

Morgenthau, De la réalité des normes, en particulier des normes du droit international, F. Alcan, 1934. (quelques citations) :

INTRODUCTION GENERALE : POSITION DU PROBLEME

§ 2. Définition plus précise du problème et remarques sur la méthode

En appelant cette étude une théorie des normes, nous sommes obligés d'ajouter qu'il s'agit ici *d'une théorie normative, et non une étude à aucun égard psychologique ou sociologique*. Nous allons le souligner maintes fois, à l'aide d'exemples, dans cette étude même. Certes, cette théorie normative est moins « pure » que les théories normatives de l'école de Vienne ; car elle contient *un élément de réalité* et c'est grâce à cet élément de réalité qu'elle est en mesure de donner une notion exacte de l'État. Elle part d'une notion de devoir être empirique et non pas aprioristique ; elle est donc une théorie empirique d'un phénomène idéal, mais elle reste quand, même une théorie normative. Car l'élément de réalité et ses rapports avec le domaine du normatif ne sont envisagés ni d'un point de vue psychologique ni d'un point de vue sociologique, mais par rapport uniquement à la structure intrinsèque des normes, c'est-à-dire du point de vue normatif. Nous ne posons pas la question de savoir quelle est l'influence de la réalité sur le contenu des normes, ni de quelle façon typique le contenu des normes influe sur la réalité, et nous ne posons pas davantage la question de savoir quelles sont les circonstances typiques de la création des normes comme telles ou celles de leur disparition. Nous posons plutôt *la question de savoir quel est l'élément qui donne aux normes la qualité de réalité et quelle est la structure logique du domaine normatif vu sous l'aspect de sa réalité*. Au lieu de demander quelles sont les matières premières soumises à l'action des machines appelées normes, et quels sont les produits de ce travail, nous nous efforçons uniquement de savoir quel est le mécanisme de ces machines, de quelle façon s'engrènent leurs roues, et quel est leur fonctionnement typique.

PREMIERE PARTIE : DE LA REALITE DES NORMES

CHAPITRE 1 : DE LA REALITE DE LA NORME EN GENERAL

§ 3. Les notions de validité et d'efficacité

(...) le terme d'efficacité a deux significations tout à fait différentes qu'il ne faut pas confondre et dont l'une est de nature psychologique, tandis que l'autre appartient au domaine normatif. Efficacité psychologique, cela veut dire : la représentation idéale que les sujets de la

norme se font de son contenu, est cause de la réalisation, par ces sujets, de l'état de fait prescrit par la norme en question. Entre le contenu de la norme et la réalisation de ce contenu existe donc un lien causal.

Efficacité normative, cela veut dire : à l'état de fait voulu par la norme correspond un état de fait réalisé par les sujets de la norme, quelle que soit l'impulsion psychologique qui a abouti à une telle réalisation. Réalisation d'une norme et efficacité objective d'une norme sont synonymes. Entre le contenu de la norme et la réalité correspondante à ce contenu existe donc un lien exclusivement normatif : la possibilité d'évaluer d'une façon positive la réalité d'après la norme. Cette espèce d'efficacité ne mérite donc ce nom que dans un sens figuré.

Tout jugement positif sur l'efficacité psychologique, que l'on pourrait appeler aussi subjective, contient un jugement positif sur l'efficacité normative, que l'on pourrait appeler aussi objective ; car la notion d'efficacité psychologique suppose qu'il y a correspondance entre l'état de fait et le contenu de la norme. Là où il n'y a pas d'efficacité objective, il ne saurait y avoir d'efficacité subjective ; mais cette dernière n'est pas nécessaire à l'existence de l'efficacité objective. En parlant d'efficacité tout court, nous prenons le terme dans son sens propre, c'est-à-dire subjectif et psychologique que nous opposons au caractère normatif de la validité et de la norme comme telle.

C'est une erreur très répandue dans la doctrine que celle qui consiste à confondre l'efficacité subjective d'une norme, c'est-à-dire le fait qu'elle détermine dans l'esprit un acte de volonté conforme à son contenu, avec la validité et à dire en particulier qu'une norme est valable lorsque la majorité à tout le moins de ceux auxquels elle s'adresse, se laisse porter par elle à agir conformément à ses prescriptions, lorsque donc la faculté de détermination de la norme s'étend à cette partie au moins de ceux qu'elle vise ; et l'on dit par contre qu'une norme n'est pas valable dès qu'une partie non entièrement négligeable de ceux qu'elle vise échappe à son pouvoir de détermination psychique. Mais cette conception méconnaît le caractère spécifiquement normatif de la norme, lequel est indépendant de toute statistique psychologique de ceux qu'elle concerne. La « norme » que nous avons prise comme exemple plus haut ne possède aucun pouvoir de détermination, elle ne possède aucune efficacité subjective ; mais le fait qu'elle n'a pas de validité est indépendant de cette constatation. Il y a certes, ainsi que nous allons le voir, un rapport de cause à effet entre le défaut de validité d'une part et l'absence d'efficacité de l'autre, mais on ne saurait, inversement, conclure de l'absence d'efficacité d'une norme à son défaut de validité. Une norme qui ne serait pas valable ne pourrait point, en tant que norme, être efficace ; car en tant que norme, elle n'existe pas. Mais une norme peut fort bien être dépourvue d'efficacité tout en étant valable. La validité d'une norme est une des conditions de son efficacité ; l'efficacité ne saurait donc se concevoir sans la validité, mais la validité peut fort bien exister en dehors de

toute efficacité. La raison « crée en toute liberté un ordre à elle, à l'aide d'idées auxquelles elle adapte ensuite les conditions empiriques et en vertu desquelles elle peut même proclamer comme nécessaires des actes qui n'ont jamais été accomplis et qui ne le seront peut-être jamais ».

