LE FONDEMENT JURIDIQUE DE LA SUBSIDIARITE PRAGMATIQUE INTERNATIONALE



The author examines and illustrates the theme of pragmatic international subsidiarity in relation to certain categories of law and politics, evidencing the implications, limits and potential of these. Constant reference is made to the interpretative horizon offered by the Social Teaching of the Church. Particular attention is paid to the principle of fraternity understood as a regulative principle even of judicial systems.

di
THÉODORE C. LOKO

L'expérience humaine du droit nous pousse à nous interroger non seulement sur l'existence et le sens immédiat des liens juridiques qui nous affectent ; mais aussi nous conduit à nous poser des questions qui portent au delà des préoccupations immédiates. Aussi, sommes nous tentés de nous interroger sur la signification profonde du droit, et plus particulièrement sur ses fondements. C'est dans cette démarche légitime que le présent article s'interroge sur le fondement juridique de la subsidiarité pragmatique internationale.

Le principe de subsidiarité a fait fortune. Il s'agit au départ d'une maxime politique et sociale selon laquelle la responsabilité d'une action publique, lorsqu'elle est nécessaire, doit être allouée à la plus petite entité capable de résoudre le problème d'elle-même. Il va de pair avec le principe de suppléance, qui veut que quand les problèmes excèdent les capacités d'une petite entité, l'échelon supérieur a alors le devoir de la soutenir, dans les limites du principe de subsidiarité[1]. C'est donc le souci de veiller à ne pas faire à un niveau plus élevé ce qui peut l'être avec plus d'efficacité à une échelle plus faible, c'est-à-dire la recherche du niveau pertinent d'action publique[2].

Trouvant son origine dans la doctrine sociale de l'Église catholique, la notion de subsidiarité est devenue l'un des mots d'ordre de l'Union européenne. Ce principe de subsidiarité est clairement inscrit tant dans le *droit* que dans le *discours* européen. La *mise en application* et le *contrôle de la mise en œuvre* de ce principe de subsidiarité sont en revanche des questions légitimes, mais ouvertes à ce jour[3]. L'Union européenne répond intrinsèquement au principe de subsidiarité: elle ne met en œuvre que les actions que les États ne pourraient conduire[4].

1) La subsidiarité peut être :
- descendante: délégation ou attribution de pouvoirs vers un échelon plus petit, on parle alors de dévolution ou décentralisation. Concrètement, lors d'une subsidiarité descendante, c'est l'échelon supérieur qui décide qui doit connaître quelle question.
- ascendante: attribution de pouvoirs vers une entité plus vaste, on parle alors de fédération ou, entre pays, de supranationalité. Concrètement, lors d'une subsidiarité ascendante, c'est l'échelon inférieur qui décide qui doit connaître quelle question.

2) On peut considérer le philosophe Johannes Althusius comme à l'origine du principe de subsidiarité. J.-S. Mongrenier, *Johannes Althusius et l'Europe subsidiaire [archive]*, *institut-thomas-more.org*, le 25 mai 2009. Dans son ouvrage de 1603, *Politica. Methodice digesta et exemplis sacris et profanis illustrata, cui in fine adjuncta est oratio panecyrica* il souligne la nécessité d'autonomie des collectivités de base, vis-à-vis des pouvoirs centraux. De foi réformée et "maïeur" d'Emden, il puisa le principe dans les délibérations du Synode réformé d'Emden (1571). Certaines expériences de l'époque moderne comme par exemple les Provinces de l'Union dans le sud de la France du temps des guerres de religion peuvent être qualifiées de tentative d'application du principe de subsidiarité.

3) M. Luyckx, *Histoire philosophique du principe de subsidiarité*, Commission européenne, Cellule de prospective, ML(92) 64/92, le 20 janvier 1992.

4) Le terme de subsidiarité n'apparaît pas dans les premiers traités et il ne fait qu'une apparition marginale en 1986 dans l'Acte unique européen; ce n'est que dans les années 1990 que se développe un réel engouement pour cette notion. Ainsi l'article 5 du traité instituant la Communauté européenne, introduit par le traité de Maastricht, disposait que «la Communauté agit dans les limites des compétences qui lui sont conférées et des objectifs qui lui sont assignés par le présent traité. Dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, la Communauté n'intervient, conformément au principe de subsidiarité, que si et dans la mesure où les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas

Dans son article, "Africa, The EU and R2P: Towards Pragmatic International Subsidiarity?", Damien Helly montre bien qu'il peut s'adapter à de nombreuses situations[5]. De manière spécifique, il l'applique ici à la responsabilité de protéger et appelle de tous ses voeux l'adoption au niveau international d'une doctrine claire et un cadre normatif approprié. Avec beaucoup de recul, il semble que le système international actuel ne permet pas que l'on envisage une solution du genre en dehors du dépassement du formalisme juridique dans les relations internationales.

Le concept de la Responsabilité de protéger ("RTP" ou "R2P" en anglais) est apparu en 2002, dans le sillage du rapport Brahimi sur les opérations de paix. La Commission internationale de l'intervention et de la souveraineté des Etats (CIISE), créée à l'initiative du Canada et d'un groupe de grandes fondations, délivre alors un rapport sur le principe et les modalités de la Responsabilité de protéger (rapport Evans-Sahnoun). Les conclusions de cette réflexion majeure seront reprises, en 2005, par le rapport du Groupe de Haut Niveau sur les menaces, les défis et le changement, ainsi que par le Secrétaire général, dans le contexte de la réforme des Nations Unies – avant d'aboutir à la déclaration finale de l'Assemblée générale en octobre de la même année[6].

