en posant de manière corrélatrice la question de savoir comment procéder à cette fondation, Emmanuel Kant définissait ainsi une méthode de nature à éclaircir par sa mise en œuvre l'intuition du magistrat bordelais. Aurait-il pu l'exploiter lui-même ? Dans la mesure où cette problématique essentielle ne peut guère être résolue qu'au moyen d'une construction juridique, il aurait fallu que le philosophe se fasse un peu juriste !

§ 117 - La problématique issue de la nécessité de fonder le « droit des gens » sur la République conçue par Emmanuel Kant doit alors être examinée au regard du principe et de la technique du fédéralisme normatif. En effet, leur prise en considération permet de déterminer l'interprétation appropriée de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789.

II – L'interprétation idoine de la Déclaration de 1789 permise par la théorie du fédéralisme normatif

C'est une interprétation fonctionnelle de l'article 16 de la Déclaration de 1789 qui s'impose au regard du caractère nécessaire à toute Constitution nationale du principe et de la technique du fédéralisme normatif (A). Toutefois, tel n'est pas le seul impact de la théorie juridique scellienne sur le terrain de l'interprétation de cette Déclaration. En effet, le principe d'après lequel la Nation est seule titulaire de la Souveraineté ainsi que les principes généraux qui en définissent par suite les principales conditions d'exercice, qu'expriment la Déclaration en son article 3, constituent d'après Emmanuel Kant des éléments inhérents au principe de la *séparation des Pouvoirs* nécessaire à la *garantie des Droits*. En conséquence, l'interprétation fonctionnelle de ce dernier principe aboutit nécessairement à canaliser l'interprétation des principes exprimés à l'article 3 de la Déclaration de 1789 (B).

A – L'interprétation fonctionnelle de l'article 16 de la Déclaration des droits de 1789

§ 118 - Le principe et la technique du fédéralisme normatif impliquent à tous égards une interprétation fonctionnelle de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, c'est-à-dire la conception de la séparation des pouvoirs dans le sens d'une séparation des fonctions et non pas comme une séparation de type organique (entre institutions différentes, ministérielles et parlementaires par exemple).

1) En premier lieu, une conception fonctionnelle de la séparation des pouvoirs est effectivement inhérente au principe même du fédéralisme normatif, dans la mesure où ce dernier consiste précisément à assurer la coordination de plusieurs pouvoirs par la subordination à un pouvoir législatif interétatique des pouvoirs sous-jacents. La modalité

fondamentale de cette subordination réside dans la substitution successive de multiples ordres de réglementations interétatiques de compétences législatives aux réglementations sous-jacentes de compétences législatives correspondantes (et leur exclusivité corrélative), et la considération de l'objet des réglementations de compétences législatives concernées montre bien qu'il s'agit en définitive d'assurer la coordination négative et positive entre le pouvoir législatif interétatique chargé de décider des règles à appliquer en certains domaines et les pouvoirs sous-jacents sans lesquels l'application de ces règles serait impossible du point de vue législatif, exécutif et judiciaire. La foncière spécificité du pouvoir relatif aux « choses qui dépendent du droit des gens », que supposait Montesquieu, procède ainsi du caractère spécial de l'objet qui est nécessairement celui de la volonté qu'exprime tout gouvernant dans l'exercice de ce pouvoir : cette volonté a pour objet nécessaire la « détermination » d'une « séparation des Pouvoirs » - pour reprendre la terminologie de l'article 16 de la Déclaration de 1789 – quand bien même il ne serait pas question de fonder alors une Constitution formelle.

2) En second lieu, puisque cette conception fonctionnelle de la séparation des pouvoirs est inhérente au principe même du fédéralisme normatif, il n'est guère surprenant qu'elle se manifeste à travers la spécificité du statut de la technique constitutionnelle interétatique vis-à-vis de la technique constitutionnelle interne, c'est-à-dire à travers la particularité du « pouvoir fédératif » national (celui-là même dont la collaboration avec un ou plusieurs autres est en tout état de cause nécessaire à l'existence et au fonctionnement de tout pouvoir législatif interétatique) vis-à-vis des autres pouvoirs nationaux. La définition d'un « pouvoir fédératif » national, c'est-à-dire d'un pouvoir national de participation législative interétatique, relève ainsi en elle-même de la « détermination » de la « séparation des Pouvoirs » mentionnée à l'article 16 de la Déclaration de 1789.

3) En troisième lieu, il est opportun de signaler dès maintenant que l'explicitation du principe de l'objet substitutif de tout consentement législatif interétatique par la nouvelle Constitution de la République française qui devait être élaborée une fois terminée la Seconde Guerre Mondiale – des éléments d'explication seront donnés à ce sujet dans la conclusion de la communication - devait par conséquent contribuer à la réorganisation de la « Société » française sur la base d'une authentique « Constitution », c'est-à-dire à une réorganisation véritablement républicaine. Elle devait également contribuer à la leçon de droit constitutionnel que de nombreux esprits ont alors jugé nécessaire de dispenser aux autres nations du monde et en particulier aux États-Unis d'Amérique, compte tenu des caractères universel et absolu de la proclamation de l'élément essentiel de la constitution nouménale de la République faite à travers l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, en vue d'assurer la diffusion de la norme fondamentale de l'état authentiquement « fédératif » nécessaire à l'existence et au développement du « droit des gens ». Il convient de rappeler sur ce dernier point que dans la *Métaphysique des mœurs*, Emmanuel Kant fait de sa nouvelle conception de la *séparation des pouvoirs* nécessaire à la *garantie des droits* la référence primordiale de l'interprétation et de l'évolution des Constitutions légales préexistantes : « l'esprit de ce contrat originaire (*anima pacti originarii*) contient l'obligation pour le pouvoir constituant de rendre adéquat le *mode de gouvernement* et ainsi de le transformer peu à peu et de manière continue, si cela ne peut s'effectuer d'un seul coup, de manière qu'il vienne s'accorder *dans ses effets* avec la seule constitution conforme au droit, j'entends celle d'une pure république [...] »³¹². Cela caractérise *a fortiori* cette conception telle qu'elle sort précisée des travaux de Georges Scelle.