Si une norme possède pratiquement le pouvoir de déterminer la volonté, elle est subjectivement efficace ; dès qu'elle possède ce pouvoir en principe et abstraitement, elle est valable, sans qu'on puisse rien en conclure de son efficacité pratique. *Une norme est dite valable dès qu'elle a la faculté abstraite de déterminer la volonté ; elle est dite subjectivement efficace quand elle la détermine effectivement.*

IIE PARTIE : DES RAPPORTS QUI PEUVENT EXISTER ENTRE LES DIFFERENTES NORMES

CH. II, §. 6. Des rapports de délégation :

Nous trouvons ici la différence décisive entre la position juridique de l'ordre juridique par exemple d'une société anonyme envers l'ordre juridique de l'État d'une part et celle de l'ordre juridique d'un État envers le droit international de l'autre. L'ordre juridique d'une société anonyme doit entièrement sa réalité normative à l'ordre juridique de l'État. En déléguant à l'ordre juridique de la société anonyme les moyens à l'aide desquels il acquiert et maintient sa propre réalité normative, l'ordre juridique de l'État engendre par là même l'ordre juridique de la société anonyme comme tel. Celui-ci n'existerait pas comme réalité normative sans l'aide de l'ordre juridique de l'État, abstraction faite des circonstances spéciales qui pourraient faire de lui un ordre juridique non étatique indépendant. S'il n'y avait pas de délégation de l'ordre juridique de l'État, il n'y aurait pas d'ordre juridique de la société anonyme, ni du point de vue du droit positif de l'État, ni du point de vue de la théorie pure.

Or, le rapport normatif entre l'ordre juridique du droit international et l'ordre juridique de l'État est précisément d'ordre inverse. S'il n'existait pas d'ordre juridique du droit international, l'ordre juridique de l'État, à savoir un ordre juridique dont les normes-sanctions ont, sur un certain territoire, le plus haut degré d'efficacité empiriquement constatable, n'en existerait pas moins. Mais s'il n'y avait pas d'ordre juridique étatique, c'est-à-dire d'ordre juridique ayant cette qualité, il ne pourrait plus y avoir d'ordre juridique du droit international. Ce n'est pas le droit international qui réalise l'existence normative des ordres juridiques des États, c'est au contraire par les moyens de ces ordres juridiques que le droit international acquiert sa réalité normative. A la chaîne ininterrompue de rapports de subordination logique (ou de délégation au sens de M. Kelsen) ne correspond pas une chaîne analogue de rapports de délégation au sens de cette étude, qui lierait la norme fondamentale du droit international à la norme la plus décentralisée du droit étatique.

Tandis que la chaîne de subordination logique part de la norme fondamentale du droit international, c'est la norme fondamentale de l'ordre juridique de l'État qui forme le point de départ de la chaîne de délégations de l'ordre étatique d'une part et de l'ordre international de l'autre¹³⁴.

La discordance entre ces deux chaînes qui n'existe pas sur le plan étatique, manifeste la contradiction immanente qui domine le droit international, qui affaiblit son efficacité, qui rend sa validité précaire¹³⁵ et qui ne saurait être résolue par aucune théorie. Ce n'est même pas la tâche propre de la théorie de résoudre cette contradiction ; puisque sa tâche est de reproduire la réalité telle qu'elle est, à savoir avec toutes ses contradictions, et d'une façon systématique, elle doit plutôt reproduire également cette contradiction réelle. Autrement, la théorie resterait nécessairement incomplète ou se trouverait elle-même en contradiction avec la réalité. Comment par exemple pourrait-on comprendre, si l'on suppose en fait une chaîne ininterrompue de délégations au sens de cette étude, partant de la norme fondamentale du droit international et aboutissant à la norme la plus décentralisée du droit interne, l'existence d'une norme fondamentale comme chaînon final de l'ordre juridique étatique ? Car étant donné que la notion de norme fondamentale signifie le point de départ d'un système juridique dont l'existence est indépendante de toute autre norme juridique, la supposition d'un ordre juridique qui en délègue un autre, serait incompatible avec l'existence d'une norme fondamentale qui serait la norme « suprême » de ce dernier ordre juridique.

Si un rapport de délégation entre le droit international et l'ordre juridique de l'État ne semble pas possible, il n'est cependant pas douteux qu'il existe des rapports normatifs entre le droit international et l'ordre juridique de l'État, rapports concernant aussi bien le contenu matériel que l'existence normative de ce dernier ordre juridique, et nous devons donc dire quelle en est la nature.

Le droit international n'est pas à même d'engendrer par ses propres forces un ordre juridique étatique, comme il ne peut pas empêcher par ailleurs l'engendrement spontané de l'ordre juridique d'un État, mais il peut fixer le territoire de l'État, c'est-à-dire le domaine de validité de ses normes-sanctions¹³⁶. Le droit international ne dit pas : Il faut engendrer, sur tel et tel territoire, l'ordre juridique d'un État, et il ne dit pas, à tout le moins pas régulièrement : Il faut détruire l'ordre juridique d'un État engendré sur tel et tel territoire. Il dit plutôt : Si sur tel et tel territoire existe l'ordre juridique d'un État, à savoir un ordre juridique dont les normes-sanctions ont, sur ce territoire, le plus haut degré d'efficacité empiriquement constatable, son territoire, c'est-à dire le domaine où ses normes-sanctions ont ce degré d'efficacité, et qui est ainsi le domaine de validité de ces normes-sanctions, doit comprendre telle et telle partie de la surface du globe. L'extension de ce domaine dépend du domaine des ordres étatiques déjà existants. Ce

n'est que là où les normes-sanctions de ces ordres étatiques n'ont pas le plus haut degré d'efficacité empiriquement constatable que les normes-sanctions du nouvel ordre étatique ont, d'après le droit international, la possibilité juridique de devenir valables. Il se peut que les normes sanctions du nouvel ordre étatique acquièrent, par un acte qui sera du point de vue du droit international illicite, une position qui était occupée jusque là par les normes-sanctions des ordres juridiques déjà existants. Si les normes-sanctions du nouvel ordre étatique ont acquis, dans les domaines appartenant encore, d'après le droit international, aux autres ordres étatiques, le plus haut degré d'efficacité d'une façon stable, nous nous trouvons, en tant que pur théoricien du droit, en face d'un nouvel ordre juridique étatique dont le territoire est identique avec le domaine où ses normes-sanctions ont le plus haut degré d'efficacité empiriquement constatable.

