

LES APORIES D'UN DROIT COSMOPOLITIQUE

L'ACTUALITÉ DU TRAITÉ « SUR LA PAIX PERPÉTUELLE »

Gérard RAULET¹

Sorbonne Université, Paris

Dans le traité « Sur la paix perpétuelle » de Kant le premier article définitif pose les principes fondamentaux d'un ordre républicain, le deuxième article expose *les limites* du droit international (le « droit des peuples ») et le troisième article, au lieu d'un droit cosmopolitique, se contente d'un « droit de visite » et d'un appel à l'hospitalité. Faut-il n'y voir qu'une forme de résignation et d'acceptation de l'ordre libéral au niveau mondial – la libre circulation des personnes et des biens –, un repli sur une position à la fois morale et pragmatique (ces deux termes entendus au sens kantien) qui se substitue à un droit cosmopolitique impossible ?

Je me propose de réexaminer ce problème bien connu de la philosophie politique kantienne à la lumière des apories concrètes auxquelles sont confrontées les tentatives pour établir un ordre de droit qui irait au-delà des règles plus ou moins établies du droit international et des normes plus ou moins acceptées du droit des peuples.

Pouvons-nous espérer penser et organiser le nouvel ordre du monde globalisé au moyen du Droit ? Un des paradoxes des dernières décennies réside dans le fait que l'idée même de droit international est devenue de plus en plus problématique au fur et à mesure que s'est développée une approche « globale » du politique, de l'économique et (négativement) du social. Ni le « droit à la paix », ni le « droit au développement », ni le « droit à l'environnement » ne sont à proprement parler des *droits*, car il faudrait qu'il soient ancrés dans une juridicité qui doit nécessairement se fonder elle-même sur des bases juridiques reconnues par un État ou une communauté (ou constituer le fondement de

<https://doi.org/10.36311/2318-0501.2022.v10n1.p9>

cette dernière) ; ils ne sont pas de nature à réaliser à eux seuls l'utopie cosmopolitique tant que cette communauté n'existe pas. Quant aux organisations internationales, notamment l'ONU, elles sont soumises à une tension extrême entre les formes les plus universalisantes, qui, comme l'UNESCO, interviennent plutôt dans le registre du développement humain et les formes plus spécialisées, qui concernent plutôt les rapports de forces et leur expression économique, comme le FMI ou l'OMC. Y a-t-il, entre ces deux formes extrêmes, place pour un droit international et dans quelle mesure y contribuent-elles ?

J'examinerai différentes approches théoriques de ces apories – le « constitutionnalisme désétatisé² », la formation d'une opinion publique transnationale, etc. – comme autant de déclinaisons qui ramènent toujours au « problème de Kant ».

1. L'INTERNATIONALISATION PROBLÉMATIQUE DU DROIT

« Le droit contemporain se mondialise³ ». Un *droit international pénal*³ est progressivement constitué : Tribunal de Nuremberg, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie institué en 1993 avec des juges internationaux, Cour pénale internationale officiellement instituée en 2000⁴ et habilitée à juger même les chefs d'État en exercice. Mais l'ordre dans lequel on place les qualificatifs n'est pas sans importance⁵ : le *droit pénal international* relève du droit pénal et se concentre sur l'application d'une législation pénale nationale – par exemple française – dans un espace donné (territorialité, compétences extraterritoriales et coopération en matière pénale) tandis que le *droit international pénal* est la branche du droit international public qui s'intéresse aux crimes internationaux par nature (contre l'humanité, génocide, crimes de guerre). Il existe désormais des crimes imprescriptibles relevant du droit international pénal – crimes contre l'humanité et autres crimes énumérés dans le statut des tribunaux pénaux internationaux et de la Cour pénale internationale⁶.

Les conséquences de l'invasion de l'Ukraine par la Russie illustrent cependant non seulement les difficultés de mise en œuvre, mais les impasses auxquelles se heurte la justice internationale. Dès le 28 février 2022, le procureur de la Cour pénale internationale Karim Ahmad Khan a déclaré son intention de lancer une enquête portant sur des présomptions de crimes de guerre en Ukraine. Le 15 mars, le Sénat des États-Unis adopta une résolution qualifiant Vladimir Poutine de criminel de guerre. Un ancien juge de la Cour pénale internationale, Sir Howard Morrison, a été missionné par le Royaume Uni pour aider l'Ukraine à enquêter sur de possibles crimes de guerre. Ancien juge auprès de la Cour pénale internationale à La Haye pendant plus de douze ans, Sir Howard Morrison avait eu à connaître de cas comme celui du criminel de guerre serbe Radovan Karadzic. Il est censé épauler la Procureure en chef d'Ukraine Iryna Venediktova. Cela étant, lorsque des Membres du Parlement posèrent à la Chambre des Communes la question des procédures les plus appropriées pour poursuivre les criminels de guerre, la Procureure générale britannique se contenta de répondre que « toutes les options sont sur la table », tout en signalant que la Cour pénale internationale serait l'option privilégiée. Pourquoi « serait » ? Parce que la Russie – comme les États-Unis au demeurant – n'est pas

membre de la Cour pénale internationale ; elle en est sortie en 2016. Par conséquent, tout ressortissant russe incriminé devrait être extradé par le Kremlin. Mais chacun sait que le Kremlin n'extrade pas ses ressortissants. Aussi le Professeur Philippe Sands, expert en droit international à l'University College de Londres, appelle-t-il plutôt, avec beaucoup de ses collègues, à la mise en œuvre d'un tribunal spécifique de même nature que dans le cas de l'ex-Yougoslavie – donc une cour de justice relevant des Nations Unies et chargée spécifiquement des crimes commis pendant la guerre des Balkans dans les années 1990.