³¹² *Idem*, spéc. pp 164-165.

§ 119 - La portée de l'interprétation fonctionnelle de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen qu'imposent le principe et la technique du fédéralisme normatif mérite d'être mise en perspective au regard de certains éléments de la jurisprudence bâtie par la C.P.J.I. durant l'entre-deux-guerres.

1) Il faut rappeler que cette dernière défendait la conception subjectiviste selon laquelle tout traité ne comporte que des limitations de souveraineté, et sa conclusion ne peut jamais par conséquent correspondre à un abandon de souveraineté. Or en soulevant la nécessité pour les législateurs interétatiques de consentir à cet objet multidimensionnel et successif que constituent les « abandons de souveraineté », Georges Scelle exploitait en réalité une limite que la C.P.J.I. avait été forcée d'admettre à l'égard de cette conception subjectiviste. Cette dernière éprouva des difficultés certaines à répondre à la question suivante: consenties sans abandon formel de souveraineté, les limitations de souveraineté peuvent-elles avoir pour objet une certaine renonciation à la jouissance de droits subjectifs souverains, la « faculté de conclure des engagements internationaux » par exemple ? La souveraineté ou indépendance étant dans cette perspective la qualité nécessaire pour qu'une personne morale nationale accède à la société internationale, cette question appelle effectivement celle de savoir dans quelles conditions la renonciation à la jouissance de droits subjectifs souverains entraîne la soustraction des personnes morales nationales concernées de la société internationale. En d'autres termes, il s'agit de l'un des angles subjectivistes sous lesquels se pose le problème de la distinction entre le domaine du droit international et celui du droit constitutionnel.

2) Pressée à maintes reprises de répondre à la question précédemment posée, la C.P.J.I. mit systématiquement en avant le fait que sa fonction judiciaire ne lui permettait en tout état de cause que de donner des dispositions conventionnelles une interprétation conforme à la volonté des Hautes Parties contractantes. Ce n'est donc que dans la mesure où elle fut confrontée à la nécessité d'interpréter et d'appliquer les dispositions d'un traité faisant explicitement référence à la notion d'abandon de souveraineté que la Cour se prononça à cet égard. C'est ainsi qu'elle se pencha sur l'interprétation de l'article 88 du Traité de paix signé à Saint-Germain le 10 septembre 1919, lequel prohibait toute « aliénation » de l'« indépendance » de l'Autriche. Les juges de la C.P.J.I. estimèrent alors qu'il y aurait aliénation de l'indépendance de l'État autrichien si celui-ci concluait un traité par lequel « sa volonté souveraine se trouverait subordonnée à celle d'une autre Puissance ou groupe particulier d'autres Puissances, sinon remplacée par celle-ci »³¹³. La question lui fut par ailleurs posée en 1922 de savoir si « l'établissement de l'O.I.T. » comportait « une renonciation à certains droits qui dérivent de la souveraineté nationale »³¹⁴. La Cour refusa d'abord d'y répondre en se retranchant derrière le fait que « la question se réduit forcément à

³¹³ C.P.J.I., Avis consultatif n° 20 du 5 septembre 1931, *Régime douanier entre l'Allemagne et l'Autriche*, Rec., série A/B, pp 36-54, spéc. p 46. L'article 88 prévoyait plus précisément que : « L'indépendance de l'Autriche est inaliénable, si ce n'est du consentement du Conseil de la Société des Nations. En conséquence, l'Autriche s'engage à s'abstenir, sauf le consentement dudit Conseil, de tout acte de nature à compromettre son indépendance, directement ou indirectement et par quelque voie que ce soit, notamment et jusqu'à son admission comme Membre de la Société des Nations, par voie de participation aux affaires d'une autre Puissance ».

³¹⁴ C.P.J.I., Avis consultatif n° 2 du 12 août 1922, *Compétence de l'Organisation internationale du Travail pour la réglementation internationale des conditions de travail des personnes employées dans l'agriculture*, Rec., série B, pp 8-42, spéc. p 22.

celle de savoir quel est le sens exact des termes même du Traité ». Relancée en 1926, la Cour fit ensuite à la même question une réponse beaucoup plus complète³¹⁵.