Il est de grande portée pour l'interprétation du droit positif de savoir si le droit international se range ou non à ce jugement ; mais la réponse à cette question ne touche pas aux conclusions auxquelles aboutit, conformément à ses notions, la théorie du droit. Du point de vue du droit international positif, le soi-disant « État » Mantchoukouo est encore une partie intégrante de la Chine, qui est occupée, contrairement au droit international, par le Japon : Du point de vue de la théorie du droit, par contre, il n'est pas douteux que cet « État » n'appartient plus au territoire de l'ordre juridique chinois ; car les normes-sanctions de cet ordre juridique n'ont plus, sur le territoire de cet « État » Mantchoukouo, le plus haut degré d'efficacité empiriquement constatable, et la seule question qui pourrait encore se poser est de savoir quel autre ordre juridique étatique a acquis d'une façon stable, sur ce territoire, ce degré d'efficacité, ce qui revient à demander si l'ordre juridique du Mantchoukouo est un ordre juridique indépendant, c'est-à-dire si la validité de ses normes-sanctions ne dépend pas d'une norme juridique appartenant à un autre ordre juridique, dans notre cas à l'ordre juridique japonais.

Le droit international offre toutefois un moyen, à l'aide duquel l'ordre juridique du Mantchoukouo peut obtenir le caractère étatique sans devoir changer sa structure normative. Comme, d'après le droit international général, le Mantchoukouo appartient à l'heure actuelle encore au territoire chinois, c'est la Chine qui a la possibilité juridique de renoncer au Mantchoukouo, comme elle peut renoncer à n'importe quelle autre partie de son territoire. La renonciation de la Chine ne coupe toutefois que les liens juridiques de nature étatique entre la Chine et le Mantchoukouo, mais elle ne constitue pas le Mantchoukouo comme État. Puisque l'ordre juridique du Mantchoukouo ne remplit pas les conditions dont le droit international général fait dépendre le caractère étatique d'un ordre juridique, les membres de la communauté internationale qui veulent quand même donner à cet ordre juridique la qualité d'État, n'ont pas d'autre moyen que d'édicter, par l'acte quasi-contractuel de la reconnaissance, des normes particulières du droit international par lesquelles l'ordre juridique en question reçoit la qualité

étatique. L'ordre juridique du Mantchoukouo, n'ayant ni du point de vue de la théorie ni du point de vue du droit international la qualité étatique, est traité par les États en question comme s'il avait cette qualité. On lui concède, par l'acte de la reconnaissance, la position juridique qui lui appartiendrait, s'il présentait les caractères que le droit international général exige de l'ordre juridique étatique¹³⁷. Il se peut donc qu'un ordre juridique ait, du point de vue du droit international, un double aspect : il a le caractère étatique dans ses rapports juridiques avec ceux des États qui l'ont reconnu, et il est de nature non étatique pour les autres. C'est uniquement dans ce cas extraordinaire que la reconnaissance a pour la naissance d'un État une signification constitutive.

Le droit international remplit ainsi à l'égard des ordres juridiques des États une double fonction, et c'est sous deux points de vue principaux que les ordres juridiques des États peuvent être logiquement subordonnés aux normes du droit international : Le droit international établit d'une part les conditions auxquelles un nouvel ordre juridique étatique peut être engendré et il délimite d'autre part les domaines de validité des normes-sanctions ainsi que des normes matérielles des différents ordres étatiques en les protégeant contre tout empiétement. Ces deux fonctions sont les deux fonctions typiques de tout ordre juridique : l'engendrement des sujets de droit et la délimitation de leurs sphères de compétences¹³⁸. Tandis que les rapports normatifs qui réalisent ces fonctions, sont, pour une théorie du droit positif, des rapports de délégation, nous les considérons, de notre point de vue théorique, comme de simples rapports de subordination logique. Étant donné toutefois que la notion de délégation au sens de M. Kelsen n'est qu'un autre terme pour ce que nous appelons subordination logique, l'opposition de notre conception à celle de M. Kelsen ne concerne que le domaine des rapports de délégation fonctionnelle tels que nous les comprenons, rapports qui échappent à la théorie de M. Kelsen.

IIIE Partie : DE LA REALITE DES NORMES DU DROIT INTERNATIONAL :

§ 2. *La validité des normes du droit international pour les individus*

Pour que l'ordre effectif prescrit par les dispositions normatives du droit international puisse être réalisé par des individus déterminés ou par des groupes déterminés d'individus, il faut, tout d'abord, que les normes de ce droit soient valables pour eux ; pour que ces normes puissent déterminer leur volonté dans le sens des dispositions normatives en question, il faut qu'elles aient la faculté abstraite de déterminer cette volonté. Si donc le droit international veut réaliser l'ordre effectif correspondant à l'une de ses normes, à celle par exemple qui stipule

l'inviolabilité des représentants diplomatiques dans l'État qui les accueille, il faut alors que cette norme ait la faculté abstraite de déterminer la volonté des personnes, susceptibles, le cas échéant, de porter atteinte à l'intégrité personnelle des représentants diplomatiques en question, à respecter leur intégrité, ce qui revient à dire que cette norme doit être valable pour ces personnes.