Le rapport Evans-Sahnoun avait ouvert la voie à une autre manière d'appréhender la notion de souveraineté, en faisant reposer la Responsabilité de protéger sur le postulat suivant: la souveraineté est davantage qu'un principe fonctionnel des relations internationales. Elle implique, pour l'Etat, une responsabilité externe de respect de la souveraineté des autres États, mais aussi, de façon croissante, une responsabilité interne de respect de la dignité et des droits fondamentaux des populations vivant sur son territoire. Si la communauté internationale reconnaît la première, elle ne peut rester totalement étrangère à la seconde. Autrement dit, un État qui faillirait à son devoir de protection envers sa population civile "activerait" une responsabilité subsidiaire de la communauté internationale. Cette responsabilité pourrait donner lieu à une intervention, à savoir, selon le rapport Evans-Sahnoun, des mesures prises contre un État ou contre ses dirigeants, sans leur consentement, à des fins présentées comme étant humanitaires ou protectrices.

être réalisés de manière suffisante par les États membres et peuvent donc, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, être mieux réalisés au niveau communautaire. L'action de la Communauté n'excède pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs du présent traité». Un article 3 B a été inséré dans le traité de Maastricht pour reprendre le principe de subsidiarité.

5) D. Helly, *Africa, The EU and R2P: Towards Pragmatic International Subsidiarity?*, in «Internationale Politik und Gesellschaft», 2009/1, pp. 45-58.

6) Lors du 60ème sommet mondial des Nations Unies, à l'automne 2005, l'Assemblée générale a adopté le principe de la Responsabilité de protéger, sous le titre "Devoir de protéger les populations contre le génocide, les crimes de guerre, le nettoyage ethnique et les crimes contre l'humanité". C'est à l'issue d'un questionnement initié fin des années 1990 – interrogeant les notions de droit d'ingérence et d'intervention dite "humanitaire" – que les tabous touchant à la souveraineté ont pu être écartés, grâce à l'action énergique de certains Etats et du secrétaire général Kofi Annan. Mais c'est aussi l'évolution des normes et des missions de l'ONU sur le terrain qui ont contribué à la reconnaissance de ce principe par les Nations Unies. Une dynamique qui se poursuit aujourd'hui, invitant à une réflexion toujours réitérée entre sécurité humaine et intérêts de politique étrangère.

Cette logique de double responsabilité, qui sous-tend le concept, a été limitée par les Nations Unies aux cas de génocides, crimes de guerre, nettoyages ethniques et crimes contre l'humanité. Celles-ci réaffirment que c'est à chaque État qu'incombe ce devoir de protection; mais qu'il

> incombe également à la communauté internationale, dans le cadre de l'Organisation des Nations Unies, de mettre en oeuvre les moyens diplomatiques, humanitaires et autres moyens pacifiques appropriés, conformément aux Chapitres VI et VIII de la Charte des Nations Unies, afin d'aider à protéger les populations du génocide, des crimes de guerre, du nettoyage ethnique et des crimes contre l'humanité[7].

Dans ce contexte, les Nations Unies se sont déclarées prêtes à

> mener en temps voulu une action collective résolue, par l'entremise du Conseil de sécurité, conformément à la Charte, notamment son Chapitre VII, au cas par cas et en coopération, le cas échéant, avec les organisations régionales compétentes, lorsque ces moyens pacifiques se révèlent inadéquats et que les autorités nationales n'assurent manifestement pas la protection de leurs populations contre le génocide, les crimes de guerre, le nettoyage ethnique et les crimes contre l'humanité[8].

La Responsabilité de protéger demeure donc soumise au principe de subsidiarité; la notion d'intervention doit en outre s'entendre au sens large, et être cohérente avec la logique de la Charte, à savoir graduelle. Ayant été reconnu par l'ensemble des États membres de l'ONU, le devoir de protection ne doit pas constituer une remise en cause du principe de non ingérence ou de la souveraineté étatique, fondement des relations internationales ni la justification d'un interventionnisme illimité: le seuil de sa mise en œuvre, dans le cadre des Nations Unies, a été fixé aux cas extrêmes de génocide, de crimes de guerre, de nettoyage ethnique ou de crimes contre l'humanité. Le document final du Sommet de l'automne 2005 ne stipule pas la marche à suivre en cas d'imminence de ces menaces, mais il évoque la mise en place d'un système d'alerte rapide, et force est de constater que le Conseil de sécurité a déjà invoqué le chapitre VII de manière préventive, en qualifiant des massacres de menace contre la paix et la sécurité internationales, sans qu'un génocide ait été avéré.

En ce qui concerne la marche à suivre, sur le plan juridique, il paraît impérieux d'en rechercher le fondement par souci d'efficacité. Damien Helly parle de subsidiarité pragmatique internationale, Ce concept exprime plus les enjeux que la marche à suivre. Or, en ce qui concerne cette dernière, il convient d'analyser les règles qui gouvernent la sécurité collective par rapport au principe de subsidiarité. Comme le montrent les caractéristiques du multilatéralisme, il s'agit seulement d'une subsidiarité descendante. Et cela se comprend, car, la subsidiarité ascendante risquerait de

7) A/RES/59/314, par. 138.
8) *Ibid*., par. 139.

fragmenter la sécurité collective puisqu'elle amènerait le niveau inférieur à décider de l'opportunité d'action en marge du Conseil de sécurité. Mais ce qui est à déplorer, c'est le comportement des Etats en matière de pratique de la suppléance qui est la possibilité offerte au niveau le plus élevé de venir en aide au niveau le moins élevé. La réalité est qu'il s'agit d'une pratique sélective au gré des intérêts des Etats. Dans un monde globalisé où les risques sont aussi partagés, il semble impérieux de rechercher aussi des solutions dans le dépassement du formalisme juridique. A cet égard, le principe de fraternité comme principe de relation juridique et politique présente une catégorie interprétative et opérationnelle des relations internationales. Le point de repère peut être recherché au niveau de l'article 1er de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme[9]: "tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits. Ils sont doués de raison et de conscience et doivent agir les uns envers les autres dans un esprit de fraternité". Le principe de subsidiarité pragmatique internationale s'inspire de la notion de fraternité citée dans le premier article de la Déclaration universelle des droits de l'homme. La fraternité peut donc constituer une catégorie interprétative et opérationnelle des relations internationales sans se borner à entretenir exclusivement une perspective normative positiviste. Pour paraphraser Kant, on dirait: la fraternité (au lieu de la paix) est un objectif lointain, sinon irréalisable. Mais en établissant une organisation qui se donne cette fraternité (au lieu de la paix) pour fin, les Etats participants s'engagent à prendre les mesures nécessaires pour en assurer la réalisation. Aussi, l'utopie devient-elle constitutive de normes juridiques. Elle amène les Etats à prendre des engagements en vue de sa réalisation lointaine. Comme le remarquait René-Jean Dupuy, au contraire de l'utopie des moyens (II), «l'utopie des fins (I) projette des images globalisantes, simplificatrices mais mobilisatrices»[10]. Comme le dit si bien Kant, «sont ainsi mobilisées les structures de l'ordre existant, en vue de produire l'ordre à venir»[11] pourvu que les Etats partagent les mêmes valeurs au lieu de n'avoir qu'à défendre leurs intérêts.