a) Analysant la Partie XIII du Traité de Versailles, la Cour constata en premier lieu que celle-ci se bornait à prévoir, pour les personnes étatiques concernées, une simple « assistance de l'O.I.T. dans l'exercice de leurs pouvoirs souverains à l'égard de mesures nationales et internationales visant le travail », vu notamment « le fait que les Hautes Parties contractantes, pour ce qui touche la mise en vigueur de mesures internationales et nationales, ont réservé expressément et conservé libre et entier leur pouvoir législatif individuel ». La Cour vit dans ce compromis la preuve de l'examen et de l'application par les Hautes Parties contractantes de « principes politiques » relatifs à « l'élaboration des lois, tant nationales qu'internationales ». En quoi consistent ces derniers « principes politiques » ? Ce ne peut être que la volonté des États membres de l'O.I.T. d'éviter toute renonciation à l'un quelconque de leurs droits subjectifs souverains, susceptible de les retrancher de la société internationale ; c'est en application de ce « principe politique » que les différentes personnes morales nationales ont entièrement et formellement réservé leur pouvoir législatif individuel ; et c'est pourquoi la fonction de l'O.I.T. est analysée comme une simple fonction d'assistance à l'exercice des droits subjectifs souverains desdites personnes morales nationales.

b) La Cour fut en second lieu pressée de répondre à une question similaire à la précédente mais d'apparence plus précise, celle de savoir si l'institution de cette fonction d'assistance ne supposait pas que les États aient dû renoncer à certains de leurs droits subjectifs souverains. Compte tenu de la réponse précédemment examinée, cette nouvelle question constituait un non-sens complet : si la fonction de l'O.I.T. est analysée comme étant une simple mission d'assistance, c'est justement parce que son institution n'a supposé aucune renonciation à l'un quelconque des droits subjectifs souverains. C'est pourquoi la Cour refusa d'y répondre en invoquant sa fonction judiciaire, laquelle ne devait l'amener à retenir de cette Partie XIII qu'une interprétation conforme à l'intention des Hautes Parties contractantes, « abstraction faite du point de savoir si les fonctions confiées à l'O.I.T. présentent ou non le caractère d'une délégation de pouvoir », c'est-à-dire sans « qu'il y ait lieu de discuter et d'appliquer des principes politiques [...] dont – il convient de l'observer – le Traité ne fait aucune mention ».

3) En définitive, la C.P.J.I. signifie ainsi très précisément que la possibilité pour un traité – dont la conclusion ne peut jamais en elle-même consister en un abandon de souveraineté – d'avoir pour objet un abandon de souveraineté dans la perspective de la doctrine subjectiviste du droit international, dépend exclusivement de l'application de « principes politiques » relatifs à « l'élaboration des lois nationales et internationales », en tout état de cause radicalement différents de ceux mis en œuvre par les gouvernements lors de la rédaction de la Partie XIII du Traité de Versailles. La référence faite à ces nouveaux « principes politiques », dans la mesure où la C.P.J.I. englobe solidairement dans leur objet « l'élaboration des lois *nationales* et *internationales* », situe clairement ces derniers parmi les principes fondamentaux des Constitutions nationales (c'est-à-dire du « droit politique », pour reprendre la notion employée par Emmanuel Kant). Dans la mesure où le principe de l'objet nécessairement substitutif de tout consentement législatif interétatique trouve son fondement dans l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, l'explicitation de ce principe par la future Constitution de la République française devait donc consister en la consécration d'un nouveau « principe politique » relatif à « l'élaboration des

³¹⁵ C.P.J.I., Avis consultatif n° 13 du 23 juillet 1926, *Compétence de l'Organisation internationale du Travail pour régler accessoirement le travail personnel du patron*, Rec., série B, pp 5-24, spéc. pp 21-23.

lois [...] internationales » indissociable de celui relatif à « l'élaboration des lois nationales », et montrer ainsi de façon très claire que rien ne justifie la thèse d'une distinction fondamentale entre droit constitutionnel et droit international. C'est cette absence de justification que vient renforcer la canalisation consécutive de l'interprétation de l'article 3 de la Déclaration de 1789.

B – La canalisation consécutive de l'interprétation de l'article 3 de la Déclaration

Le principe et la technique du fédéralisme normatif impliquant à tous égards une interprétation fonctionnelle de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 - c'est-à-dire la conception de la séparation des pouvoirs dans le sens d'une séparation des fonctions et non pas comme une séparation de type organique – ils reflètent essentiellement l'identité des fondements juridiques du « droit politique » et du « droit des gens ». À ce titre, et plus précisément car les principes qu'expriment la Déclaration en son article 3 constituent d'après Emmanuel Kant des éléments inhérents au principe de la *séparation des Pouvoirs* nécessaire à la *garantie des Droits*, l'interprétation fonctionnelle du principe exprimé à l'article 16 a vocation à canaliser l'interprétation des principes de l'article 3. Il apparaît que cette canalisation se manifeste par une précision notable du régime juridique de l'exercice du pouvoir fédératif, c'est-à-dire des interprétations correspondant au principe et à la technique du fédéralisme normatif sur le terrain de la Déclaration de 1789 (1). L'une des conséquences les plus remarquables de cette précision se trouve dans le rejet des interprétations de l'article 3 de la Déclaration de 1789 résolument hostiles au « droit politique des gens », dans la perspective de l'émergence duquel Emmanuel Kant se plaçait en relevant la nécessité de principes constitutionnels également fondateurs du « droit politique » et du « droit des gens » (2).

1 – La précision du régime juridique de l'exercice du pouvoir fédératif

§ 120 - La canalisation de l'interprétation de l'article 3 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 se manifeste d'abord et avant tout sous la forme d'une idée générale, qu'il importe de préciser avant d'en détailler les aspects techniques.