Sans aucun doute, la forme la plus spectaculaire de la mondialisation du droit est l'universalisation des droits fondamentaux à travers la très controversée « compétence universelle »⁷, qui, en principe, qualifie les tribunaux nationaux pour poursuivre les auteurs de crimes contre l'humanité et de génocide, quelle que soit l'origine des victimes et auteurs présumés, et quel que soit le territoire sur lequel les crimes ont été commis⁸. Mais la mise en œuvre de cette compétence se heurte à bien des obstacles, tant en ce qui concerne les législations internationales (le droit international pénal) que les poursuites intentées au nom des justices nationales (droit pénal international). Ainsi, la justice belge a connu bien des déboires diplomatiques avant que le tribunal de Bruxelles n'obtienne une première condamnation pour génocide dans les enquêtes sur le Rwanda en décembre 2019.

En dehors des crimes de guerre, l'action de la justice internationale est très hasardeuse. Julie Allard donne l'exemple de la régulation d'Internet

« où la tendance est aujourd'hui à faire peser la responsabilité du contrôle sur les fournisseurs d'accès, qui sont contraints de s'ériger en juges, voire en censeurs. Ces dispositifs permettent de réguler les relations sociales sans passer par une instance judiciaire. Ce genre de pratiques permet d'offrir un encadrement normatif le plus global possible, sans avoir besoin de ce qui fait défaut aujourd'hui, à savoir d'une part un droit global systématiquement appliqué, et, d'autre part, un pouvoir exécutif (et en particulier une police compétente à l'échelle de la planète)⁹. »

Argument spécieux car il ne s'agit alors justement pas de droit mais de rapports de force comme le montrent les démêlés récents d'Apple avec le gouvernement chinois en juillet 2017. Pour ne pas risquer de conflit Apple a retiré de tous ses *iPhone* et ordinateurs vendus en Chine l'application permettant d'échapper à la censure officielle. L'objection vaut également pour les ONG, certes de plus en plus pointues en droit international, ce dernier étant pour elles un instrument dans un rapport de force. La multiplication des ONG est un phénomène associé à la mondialisation économique et politique néo-libérale. Elle obéit à sa logique¹⁰.

Porteur d'espoir est le développement des échanges entre les juges à l'échelle de la planète, conduisant à la mention de jurisprudences étrangères dans certains arrêts nationaux¹¹. On peut y voir assurément l'illustration de la « sensibilité cosmopolitique » dont parle Ulrich Beck. Mais cette dernière se résume, comme dit Julie Allard, à « l'émergence de communautés, de solidarités ou de dialogues au niveau global¹² », au développement d'une opinion publique transnationale, sur laquelle nous reviendrons, avec toutes les réserves dont il faut entourer sa formation et ses moyens de propagation par les canaux d'opinion et les réseaux sociaux¹³. Car la publicité des maximes n'est qu'un critère « négatif » permettant de « reconnaître ce qui n'est pas

[...] conforme au droit¹⁴ », elle n'établit que *négativement* l'exigence d'un nouveau droit. Toute la question consiste à savoir si on peut aller au-delà de cette opinion publique internationale.

Pendant que nous réfléchissons à tout cela, il y a aussi une autre forme de mondialisation du droit : le néo-libéralisme, par le biais du CETA (*Canada-EU Trade Agreement*) et du TAFTA (le traité de libre-échange transatlantique avec les États-Unis), a lancé une double offensive qui doit permettre aux multinationales de traîner les États devant des juridictions internationales privées en mesure de leur imposer des lois « supérieures » au nom des intérêts économiques.¹⁵ Tout le contraire de la « responsabilisation des acteurs globaux » qu'appelle de ses vœux Mireille Delmas-Marty dans ses cours au Collège de France et qui consisterait à « ouvrir la compétence de la CPI [Cour Pénale Internationale] aux entreprises » et à « introduire un principe de responsabilité de la personne morale devant la CPI¹⁶ ». Cette mondialisation-là est l'envers bien réel de l'idéal de justice planétaire. Elle vise la dépolitisation des relations internationales, leur déconnexion de la souveraineté des peuples : les États ne sont que des administrations encombrantes ; le droit constitutionnel et la souveraineté populaire ne sont que des mots. Il est d'autant plus consternant que le Conseil constitutionnel français ait, en juillet 2017, rendu un avis favorable au CETA. Le droit international, du fait de l'influence de la conception anglo-saxonne, est sans aucun doute le domaine dans lequel les citoyens soucieux de le rester vont devoir faire preuve de la plus extrême vigilance dans les années qui viennent.

2. MIREILLE DELMAS-MARTY ET LE DROIT QUI N'EXISTE PAS

Ce double langage n'a pas échappé à Mireille Delmas-Marty. Pénaliste d'origine, elle se consacre depuis des années au droit international public. Elle relève que les instruments juridiques vont toujours plus loin dans la facilitation de la libéralisation des échanges, mais qu'un « paradoxe des frontières » existe néanmoins bel et bien : cette libéralisation est unilatérale. Quand il s'agit des hommes, les barrières se referment et la Déclaration des droits de l'homme de 1948 est impuissante à contrer les réglementations nationales *et internationales* ; n'emportant pas d'effet direct, elle n'est pas contraignante pour les États. Les traités économiques et commerciaux sont appliqués avec fermeté, le « droit des gens » peine à s'imposer.

À cette discordance Mireille Delmas-Marty répond en deux temps. En premier lieu, elle pose la question des causes, notamment le triomphe du libéralisme, et elle dénonce la séparation entre droits du marché et droits sociaux. Comme elle a longtemps vu dans l'Organisation internationale du travail un modèle pour l'internationalisation du droit, elle note en second lieu qu'il existe des amorces de conciliation entre travail et mondialisation, entre autres par la responsabilisation des entreprises transnationales. Un sujet sur lequel on reviendra, car au moment même où j'ai écrit ces lignes, le 3 mars 2021, les actionnaires de Danone (notamment les fonds d'investissement américains) venaient d'avoir la peau du PDG Emmanuel Faber, qui se présentait comme un « patron éthique »¹⁷. Il s'impose donc de faire la part du téléologique et de l'optatif – de ce qui peu à peu s'impose dans le « bon sens » et de l'idéalisme humaniste.

