

Chapitre 13

Le droit

Alain PELLET *

Le droit et la puissance sont en général considérés comme des notions antinomiques. L'opinion publique a tendance à sacraliser le droit, à y voir non pas un mode d'exercice de la puissance mais beaucoup plus un instrument de limitation de la puissance.

Le droit pur, cependant n'existe pas et toute réflexion sur le droit implique que l'on réfléchisse à son contexte, à ses objectifs et à ses effets. Autrement dit, les normes juridiques sont à la fois le résultat de rapports de force et une mesure assez fidèle de ces mêmes rapports.

Peut-on classer la production des normes juridiques parmi les modes d'exercice de la puissance? En effet, on peut considérer que la production de normes est une manière pour le fort d'imposer sa façon de voir au faible et est ainsi un mode d'exercice de la puissance. En même temps, le droit et l'émission de normes sont aussi des moyens pour le puissant de perpétuer sa puissance. En ce sens, ce serait plutôt un outil de la puissance. Nous nous limiterons donc à l'investigation des rapports entre le droit, essentiellement le droit

* Professeur à l'Université de Paris X-Nanterre et à l'Institut d'Études Politiques de Paris.

international, et la puissance, en montrant dans un premier temps que le droit est bien un mode d'exercice de la puissance, puis dans un second temps, plus brièvement, comment dans le contexte international, les États utilisent le producteur de normes très particulier que sont les Nations unies pour renforcer et stabiliser les rapports de puissance.

En premier lieu, comment le droit, le droit international surtout, apparaît comme un instrument de la puissance des États? Il est entendu que le droit est inévitablement un ensemble d'institutions et qu'il est au service d'une puissance assez particulière: la puissance étatique. Le droit est fils de la politique, ce qui est vrai dans tout système juridique. En simplifiant un peu abusivement, dans les démocraties pluralistes, la loi est le résultat d'un vote au sein du parlement, où une majorité impose sa façon de voir à une minorité. A l'expérience, la démocratie nous a appris qu'en légiférant, les parlementaires ne se comportent pas comme des citoyens idéaux mais représentent bien des intérêts particuliers dont l'addition permet d'aboutir à une majorité qui à son tour fabriquera du droit, fera la règle de droit. Bien sûr, la lutte politique ne débouche pas forcément sur l'édiction de règles; en revanche l'inverse n'est pas vrai; il n'existe pas de normes juridiques qui n'aient pas une origine politique: comme l'a dit l'un des analystes les plus pénétrants du droit international, Emile Giraud: «Tout droit est issu de la politique, le droit représente une politique qui a réussi.»¹ Dans la formation des normes juridiques, les considérations politiques sont prédominantes mais les considérations juridiques ne sont pas totalement évacuées.

D'abord le droit encadre en général le processus de production du droit, tel est l'un des objets principaux du droit constitutionnel, dont l'essentiel au fond consiste à encadrer la production des normes juridiques. En droit international, cette même fonction est assurée

1. «Le droit positif - Ses rapports avec la philosophie et la politique» in *Homage d'une génération de juristes au Président Baldavent*, Pédone, Paris, 1960, p. 2 à 4.

par un chapitre que les internationalistes aiment bien développer, le droit des sources formelles du droit international et, en particulier, le chapitre essentiel du droit international qu'est le droit des traités, codifié par la convention de Vienne de 1969. Ce droit qui est très généralement appliqué et respecté, permet d'encadrer la production de normes juridiques.