1. L'utopie des moyens dans une communauté d'intérêt

L'utopie des moyens s'observe aussi bien au niveau des limites actuelles du multilatéralisme (A) et l'organisation de la sécurité collective (B).

9) La Déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH) est adoptée par l'Assemblée générale des Nations unies le 10 décembre 1948 à Paris au palais de Chaillot par la résolution 217 (III) A3. Elle précise les droits de l'homme fondamentaux. Sans véritable portée juridique en tant que tel, ce texte n'a qu'une valeur d'une proclamation de droits. Le texte, inspiré directement de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, énonce les droits fondamentaux de l'individu, leur reconnaissance, et leur respect par la loi. Il comprend aussi un préambule avec huit considérations reconnaissant la nécessité du respect inaliénable de droits fondamentaux de l'homme par tous les pays, nations et régimes politiques, et qui se conclut par l'annonce de son approbation et sa proclamation par l'Assemblée générale des Nations unies. Dans l'affaire des otages américains en Iran, la Cour Internationale de Justice a déclaré.

10) R.-J. Dupuy, *Article 1, paragraphe 4*, in J.-P. Cot, A. Pellet, *La charte des Nations Unies: commentaire article par article*, Economica, Paris 1991, p. 67

11) I. Kant, *Vers la paix perpétuelle*, p. 105.

1.1. *Les limites du multilatéralisme*

Les relations internationales sont communément décrites comme un domaine anarchique, dans le sens où il n'existe pas de gouvernement mondial, de pouvoir central, d'instance de contrôle supérieure aux États: il s'agirait d'un état de nature, antérieur à la signature du Pacte Social. Tel que décrit par Thomas Hobbes, l'état de nature est un monde où chacun dispose du droit absolu de recourir à la force pour se faire justice. Mais cet état de nature a plus valeur d'idéal-type que de réalité. En effet, au sein de l'anarchie internationale ont pu apparaître, là où les États se reconnaissaient des intérêts communs, des stratégies coopératives, qui ont permis de réduire les effets pervers de l'anarchie et de limiter le recours à la guerre.

Les limites du multilatéralisme sont mises en évidence par la théorie réaliste: selon cette perspective, les institutions internationales sont soumises aux États, parce qu'elles n'existent que par la volonté de ceux-ci.

Dans cette optique le multilatéralisme n'occulte pas les relations de puissance, qui restent à la base de la politique internationale. Au contraire, il permet de les entériner, légitimant la domination des grandes puissances, qui sont par ailleurs responsables de l'émergence des modes multilatéraux de coopération et assurent leur stabilité (voir la théorie des régimes internationaux[12]. Ainsi le multilatéralisme contribue à justifier l'action des grandes puissances (au sein du Conseil de Sécurité) en donnant aux petites et moyennes puissances l'illusion de la légitimité: le pouvoir de décision reste celui du Conseil, donc d'un directoire des grands qui ne poursuivent pas par nature le bien commun mais agissent d'abord pour poursuivre leurs objectifs nationaux. Si le multilatéralisme montre son efficacité dans le domaine du commerce international (dont il est issu), il semble donc condamné à la subsidiarité en matière de sécurité.

Les différences de puissance expliquent l'attitude variable des États face au multilatéralisme: la superpuissance s'en méfie et ne veut pas être liée par des règles trop contraignantes qui risqueraient d'entrer en contradiction avec ses objectifs nationaux; des moyennes puissances bénéficient du multilatéralisme car il impose un cadre contraignant et permet d'augmenter la stabilité et la prévisibilité des relations internationales, et c'est aussi un moyen de faire entendre leur voix et de pouvoir peser dans les négociations. Cette situation pose d'énormes problèmes. Comme précisé plus haut, la subsidiarité est en principe à la fois descendante et ascendante. Or, selon les dispositions de la Charte des Nations Unies, elle est seulement descendante, ce qui suppose l'efficacité de la suppléance en cas d'incapacité de la part de l'échelon inférieur[13], ce qui n'est pas évident comme le montre l'organisation actuelle de la sécurité collective.

12) La coopération multilatérale favorise la création de « régimes internationaux », qui à leur tour, en modifiant les attentes des États, renforcent la probabilité de la coopération. Ce mécanisme d'auto-renforcement, cependant, fonctionne d'autant mieux qu'une puissance dominante est présente pour assurer le respect des règles par tous les partenaires, comme le soutient la thèse de la stabilité hégémonique. Voir par exemple: Keohane, R. O. (dir.), *International Institutions and State Power*, Boulder, Westview Press, 1989, pp.74–100.

13) Le principe de subsidiarité va de pair avec le principe de suppléance, qui veut que quand les problèmes excèdent les capacités d'une petite entité, l'échelon supérieur a alors le devoir de la soutenir, dans les limites du principe de subsidiarité.

1.2. *L'organisation de la sécurité collective*

L'analyse de l'organisation de la sécurité collective embrasse deux volets, l'ingérence humanitaire selon les textes (a) et l'ingérence humanitaire selon la pratique (b).