L'antinomie est encore plus radicale si on l'envisage du point de vue des « droits de l'Homme ». L'utopie peut-elle se réfugier dans l'idée d'un « patrimoine commun de l'humanité », qui exprimerait « l'émergence d'un nouveau sujet de droit international, l'humanité¹⁸ », tandis que ce sujet de droit idéal resterait *de facto* opprimé, voire asservi, et en tout cas livré à l'ordre de droit de son pays d'appartenance ? Or, c'est dans celui-ci et pas ailleurs (surtout pas dans la sphère morale de l'invocation des droits de l'Homme¹⁹), que se joue son statut d'être autonome – d'Homme. Il faut ici se souvenir de la mise en garde d'Hannah Arendt :

« Si un être humain perd son statut politique, il devrait, en fonction des conséquences inhérentes aux droits propres et inaliénables de l'homme, tomber dans la situation précise que les déclarations de ces droits généraux ont prévue. En réalité, c'est le contraire qui se produit. Il semble qu'un homme qui n'est rien d'autre qu'un homme a précisément perdu les qualités qui permettent aux autres de le traiter comme leur semblable²⁰. »

Mireille Delmas-Marty se dit parfois, par boutade, spécialiste d'un « *droit qui n'existe pas* », à quoi elle oppose l'idée juridiquement ambiguë d'humanisme juridique. Le droit des droits de l'Homme a eu longtemps ce statut de « droit qui n'existe pas ». Au début des années 1980, personne n'imaginait qu'il deviendrait un jour un droit à part entière. M. Delmas-Marty, quant à elle, eut très tôt l'intuition qu'il allait bouleverser le paysage juridique. L'avenir lui a donné raison : en 1986, la France était pour la première fois condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme. Il y a donc, selon elle, à tout le moins une humanisation progressive du droit. Si les valeurs éthiques fondant un humanisme juridique ne sont pas d'emblée universellement partagées, elles « peuvent devenir 'universalisables' à mesure que le droit international entre en vigueur au croisement des cultures et des savoirs : par exemple avec le droit international pénal, le droit international des droits de l'homme, les biens publics mondiaux ou les biens communs mondiaux »²¹. Des valeurs humanistes universelles finissent par s'imposer au droit des États. Ainsi, « en 2005, les États ont accepté une responsabilité de protéger leur population du génocide, des crimes de guerre, du nettoyage ethnique et des crimes contre l'humanité²² ».

Le métaphorisme mobilisé par Mireille Delmas-Marty dans ses derniers textes, quoique surabondant (et tranchant, je crois volontairement, avec la sécheresse généralement imputée aux juristes), est quasiment kantien : le « pot au noir » évoque la navigation et indirectement la recherche d'un cap pour la raison pratique, de même qu'il s'agissait de trouver une île pour la raison pure. Ce qui est particulièrement sympathique dans cette démarche est, en même temps, le refus de toute fondation *a priori* et l'option pour une conception du droit que je qualifierai de « téléologique » au sens kantien. La référence à Kant est présente quoique diffuse. Dans *Aux quatre vents du monde*, notamment, Mireille Delmas-Marty rappelle la thèse téléologique célèbre selon laquelle la nature impose le progrès vers la paix « par le moyen même des penchants humains²³ ».

Chez Kant, la fin du troisième article définitif du traité « Sur la paix perpétuelle » introduit l'argument téléologique d'une « garantie de la paix perpétuelle » par la nature elle-même d'une façon négative qui donne raison à Ulrich Beck et à M. Delmas-Marty.

« Les liaisons [...] qui se sont établies entre les peuples de la terre entière ayant été portées au point qu'une violation de droits commises en un lieu est ressentie partout, l'idée d'un droit cosmopolitique n'est plus une exagération fantastique et débridée du droit ; elle est un complément nécessaire du code tacite du droit civil et public conduisant à un droit public des hommes en général, et par là à la paix perpétuelle²⁴. »

Habermas ne manque pas non plus, comme on le verra, de recourir à cet argument pour jeter un pont entre l'exigence morale et le droit – Delmas-Marty dirait sans doute : entre le droit qui n'existe pas (encore) et, sur le plan technique, la possibilité d'étendre la notion de crime et les dispositions du droit pénal à des crimes qui échappaient à toute sanction.

Chez Kant, on le voit cependant d'emblée, c'est un effet mécanique de la mondialisation de la publicité qui entraîne cette juridicisation. Une très longue note s'attache à distinguer ce mécanisme téléologique de toute intervention d'un Créateur. C'est nous qui attribuons cette dynamique naturelle à une Providence, faute de pouvoir en connaître complètement les lois et donc d'en prévoir les effets. Mais du point de vue de la volonté consciente des acteurs l'errance « aux quatre vents du monde » doit se contenter de la « boussole des possibles ». L'accumulation et la succession à un rythme rapide des crises de toutes sortes (économiques et financières, crises sociales, terrorisme global, désastre humanitaire des migrations, crise climatique et, « pour couronner le tout, si l'on ose dire, la crise sanitaire du « coronavirus²⁵ ») ont rendu Mireille Delmas-Marty sensible au caractère aléatoire du rapport entre la théorie et la pratique – de « l'accord de la politique et de la morale selon la notion transcendante du droit public », pour le dire dans les termes exacts de Kant.

Il ne semble toutefois pas que l'intention soit de promouvoir, ou même de tolérer, « une sorte de 'bricolage juridique' » sous le prétexte qu'il n'existe pas de véritable droit de la mondialisation qui serait parfaitement cohérent, n'étant ni national, ni international dans le sens interétatique²⁶. Comment aller au-delà d'un « universalisme contextualisé » ?

Le désordre actuel du monde exige un renouvellement, voire même une refondation du droit. Selon un raisonnement qu'on trouve aussi chez Ulrich Beck²⁷ Mireille Delmas-Marty estime même que l'urgence climatique et écologique tout autant que la pandémie font émerger une solidarité à l'échelle de la planète. Le « principe de précaution » consiste à anticiper les risques à venir en dépit de connaissances incertaines²⁸. Mais elle n'appelle pas pour autant à créer un État mondial unifié dont elle évoque le spectre sous l'aspect d'un impérialisme hégémonique incarné par les États-Unis et la Chine²⁹.