Au demeurant, l'existence d'un cadre juridique à la production des normes ne doit pas abuser de ces normes processuelles elles-mêmes, qui s'appliquent à la production du droit qui a une origine politique. Si elles ont une existence et une consistance juridique, elles ont aussi une origine politique et peuvent être modifiées en fonction des considérations politiques. Vu sous cet angle, le droit n'est jamais qu'un habillage de considérations politiques. Si l'on prend l'exemple du droit international économique, au sein du GATT on se plaît souvent à souligner le rôle fondamental que joueraient les techniciens, et dans une certaine mesure les juristes et les économistes. Or, comme l'a écrit Olivier Long, qui a été pendant douze ans le directeur général du GATT, «au GATT, en pratique, les parties contractantes sont poussées par des considérations d'ordre politico-économique d'abord à négocier sur les conditions dans lesquelles les relations commerciales peuvent le mieux se dérouler. Elles déterminent comment les résultats des négociations peuvent être insérés dans le cadre juridique. Toutefois les négociations se déroulent sur la base des règles existantes et devant la toile de fond des règles juridiques»². Comment traduire cette analyse de l'ancien directeur du GATT? Cela veut dire clairement la chose suivante: les solutions politiquement souhaitées sont d'abord dégagées, ensuite, et ensuite seulement, on les habille juridiquement. Au fond, le juriste est la maquilleuse; mais le véritable acteur, c'est le politique ou le technicien, mais le technicien mis en scène par le politique. Le GATT a donné de ceci une illustration très remarquable: qui pendant ces neuf

2. «La place du droit et ses limites dans le système commercial multilatéral», R.C.A.D.I., 1993, IV, vol. 182, p. 36.

ans de négociations a vraiment entendu parler de droit ? On ne s'est absolument pas occupé de l'aspect juridique des négociations et pourtant le résultat est tout ce qu'il y a de plus juridique. C'est un traité ou une série d'accords dont la signature engage les États. Il s'agit d'une négociation dans laquelle au fond, le droit ne tient aucune espèce de rôle. Il va simplement servir aux politiques à aboutir, à faire triompher leurs vues et, pourtant, on a un produit qui est typiquement juridique. Les conséquences de cette omniprésence du politique dans la production des normes juridiques sont extrêmement nombreuses.

La première c'est que décidément la frontière entre le droit et la politique est extrêmement ténue ; à vrai dire, il n'y a pas de seuil. Ceci conduit à évoquer brièvement un débat qui fait les délices des internationalistes en ce moment et que l'on appelle *la querelle de la normativité relative*, qui consiste à se demander s'il y a un moment précis où l'on peut dire : « c'est du droit », et un moment précis où l'on peut dire : « ceci n'est pas du droit ». Les tenants de la normativité absolue disent « oui », les tenants de la normativité relative disent « non » et je fais partie des seconds. En général, on passe progressivement d'une situation purement politique à une norme indiscutablement juridique mais on passe d'une situation à l'autre, non pas comme on passe le seuil d'une maison mais plutôt comme quand on chemine dans un paysage changeant : où s'arrête la forêt dense ? Où commence la savane ? C'est une affaire d'appréciation et non une affaire de science. Le droit se formalise progressivement et bien malin qui peut déterminer le point précis où l'on est en présence d'une règle d'ordre.

Le second corollaire évident de ce qui précède, est que la politique qui est à l'origine du droit, est aussi un moyen de changer les règles qui ont cessé de répondre aux fonctions sociales que l'on en attend. Ce n'est pas essentiellement le droit, même si l'arrogance des juristes doit en souffrir, qui modifie le cours des choses. Ce sont au contraire, les changements politiques qui entraînent les modifica-

tions juridiques, si bien que le droit ne fait que s'adapter aux exigences changeantes de la vie politique contre lesquelles il ne constitue jamais qu'un rempart extrêmement précaire, et ceci est particulièrement vrai en matière économique.