§ 121 - D'une manière générale, il faut rappeler qu'Emmanuel Kant montre en substance que l'exigence formulée à l'article 3 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 – selon laquelle « Le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la Nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément » - est inhérente à la *séparation des pouvoirs* dont la *détermination* conditionne rigoureusement l'existence même d'une « Constitution » d'après l'article 16 de ladite Déclaration.

1) Dans la perspective qui est celle du philosophe de Königsberg (qui ne sera pas rappelée en détail), la *garantie des droits* suppose en effet que chaque pouvoir ne puisse être exercé qu'au nom du peuple. La subordination du pouvoir concerné au peuple que cette représentation suppose peut être immédiate (pouvoir constituant, devant respecter le seul contrat originaire, c'est-à-dire la seule constitution nouménale de la République) ou médiate (autres pouvoirs), et dans ce dernier cas soit générale (pouvoir judiciaire, contraint par le système juridique) soit d'une certaine particularité (pouvoir législatif - autre que pouvoir constituant - et pouvoir exécutif, soumis à certaines lois seulement). Cette subordination instrumentalement et téléologiquement variée des pouvoirs concernés au peuple, que cette

représentation suppose, assure en tout état de cause la coordination de ceux-ci en vue de la *garantie des droits*.

2) Dans le contexte de l'interprétation fonctionnelle de l'article 16 de la Déclaration de 1789 maintenant, l'exigence formulée à l'article 3 de cette dernière n'est ni plus ni moins inhérente au principe de la *séparation des pouvoirs*, lui-même inhérent au principe du fédéralisme normatif. Tout pouvoir fédératif s'exerce effectivement en lui-même au nom du peuple concerné, la subordination à ce dernier que cette représentation suppose étant alors médiatisée par le respect de la Constitution nationale en tant qu'elle est relative à la technique constitutionnelle interétatique ; le pouvoir constituant n'est en ce domaine ni plus ni moins qu'en d'autres subordonné au peuple en raison du seul contrat originaire, c'est-à-dire de la seule constitution nouménale de la République, laquelle recouvre le principe de l'objet substitutif de tout consentement législatif interétatique mais également la technique générale ainsi que l'esprit du pouvoir fédératif moderne qui en découlent. Puisque tout pouvoir fédératif s'exerce ainsi nécessairement en lui-même au nom d'un peuple déterminé, l'ensemble des conditions exigées pour l'entrée en vigueur d'une législation interétatique donnée se résume à celles de la constitution définitive d'une communauté de peuples (quand bien même il ne serait pas question de fonder alors un nouveau peuple, c'est-à-dire à défaut de précision expresse en ce sens, telle le « *We the People* » placé en ouverture de la Constitution des États-Unis d'Amérique de 1787). Telle est l'idée générale dont la portée technique doit être soulignée, afin d'illustrer les conséquences, sur l'interprétation de l'article 3 de la Déclaration de 1789, de la spécificité précédemment relevée du principe de l'objet substitutif de tout consentement législatif interétatique au regard de la « séparation des Pouvoirs » de l'article 16 de cette Déclaration.

§ 122 - Cette idée générale peut être précisée du point de vue technique des conditions d'exercice du pouvoir fédératif.

1) Il importe à ce titre de préciser tout d'abord que le principe même du conditionnement en commun de chaque consentement populaire, en vue de la production d'un effet juridique identique dans son principe et sa portée principale pour chacun des peuples concernés, traduit la constitution provisoire de la communauté de peuples en question et *ipso facto* du pouvoir législatif interétatique correspondant. Ce pouvoir se matérialise à travers la réglementation interétatique primitive, et son exercice se traduit par la mise en œuvre plus ou moins simultanée des différents pouvoirs fédératifs nationaux respectivement concernés. L'existence de ce pouvoir législatif interétatique justifie que la réglementation interétatique primitive fondatrice de celui-ci intègre en particulier l'obligation (d'origine coutumière, mais codifiée par la suite à travers l'article 18 de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969), pour les gouvernants de chacun des peuples participant à son exercice, de ne pas priver un traité de son objet et de son but avant son entrée en vigueur.

2) Il faut alors souligner que la réalisation des faits et/ou des actes prévus par ce conditionnement traduit la constitution définitive – ce qui ne veut pas dire : « éternel » - de cette communauté de peuples et *ipso facto* du pouvoir législatif interétatique correspondant (pouvoir que matérialisent les réglementations interétatiques primordiales et secondaires, ainsi que les réglementations interétatiques terminales et éventuellement dérivées de compétences législatives). Cette précision permet d'approfondir l'analyse du principe de l'objet substitutif de tout consentement législatif interétatique du point de vue de l'article 3 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789.

a) Il vient d'être vu que tout consentement législatif interétatique doit être en définitive donné au nom d'un peuple déterminé et consiste dès lors à participer à la constitution d'une communauté de peuples (c'est-à-dire, d'un « corps » de peuples) ainsi qu'à la définition de l'« autorité » qui en est indissociable (de la même manière que la « Souveraineté » est conçue comme étant indissociable de la « Nation »).

b) Il y a en réalité une interaction plus poussée entre ces deux éléments. En effet, tout consentement législatif interétatique constitue alors nécessairement un titre sur le fondement exclusif duquel l'« autorité » définie – et *a fortiori* toute « autorité » sous-jacente correspondant à celle définie – au profit de telle communauté de peuples (tel « corps » de peuples), dans la mesure où elle sera exercée – peu importe la manière, plus ou moins concentrée et/ou diffuse – au nom de cette communauté (c'est-à-dire conformément aux règles qu'a nécessitées la définition de cette « autorité »), sera réputée « émaner » « expressément » de chacun des peuples concernés – de chacune des « Nations » concernées – et pris(es) respectivement. Par conséquent, tout consentement législatif interétatique n'est concevable que s'il « émane » lui-même « expressément » d'une « Nation » déterminée.