Chez Delmas-Marty le modèle de la « rose des vents³⁰ » complexifie le quadrilatère téléologique des forces qui, dans le cadre du paradigme dynamique de Kant, permet de concevoir un progrès qui s'accomplit éventuellement à l'insu des hommes.

« La mondialisation ne doit pas tendre [...] vers le triomphe d'un seul vent dominant. [...] la sécurité sans liberté conduit au totalitarisme tandis que la liberté sans sécurité mène le monde au chaos. De même, la compétition sans coopération peut conduire au règne de la force (force économique, force militaire, etc.), alors que la coopération sans compétition est souvent inefficace³¹. »

Pourtant, même s'il s'agit d'« équilibrer les tensions nées de la mondialisation³² », comme Kant elle se méfie de la notion d'équilibre – car un tel équilibre arrêterait la progression – pour autant qu'il soit possible, ce que Kant, justement ne croit pas. Car Kant, en assumant à la fois l'héritage du « doux commerce » de Montesquieu et de la guerre de tous contre tous de Hobbes, n'est pas l'adepte du libéralisme qu'on veut parfois faire de lui. La « garantie de la nature » n'a rien à voir avec la main invisible. Delmas-Marty a bien perçu cela lorsqu'elle souligne que « renoncer à la croyance dans l'autorégulation des marchés, c'est reconnaître dans la solidarité un principe permettant de combiner compétence et coopération³³ ». Lorsqu'elle parle d'équilibrer innovation et conservation, il ne s'agit pas pour elle de se résoudre au *statu quo* mais d'empêcher le recours « à la logique binaire du tout ou rien qui limite la décision à deux possibilités³⁴ ». Il faut que la dynamique soit « toujours instable³⁵ » et, dans la mesure du possible, fraye la voie à une solution supérieure. Il faut éviter le « pot au noir » dans lequel le progrès cosmopolitique risque de se retrouver encastré. Le principe de solidarité, qui représente le résultat de l'équilibre entre compétition et coopération, est un principe dynamique. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne l'a inscrite en 2000 dans ses principes et cette charte est devenue en principe juridiquement contraignante avec le Traité de Lisbonne en 2010³⁶. Qui le sait, et qui s'en soucie ? Mais la dynamique est en principe enclenchée.

Delmas-Marty utilise la notion de « principes régulateurs » pour désigner les idées directrices se dégageant de la composition de forces contraires. Plutôt que des biens mondiaux ou des droits universels, ceux-ci désignent des droits universalisables et des biens mondialisables³⁷. Ils permettent de concilier ou de dépasser des contradictions³⁸. La vision dynamique du droit consiste à travailler sur les processus plutôt que sur les concepts³⁹. La nature en fait éminemment partie. Bien qu'il s'agisse d'une dimension que je n'envisagerai délibérément pas ici⁴⁰, il est important de relever que le métaphorisme naturel de Mireille Delmas-Marty vise à intégrer à la réflexion sur le droit de la mondialisation la question écologique, qui fait partie de la solidarité planétaire.

3. RETOUR SUR LA TÉLÉOLOGIE POLITIQUE DE KANT

Accepter cette vision dynamique du droit, c'est prendre toute la mesure de la révolution kantienne et en tirer des leçons encore valables pour le présent. L'universalisme kantien rompt radicalement avec toutes les approches antérieures. Il n'est en rien l'héritage des projets plus ou moins œcuméniques de la chrétienté. Il a son fondement dans les principes de la citoyenneté républicaine et *met résolument fin à l'univers de l'Europe médiévale ; il inaugure une Europe moderne*. C'est ce qui fait la différence radicale avec le Projet de paix perpétuelle de l'Abbé de Saint-Pierre, conçu à l'occasion des négociations de la Paix d'Utrecht en 1712-1713.

Saint-Pierre se contente d'élargir le cercle de la République chrétienne en stipulant dans son projet que les vingt-quatre États chrétiens européens constituent une fédération pacifique mais que celle-ci doit, autant que possible, être étendue aux princes musulmans. La problématique est encore religieuse et œcuménique ; l'universalisme œcuménique tente de résoudre en le sécularisant un des problèmes de fond de la Guerre de Trente Ans. Certes le progrès est indéniable, si l'on songe aux ambassades très ambiguës de Leibniz auprès de Louis XIV (1672), de Charles XII et de Pierre Le Grand (1711) pour que les peuples chrétiens s'unissent contre l'Orient. Que voulait Leibniz ? Dans le meilleur des cas « convertir la Chine, non pas en montrant aux Chinois qu'ils sont dans l'erreur, mais en faisant ressortir les analogies qui existent entre leur religion et la nôtre, en remontant à l'unité substantielle de l'esprit humain⁴¹ ». Sans doute aussi faire en sorte que les chrétiens se réconcilient pour faire front contre l'impiété. L'entreprise de Leibniz se situe quelque part entre le déisme et l'hégémonisme du christianisme européen, sûr de ses Lumières, surtout si elles acquièrent la force d'évidence de la religion naturelle. Malgré son ouverture aux musulmans, le projet de l'Abbé de Saint-Pierre ne change pas de logique : il en reste à un rationalisme de l'équilibre des forces qu'il étend seulement, tant soit peu, au-delà des limites de l'Europe chrétienne. La rupture de Kant avec cet horizon est en même temps *un changement de paradigme scientifique*.