1.2.1. L'ingérence humanitaire selon les textes

L'articulation entre l'Organisation des Nations Unies et les organisations régionales est organisée par les chapitres VII (1) et VIII (2) de la Charte des Nations Unies.

1.2.1.1. *Le chapitre VII de la charte des nations unies*

Le chapitre VII de la Charte (art.39-51), intitulé "action en cas de menace contre la paix, de rupture de la paix et d'acte d'agression", est celui qui permet notamment l'entrée en guerre, et qui a été utilisé, par exemple, pendant la guerre de Corée.

Les résolutions du Conseil de Sécurité prises sous le chapitre VII sont peut-être ce qui s'approche le plus d'un gouvernement mondial, dans la mesure où elles possèdent une force juridique contraignante. On peut citer, parmi celles-ci, la résolution 1373 adoptée à l'unanimité des membres du Conseil de sécurité le 28 septembre 2001, qui impose à *tous* les États-membres de l'ONU des modifications de législation, en particulier en ce qui concerne la législation sur le terrorisme, sur l'immigration et le contrôle aux frontières.

En septembre 2008, la Cour de justice des Communautés européennes, dans l'arrêt Kadi[14] et Yusuf, a jugé que l'application des résolutions du Conseil de sécurité par l'Union européenne devait respecter les principes fondamentaux du droit communautaire.

En revanche, la Cour européenne des droits de l'homme s'était déclarée incompétente pour juger d'actes attribués par les demandeurs aux États participant à la KFOR après la fin officielle de la guerre au Kosovo (Behrami c. France et Saramati c. France, Allemagne et Norvège, 2006).

Au regard des dispositions de la Charte, cet organe possède des pouvoirs étendus. "Si le Conseil de sécurité estime que les mesures prévues à l'Article 41 seraient inadéquates ou qu'elles se sont révélées telles, il peut entreprendre, au moyen de forces aériennes, navales ou terrestres, toute action qu'il juge nécessaire au maintien ou au rétablissement de la paix et de la sécurité internatio-

14) L'affaire concernait Yassin Abdullah Kadi, un citoyen d'Arabie saoudite, sujet à des sanctions économiques en raison de soupçons de certains Etats selon qui il serait lié à des activités terroristes. Le Département du Trésor des États-Unis l'avait classifié en tant que *Specially Designated Global Terrorist*. Il était cité dans les résolutions 1267 et 1333 du Conseil de sécurité de l'ONU. Enfin, l'Union européenne l'avait également inclus dans ses listes noires le 19 octobre 2001 4, ce qui avait eu pour effet de geler ses avoirs4, pour une durée indéfinie et sans que les personnes visées ne puissent exercer de recours contre cette décision. Par ailleurs, Al Barakat Foundation avait été inclus le 9 novembre 2001 sur la liste des organisations et personnes considérées par l'ONU comme proches d'al-Qaida ou des talibans établie par le comité créé par la résolution 1267 (1999), et par conséquent sur les listes noires européennes.

nales. Cette action peut comprendre des démonstrations, des mesures de blocus et d'autres opérations exécutées par des forces aériennes, navales ou terrestres de Membres des Nations Unies". (Article 42) Par ailleurs, "tous les Membres des Nations Unies, afin de contribuer au maintien de la paix et de la sécurité internationales, s'engagent à mettre à la disposition du Conseil de sécurité, sur son invitation et conformément à un accord spécial ou à des accords spéciaux, les forces armées, l'assistance et les facilités, y compris le droit de passage, nécessaires au maintien de la paix et de la sécurité internationales. L'accord ou les accords susvisés fixeront les effectifs et la nature de ces forces, leur degré de préparation et leur emplacement général, ainsi que la nature des facilités et de l'assistance à fournir. L'accord ou les accords seront négociés aussitôt que possible, sur l'initiative du Conseil de sécurité. Ils seront conclus entre le Conseil de sécurité et des Membres de l'Organisation, ou entre le Conseil de sécurité et des groupes de Membres de l'Organisation, et devront être ratifiés par les États signataires selon leurs règles constitutionnelles respectives" (article 43).

1.2.1.2 *Le chapitre VIII de la charte des nationes unies*

Le Chapitre VIII de la Charte des Nations Unies consacré aux Accords régionaux prévoit l'existence d'entités régionales dont les Nations Unies reconnaissent le rôle dans le règlement pacifique des conflits (article 52). La Charte consacre le monopole du Conseil de sécurité dans l'autorisation du recours à la force, hors cas de légitime défense. Cette autorisation peut cependant prévoir que le mandat sera exécuté par une organisation régionale. Toute intervention d'une organisation régionale ou sous-régionale impliquant l'usage de la force requiert donc un mandat explicite du Conseil de sécurité afin de conjurer le risque d'une fragmentation de la sécurité collective dont la vocation est d'être universelle. En effet, aux termes de l'article 53, "le Conseil de sécurité utilise, s'il y a lieu, les accords ou organismes régionaux pour l'application des mesures coercitives prises sous son autorité. Toutefois, aucune action coercitive ne sera entreprise en vertu d'accords régionaux ou par des organismes régionaux sans l'autorisation du Conseil de sécurité; sont exceptées les mesures contre tout État ennemi au sens de la définition donnée au paragraphe 2 du présent Article, prévues en application de l'Article 107 ou dans les accords régionaux dirigés contre la reprise, par un tel État, d'une politique d'agression, jusqu'au moment où l'Organisation pourra, à la demande des gouvernements intéressés, être chargée de la tâche de prévenir toute nouvelle agression de la part d'un tel État".

1.2.2. L'ingérenze humanitaire selon la pratique

En politique internationale, l'idée d'ingérence humanitaire[15] est apparue durant la Guerre du Biafra (1967-1970). Le conflit a entraîné une épouvantable famine, largement couverte par les médias occidentaux mais totalement ignorée

15) L'idée d'aller dans un pays étranger pour y "aider" la population est ancienne :
- En (1625), dans son ouvrage *De iure belli ac pacis*, Hugo Grotius avait déjà abordé la possibilité d'intervenir dans le cas où un tyran commettrait des actes abominables.
- Au xix[e] siècle, on évoque "l'intervention d'humanité". Les européens désignent ainsi leurs actions pour aller, officiellement, sauver les chrétiens vivants en Turquie, mais offi-

par les chefs d'États et de gouvernement au nom de la neutralité et de la non-ingérence.