Il suit de notre définition de la validité que le nombre des normes valables du droit international est bien inférieur au nombre total des prescriptions existant dans le domaine international, et qui figurent dans les recueils des traités et les cours du droit international pour la seule raison qu'elle n'ont pas été formellement mises hors vigueur. Car on ne pourrait point dire de toutes les prescriptions qualifiées de normes du droit international que leur violation rendrait probable la réalisation d'une norme du droit international instituant une sanction. Maintes normes du droit international sont violées constamment sans qu'une sanction du droit international intervienne. Quand il n'est plus probable que cette intervention puisse se produire, la norme en question ne vaut plus. Personne ne doit plus invoquer cette norme pour demander la réalisation de l'ordre prescrit dans sa disposition normative ou pour justifier l'intervention de sanctions.

Mais pour qu'une norme atteigne son but, il ne suffit pas qu'il soit valable, il faut de plus que cette norme soit en mesure de réaliser en fait l'ordre effectif qu'elle prescrit, il faut qu'elle soit efficace. S'il est d'avance certain qu'un élément de validité donné, reposant sur une sanction d'une nature déterminée, ne sera pas en mesure d'assurer régulièrement, dans chaque cas concret, la réalisation de la disposition normative à laquelle il se rapporte, l'auteur de la norme aura généralement recours en ce cas à une sanction susceptible de conférer à la disposition normative à laquelle elle est attachée, non seulement la faculté abstraite de déterminer la volonté dans le sens de son contenu, mais de plus le pouvoir effectif d'assurer la réalisation concrète, dans chaque cas donné, de l'ordre effectif prescrit par la norme.

Pour savoir de quelle manière une norme du droit international pourra déterminer la volonté des individus, il faut considérer que la volonté de chaque individu se trouve déjà soumise à l'action de détermination des normes du droit interne de l'État et que les normes-sanctions de l'ordre juridique de l'État, possèdent, prises dans leur ensemble, le plus haut degré d'efficacité qui puisse être empiriquement constaté sur le territoire de l'État en question. Si donc un ordre juridique quelconque voulait déterminer la volonté d'un individu soumis au domaine de validité des normes-sanctions d'un ordre étatique étranger, il ne pourrait y parvenir qu'à condition que l'ordre juridique étatique en question ne s'oppose pas à ce que la volonté de cet individu soit déterminée de cette manière. Si par contre cet ordre juridique étatique s'y oppose à l'aide de ses propres sanctions — et il s'y opposera régulièrement puisque l'essence de la souveraineté de

l'État est précisément dans la monopolisation en principe, sur son territoire, des sanctions les plus efficaces empiriquement constatables — il y aura alors un rapport de concurrence entre les deux éléments de validité en cause, dont l'un possède, au plus haut degré d'intensité empiriquement constatable, le pouvoir concret de devenir efficace sur le territoire de l'État en question. Un ordre juridique qui prétendrait pénétrer de la sorte dans le domaine d'un ordre juridique étatique déjà existant devrait s'efforcer d'acquérir, dans ce domaine, une efficacité supérieure à celle de l'ordre étatique en question, c'est-à-dire d'acquérir pour lui-même le plus grand degré d'efficacité empiriquement constatable et de devenir, par conséquent, lui-même ordre étatique en lieu et place du premier. Il devrait donc opposer ses propres sanctions¹⁷⁷ aux sanctions de ce premier ordre étatique, et ce non seulement à l'état de menace latente, mais aussi à l'état de réalisation effective.

Or une telle situation ne serait rien de moins qu'une lutte déclarée entre les porteurs des sanctions de l'un de ces ordres et ceux de l'autre. La concurrence, par rapport à l'individu pris comme tel, de deux éléments de validité juridique dont l'un repose sur une sanction étatique, aboutirait fatalement à un conflit direct des deux groupes de sanctions et de leurs porteurs et mettrait en danger l'ordre et la paix que l'un et l'autre ordre juridique veulent réaliser. Un ordre juridique, qu'il soit étatique ou international, ne pourrait devenir efficace au sein d'un autre ordre étatique pourvu de fonctions de validité, qu'à la condition que ce dernier perde son caractère étatique, c'est-à-dire qu'il cesse d'être pourvu d'efficacité au plus haut degré d'intensité empiriquement constatable. La réalisation, à l'égard des individus comme tels, de la validité des normes du droit international à l'aide des éléments de validité spécifiquement internationaux suppose donc la substitution, aux ordres juridiques des divers États et à leurs éléments de validité, de l'ordre juridique et des éléments de validité internationaux désormais pourvus seuls du plus haut degré d'efficacité empiriquement constatable. Si toutefois les normes-sanctions du droit international atteignent à un tel degré d'efficacité, l'ordre juridique international sera seul de nature étatique, et le domaine de validité des normes-sanctions du droit international général sera l'État universel.