Rousseau, lorsqu'il édita un extrait du projet de Saint-Pierre en 1761⁴², avait déjà pleinement conscience du vice constitutif du *Projet*. Il le perce à jour en dénonçant la véritable intention du « Grand dessein » d'Henri IV. Ce dernier aurait sans doute provoqué les révolutions et les guerres les plus violentes que l'Europe a jamais connues. Le *Jugement* de Rousseau consiste presque entièrement en l'exposé de ces terribles conséquences et conclut :

« Quoi qu'il en soit, voilà les moyens qu'Henri quatre avoit rassemblés pour former le même établissement que l'Abbé de St Pierre prétendoit faire avec un livre [...] Admirez un si beau plan, mais consolons nous de ne pas le voir exécuter; car cela ne peut se faire que par des moyens violens et redoutables à l'humanité. On ne voit point de Ligues fédératives s'établir autrement que par des révolutions, et sur ce principe qui de nous oseroit dire si cette Ligue Européenne est à désirer ou à craindre ? Elle feroit peut-être plus de mal tout d'un coup qu'elle n'en prévienendroit pour des siècles⁴³. »

Saint-Pierre – ainsi peut-on résumer la conclusion de Rousseau – attendait décidément trop de la sagesse des princes, dont le rôle, dans son équilibre strictement mécanique, était rien moins que garanti. Dans une certaine mesure, Rousseau semble donc bien avoir perçu le problème de fond: Europe des Princes ou Europe des peuples.

Sur le paradigme de l'équilibre des forces, le jugement de Kant sera plus radical et plus sarcastique. S'il en tient compte comme de toute composition et de tout équilibre de forces du point de vue téléologique, ce modèle théorique ne saurait à ses yeux fonder une pratique nouvelle; il vaut *a posteriori*, non *a priori*. Dans *Théorie et pratique* Kant se prononce très expressément contre la notion d'équilibre de forces:

« Une paix universelle durable grâce à ce qu'on appelle *l'équilibre des forces en Europe* ressemble à la maison de Swift qu'un architecte avait si parfaitement construite selon toutes les lois de l'équilibre qu'elle s'écroula dès qu'un moineau vint s'y poser: c'est une pure chimère⁴⁴. »

L'équilibre, notion dynamique, n'est en effet que l'envers du principe d'hégémonie, c'est-à-dire de l'exercice même de la force.

C'est ce changement de paradigme qui établit la rupture de Kant avec le cadre de réflexion de ses prédécesseurs. La rupture de Kant avec l'Europe des Princes est tout à fait nette dans les articles préliminaires de son traité *Sur la paix perpétuelle* – et bien sûr aussi dans le « deuxième supplément » qui parodie les clauses *secrètes* en requérant que les rois, même s'ils ne sont pas philosophes, laissent les philosophes parler *publiquement* pour éclairer les affaires des uns et des autres⁴⁵. Les articles préliminaires bannissent toutes les pratiques courantes des diplomaties dynastiques ; le deuxième stipule notamment que « nul État indépendant (petit ou grand, peu importe ici) ne pourra être acquis par un autre État, par héritage, échange, achat ou donation. Un État, en effet, n'est pas (comme par exemple le sol où il est établi) un avoir (*patrimonium*). C'est une société humaine et nul autre que lui n'a le droit de lui imposer des ordres et d'en disposer⁴⁶ ».

Chez Kant il est désormais question d'un « *Friedenszustand unter Völkern* », d'un état de paix entre les Peuples⁴⁷, et plus précisément encore d'un « fédéralisme d'États libres » (*Sur la paix perpétuelle*, deuxième article définitif) et non de quelque « *Fürstenbund* » du type de celui que scellèrent les Électeurs de Saxe, du Brandebourg et de Hanovre en juillet 1785 pour défendre la constitution du *Reich*. Le fédéralisme kantien n'a plus rien à voir avec ce lâche ensemble fédéral qu'était l'Empire, dans lequel « les alliances étaient faites et défaits au vent des événements historiques⁴⁸ ». Saint-Pierre au demeurant, rendons lui encore cette justice, ne s'illusionnait guère sur ces alliances de princes, relevant même un des aspects les plus importants pour Kant – le fait que le débat public y soit toujours doublé par des accords secrets :

« Il se forme de tems en tems parmi nous des especes de Dietes générales sous le nom de congrès, où l'on se rend solennellement de tous les États de l'Europe pour s'en retourner de même; où l'on s'assemble pour ne rien dire; où toutes les affaires publiques se traitent en particulier⁴⁹. »

Passer de l'aléatoire et du provisoire au permanent, tel est aussi le projet de paix perpétuelle de Kant. Mais c'est précisément à cet égard que les propositions de Saint-Pierre lui paraissent impuissantes. Il faut un droit qui ne se limite pas au droit international existant, lequel se contente de réglementer le droit de (ou à) la guerre⁵⁰.

L'alliance des peuples telle que l'entend Kant est une alliance entre des corps politiques constitués par une volonté générale, la volonté collective du peuple⁵¹. Les États ont désormais pour identité la volonté générale qui les constitue, ce sont des États-citoyens. Cette identité est intangible ; non seulement elle exclut toute ingérence extérieure, mais si des États se sont dressés contre un « ennemi injuste », c'est-à-dire un ennemi qui ne respecte pas le nouvel ordre de droit international reposant sur ce respect de l'autonomie, ils ne doivent pas pour autant se partager ensuite son territoire, car cela serait « une injustice contre le peuple, qui ne peut pas aliéner son droit originaire de se constituer en État » ; ils doivent au contraire agir de telle sorte que cet État se donne une nouvelle constitution « qui, conformément à sa nature, soit défavorable aux inclinations guerrières » – en d'autres termes une constitution républicaine⁵². La définition de l'État-nation comme État-citoyen change en effet tout, et en particulier la notion de « guerre

punitive » car « il n'existe pas entre eux [les États] de rapport de supérieur à subordonné⁵³ ». Un principe qui renvoie à la conception de la citoyenneté dans *Théorie et pratique*, dans un passage où Kant récuse les prétendus « droits héréditaires » de l'ancien régime⁵⁴.