Il ne faut pas non plus avoir une conception trop simplificatrice des relations entre droit et politique. Si, indiscutablement, le droit sert bien des objectifs politiques, notamment en les camouflant, il influence à son tour le comportement des acteurs (superstructure), et le droit rétroagit sur l'infrastructure. Au fond, il est efficace aussi longtemps qu'il sert un dessein politique et puis, lorsque la règle a cessé de servir, elle est remplacée par une nouvelle règle en fonction de considérations exclusivement politiques. Ce n'est ni par hasard, ni par inadvertance que les États ont à l'égard du droit et d'abord à l'égard de la production des normes, une politique que l'ancien juge français à la Cour internationale de Justice, Guy de la Charrière, a très magistralement démystifiée dans son maître-livre, *La politique juridique extérieure*³. Contrairement à la vision de Bertrand Gallet, il me semble que tout État recherche par nature la puissance. En tout cas, à cette fin, les États utilisent le droit, essaient de peser sur le droit, tentent de le modifier et ont donc ce que La Charrière avait appelé une « politique juridique extérieure ».

Ces relations extraordinairement intimes entre le droit et la politique, font justice de l'accusation absurde de politisation qu'on lance très fréquemment aujourd'hui contre le droit international et contre les instances dans lesquelles le droit est fait. Evidemment, on fait de la politique dans ces instances ! Toute organisation internationale est une institution *politique*. Sa création résulte d'une décision *politique*, les acteurs qui agissent au sein de ces organisations internationales sont des acteurs *politiques*, ils y poursuivent des objectifs *politiques*, les décisions qui y sont prises même si elles ont une forme juridique, sont fondamentalement des décisions *politiques* qui ont des enjeux *politiques*. Comment voudrait-on qu'on ne fit pas

3. *Economica*, Paris, 1983, 236 p.

aux Nations unies ou ailleurs de politique? L'exiger redeviendrait à demander à un parlement de ne pas faire de politique, ce qui ne viendrait à l'idée de personne.

Ceci dit, si j'ai montré que le droit est toujours le résultant d'une lutte politique, je n'ai pas, jusqu'à présent, abordé de front le problème de la puissance et de l'influence du droit sur celle-ci.

Pourtant, les relations du droit et de la puissance se dessinent déjà dans ce qui précède. Il en ressort, semble-t-il, que le droit est un mode d'exercice de la puissance et même plus; c'est un instrument de la puissance, un instrument au service de la puissance des États.

Il n'est pas nécessaire d'être marxiste pour admettre que le droit est une superstructure, ou si le mot choque, pour admettre que le droit est le reflet des rapports de force dans une société donnée à un moment donné. Si cela se vérifie en effet, alors le droit est fondamentalement un phénomène de puissance ou plus exactement un phénomène qui n'est pas détachable du jeu des puissances. Le droit est d'abord, pour le puissant, un moyen d'affirmer le triomphe de ses vues, contrairement à la vision poétique et séduisante de Jean Giraudoux, il n'est pas «la meilleure école de l'imagination». C'est au contraire, une très dure école de réalisme, puisqu'il ne s'applique qu'à des activités sociales effectives, qu'il doit répondre à un besoin social effectif qui ne peut être défini que par le jeu de la ou des puissances.

Premièrement, le droit s'applique exclusivement à des activités humaines ou sociales effectives. Ainsi, le droit de l'espace extra-atmosphérique fournit un exemple des plus explicites. Avant que l'utilisation de l'espace ne soit possible grâce au génie inventif des hommes, l'espace était le domaine exclusif des poètes et des romanciers, de Jules Verne ou de Tintin. Moins d'un mois après le lancement du premier Spoutnik (4 octobre 1957), l'Assemblée générale des Nations unies adopta une première résolution (le 11 novembre) sur l'espace qui souligna les dangers de la course aux armements dans l'espace. Le droit, loin d'être une discipline abstraite, est fondamentalement réaliste et terre-à-terre. Le droit est inapplicable à

des objets impossibles. Ainsi, un traité sur la circulation aérienne des sorcières sur leur balai ne serait pas davantage du droit que ne le serait une loi qui donnerait des instructions aux capitaines des navires quant à la conduite à tenir en cas de découverte de sirènes en haute mer⁴. Le droit ne s'occupe pas de chimères.