Mais les conditions générales d'ordre psychologique et sociologique que suppose la réalisation d'un tel ordre de choses font défaut dans le monde actuel, et l'ordre juridique international ne peut pas d'autre part, en sa qualité d'ordre de paix, entrer en lutte, dans chaque cas concret, avec l'ordre étatique pour substituer ses éléments de validité à ceux de l'État — ce qui nécessiterait de sa part un effort hors de proportion avec le but. Force est donc à l'ordre juridique international de chercher à réaliser la validité, même à l'égard des individus, de ses dispositions normatives sur la base de la situation que nous avons définie, autrement dit en tenant compte de l'existence des divers ordres juridiques étatiques, c'est-à-dire dont les normes-

sanctions sont pourvues du plus haut degré d'efficacité empiriquement constatable. Il y parvient en reconnaissant l'existence, sur un territoire déterminé, de ces normes-sanctions pourvues du plus haut degré d'efficacité empiriquement constatable. L'efficacité suprême, sur un territoire donné, de l'ordre étatique, simple état de fait, devient de droit grâce à l'ordre juridique international qui pose le principe que dans un territoire où un ordre juridique donné s'affirme comme ordre étatique, et où donc un autre ordre juridique ne pourrait intervenir avec ses propres moyens contre la volonté du premier qu'en entrant en lutte avec lui, les normes-sanctions d'aucun autre ordre juridique ne pourront devenir efficaces sans le consentement du premier.

Si la validité d'une norme est la faculté abstraite qu'elle a de devenir efficace, c'est-à-dire de déterminer la volonté des personnes soumises à cette norme dans un sens conforme à son contenu, la validité d'une norme s'étendra évidemment, au point de vue personnel, aussi loin que se manifesterait cette faculté abstraite de devenir efficace. Le domaine de validité personnelle des règles juridiques de l'État A concernant la procédure pénale ne s'étend pas aux personnes vivant sur le territoire de l'État B, car ces règles n'ont pas la faculté abstraite de devenir efficaces à l'intérieur des frontières de l'État B. Elles n'ont pas cette possibilité, parce qu'il n'existe aucune perspective que les normes déterminant la validité de ces normes juridiques, et par suite les sanctions de ces normes, puissent se réaliser à l'intérieur des frontières de l'État B. Le droit international limitant le domaine de validité des normes-sanctions édictées par l'État A, au territoire de cet État, les frontières de ce territoire sont en même temps les limites de la validité de ces normes ; les termes de « territoire » et de « frontières » n'ont pas d'autre signification juridique. C'est pourquoi nous ne croyons pas, contrairement à l'opinion de M. Kelsen, à la possibilité logique de fonder une conception moniste du droit international sur la primauté de l'État. Les règles juridiques destinées à régir les rapports de l'État A avec les États B, C et D, ne sauraient en effet être considérées comme édictées unilatéralement par les États en question, puisque, comme nous l'avons établi, les normes-sanctions que l'on considérerait par exemple comme ayant été édictées par l'État A, ne seraient pas valables pour les ressortissants des États B, C, D qui ne se trouveraient pas sur le territoire de l'État A ; et il en sera de même, *mutatis mutandis*, pour les normes juridiques édictées par ces derniers États. Une norme supérieure qui « obligerait » les États A, B, C, D, à mettre leurs normes-sanctions respectives au service des dispositions respectives édictées par eux, faisant défaut, dans les conditions de l'hypothèse de M. Kelsen, la validité des dispositions normatives concernant les relations internationales dépendrait entièrement du bon plaisir des États particuliers. Dans ces conditions, l'on ne pourrait même imaginer, entre ces États, un ordre vivant reposant sur des normes juridiques, ordre dont l'existence nous est cependant attestée par l'expérience.

En délimitant les domaines d'action des divers ordres juridiques par l'octroi, aux sanctions de chaque ordre juridique étatique, d'une sorte de monopole de principe au sein de leur domaine d'efficacité respectif, l'ordre juridique international a lui-même tracé la seule voie dans laquelle il lui est possible d'assurer la sanction de ses propres dispositions normatives et d'en réaliser par conséquent la validité. Les sanctions directes dont l'ordre juridique international dispose, telles que l'intervention, les représailles, le blocus, la guerre, etc. ne sauraient, de par leur nature même, lui permettre d'atteindre les individus comme tels, mais seulement les groupes d'hommes soumis à un même ordre juridique et auxquels les individus en question appartiennent, ou les représentants de ces groupes. Ce n'est que dans cette mesure qu'il existe une probabilité pour que les normes juridiques qui déterminent ces sanctions soient réalisées ; et c'est donc seulement dans cette mesure aussi que les normes du droit international auxquelles ces sanctions sont destinées peuvent avoir la faculté abstraite de devenir efficaces, c'est-à-dire peuvent devenir valables.

L'ordre juridique international, s'il veut réaliser, sans la permission expresse de l'État, la validité de ses dispositions normatives à l'égard des individus, s'il veut donc établir une relation normative entre ses dispositions normatives et les individus, n'a qu'un seul moyen — en raison de la structure juridique de la communauté telle que lui-même la détermine — de conférer à ses dispositions normatives l'élément de validité : c'est de recourir, à cet effet, aux sanctions qui seules ont la perspective d'être réalisées à l'égard des individus comme tels, à savoir aux sanctions propres à l'ordre juridique interne de l'État. Ces sanctions, l'ordre juridique international cherchera à les amener dans un rapport fonctionnel avec ses dispositions normatives à lui, en édictant une disposition normative à teneur de laquelle le groupe d'hommes soumis à la plus haute efficacité empiriquement constatable des normes-sanctions du même système juridique et auquel appartiennent les individus en question, ou respectivement les représentants de ce groupe d'hommes, devront mettre les sanctions de l'État au service des dispositions normatives du droit international¹⁷⁸. Cette disposition normative — que nous appellerons *a* — sera valable en raison de la probabilité qu'une violation de cette norme déclenchera contre les groupes d'hommes en question ou leurs représentants l'action des normes internationales qui déterminent les sanctions spécifiques du droit international, autrement dit, qu'une infraction à cette norme sera suivie des sanctions internationales spécifiques, telles que la guerre, les représailles, l'intervention, etc. L'infraction à cette norme *a* est un délit international et il se présente comme une sorte de forfaiture (*Amtspflichtverletzung*) ; car le groupe d'hommes unis dans la notion de l'État, ou respectivement leurs représentants, remplissent ici une fonction internationale déterminée, à savoir la fonction de rendre valables, à l'égard des individus comme tels, une disposition normative donnée du droit

international ; c'est la fonction qu'exercerait, au sein de l'ordre juridique interne, le Chef de la police, à l'égard d'une disposition normative contenue dans une loi de délégation (Ermächtigungsgesetz) de l'État, loi dont les dispositions normatives ne seraient pas encore valables à l'égard des individus comme tels et qui ne deviendrait valable à leur égard qu'en vertu des peines décrétées dans une ordonnance de police¹⁷⁹.