La preuve *a contrario* que cette alliance émanant de la volonté collective fonde un ordre de relations entièrement nouveau est apportée par le premier article définitif du *Traité*:

« Si (et il ne peut être autrement dans cette constitution [républicaine]) l'assentiment des citoyens est exigé pour décider s'il y aura ou non la guerre, il sera tout naturel que, du moment qu'il leur faudrait décider de supporter tous les maux de la guerre (tels que: combattre en personne, subvenir aux frais de la guerre avec leur avoir propre; réparer péniblement les dévastations qu'elle entraîne après elle, et pour combler la mesure, se charger finalement du fardeau d'une dette qui remplira d'amertume la paix elle-même et qui ne pourra d'ailleurs jamais être acquittée à cause des guerres prochaines toujours nouvelles), ils réfléchiront mûrement avant d'entreprendre un jeu aussi pernicieux; tandis qu'au contraire dans une constitution où le sujet n'est pas un citoyen, qui par conséquent n'est pas républicaine, la guerre est la chose du monde qui demande le moins de réflexion, parce que le souverain n'est pas membre mais possesseur de l'État et que la guerre ne lui cause pas le moindre dommage...⁵⁵ »

Le point de vue sceptique sur les projets de paix perpétuelle – celui de Leibniz (« Seuls les morts ne se battent point ! »), celui de Frédéric II (« La chose est praticable..., il ne manque, pour la faire réussir, que le consentement de l'Europe et quelques semblables bagatelles⁵⁶. »), celui de Voltaire⁵⁷ et finalement aussi celui du jugement de Rousseau sur le projet de l'Abbé de Saint-Pierre, c'est le point de vue des dirigeants, c'est le pragmatisme sceptique de la balance des forces. Le seul principe transcendant était, on l'a dit, l'universalisme ou l'oecuménisme chrétien. Kant refuse l'un et l'autre et remplace cet état de choses par un nouvel ordre de droit, un fondement nouveau du droit public qui est en même temps une nouvelle articulation du particulier et de l'universel, une conception absolument nouvelle du droit international: *l'identité des États comme entités constituées par la volonté des peuples*.

C'est là le point essentiel, et Habermas y insiste dans son essai de 2004 sur le droit des peuples⁵⁸. Mais il estime que le modèle républicain de la citoyenneté a empêché Kant dans la projection impossible d'une République universelle dont il n'a pu se sortir que par « l'ersatz négatif », comme dit le deuxième article définitif, d'une fédération d'États souverains. En conséquence Habermas tend à substituer au citoyen la fiction libérale – rawlsienne – de l'individu-sujet. Ainsi lorsqu'il définit la percée novatrice du cosmopolitisme du XVIIIe siècle comme « la transformation du droit international, qui était un droit *des États*, en un droit cosmopolitique qui est un droit *des individus*⁵⁹ ». Ce mythe libéral de l'individu rationnel censé décider en tant qu'être raisonnable de se donner les règles auxquelles il souhaite obéir est à l'opposé de la conception kantienne, laquelle repose sur un dispositif de *transformation politique de l'individualité* qui permet de refonder la souveraineté *malgré* le libéralisme. Ce en quoi Kant est « libéral⁶⁰ », c'est qu'il ne bride pas le déploiement des forces. C'est là tout l'objet de sa construction téléologique de la philosophie de l'histoire dans *Idée d'une histoire universelle d'un point de vue cosmopolitique* ou dans les *Conjectures sur les débuts de l'histoire humaine*. Même si les hommes possèdent une disposition à la Raison, il n'y a donc certainement pas lieu de postuler que l'existence de la raison préside à quelque conclusion d'un contrat. Ce qui invalide d'emblée la fiction libérale de « l'individu-sujet ». C'est pourquoi Kant abandonne

l'idée d'un contrat originel au profit des formes concrètes de sa conclusion, c'est-à-dire de la représentation. Il faut *une transformation politique de l'individualité* pour que le problème soit soluble. Lorsque Rousseau dit que « c'est seulement dans la communauté que l'homme trouve véritablement son accomplissement », il entend que *c'est comme citoyen que l'individu « s'accomplit »*. Lorsqu'il précise : « Chacun de nous met en commun sa personne, toute sa puissance sous la suprême direction de la volonté générale », cela n'est en rien un renoncement hobbesien, la puissance est bien plutôt ici chez Rousseau – du moins est-ce ainsi que Kant l'entend – un *Vermögen*, une capacité, faculté ou pouvoir qui esquisse une critique de la raison politique dans un langage précritique que Kant va s'attacher à dépasser. Dès lors la question est la suivante : en quoi consiste la « faculté politique » de l'homme ? Dans le débat de Kant avec Rousseau se joue le moment-clef de la problématique qu'occulte obstinément le modèle de l'« État-nation libéral » : seule la *citoyenneté* peut en constituer la clef. Chez Kant c'est en tant qu'État-nation *républicain* que l'État-nation libéral assure l'autodétermination *politique* des *citoyens*.

On lit souvent le contraire⁶¹ mais *l'État national* est du même coup chez Kant une étape de l'évolution qu'il est interdit de sauter. Pour deux raisons. D'abord, comme le relève Habermas, les prétendus citoyens d'une République universelle concluraient un mauvais contrat hobbesien : « ils achèteraient la garantie de la paix et de la liberté civile en perdant la liberté substantielle qu'ils possèdent en tant que citoyens d'un peuple organisé en État-nation⁶². » Ensuite, c'est dans l'État-nation que se rejoignent les deux lignes de réflexion qui sous-tendent le traité *Sur la paix perpétuelle* : la ligne morale et la ligne téléologique. Kant se prononce très clairement contre une forme de cosmopolitisme qui négligerait tout ce qui relève des considérations anthropologiques et téléologiques : contre l'abolition des caractères nationaux par l'absorption d'un État par un autre et contre toute fusion organique des États nations qui, en tant que *réalités* juridiques et territoriales, possèdent chacun une identité propre reflétant le stade d'évolution qu'ils ont atteint chacun à sa façon⁶³. C'est notamment l'objet du premier appendice, consacré au « Désaccord entre la morale et la politique ». Et même si tous les États ne sont pas (ou pas encore) républicains, ce respect de l'étape des États nationaux ne leur en applique pas moins à tous les principes mêmes du républicanisme.