Cette situation a entraîné la création d'ONG comme Médecins sans frontières qui défendent l'idée que certaines situations sanitaires exceptionnelles peuvent justifier à titre extraordinaire la remise en cause de la souveraineté des États. Le concept a été théorisé à la fin des années 1980, notamment par le professeur de droit Mario Bettati et l'homme politique Bernard Kouchner.

En dépit des idées généreuses, qui placent au premier rang des valeurs comme la démocratie ou le respect des droits de la personne humaine, la notion depuis l'origine suscite le questionnement, voire la critique.

Dans les faits, une mission d'ingérence est contraire aux objectifs fondamentaux de l'ONU. Respect de la souveraineté des États et maintien de la paix, l'article 2.7 de la Charte des Nations unies stipule: "aucune disposition de la présente charte n'autorise les Nations unies à intervenir dans les affaires qui relèvent essentiellement de la compétence nationale d'un État".

D'autre part, pour de nombreux juristes, la création de ce concept est inutile. En effet, la Charte des Nations unies contient déjà de nombreuses dispositions allant dans ce sens, en particulier, dans les Chapitres VI et VII. La réelle question ne serait donc pas celle de la création d'un nouveau droit, mais celle de la mise en application de droits déjà existants.

Plus fondamental que ce problème de droit, l'ingérence humanitaire souffre d'un certain nombre de contradictions qui sont principalement dues à la confusion volontairement entretenue entre droit et devoir d'ingérence. Il est en effet difficile dans ces conditions de séparer les mobiles humanitaires, des mobiles politiques et de s'assurer du total désintéressement des puissances intervenantes. En tous temps et sur tous les continents, bien avant l'existence des Nations-Unies, des considérations idéologiques de toutes sortes ont servi à justifier des opérations à caractère impérialiste ou hégémonique. Il y a toujours un risque que l'humanitaire ne serve que de prétexte à une volonté impérialiste. Il est d'ailleurs peu vraisemblable qu'un État quel qu'il soit puisse s'engager sans contrepartie économique ni objectif politique dans une intervention coûteuse et éventuellement risquée, même si cette intervention semble justifiée par ailleurs.

Bien qu'elle se veuille universelle, la déclaration des droits de l'homme est fortement influencée par les travaux des philosophes occidentaux du siècle des lumières et plus généralement par la morale judéo-chrétienne. L'ingérence a donc toujours été une action dirigée depuis le nord vers les pays du sud. Il est ainsi peu vraisemblable que des contingents rwandais seront un jour chargé de mission de maintien de la paix en Irlande du Nord, ou que des Libanais interviennent au Pays basque.

cieusement, pour déstabiliser le Sultan de Turquie, Abdülhamid II. Au nom de cette "intervention d'humanité", des "atrocités" sont rapportées.

- En 1864, Henri Dunant fonde l'organisation internationale de la Croix-Rouge.
- Lors du conflit du Biafra, les "French Doctors" suscitent la création d'ONG (organisations non gouvernementales) comme Médecins sans frontières ou Médecins du monde.

En 1988, La France est le premier pays à se doter d'un "Secrétariat d'État à l'action humanitaire" et milite pour faire reconnaitre un principe d'assistance en faveur des victimes de guerres civiles, persécutions, génocides ou catastrophes naturelles.

En réalité les États puissants ont peu de risque d'être la cible d'une action d'ingérence. Par exemple les populations de Tchétchénie sont sans doute autant en danger aujourd'hui que l'ont été les Kosovars il y quelques années, mais la Russie étant infiniment plus puissante sur la scène internationale que la Serbie, il est peu probable qu'une action internationale se mette en place.

Il est donc logique qu'une remise en cause aussi dissymétrique de la souveraineté des États se heurte à des réticences très fortes. Notamment de la part des pays du Tiers-monde qui y voient une résurgences des pratiques coloniales. Ainsi le sommet du G 77, qui réunit les états les plus pauvres, condamne en 1990 le "prétendu droit d'intervention humanitaire" mis en avant par les grandes puissances.

En Occident également, l'ingérence humanitaire a des opposants. Beaucoup trouvent qu'elle ressemble un peu trop au colonialisme du XIX^{e} siècle, propageant les valeurs de la démocratie libérale et considérant les autres cultures comme quantité négligeable. Il lui est également reproché son caractère événementiel: elle a tendance à s'exprimer dans le chaud de l'action, pour donner bonne conscience aux téléspectateurs occidentaux, masquer l'inaction politique de la communauté internationale à résoudre les problèmes de fond. Elle contribuerait également à maintenir dans l'ombre, hors de l'actualité, les conflits oubliés par les médias ou les détresses chroniques. Comme le prouve la crise ouverte autour de l'intervention américaine en Irak, le délicat équilibre entre la répression des "bourreaux" et le respect de l'égalité souveraine des nations reste donc à trouver.

2. L'utopie des fins dans une communauté de valeurs

Pour prendre le contre pied d'une communauté faite uniquement à base d'intérêts, il est évident qu'il est nécessaire d'envisager une socialisation politique à l'échelle internationale sur la base du partage des valeurs. Dès lors, le droit naturel et le droit positif doivent se donner la main. Selon Aristote[16],

> dans ce qui est juste entre concitoyens, il y a, d'un côté, ce qui est naturel et de l'autre ce qui est conventionnel. Est naturel, ce qui présente partout la même puissance, et ce qui est juste indépendamment du fait que l'opinion l'approuve ou non. Est, en revanche, conventionnel, ce qu'il est au départ totalement indifférent d'instituer d'une façon ou d'une autre, mais qui, une fois établi, prend son importance.