Ensuite, le droit doit répondre à un besoin social effectif. Une norme en total décalage avec un besoin social n'est pas une norme juridique. Par exemple, l'interdiction de l'avortement entre les deux guerres, correspondait à un besoin social: la recherche de l'accroissement démographique. Or, ce besoin social, à la suite de la libération des mœurs postérieure aux événements de mai 68, a radicalement changé et au début des années 70 la loi qui n'avait pas été modifiée était devenue totalement inapplicable. D'ailleurs les tribunaux eux-mêmes avaient renoncé à l'appliquer. Le Parlement a par la suite, avec la loi Veil, consacré la réalité juridique que la société avait directement engendrée.

Enfin, ceci pose le problème de savoir comment définir un besoin social et c'est là qu'intervient la troisième proposition: le besoin social est défini en fonction de la puissance respective des acteurs sociaux en présence. Il serait sans doute plus simple d'utiliser la formulation marxiste selon laquelle le droit est une superstructure imposée par la ou les puissances dominantes. Mais cet énoncé ne correspondrait pas à la réalité. Certes il y a des puissances dominantes dans la vie internationale comme dans les sociétés nationales, mais leur domination n'est ni exclusive ni absolue. La ou les puissances dominantes ne peuvent imposer leurs vues que si celles-ci sont réalistes, c'est-à-dire si elles tiennent compte de l'équilibre des rapports de force. Dans la société interne comme dans la société internationale, la puissance ne peut être que relative. Il est vain de penser que le droit mène le monde et qu'il est possible d'imposer des changements révolutionnaires par le droit: le droit est par essence

4. V. Julio A. Barberis, «Le concept du "traité international" et ses limites», A.F.D.I., 1984, p. 252.

conservateur. Il conserve aussi longtemps que la situation peut être conservée. C'est pour l'avoir oublié que les pays du tiers monde ont subi une très cruelle déconvenue avec le «*nouvel ordre économique international*». Ce slogan avait pour objet de changer la société internationale par le droit, mais les pays du tiers monde se sont lancés dans cette aventure sans tenir compte des phénomènes de puissance. Ils ont émis ce qu'il croyaient, ou voulaient croire, être des normes qui n'avaient et qui ne pouvaient avoir aucun impact concret sur la vie réelle internationale. Ils ont inversé la réalité des choses. Le droit suit les évolutions politiques, économiques et sociales et ne saurait en aucune manière les précéder.

Essayons de voir comment dans le contexte international actuel, à l'aube du XXI^e siècle, le droit international et plus spécialement la production des normes, peut apparaître comme le mode d'exercice de la puissance en donnant l'exemple de ce qui se passe aux Nations unies dont nous fêterons le cinquantième anniversaire l'an prochain.

Aussi longtemps que le monde était bipolaire, les Nations unies ont été le champ d'affrontement des blocs d'une part et le lieu d'un dialogue conflictuel entre le Nord et le Sud ; d'autre part, dans ce contexte, la production de normes juridiques reflétait assez bien l'état des rapports de force et la neutralisation mutuelle des puissances, étant entendu que les deux exercices (le conflit Nord-Sud et l'affrontement des blocs) se déroulaient dans des enceintes distinctes : l'affrontement des blocs avait lieu au Conseil de sécurité et le dialogue Nord-Sud à l'Assemblée générale.