Cette problématique se répercute sur la structure du traité et sur la façon dont s'enchaînent les trois niveaux de l'État de droit républicain, du droit des peuples et du droit cosmopolitique. Se plaçant sur le plan du Droit, Kant recommande une fédération d'États de droit demeurant autonomes et souverains afin qu'en chacun d'eux le citoyen devienne Homme, c'est-à-dire membre d'une fraternité universelle. Ce n'est qu'en chacun de ces États que le passage peut se faire. Le point de vue du droit exclut d'opposer abstraitement la morale aux faits sans considérer les conditions d'application empirique qui sont précisément l'objet du droit. Tout universalisme hâtif, prématuré, voire autoritaire, représenterait une rechute dans le despotisme; il regresserait à cette forme d'universalisme hégémonique que fut l'idée chrétienne, dont l'universalisme kantien – soulignons le encore avec force – n'est en aucune manière une version sécularisée ; Kant, dans le troisième article définitif la dénonce d'ailleurs sans ambage comme un colonialisme⁶⁴. Un État qui, avec les meilleures intentions, s'immiscerait dans les affaires d'un autre État cesserait *de facto* de se comporter de façon républicaine.

Je dois donc m'inscrire en faux contre l'interprétation que Habermas donne de l'« ersatz négatif » sur lequel Kant se replie à la fin du deuxième article définitif. En aucun cas il n'est permis de dire que cela ait quelque chose à voir avec « le projet d'un congrès permanent des États qui deux décennies plus tard prendra une toute autre forme, une forme contre-révolutionnaire, avec la Sainte Alliance⁶⁵ ». Comme si le projet de Kant avait encore quoi que ce soit de commun avec celui de l'Abbé de Saint-Pierre ! Je dois m'inscrire en faux aussi contre l'affirmation selon laquelle Kant aurait sous-estimé la complexité des réalités politiques modernes⁶⁶, et plus encore contre les arguments qu'invoque Habermas pour justifier cette affirmation. Selon lui, Kant resterait en deçà « de la nouvelle conscience historique qui s'affirme seulement autour de 1800 » et serait « insensible à la perception des différences culturelles qu'aiguise déjà la premier romantisme ». Il se peut bien qu'il ait méconnu le caractère particulariste d'un droit des peuples qui ne portait effectivement à l'époque que sur « un petit nombre d'États privilégiés et de peuples chrétiens » et qui était *de facto* euro-péo-centriste puisqu'il ne tenait compte que des nations de culture chrétienne⁶⁷ (quoiqu'on puisse objecter que ni l'*Anthropologie* ni les écrits de philosophie de l'histoire ne s'y limitent), mais il est absolument erroné d'en inférer qu'il n'a pas inclus le respect des différences culturelles dans son modèle téléologique – dont la fonction première est précisément de leur rendre justice.

4. HABERMAS SUR LE DROIT INTERNATIONAL

En dépit des critiques qu'on peut adresser à son interprétation de Kant, force est pourtant d'admettre que Habermas, dans son essai de 1996 consacré au *Traité de paix perpétuelle*, a pris à bras le corps les apories du droit international⁶⁸. Il a prolongé et approfondi cette réflexion dans son essai de 2004 consacré aux mutations du droit des peuples⁶⁹. L'interprétation de Habermas me paraît cependant grevée dès le départ par une prémisse fautive, selon laquelle Kant n'avait en tête que « des guerres entre cabinets et États », dans un contexte où l'existence d'États républicains « était encore l'exception, non la règle⁷⁰ ». Le propos est d'autant plus surprenant que, par ailleurs, Habermas reproche à la conception kantienne du cosmopolitisme d'extrapoler abusivement le modèle républicain : « Kant a devant les yeux l'exemple de la République française centraliste et le dogme de l'indivisibilité de la souveraineté étatique fait qu'il se retrouve inutilement dans une difficulté théorique⁷¹. » J'ai tenté de démontrer au contraire que l'angle d'attaque de Kant rompt résolument avec le « modèle westphalien » de l'État territorial et plus généralement avec toutes prémisses d'ancien régime, et que pour lui, dans le traité *Sur la paix perpétuelle*, l'identité des États-nations repose sur la *souveraineté des citoyens*⁷². J'essaierai de montrer que les apories ou les contradictions diagnostiquées par Habermas sont le fait, non de Kant, mais de son interprétation, et qu'elles affectent sa propre conception de l'ordre cosmopolitique.

La situation actuelle, que Habermas considère (à juste titre d'ailleurs) comme un handicap, à savoir que « l'organisation mondiale [l'ONU] réunit aujourd'hui tous les États, indépendamment du fait de savoir s'ils ont déjà une Constitution républicaine et s'ils respectent les droits de l'homme⁷³ », ne contredit nullement les prémisses de l'argumentation kantienne

mais *correspond au contraire très exactement au cas de figure réaliste qu'il envisage*. Du reste, les passages de Kant que Habermas cite pour appuyer son argumentation sont symptomatiquement les passages « téléologiques », quoiqu'il s'acharne à ne pas les lire ainsi. Par exemple celui-ci, que nous avons déjà commenté plus haut :

« Les liaisons [...] qui se sont établies entre les peuples de la terre entière ayant été portées au point qu'une violation de droits commises en un lieu est ressentie partout, l'idée d'un droit cosmopolitique n'est plus une exagération fantastique et débridée du droit ; elle est un complément nécessaire du code tacite du droit civil et public conduisant à un droit public des hommes en général, et par là à la paix perpétuelle⁷⁴. »

Pour ma part, je lis ce passage dans une optique téléologique : c'est *le fait que les violations des droits* soient désormais ressenties partout qui fonde la plausibilité d'un droit cosmopolitique et sûrement pas l'existence « fantastique » d'un espace public figurant à l'échelle du globe une communauté idéale de communication. C'est pourtant sur cet espace fantastique que semble miser Habermas, alors même qu'il reconnaît qu'« il n'existe point encore d'espace public planétaire, pas même d'espace public européen⁷⁵ ».