Et comme le rappelle Léo Strauss[17], «rejeter le droit naturel revient à dire que tout droit est positif, autrement dit que le droit est déterminé exclusivement par les législateurs et les tribunaux des différents pays. Or il est évident qu'il est parfaitement sensé et parfois même nécessaire de parler de lois ou de décisions

16) *Ethique à Nicomaque*, IVème s. av. J.-C.
17) *Droit naturel et Histoire* (1953), trad. Nathan et Dampierre, Plon, 1954.

injustes». Dans une communauté de valeurs, ce qui compte c'est d'abord le droit naturel (1) et sa fonction mobilisatrice (2).

2.1. *Le droit naturel*

Pour faire la démonstration de la place du droit naturel dans la création d'une communauté de valeurs, il s'avère impérieux de le définir (a) et de montrer son impact sur le droit international au XXIème siècle (b).

2.1.1. Définition

Le droit naturel (en latin *jus naturale*) est l'ensemble des normes prenant en considération la nature de l'homme et sa finalité dans le monde. Le droit naturel s'oppose au droit positif, et diffère du concept de loi naturelle. En outre, le droit naturel se distingue des droits naturels: ces derniers se réfèrent à des droits subjectifs, tels que, par exemple, les droits de l'homme. On parle de droits naturels pour ceux-ci parce qu'on présume que ces droits seraient issus de la nature humaine, et qu'ils seraient donc inhérents à chacun, indépendamment de sa position sociale, de son ethnie, de sa nationalité, ou de toute autre considération. Les premières formulations du concept de droit naturel viennent de l'école de Salamanque, et ont ensuite été reprises et reformulées par les théoriciens du contrat social (Hobbes, Locke, Rousseau).

Au sens large, le droit naturel désigne toute recherche objective de normes de droit en fonction des seules caractéristiques propres à l'être humain, indépendamment des conceptions du droit déjà en vigueur dans les sociétés humaines. Juridiquement le droit naturel est une "règle considérée comme conforme à la nature (de l'homme ou des choses) et à ce titre reconnue comme de droit idéal". Le droit naturel s'oppose au positivisme juridique.

Victoria et Suarez ont joué un rôle décisif dans la formation du droit international car ils ont pu fonder celui-ci sur un élément extérieur et supérieur aux Etats, le droit naturel qui à leur époque était doté d'une autorité incontestable. Grotius a recueilli cet héritage que son génie a remodelé par la création de la dualité: droit naturel, droit volontaire ou positif, ce dernier dépend doublement du droit naturel. D'une part, il peut procéder valablement des volontés étatiques en vertu du principe de droit naturel "*pacta sunt servanda*"; d'autre part il est obligatoire parce que son contenu est conforme aux autres principes du droit naturel.

Les auteurs néo-naturalistes de l'époque contemporaine adoptent la même dualité: droit naturel, droit international positif. Ils fondent aussi celui-ci sur celui-là. Comme leurs devanciers, ils assimilent l'ordre naturel à l'ordre moral.

En accordant la primauté aux valeurs morales, l'explication par le droit naturel présente pour les esprits raisonnables un attrait indéniable. Pour la rendre encore plus acceptable, la doctrine moderne lui a apporté de sensibles améliorations. Ainsi, pour lutter contre sa subjectivité, elle a proposé de définir le droit naturel comme l'application de la justice dans les relations internationales, non pas le sentiment subjectif de la justice, mais la justice considérée faisant partie du monde objectif des valeurs que l'on constate par l'expérience et grâce à ses sens spirituels.

Somme toute, le droit naturel «dérive de la nature des choses – en l'espèce, de la nature humaine», «c'est dans la nature humaine, spirituelle et corporelle, dans la chair et dans l'esprit de l'homme que se trouve gravée la loi de sa conduite, les principes directeurs de toute son activité»[18]. De plus, il précise que «dans l'homme, doué de raison, la loi naturelle se confond avec la raison elle-même»[19].

2.1.2. Ses implications sur le droit international au XXième siècle

L'évolution du droit international en matière d'ingérence humanitaire peut être illustrée en utilisant la métaphore du navire[20]:

> le monde a pu fonctionner comme un navire dont on n'avait pas à s'occuper. Chacun gérait sa cabine sans se soucier de la manière dont les autres étaient tenues. Progressivement, des relations se sont établies entre les cabines et des règles ont facilité ces échanges. Puis, face aux cris des victimes d'exactions dans certaines des cabines, l'on a introduit des règles de bonne conduite que chacun devrait observer. Les passagers se sont même organisés en se donnant le droit d'intervenir de force dans les cabines qui menaçaient sérieusement la tranquillité de la vie à bord.

Les défenseurs de l'ingérence humanitaire la justifient principalement au nom d'une morale de l'urgence: "on ne laisse pas les gens mourir". Elle puise son fondement dans la déclaration universelle des droits de l'homme de 1948. Pour eux, une ingérence n'est donc légitime que lorsqu'elle est motivée par une violation massive des droits de l'homme et qu'elle est encadrée par une instance supranationale, typiquement le conseil de sécurité des Nations unies. Entre 1988 et 1991, l'ONU vote trois résolutions destinées à secourir les victimes du tremblement de terre en Arménie, les populations kurdes d'Irak, les ressortissants de l'ex-Yougoslavie menacés par la «purification ethnique». Bien que, depuis décembre 1988, la notion d'ingérence humanitaire soit reconnue par le droit international, certains pensent qu'elle devrait rester dans la sphère des valeurs strictement morales. Cette notion est en effet totalement contraire aux fondements du droit international qui dispose qu'un État n'est lié par une règle de droit que s'il l'a acceptée en ratifiant un traité ou en adhérant à une règle préexistante.

Dans la pratique, les actions d'ingérence humanitaire sont toujours réalisées par des contingents nationaux, ce qui peut impliquer deux situations relativement différentes.