Examinons d'abord le dialogue Nord-Sud. Jusqu'en 1960, l'Assemblée générale était l'instrument de la domination occidentale. Le futur tiers monde a toujours été majoritaire aux Nations unies, mais il n'a conscience jusqu'à cette date ni de sa force relative ni de son unité, si bien durant les quinze premières années de fonctionnement des Nations unies, l'Assemblée générale suit aveuglément les Occidentaux qui bénéficient d'une majorité alors tout à fait automatique, y compris lorsqu'ils essaient de détourner à leur profit les pou-

voirs que la Charte réserve au Conseil de sécurité en matière de maintien de la paix et de la sécurité. L'exemple le plus frappant en est la résolution 377 (V) pour le maintien de la paix ou «*résolution Dean Acheson*». Les choses changent avec le réveil du tiers monde qu'on date, en général, de la Conférence de Bandung de 1955 mais qui, pour ce qui nous intéresse ici, remonte véritablement à l'année 1960, avec le discours de Fidel Castro, le discours de Khrouchtchev, et la résolution sur le droit à l'indépendance des peuples coloniaux. A partir de ce moment-là, le tiers monde comprend quel formidable amplificateur de ces revendications constitue l'Assemblée générale, mais cette revendication relève du domaine exclusivement politique, du droit. Or l'Assemblée générale est incapable de transformer une revendication en norme juridique, ne serait-ce que parce qu'en vertu de l'article 10 de la Charte, l'Assemblée générale ne peut faire que des recommandations. Les choses se sont gâtées lorsque les 77 ont voulu «*faire comme si*» les orientations contenues dans ces recommandations étaient de véritables normes juridiques. Pour «*transformer l'essai*», c'est-à-dire pour commuer des normes recommandées en normes obligatoires, le concours des États qui pouvaient exécuter, c'est-à-dire des États occidentaux, était indispensable.

Le tiers monde était certes suffisamment puissant pour faire voter ou pour voter seul des recommandations, voire pour obtenir la conclusion de quelques traités dans des domaines ponctuels notamment en matière commerciale, mais il n'était pas suffisamment puissant pour faire accepter un bouleversement total des relations économiques internationales et pour imposer «*le nouvel ordre*» auquel il aspirait. En matière de maintien de la paix les choses étaient différentes. D'abord, toujours en vertu de la Charte, l'article 24 confère au Conseil de sécurité «*la responsabilité principale du maintien de la paix et de la sécurité internationales*», et le fonctionnement du Conseil de sécurité est imprégné dès le départ de l'empirisme réaliste des participants à la conférence de San Francisco. Cet empirisme se manifeste par des disparités de représentation (la permanence des cinq grands), et de pouvoir entre les membres du Conseil

de sécurité qui se traduit par le droit de veto reconnu aux membres permanents.

Les points marquants sont les suivants : en premier lieu, le pouvoir de décision c'est-à-dire au fond le pouvoir de production de normes juridiquement obligatoires est réservé exclusivement au Conseil de sécurité ; et, en deuxième lieu, aucun bloc ne peut imposer sa décision à l'autre. Le résultat a été pendant longtemps la paralysie relative du Conseil de sécurité, du moins de 1947 à la fin des années 80. Dans une telle situation, la production de normes juridiques n'est pas vraiment un mode d'exercice de la puissance car l'équilibre réel ou supposé entre les puissances ou l'équilibre de puissance entre les différents groupes d'États en présence ne permet tout simplement pas l'adoption et la production de normes juridiques. Tout change radicalement avec l'écroulement du communisme à l'Est de l'Europe.

Il est évident que la nouvelle situation libère le Conseil de sécurité de la paralysie où l'avait enfermée la guerre froide et, en même temps, très logiquement, la réduction à une seule unité des super puissances réduit aussi le Conseil à être d'abord l'instrument de la puissance des États-Unis. La domination américaine paraît tellement évidente et écrasante que l'on se demande même pourquoi la puissance doit faire le détour du droit.