3) La « capacité de conclure des traités » inhérente à « tout État », principe qui a été codifié à l'article 6 de la Convention sur le droit des traités signée à Vienne le 23 mai 1969, est dès lors inhérente à la notion même de « Constitution » définie par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, compris à la lumière du principe de l'objet substitutif de tout consentement législatif interétatique, et de l'interprétation de l'article 3 de ladite Déclaration correspondant à ce dernier principe. Il en résulte que les pratiques et coutumes interétatiques relatives à la conclusion et à l'entrée en vigueur des traités, telles par exemple qu'elles ont fini par être codifiées aux articles 7 à 25, 39 à 41, 74, 76 à 80 de la Convention de Vienne, reposent sur ces fondements constitutionnels. Le respect de ces règles constitue dès lors une exigence constitutionnelle, résultant des articles 16 et 3 de la Déclaration de 1789 compris à la lumière du principe de l'objet substitutif de tout consentement législatif interétatique, qui s'impose en particulier lors de l'interprétation et l'application des règles relevant de la technique constitutionnelle interétatique nationale.

§ 123 - L'idée générale susmentionnée peut également être précisée du point de vue technique des conséquences de l'exercice du pouvoir fédératif.

1) Il faut à ce titre relever que l'interprétation de l'article 3 de la Déclaration de 1789 détaillée ci-dessus, qui correspond au principe de l'objet substitutif de tout consentement législatif interétatique, entraîne une conséquence très précise qui est la suivante. Dès lors qu'une législation interétatique est entrée en vigueur et dans la mesure où tel consentement législatif interétatique est authentique (c'est-à-dire constitue bien un titre « émanant » « expressément » d'un peuple déterminé), l'« autorité » définie – et *a fortiori* toute « autorité » sous-jacente correspondant à celle définie – au profit de la communauté de peuples alors constituée, pour pouvoir être considérée comme « émanant » « expressément » et plus particulièrement du peuple en question, devra être en tout état de cause exercée au nom de cette communauté (c'est-à-dire conformément aux règles qu'a nécessitées la définition de cette « autorité »). En effet, il faut bien se rendre compte que s'il résulte du lien indissoluble et exclusif entre Souveraineté et Nation posé par l'article 3 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 que « Nul corps, nul individu ne peut exercer

d'autorité qui n'en émane expressément », cela n'implique pas nécessairement que toute « autorité » ne puisse être exercée par un « corps » ou un « individu » que sur le fondement d'un titre exprès à agir au nom d'une seule « Nation », à plus forte raison dans la perspective éminemment universaliste de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 et compte tenu de l'évolution des circonstances historiques (ce serait nier, contre la lettre ainsi que l'esprit de la Déclaration et par suite de l'hypertrophie exclusiviste d'une « Nation » déterminée, la technique nécessaire et fondamentale du conditionnement des différentes techniques constitutionnelles interétatiques nationales dans la perspective de l'entrée en vigueur d'une législation interétatique donnée). De plus, cela n'implique pas nécessairement que tout acte d'un « corps » ou d'un « individu » ne puisse être accompli que sur le fondement d'un titre dont le champ d'application serait rigoureusement borné à cet acte précis. Du point de vue de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, cette conséquence signifie que toute « Loi » ne constitue dès lors « l'expression de la volonté générale » qu'à la condition de respecter les règles qu'a nécessité la définition de cette « autorité ».

2) En définitive, c'est donc dans les articles 3 et 6 de cette Déclaration que trouve son fondement le principe de droit international général *Pacta sunt servanda* : celui-ci recouvre l'obligation pour les autorités nationales d'exécuter les dispositions des traités régulièrement conclus et entrés en vigueur, ainsi que l'impossibilité corrélative pour ces autorités d'invoquer le droit interne afin de justifier l'inexécution de telles dispositions, et s'est trouvé codifié aux articles 26 et 27 de la Convention sur le droit des traités signée à Vienne le 23 mai 1969. Il en résulte que les pratiques et coutumes interétatiques relatives à l'application des traités (conçue de façon large), telles par exemple qu'elles ont fini par être codifiées aux articles 28 à 38, 42 à 52, 54 à 63, 65 à 70, 72-73 et 75 de la Convention de Vienne, reposent sur ces mêmes fondements constitutionnels. Le respect de ces règles coutumières constitue dès lors une exigence constitutionnelle, résultant des articles 16, 3 et 6 de la Déclaration de 1789 compris à la lumière du principe de l'objet substitutif de tout consentement législatif interétatique.

2 - Le rejet des interprétations de l'article 3 de la Déclaration de 1789 résolument hostiles au « droit politique des gens »

§ 124 - Il résulte de la précision du régime juridique de l'exercice du pouvoir fédératif que l'article 3 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 ne peut être interprété dans un sens résolument opposé à tout « droit politique des gens ».