Si le groupe d'hommes qu'englobe un même État, ou respectivement leurs représentants, négligent d'accomplir les actes nécessaires pour assurer la validité des dispositions normatives en question, leur conduite serait, du point de vue de la théorie du droit, semblable à celle du Chef de police qui omettrait d'édicter les ordonnances nécessaires. Ces groupes d'hommes, ou respectivement leurs représentants, tout en restant des organes de l'État dont dépend leur existence comme tels, sont ici les porteurs d'une fonction de validité internationale, tout comme le Chef de la police est, lui, le porteur d'une fonction de validité de l'ordre juridique interne. S'ils contreviennent aux normes qui déterminent l'exercice de cette fonction, ils commettent, tout comme le Chef de la police en pareil cas, une atteinte à leurs « obligations de fonctionnaire ». Ils rempliront par contre leurs obligations s'ils donnent aux porteurs immédiats des sanctions en question les ordres nécessaires et s'ils prennent des mesures de nature à créer à tout le moins la perspective de la réalisation de ces ordres. La fonction de validité qu'ils accompliront ainsi aura un caractère à la fois normatif et empirique. L'analogie, complète dans le domaine de la validité normative, entre les fonctions du groupe d'hommes soumis à l'ordre étatique ou de leur représentants et celles du Chef de la police ne se trouve en défaut que dans le domaine de l'efficacité, de la réalisation concrète ; car si les sanctions prévues contre le Chef de la police possèdent dans leur domaine, en raison de leur caractère étatique, la plus haute efficacité empiriquement constatable, celles par contre qui visent les groupes d'hommes en question ou leurs représentants, n'ont pas, n'émanant pas de leur propre État, une efficacité comparable. Il y a donc une probabilité plus grande pour que le Chef de la police réalise dans son domaine l'ordre effectif prescrit, que ce n'est le cas en ce qui concerne les groupes d'hommes en question ou leurs représentants.

Si ce groupe d'hommes ou leurs représentants édictent les dispositions normatives — nous les appellerons *b*¹⁸⁰ — à teneur desquelles les sanctions de l'État sont mises au service des dispositions normatives internationales, et s'ils assurent la validité des dispositions normatives *b* par de nouvelles dispositions normatives, et ainsi de suite, c'est-à-dire s'ils mettent en œuvre, pour assurer la validité des dispositions normatives du droit international, un secteur approprié du système fonctionnel tant normatif qu'empirique dont ils disposent pour assurer la validité de leurs propres dispositions normatives, ils auront satisfait à la norme internationale *a*. Il y a donc, entre les normes étatiques choisies comme étant les plus

appropriées à la réalisation de la fonction de validité d'une part, et les dispositions normatives du droit international de l'autre, un rapport fonctionnel, prescrit par la norme du droit international *a* ; le rapport fonctionnel existant entre ces normes étatiques et les dispositions normatives du droit international est celui de la validité.

Appliquons ces considérations à un exemple, en nous rapportant à la disposition normative du droit international qui stipule l'inviolabilité des représentants diplomatiques, et à l'art. 39 du Code pénal fédéral suisse qui dit : « Quiconque viole le territoire suisse, ou se rend coupable envers la Suisse ou une partie de la Suisse d'autres actes contraires au droit des gens, ou favorise d'une manière quelconque des actes de cette nature est puni... » La norme internationale *a* correspond en ce cas à la règle portant que la Suisse doit conférer, à la disposition normative en question, la faculté abstraite de devenir efficace au sein de l'ordre juridique suisse, que la Suisse doit donc faire le nécessaire pour assurer la réalisation d'un ordre effectif correspondant à la dite disposition normative, qu'elle doit, autrement dit, rendre valable, dans le domaine indiqué, cette disposition normative. L'art. 39 du Code pénal fédéral suisse correspond, de son côté, à la norme *b*, il établit un rapport fonctionnel de nature normative entre le droit public de la Suisse et la disposition normative en question du droit international, par le fait qu'il détermine normativement les sanctions qui doivent assurer la validité de cette disposition normative. La probabilité que ces sanctions seront mises en œuvre, que l'ordre effectif, correspondant à la disposition normative de l'art. 39 en tant qu'elle institue des peines, ainsi qu'aux lois correspondantes de la procédure pénale, sera réalisé dans les faits, constitue l'élément de validité de la disposition normative en question du droit international. Cette probabilité fait de cette disposition normative une norme valable pour les individus soumis au domaine de validité du droit pénal fédéral ; elle crée une fonction empirique entre les sanctions de l'ordre juridique suisse et la disposition normative en question du droit international¹⁸¹.