En effet, pourquoi les États-Unis vainqueurs par KO de « l'empire du mal » devrait compter avec les autres ? Cependant, on observe qu'ils le font aux Nations unies, où les plus faibles peuvent s'exprimer et où les « moyens grands » peuvent même paralyser ou menacer de paralyser la décision. Malgré cela, les Nations unies ne sont pas court-circuitées et elles ont plutôt vu leur rôle accru dans la nouvelle donne internationale. Lors de la crise du Golfe, les États de la coalition ont fait un usage très important des Nations unies comme tribune pour dénoncer les violations du droit par l'Irak, mais aussi comme outil de légitimation de leur action. Ceci est d'autant plus intéressant qu'après tout l'agression irakienne était indiscutable (même si les résolutions du Conseil de sécurité ne parlent pas

d'agression), et que l'existence de cette agression était suffisante juridiquement pour autoriser le recours à la force dans le cadre de la légitime défense. On n'avait donc pas besoin du Conseil de sécurité, et pourtant George Bush l'a abondamment utilisé. Ce qu'ils pouvaient faire sans elles, les États-Unis pouvaient le faire mieux encore avec elles, en obtenant le soutien verbal et la bénédiction de l'ONU. Les États-Unis permettaient ainsi à certains États arabes, en particulier à la Syrie, de se dédouaner du reproche de suivisme pro-américain qui, sans cela, leur aurait été adressé, et qui les aurait vraisemblablement empêchés de se joindre aux coalisés.

Ce rôle de légitimation par le droit international constitue un appui précieux à la puissance. Il en est de même quant à l'utilisation du Conseil de sécurité par les États-Unis, le Royaume-Uni et moins ouvertement par la France dans l'affaire de Lockerbie.

Ceci dit, la légitimation de la puissance n'est pas l'unique rôle du droit. Il peut aussi servir à légitimer le non-exercice de la puissance. De ceci, l'affaire yougoslave fournit une illustration remarquable. On se sert du droit, on se sert des Nations unies, on se sert des institutions internationales pour ne rien faire et essayer de justifier l'inertie : c'est un rôle de légitimation négative.

Le droit peut également être un frein à l'exercice de la puissance en ce sens qu'il enregistre les rapports de force. Or, la puissance dans toute société même la plus totalitaire demeure une notion relative et ceci est vrai aussi de la société internationale. L'*Uruguay round* l'a montré : les États-Unis ont réussi à imposer l'essentiel de leurs vues mais ils ont tout de même dû compter avec des positions plus ou moins fermes de moindre puissances, y compris Astérix le Gaulois...

Enfin le droit est un enjeu de puissance, dont il est un instrument assez efficace. Les États s'efforcent d'agir sur le droit et de lui faire produire des normes favorables. Ceci apparaît clairement à la lumière de l'énergie que déploient les États pour obtenir la production de normes favorables au sein des Nations unies par exemple.

On ne déploierait pas autant de temps, et d'énergie à discuter de virgules aux Nations Unies si on considérait que cela ne servait à rien.

Il n'y a aucune raison que tout ceci soit fondamentalement modifié au XXI^e siècle. Certes, le Conseil de sécurité changera sans aucun doute de composition. Il pourrait être composé de 21 membres avec cinq nouveaux membres permanents sans droit de veto parmi lesquels l'Allemagne et le Japon et six nouveaux membres non permanents. En fait ceci ne changera strictement rien à la méthode de production des normes juridiques au sein des Nations unies. Certes, les rapports de force auront changé: la Chine immense peut s'éveiller réellement, le tiers monde pourrait sortir de la léthargie où l'a plongé la crise et pourrait être tenté d'utiliser le droit comme une force créatrice, l'Europe pourrait grandir politiquement, la Russie pourrait se ressaisir. Mais fondamentalement le rôle du droit, dans cette société internationale, n'en sera pas modifié. Il restera un baromètre remarquablement fiable de l'état des rapports de force et un instrument ou un mode d'exercice de la puissance. Quelles puissances? Le juriste n'a aucune espèce de compétence particulière pour répondre à de telles questions.

QUATRIÈME PARTIE

**PUISSANCE
ET VULNÉRABILITÉ
DES PRINCIPAUX ACTEURS**

LA PUISSANCE INTERNATIONALE

Sous la direction de Pascal Boniface

À

Relations Internationales et Stratégiques



DUNOD