Le droit d'ingérence, terme créé par le philosophe Jean-François Revel en 1979, est la reconnaissance du droit qu'ont une ou plusieurs nations de violer la souveraineté nationale d'un autre État, dans le cadre d'un mandat accordé par l'autorité supranationale. Dans la pratique, au nom de l'urgence humanitaire, il

18) J. Dabin, *La philosophie de l'ordre juridique positif*, Sirey, Paris 1929, p. 260.
19) *Ibid*., p. 262.
20) Voir Y. Sandoz (ed.), *Rapport introductif du colloque "quel droit international pour le 21ème siècle"*, Neuchâtel, 06 et 07 mai 2007, Bruylant 2007.

n'est pas rare que le mandat soit fourni rétroactivement; ainsi l'intervention de la France en Côte d'Ivoire s'est faite initialement sans mandat de l'ONU (cet exemple est critiquable car la France est intervenue dans le cadre des accords de défense qui la lient à la Côte d'Ivoire).

Le devoir d'ingérence est l'obligation qui est faite à tout État de veiller à faire respecter le droit humanitaire international. Refusant ainsi aux États membres de l'ONU tout "droit à l'indifférence", cette obligation n'ouvre toutefois aucun droit à l'action de force unilatérale. Elle doit plutôt être comprise comme une obligation de vigilance et d'alerte à l'encontre de telle ou telle exaction qu'un gouvernement serait amené à connaitre.

2.2. *La fonction mobilisatrice du droit naturel*

Entre le droit d'ingérence et le devoir d'ingérence l'idéal serait l'avènement d'une politique internationale qui contribuerait à la formation d'un capital social (b) en vue d'une subsidiarité pragmatique internationale qui ferait une lecture plus relationnelle des phénomènes internationaux et une plaidoirie pour un engagement plus poussé en faveur des droits de l'homme et des valeurs qui créent une grande famille humaine (a).

2.2.1. La grande famille humaine

Le compendium de la doctrine sociale de l'Eglise[21] rappelle que les récits bibliques sur les origines montrent l'unité du genre humain et enseignent que le Dieu d'Israël est le Seigneur de l'histoire et du cosmos: son action englobe le monde entier et toute la famille humaine, à laquelle est destinée l'œuvre de la création. La décision de Dieu de faire l'homme à son image et à sa ressemblance[22] confère à la créature humaine une dignité unique, qui s'étend à toutes les générations[23] et sur toute la terre[24]. Le Livre de la Genèse montre en outre que l'être humain n'a pas été créé isolé, mais dans un contexte dont font partie intégrante l'espace vital qui lui assure la liberté (le jardin), la disponibilité des aliments (les arbres du jardin), le travail (le commandement de cultiver) et surtout la communauté (le don de l'aide semblable à lui)[25]. Dans tout l'Ancien Testament, les conditions qui assurent la plénitude à la vie humaine font l'objet de la bénédiction divine. Dieu veut garantir à l'homme les biens nécessaires à sa croissance, la possibilité de s'exprimer librement, le résultat positif du travail et la richesse de relations entre des êtres semblables.

21) La doctrine sociale de l'Église (DSE) est, selon l'Église catholique, une "doctrine destinée à guider la conduite de la personne". Si son avènement est en général associé à la parution de l'encyclique *Rerum Novarum* de Léon XIII, en 1891, elle trouve sa dénomination actuelle en 1931, sous la plume du pape Pie XI, dans l'encyclique *Quadragesimo Anno*. Elle a fait l'objet d'une synthèse systématique et exhaustive en 2004, sous la forme d'un *Compendium de la doctrine sociale de l'Église*, rédigé par le cardinal Martino, président du Conseil pontifical Justice et Paix.
22) Cf. *Gn* 1,26-27.
23) Cf. *Gn* 5.
24) Cf. *Gn* 10.
25) Cf. *Gn* 2,8-24.

2.2.2. La formation du capital social

Selon le politologue américain Robert Putnam[26], principal partisan du concept (mais non son créateur), le capital social «se réfère à la valeur collective de tous les "réseaux sociaux" et les inclinations qui résultent de ces réseaux pour faire des choses l'un pour l'autre». Francis Fukuyama[27] décrit le capital social comme l'existence d'une certaine importance placée dans des cérémonies, valeurs ou normes mises en commun entre les membres d'un groupe qui permettent la coopération entre eux. Patrick Hunout et la Fondation Capital Social[28] ont suggéré que le capital social est un ensemble d'attitudes et des dispositions mentales qui favorisent la coopération dans la société, et qu'en tant que tel, le capital social est sémantiquement équivalent à l'esprit de la communauté.

Nahpiet et Ghoshal[29] dans leur examen du rôle du capital social dans la création du capital intellectuel, suggèrent que le capital social devrait être considéré selon trois faisceaux: structural, apparenté et cognitif.

Carlos García Timón écrit que les dimensions structurales du capital social se relient à une capacité individuelle d'établir des interactions faibles et fortes avec d'autres dans un système. Les différences entre les interactions faibles et fortes sont expliquées par Granovetter (1973). La dimension apparentée se concentre sur le caractère du raccordement entre les individus. Ceci mieux est caractérisé par la confiance en d'autres et leur coopération; ainsi que l'identification qu'un individu a dans un réseau. Hazleton et Kennan (2000) ont ajouté un troisième angle, celui de communication. La communication est nécessaire pour accéder et employer au capital social en échangeant l'information, pour identifier des problèmes et des solutions et pour contrôler le conflit. Selon Boisot (1995) et Boland et Tensaki (1995), la communication signicative exige au moins un certain contexte de partage entre les parties à un tel échange.

3. Conclusion

Au regard de ce qui précède, il convient de retenir que le fondement juridique de la subsidiarité pragmatique internationale doit être recherché au niveau de la consolidation du réalisme juridique.

> Le réalisme juridique prend le contre pied du réalisme politique dont le scepticisme à l'égard du droit international est bien connu : mieux vaut une stabilité fondée sur un bon équilibre des forces qu'une paix assise sur des arrangements de papier. Cette conception, dominante pendant longtemps, apparait désormais comme excessivement réductrice[30].