Les normes du droit international auxquelles se réfère l'art. 39 du droit pénal fédéral suisse sont donc valables pour les individus, non pas il est vrai par les moyens spécifiques du droit international, mais par l'intermédiaire des normes-sanctions propres à l'État. L'ordre juridique du droit international utilise l'ordre juridique de l'État qui fonctionne dans son domaine de validité, où ses normes-sanctions ont le plus haut degré d'efficacité empiriquement constatable, en tant qu'ordre juridique étatique. Comme c'est la probabilité que les normes-sanctions étatiques seront réalisées, qui établit la réalité normative, pour les individus comme tels, des normes du droit international en question, et étant donné que l'ordre juridique de l'État est de sa nature indépendant (au sens indiqué p. 76 ss.), ces normes du droit international valent pour les individus comme tels en tant que normes de l'État¹⁸². Ce fait n'exclut pas qu'il existe quand même entre les dispositions normatives du droit international et les individus comme tels

un rapport immédiat. Car ces dispositions normatives figurent, dans une forme peut-être modifiée, dans les normes du droit international, valables pour les organes de l'État, et elles peuvent comme telles servir de mesure à l'appréciation, par le droit international, des actes des individus. Seulement, le droit international n'est pas en mesure de tirer lui-même de ces appréciations, des conséquences juridiques qui frappent immédiatement les individus¹⁸³.

Il n'est point surprenant que ce rapport entre le droit international et les individus soit méconnu, non seulement par les profanes, mais aussi par nombre de savants. Car pour la formation des idées communes, c'est l'impression sensible qui a la plus grande influence, et l'efficacité des sanctions étatiques est en fait beaucoup plus visible que celle des sanctions du droit international ; on pourrait même prétendre que ce sont à peu près les seules qui soient visibles, parce que, les sanctions propres au droit international n'étant encore à peine existantes, ce sont presque toujours les sanctions étatiques qui deviennent efficaces. Que toutefois ces sanctions étatiques jouent tantôt exclusivement comme sanctions du droit interne et tantôt de plus dans une fonction du droit international, on ne s'en aperçoit que lorsqu'on est arrivé à la connaissance véritable des rapports fonctionnels existants entre le droit international et le droit interne.

Pour montrer que seule une conception claire des rapports entre le droit international et le droit interne est capable d'aboutir à une théorie logique du délit international, il suffit d'analyser brièvement les considérations sur lesquelles la théorie dominante fonde la responsabilité internationale des États pour les actes contraires au droit international des individus, ainsi que le droit de punir le pirate pris en haute mer.

La solution donnée par la doctrine dominante à la première de ces questions est différente selon que les auteurs se placent sur le terrain de la responsabilité solidaire ou de la responsabilité fautive (*Schuldhaftung*). Dans le premier cas, la communauté, l'État répond de l'acte de l'individu et peut se libérer de sa responsabilité en punissant l'individu. Dans le second cas, l'État répond de sa propre faute, consistant en ce qu'il n'a pas pris, notamment, les mesures nécessaires pour empêcher l'acte ou, le cas échéant, pour le punir. Mais dans le premier cas, l'on doit se demander sur quoi, du point de vue de la doctrine dominante, on pourrait fonder la responsabilité de l'État. Toute responsabilité suppose généralement qu'il y a eu faute — faute propre ou faute d'autrui — ou en tout cas une attitude objectivement contraire au droit. Mais dans la conception que nous examinons, il n'y a, par hypothèse, aucune faute de l'État ; où serait d'autre part, en ce cas, d'après la doctrine dominante, la faute de l'individu ? Quelle est la norme qu'il aurait enfreinte ? Comme par hypothèse l'individu ne saurait enfreindre une norme internationale, il ne pourrait s'agir que d'une norme étatique se rapportant au fait en question. Et si une telle norme n'existait pas, si par exemple l'État n'a pas prévu de peine pour l'atteinte à

l'intégrité territoriale de représentants diplomatiques étrangers ? Où serait en ce cas la faute de l'individu, sa faute juridique, la seule dont il puisse être question ici ?

L'autre explication donnée par la théorie dominante est supérieure à la première en ce sens qu'elle échappe à un tel dilemme. L'État est « obligé », en vertu du droit international, d'empêcher et, le cas échéant, de punir certains actes déterminés des individus soumis à son autorité ; l'acte de l'individu n'est plus, dans cette conception, que l'élément de fait qui met en jeu cette obligation, et il ne relève donc pas du droit international. Cette conception, que M. Anzilotti notamment a défendue avec une clarté particulière¹⁸⁴, n'est pas inconciliable avec celle que nous avons développée dans la première partie de ce paragraphe. Son seul défaut est de renoncer à préciser la nature particulière de l'élément de fait en question en ce qui regarde ses rapports avec le droit international ; elle n'explique pas pour quelle raison normative l'État est obligé, en vertu du droit international, de s'efforcer d'empêcher et, le cas échéant, de punir cet acte-là précisément de l'individu et pas un autre. Des deux éléments de la norme du droit international dont l'un vise les représentants de l'État en tant que porteurs de la validité de la disposition normative, et dont l'autre vise l'individu comme tel en tant que porteur de la réalisation de la disposition normative, la doctrine dominante ne s'occupe d'une façon systématique que du premier et de sa base normative qui est de nature fonctionnelle. La norme « primaire », la raison d'être de l'autre norme qui lui fournit l'élément de validité, échappe aux tentatives constructives de la doctrine dominante.