1) D'une part, le principe exprimé par cette disposition étant inhérent au principe de la séparation des pouvoirs tel que consacré par l'article 16 de ladite Déclaration, il ne peut guère contribuer qu'à ce que le consentement à toute législation interétatique amorçant la réalisation d'un « droit politique des gens » soit effectué par les législateurs interétatiques qui pourront être qualifiés de « nationaux », dans la mesure où ce consentement aura dû être donné conformément aux règles prévues par les diverses techniques constitutionnelles interétatiques nationales respectivement concernées. Dès lors que le pouvoir législatif interétatique définitif sera relatif à des réglementations de compétences législatives interétatiques de type superétatique, l'« autorité » indissociable tout « corps » de peuples sera définie d'une manière principalement institutionnalisée. Cette « autorité » pourra donc être exercée – c'est-à-dire : ce « corps » de peuples pourra donc se manifester - sous une forme relativement concentrée, et ce sur le fondement des titres « exprès » à agir en leur nom respectivement donnés par les « Nations » concernées par suite de l'accomplissement des exigences procédurales

respectivement prévues par leur technique constitutionnelle interétatique et dans la perspective de l'application de la réglementation interétatique primitive.

2) D'autre part, il apparaît qu'une telle restriction serait contraire au principe de la libre détermination des peuples dont le respect se trouve supposé, d'une manière générale, par les articles 3 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 compris conformément au principe de l'objet substitutif de tout consentement législatif interétatique (la conception retenue exige en substance que tout peuple reste par principe ouvert au « droit politique des gens », cette ouverture ne correspondant guère alors, c'est-à-dire dans la perspective kantienne, qu'à la maximisation de la liberté d'un peuple et non à une quelconque obligation d'entreprendre sur-le-champ la réalisation de ce « droit politique des gens »). Plus largement, il faut souligner qu'il résulte de cette implication que le respect des pratiques et coutumes interétatiques relatives à la libre détermination des peuples constitue une exigence constitutionnelle qui s'impose de manière générale, et en particulier lors de l'élaboration et de l'application de législations interétatiques.

§ 125 - L'interprétation de l'article 3 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 ainsi retenue s'avère radicalement incompatible avec celle qui tendait à prévaloir traditionnellement dans un sens résolument hostile à tout « droit politique des gens ». Longtemps latente, cette position traditionnelle avait été explicitée par Joseph-Barthélemy, collègue constitutionnaliste de Georges Scelle à la Faculté de Droit de Paris et qui entendait alors justifier ainsi la réserve intégrale de la souveraineté dans le projet d'Union européenne d'Aristide Briand.

1) En qualité de président du conseil et ministre des affaires étrangères de la République française, Aristide Briand avait effectivement prononcé, le 5 septembre 1929 et à l'occasion de la X^e session de l'Assemblée de la S.D.N. (à Genève), un discours devenu célèbre à travers lequel il invitait les Nations assises sur l'espace géographique européen à réfléchir à la création, entre elles mais dans le cadre de la S.D.N., d'« une sorte de lien fédéral ». Aristide Briand avait cependant pris grand soin de préciser que ce « lien fédéral » ne serait susceptible de « toucher à la souveraineté d'aucune » des Nations concernées³¹⁶, et répondit à certaines demandes de précisions en insistant, dans un mémorandum du 1^{er} mai 1930, sur le fait « qu'en aucun cas et à aucun degré, l'institution du lien fédéral recherché entre Gouvernements européens ne saurait affecter en rien aucun des droits souverains des États membres [...] C'est sur le plan de la souveraineté absolue et de l'entière indépendance politique que doit être réalisée l'entente entre Nations européennes »³¹⁷. Georges Scelle avait entre autres noté à cet égard la contradiction existant entre la notion de « fédération » et celle de « souveraineté absolue » : « il n'y a pas d'organisation fédérale sans abandon de

³¹⁶ Discours prononcé par Aristide Briand le 5 septembre 1929, lors de la X^e session de l'Assemblée de la Société des Nations, extrait reproduit dans le recueil de documents diplomatiques relatifs à la question, établi conjointement par Georges SCELLE et Boris MIRKINE-GUETZÉVITCH, *L'Union européenne*, Paris, Librairie Delagrave, collection « Bibliothèque d'histoire et de politique, 1931, 350 pp, spéc. pp 33-35. Il s'était largement inspiré pour ce faire des idées du comte Coudenhove-Kalergi, créateur et animateur du mouvement paneuropéen auquel il avait adhéré deux ans auparavant.

³¹⁷ Mémorandum sur l'organisation d'un régime d'Union fédérale européenne, reproduit dans *L'Union européenne, op. cit.*, pp 59-70, spéc. pp 62-63.

‘souveraineté’ »³¹⁸. Il reconnaissait cependant à l’initiative du ministre des affaires étrangères français un caractère historique : « Le seul fait que l’on ait pu en poser les bases au cours d’une discussion publique internationale, dans un milieu où les préoccupations traditionnelles de prestige et le dogme périmé de la souveraineté conservent encore tant d’adhérents, est en soi une nouvelle victoire sur l’anarchie des rapports internationaux »³¹⁹. C’est pourquoi il rejeta sèchement³²⁰ la justification constitutionnelle que Joseph-Barthélemy donna à la réserve intégrale de la souveraineté nationale au sein du projet d’Union européenne d’Aristide Briand.

2) Joseph-Barthélemy développa d’abord son argumentaire constitutionnel dans un discours retentissant qu’il prononça devant le quatrième Comité fédéral de coopération européenne, avant de le faire reproduire dans de multiples périodiques :

« Pour que la souveraineté reste sauvegardée dans son essence quoique limitée dans ses manifestations, il importe que l’organisme de la coopération européenne soit un organisme de droit international et non de droit constitutionnel.