26) Auteur de *Bowling Alone: The Collapse and Revival of American Community,* 2000.
27) J. Coleman, *Social Capital in the Creation of Human Capital*, in «American Journal of Sociology», 94 (1988), Supplement, pp. S95-S-12).
28) *Ibid*.
29) *Ibid*.
30) Devin – Gauthier, *Mondialisation et droit international international*, in «Laroche», 2005, cité in G. Devin, *Sociologie des relations internationales*, La Découverte, Paris 2002, p. 101.

Le réalisme juridique a deux aspects fondamentaux, à savoir, une lecture plus relationnelle des phénomènes internationaux et une plaidoirie pour un engagement plus poussé. Le jeu en vaut la chandelle car plus le filet normatif se resserre, plus les coûts de sortie risquent d'être élevés.

L'heure est moins aux positions tranchées (droit/force) qu'aux situations mêlées dans lesquelles il faut négocier âprement, ce qui réévalue le rôle des règles comme cadre cognitif des acteurs. Le phénomène de la*soft law* s'est intensifié dans les trente dernières années[31].

L'intention des États et des organisations internationales, qui font usage des instruments du *soft law*, dès lors que cette conduite est jugée conforme, est d'influencer leur conduite mutuelle de façon normative, permissive ou prohibitive. Les actes du *soft law* peuvent imprimer un regain de vigueur à l'activité normative internationale en prolongeant ou élargissant son champ d'application en amont comme en aval. Mais ils peuvent tout aussi bien n'intervenir qu'en tant qu'acte de diversion.

Une première fonction de ces instruments serait de constituer un préalable à la formulation du droit dur (*hard law)*. Ils peuvent constituer des actes préparatoires des décisions sans pour autant constituer une base juridique dérivée.

Une autre fonction de ces instruments serait de se substituer au droit dur (rôle de substitution). Dans ce cas de figure, la pratique du *soft law* contribue à la préparation du terrain du processus législatif à suivre. Les actes du *soft law* sont sans effet juridique, si ce n'est qu'elles doivent être concrétisées à un stade ultérieur, sous la forme d'actes des institutions. Ainsi, le *soft law* peut contribuer au développement du droit dur ou se substituer à lui partiellement, sans menacer pour autant son intégrité et sa rigueur. Ces actes atypiques servent de code de conduite sur des dossiers compliqués afin d'échapper aux dispositions et permettent parfois de surmonter une impasse. Afin de comprendre l'usage de substitution, prenons le cas d'un acte du *soft law,* la résolution. Lorsque le temps nécessaire à la rédaction d'un texte juridique fait défaut ou que l'accord n'a pas encore pu se faire sur toutes les dispositions envisagées, les parties intéressées peuvent parvenir à se mettre d'accord concernant la rédaction d'une résolution. Cet élément peut contribuer à ce que le droit dur (*hard law*) se substitue, *a posteriori*, au *soft law* qui de toute façon a un caractère controversé[32].

31) Sur la prolifération des formes souples de régulation dans différents domaines du droit international, consulter entre autres K.W. Abbott – D. Snidal, *Hard and Soft Law in International Governance*, in «International Organization», 2000; P.-M. Dupuy, *Soft Law and the International Law of the Environment*, in «Michigan Journal of International Law», 1991 (420); M. Finnemore – K. Sikkink, *International Norm Dynamic and Political Change*, in «International Organization», 1998; H. Hillgenberg, *A Fresh Look at Soft Law*, in «European Journal of International Law», 1999; N. Krisch – B. Kingsbury, *Introduction: Global Governance and Global Administrative Law in the International Legal Order*, in «European Journal of International Law», 2006.

32) Un appel avec succès à l'effet direct d'une règle donne la preuve positive du caractère de *hard law* de la règle, même si dans le passé, elle a été décrite comme *soft law*.

Enfin, une dernière fonction serait d'accompagner un acte institutionnalisé, quand le dossier concerne des matières qui se chevauchent et qui ne permettent pas d'être traitées avec les mêmes outils juridiques (rôle complémentaire).

Ces trois fonctions mettent l'accent sur deux caractéristiques principales du *soft law*, à savoir sa procéduralité légère (contraintes légères d'adoption) et son caractère "influent". Ces deux caractéristiques, si à première vue peuvent paraître peu compatibles, confèrent au *soft law*, par leur cohabitation, toute sa spécificité.

Concernant la première caractéristique d'instruments "allégés", le fait qu'on opte pour ce type d'instrument juridique subsidiaire est aussi la preuve d'une absence de volonté de se soumettre à la contrainte juridique du droit dur, en introduisant des procédures de décision courtes et simplifiées. Les résultats accomplis, par ce type de procédure *douce,* seraient peut être difficiles à atteindre à travers les procédures du droit dur.

Le *soft law*, à travers son caractère plus ou moins programmatique, procure aussi un cadre de discussions et de négociations futures entre les États. On peut noter le cas d'usage purement "symbolique" que constitue l'annonce d'intentions, afin d'éviter de traiter vraiment la question en prenant une décision contraignante avec des conséquences lourdes.

En effet, il permet d'établir un cadre qui incorpore les stades intermédiaires d'une recherche de consensus. La prise de décision est basée sur le pur consentement. Il est plus simple d'accorder son consentement à un acte dont on sait qu'il comporte peu d'engagement juridique. Le consentement témoigne aussi de l'intérêt politique des parties qui souhaitent montrer qu'elles cautionnent certaines politiques, sans être obligées de s'engager du point de vue strictement juridique et de s'octroyer des droits et des obligations. Ainsi, comme nous l'avons vu, ces actes influent pour certains sur l'adoption d'actes obligatoires ultérieurs du fait qu'ils constituent un premier pas vers le consensus politique[33].

THÉODORE C. LOKO
Professeur assistant hors classe des universités
cthloko@yahoo.fr

33) R. Bieber – B.K. Wolff – L. Muller, *Collected courses of the Academy of European Law*, vol. III/1, 1992, pp. 160-161.