Du fait que l'acte d'une personne constitue la condition à laquelle s'attache l'obligation juridique d'autres personnes à une attitude déterminée, il ne suit aucunement qu'il n'y ait pas de rapport direct entre l'acte de la personne en question et la norme prescrivant l'attitude de ces autres personnes ; c'est le contraire qui est vrai. La fonction qui appartient, en vertu du droit international, à l'acte de la personne en question en tant que condition de l'obligation de ces personnes ne se distingue en rien, en effet, dans sa structure juridique, de la position de l'individu à l'égard d'une norme pénale du droit interne. Dans ce dernier cas également, l'acte de l'individu constitue l'élément de fait qui conditionne l'obligation juridique de certaines autres personnes déterminées, à savoir l'obligation d'agir des tribunaux et des organes chargés des poursuites pénales. Si la norme du droit interne dit : « Dans le cas où un individu A offense le représentant d'une puissance étrangère, les organes de mise en accusation et de poursuite auront à prendre certaines mesures déterminées », la norme du droit international dit : « Si A offense le représentant d'une puissance étrangère, les organes compétents en vertu de la législation interne devront prendre certaines mesures déterminées. » Si, dans l'état actuel de l'organisation juridique des États civilisés, les organes qui représentent l'État au point de vue international, ne prennent pas eux-mêmes les mesures se rapportant directement à l'individu, et si toute une série

de chaînons normatifs intermédiaires et appartenant à un ordre juridique indépendant s'intercalent entre la norme internationale et sa réalisation immédiate à l'égard des individus, c'est là un fait historique d'une immense portée pratique, mais qui ne touche pas au principe constructif même du rapport entre l'individu et le droit international. Dans ce cas tout comme dans l'ordre juridique interne, la conduite de l'individu est évaluée sur la base d'une disposition normative qui émane en dernière analyse ici du droit international, là de l'ordre juridique interne ; ici comme là, la non-conformité de l'acte de l'individu à l'ordre effectif voulu par cette disposition normative est la condition qui détermine la réalisation à l'égard de cet individu, au moyen d'une série plus ou moins courte ou longue d'ordres adressés aux organes de l'État, des sanctions de l'ordre interne de l'État.

Nous allons montrer enfin, à l'aide d'un exemple particulièrement probant, celui de la punition en haute mer du pirate apatride, la faiblesse de la théorie dominante, et nous analyserons dans ce but l'explication que tente de donner de cette règle juridique un représentant des plus éminents de la doctrine dominante, M. Strupp¹⁸⁵ : « L'acte de l'individu n'a ici que la valeur de la réalisation d'un élément de fait, sa conduite déclenche l'action juridique que la législation des États prescrit ou autorise ; mais ici encore, cet acte n'est qu'objet du droit ; c'est pourquoi il n'est même pas nécessaire ici de recourir à l'intermédiaire du droit interne, qu'un pirate apatride ne pourrait du reste point violer en haute mer... La piraterie n'est ni contraire ni conforme au droit international, mais elle constitue une action répétée que les États considèrent comme un délit contre la sécurité publique et qu'ils répriment par conséquent en vertu d'une règle coutumière et universelle du droit international destinée à assurer la protection des États. » Le pirate a donc commis, selon M. Strupp, un crime, c'est-à-dire un acte contraire au droit et frappé de peines par l'État, mais il n'a enfreint, selon M. Strupp toujours, ni une norme du droit international, ni une norme du droit interne. On se trouve donc en présence de cette situation singulière où un individu a bel et bien commis un acte contraire au droit, c'est-à-dire un acte condamné par un ordre juridique déterminé, sans que l'on puisse cependant appliquer à son acte l'une quelconque des normes des deux seuls types d'ordre juridique positif qui sont en question, à savoir du droit international ou du droit interne. Mais la difficulté tombe dès que l'on admet que le pirate apatride a violé une disposition normative émanant du droit international à laquelle le droit international attache les sanctions du droit interne.

En résumant nos conceptions sur la réalité normative du droit international qui sont, dans le cadre de cette étude générale, nécessairement incomplètes, provisoires et quelque peu aphoristiques, nous constatons que cette réalité dépend presque exclusivement et presque toujours immédiatement de la volonté des communautés dites États et de leurs représentants qui sont en même temps les sujets du droit international comme tels. On ne trouve donc pas, sur

le plan international, cette séparation entre organes et sujets de l'ordre juridique qui est l'élément distinctif des ordres juridiques des États et aussi leur force. Pour pouvoir exister en tant que normes juridiques, les dispositions normatives du droit international ont besoin des béquilles que les ordres juridiques des États leur prêtent, et en tant qu'elles veulent s'imposer aux individus comme tels à l'aide de l'ordre juridique étatique auquel ils sont soumis, cette aide prive même les normes du droit international, dans leurs rapports avec les individus comme tels, de leur caractère international.

La doctrine dominante voit le problème principal du droit international dans la défectuosité de la juridiction internationale, conception que nous avons déjà combattue en 1929 dans notre ouvrage sur « La juridiction internationale, sa nature et ses limites », en soutenant que c'est avant tout l'absence d'une législation développée qui est le point décisif du problème. Mais aujourd'hui, nous avons abouti à ce résultat que c'est dans la nature des sanctions et par conséquent de la validité qu'il convient de voir le problème essentiel, de la solution duquel dépend le sort du droit international ainsi que de n'importe quel autre ordre normatif¹⁸⁶. Le droit international, presque totalement dépourvu de sanctions propres, n'a pas d'autres porteurs de sa réalité normative que ses propres sujets comme tels, à la grande majorité desquels il ne peut même pas trouver, en tant qu'ordre juridique international, d'accès direct. Le stade de développement de ses sanctions correspond donc à peu près à celui de ces ordres juridiques non étatiques, dont nous avons parlé et dont les sujets sont identiques avec les porteurs de leur validité. Ce stade de développement se trouve donc au plus bas degré de primitivité.

Mais même ces ordres juridiques non étatiques jouissent d'une qualité qui manque à l'ordre juridique international : c'est le consensus intime des membres de la communauté qui maintiennent la réalité normative des ordres juridiques non étatiques, c'est-à-dire dans le langage de notre théorie : la base ferme d'une norme de la morale ou des mœurs ou d'un système de telles normes, faute de laquelle la réalité normative de tout ordre juridique reste précaire.