Il ne saurait notamment exister un ‘parlement’, un ‘pouvoir législatif’, au sens que ces termes reçoivent du droit constitutionnel. Cela signifie que les organes de la coopération européenne ne pourront pas prendre de décision obligatoire à la majorité. Les décisions seront prises à l’unanimité. Chaque État, pour chaque décision, ne pourra être obligé que par son propre consentement.

Il sera nécessaire, aussi, si l’on veut sauvegarder l’essence de la souveraineté que, à l’intérieur de son territoire, les décisions de la conférence ne soient exécutées que par les organes de l’État lui-même. Une loi de coopération européenne ne deviendra loi que par la volonté de l’organe législatif de l’État considéré. L’exécution sera confiée exclusivement aux organes de l’État et les organes de l’Europe ne pourront accomplir aucun acte de souveraineté à l’intérieur du territoire des États adhérents.

Quand l’Union d’États est resserrée au point de devenir un État fédéral, il est du plus haut intérêt de définir la liste des matières qui rentrent dans la compétence des États fédéraux, *puisque ces organes peuvent statuer à la majorité*.

Donc, les États membres peuvent être tenus, sans leur consentement, par les lois de la fédération. Il est donc essentiel de définir le domaine dans lequel leur souveraineté est ainsi sacrifiée.

³¹⁸ SCELLE, Georges, « Essai relatif à l’Union européenne », *ibid.*, spéc. p 532. De tous les Gouvernements auxquels le mémorandum du 17 mai 1930 avait été adressé, le Gouvernement néerlandais fut le seul à relever la contradiction dans sa réponse du 30 juin 1930, en termes toutefois très mesurés par leur nombre et leur portée : « Il lui [le Gouvernement néerlandais] paraît toutefois évident que cette œuvre de coordination [« des forces économiques et morales de l’Europe »] ne saurait réussir que si les États sont prêts à limiter dans une certaine mesure – comme ils l’ont du reste déjà fait, notamment en concluant le Pacte de la Société des Nations, - l’exercice de leurs droits souverains. Une conception de la souveraineté qui ne laisserait pas place à l’acceptation volontaire de certaines limitations du pouvoir des États devrait, à l’avis du Gouvernement de la Reine, être écartée comme incompatible avec la nature même des relations internationales », SCELLE, Georges - MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris, *L’Union européenne, op. cit.*, spéc. pp 75-76.

³¹⁹ MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris – SCELLE, Georges, *L’Union européenne, op. cit.*, spéc. pp 30-31.

³²⁰ *Idem*, spéc. pp 27-30.

Au contraire, si nous maintenons la souveraineté, en ce sens qu'un État ne peut être obligé que du consentement et de ses représentants au sein de l'organisation européenne et de ses organes constitutionnels propres, il n'y a plus d'intérêt à dresser la liste des pouvoirs délégués, des pouvoirs réservés, des pouvoirs concurrents, etc...

À tout moment, par sa seule opposition, un seul État peut empêcher que l'organisme se saisisse d'une question quelconque. Dans ces conditions, il y a lieu de laisser les organismes européens libres de décider s'il est de l'intérêt commun qu'il se saisisse d'un objet ou qu'il ne s'en saisisse pas »³²¹

Le raisonnement de Joseph-Barthélemy est tout entier fondé sur le caractère primordial de la sauvegarde de l'« essence » de la « souveraineté », alors même que les « manifestations » de cette dernière pourraient faire l'objet de « limitations ». La référence à l'« essence » de la souveraineté est très suggestive. D'une part, elle renvoie manifestement à son caractère éminemment et exclusivement national affirmé par l'article 3 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 : « Le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la Nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément ». D'autre part le raisonnement développé par Joseph-Barthélemy constitue ainsi de manière incontestable le pendant constitutionnel général de la doctrine subjectiviste précédemment étudiée qui inspirait alors la C.P.J.I., et plus précisément – bien que Joseph-Barthélemy le développe dans une perspective particulière qui ne recouvre pas l'ensemble de son champ d'application – le « principe politique » relatif à « l'élaboration des lois nationales et internationales » alors en vigueur, auquel le principe scellien du fédéralisme normatif avait vocation à se substituer du fait de sa pleine inscription dans le cadre de l'article 16 de ladite Déclaration³²².

§ 126 - Parce qu'Emmanuel Kant avait mis en évidence la nécessité de principes constitutionnels également fondateurs du « droit politique » et du « droit des gens » sans parvenir à concevoir l'interprétation des principes constitutionnels légués au monde par les révolutionnaires français, et parce que le principe et la technique du fédéralisme normatif permettent de dégager les interprétations idoines de la Déclaration de 1789 à raison de leur caractère nécessaire à toute Constitution nationale et au regard de la conception kantienne des fondements du « droit politique, la théorie juridique scellienne peut être objectivement considérée comme apportant une réponse à la problématique dégagée par le philosophe de Königsberg.

³²¹ BARTHÉLEMY, Joseph, « Le Problème de la Souveraineté des États et la Coopération européenne », *R.D.I.*, 1930, pp 420-440, spéc. pp 437-438. En italiques dans le texte.

³²² L'importance de la position ainsi adoptée par Joseph-Barthélemy a déjà été soulignée par la doctrine, d'un point de vue général et non du point de vue de l'interprétation ainsi donnée à l'article 3 de la Déclaration de 1789 toutefois, en particulier par Valérie GOESEL-LE BIHAN, *La répartition des compétences en matière de conclusion des accords internationaux sous la V^e République*, op. cit., spéc. p 132.

Conclusion

§ 127 – En insistant sur le fait que la théorie scellienne du « fédéralisme normatif » apparaît comme une réponse à la nécessité de concevoir les principes fondamentaux du droit constitutionnel de manière à ce qu'ils soient également fondateurs du « droit politique » et du « droit des gens », il s'est agi de parachever la justification de la réponse positive donnée à la question de savoir si une théorie et/ou une philosophie du droit pourrai(en)t expliquer/justifier le fait/l'idée que tout en procédant du droit constitutionnel national, un ordre juridique puisse disposer de la primauté sur ce dernier.

§ 128 – En vue de clore cette communication, il paraît intéressant de souligner la possibilité de soutenir que cette théorie scellienne du « fédéralisme normatif » a été consacrée en droit positif, à travers l'alinéa 15 du préambule de la Constitution française du 27 octobre 1946 suivant lequel « Sous réserve de réciprocité, la France consent aux limitations de souveraineté nécessaires à l'organisation et à la défense de la paix ». Telle est la position que j'ai soutenue à travers la thèse de doctorat en droit dont les éléments de cette communication sont issus, effectuée sous la direction de M. le Professeur Ferdinand Mélin-Soucramanien et intitulée *Le fédéralisme normatif en droit constitutionnel français : l'alinéa 15 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 (L'influence de la pensée juridique de Georges Scelle sur les constitutions françaises de 1946 et 1958)* (Université Montesquieu-Bordeaux IV, 2010).

Il n'est évidemment pas question de reprendre en détail, ni même d'une manière un peu longue compte tenu du caractère déjà bien fourni de cette communication, les autres recherches et démonstrations effectuées à ce sujet. Il importe cependant de souligner avoir mis en évidence que cette consécration s'explique en particulier par la diffusion qu'a connue la théorie scellienne du « fédéralisme normatif », pendant, après la Seconde Guerre Mondiale et nonobstant la succession de la Constitution du 4 octobre 1958 à celle du 27 octobre 1946. Nombreux sont en effet les juristes à s'être ouvertement ralliés aux conceptions scelliennes au cours des débats suscités par la rédaction et l'application de la Constitution de la Quatrième République, et a en avoir par suite assuré la promotion et la consécration en droit positif en raison des fonctions officielles qu'ils avaient accepté d'assumer. On peut mentionner à ce titre, en particulier (il y en eut bien d'autres), deux professeurs de droit.

1) Le premier est Paul Coste-Floret. En tant que rapporteur de la commission de la Constitution de la Seconde Assemblée nationale constituante, élue le 2 juin 1946, il contribua de manière décisive à faire du futur alinéa 15 de la Constitution du 27 octobre 1946 une explicitation du principe du fédéralisme normatif. En tant que membre du Comité consultatif constitutionnel en 1958, il est à l'origine d'un amendement au futur article 54 de la Constitution du 4 octobre 1958 qui, retenu, contribua de manière également décisive à la préservation de l'interprétation « scellienne » de l'alinéa 15 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, en permettant de contrer les thèses radicalement opposées développées par Michel Debré. Membre du Conseil constitutionnel par la suite, il joua à ce titre un rôle déterminant en 1976 dans la poursuite de cette œuvre de pérennisation, en obtenant le rejet des thèses radicalement opposées développées par François Goguel.

2) Le second est Georges Vedel. Membre du cabinet de Maurice Faure, secrétaire d'État aux affaires étrangères, il est à l'origine de la confirmation expresse, par le Conseil de

la République qui disposait du pouvoir d'interprétation constitutionnelle authentique sous la Quatrième République, de l'interprétation de l'alinéa 15 dans le sens susmentionné. Membre du Conseil constitutionnel sous la Cinquième République, il poursuit en quelque sorte le travail antérieurement effectué par Paul Coste-Floret, d'une manière et dans un sens qui apparaît pour la première fois au grand jour avec la décision dite *Maastricht I* de 1992, et continue actuellement de jouer un rôle de premier plan dans l'agencement des « rapports de systèmes ».

§ 129 – Cette mise en exergue apparaît opportune compte tenu du fait que l'A.F.D.C. a souhaité organiser son Congrès triennal autour du thème de « la circulation du droit constitutionnel », car elle permet d'illustrer les liens intimes qui unissent la théorie et la philosophie du droit d'une part, l'histoire du droit et le droit positif d'autre part. Pour le dire d'une phrase, la théorie scellienne du « fédéralisme normatif » recouvre une théorie et une philosophie du droit dont la conception a représenté le vecteur d'évolutions juridiques considérables (puisqu'elles supposent un bouleversement de la représentation de l'univers juridique), et constitue le fruit de la tension qu'implique un pied ancré dans le passé et un œil rivé sur l'avenir, de cette tension qu'implique le principe d'optimisme juridique qui avait guidé Montesquieu pour rédiger *L'esprit des lois* : « l'espérance de la liberté à venir renvoie à la mémoire des origines »³²³.

³²³ GOYARD-FABRE, Simone, *La philosophie du droit de Montesquieu*, Paris, Klincksieck, 1973, 437 pp, spéc. p 369.