En même temps, il s'efforce toutefois d'en déceler l'amorce, que je qualifierais, pour ma part, de téléologique, dans l'émergence d'un ordre *juridique* mondial⁷⁶. L'essai de 2004 me paraît du reste corriger le tir en ce sens en parlant avec insistance des « tendances favorables » (*entgegenkommende Tendenzen*) qui permettent à Kant de substituer à l'utopie impraticable et même dangereuse d'une République mondiale un « ersatz » finalement pas si négatif : la nature pacifique des États ayant une constitution républicaine, les vertus pacificatrices des liens commerciaux, l'émergence d'une publicité cosmopolitique.

Dans l'ordre mondial actuel on peut également interpréter comme des « tendances favorables » les résolutions des conférences organisées « en une succession rapide » par l'ONU au sujet de questions planétaires concernant l'écologie (Sommet de la Terre à Rio en 1992), la démographie (au Caire), la pauvreté (à Copenhague), le climat (à Berlin). Il ne fait aucun doute, comme le dit Habermas, qu'elles ont pu « exercer une certaine pression politique sur les gouvernements⁷⁷ ». Il en va de même du « rôle central que jouent des organisations d'un type nouveau, non étatique, telles que Green Peace ou Amnesty International ».

Habermas insiste également sur la nécessité de bien distinguer le droit et la morale. C'est un point essentiel, qui constitue la ligne de force de l'essai de 2004 dans lequel il s'attaque aux prétentions éthiques de l'unilatéralisme américain. Doter d'une qualité morale les opérations de police internationale est une dérive dangereuse qui ne fait pas avancer d'un pouce la cause d'un droit cosmopolitique. La « lutte contre l'axe du Mal », si elle doit être menée dans l'esprit de l'établissement d'un droit cosmopolitique, ne saurait l'être au nom de critères moraux mais « dans le cadre d'un ordre juridique étatique, selon des procédures judiciaires institutionnalisées, tout comme [dans le cas] d'actions criminelles⁷⁸ ». Afin de dépasser la confusion entre la morale et la légalité Habermas souligne que même dans le cas des droits de l'homme il ne s'agit pas de morale mais bien de droit, car, en tant que normes constitutionnelles, les droits de l'Homme « sont constitutifs de l'ordre

juridique en tant que tel et, de ce point de vue, définissent un cadre à l'intérieur duquel la législation normale est tenue d'évoluer⁷⁹ ».

« Les droits de l'homme ont par nature un caractère juridique. Ce qui leur confère une apparence de droits moraux n'est pas leur contenu, ni, à plus forte raison, leur structure, mais le sens de leur validité, qui dépasse l'ordre juridique des États-nations⁸⁰. »

Chez Kant les droits de l'Homme ont du reste leur place dans la Doctrine du droit et non dans une section distincte qui donnerait corps à un « droit cosmopolitique ». Car, comme le souligne également Habermas, « les droits de l'homme ne prennent effet que dans le cadre d'une juridiction *nationale*⁸¹ ».

Pour échapper au désordre, stabiliser l'instable et penser l'imprévisible, il ne suffit pas de placer l'humanité et ses valeurs au centre du monde, comme a tenté de le faire la Déclaration universelle des droits de l'homme en 1948. Mireille Delmas-Marty dresse un constat *a priori* peu encourageant de la rencontre entre les prémices d'un ordre cosmopolitique et les législations nationales. Certes, on peut désormais condamner un État au nom des droits de l'homme et un chef d'État au nom des droits de l'humanité⁸²,

« [m]ais, précisément parce qu'ils concurrencent l'ordre fondé sur une souveraineté limitée à la défense des intérêts nationaux, les droits de l'homme dérangent, même en Europe où la Cour européenne des droits de l'homme fait l'objet de critiques de plus en plus vives, notamment lors de la conférence de Brighton, sous présidence britannique (21 avril 2012). En dehors de l'Europe leur universalisme reste contesté et les valeurs islamiques ou asiatiques sont encore invoquées, alors qu'elles avaient été écartées lors de la conférence de Vienne en 1993. Il en est de même avec les autres formes d'actualisation de l'humanisme juridique. L'intervention humanitaire est contestée en ce qu'elle pourrait servir à légitimer les dérives sécuritaires, voire guerrières, et la justice pénale internationale parce qu'elle resterait sélective. En somme les persifleurs ont beau jeu de dénoncer – et à court terme ils n'ont pas toujours tort – la 'religion des droits de l'homme' et ses 'ayatollahs intégristes'⁸³. »

Le conflit entre la souveraineté nationale et l'universalisme cosmopolitique ne cesse de resurgir. Il ne manque pas de juristes juristes qui, craignant la perte de sens du droit international, ou la déconstruction du droit interne, en viennent à dénoncer l'éthique « droit de l'homme⁸⁴ », sans parler du discours post-colonialiste déjà représenté par le mouvement *Critical legal studies* lancé par Duncan Kennedy et Karl Klare à Harvard dans les années 1970 et selon lequel, en imposant les droits de l'homme, l'État de droit, ou la justice pénale internationale, les puissances occidentales pratiqueraient une sorte de néocolonialisme.

La réflexion de Habermas est en tous points parallèle. Pour que prenne corps un « droit cosmopolitique » il faut que les droits de l'Homme puissent être codifiés comme des droits de même nature que les Droits des États (et puissent, le cas échéant, leur être opposés) : « Il faut que le droit cosmopolitique soit institutionnalisé de telle manière qu'il engage les différents gouvernements. La communauté des peuples doit à tout le moins être capable d'amener ses membres, sous peine de sanctions, à respecter le droit⁸⁵. » Habermas perçoit manifestement le problème que pose ce « il faut que » puisqu'il dresse lui aussi un bilan des déficits : « On ne dispose pas à ce jour d'une cour pénale qui examinerait les cas avérés de violations des droits de

l'homme et qui trancherait en cette matière », ni « d'une force exécutive qui serait, au besoin, capable d'assurer le respect de la Déclaration universelle des droits de l'homme en intervenant dans la souveraineté des États nationaux⁸⁶ ». Bref, conclut Habermas,

« il n'y a aucune analogie structurelle entre la constitution d'un État souverain, qui peut déterminer lui-même quelles missions il s'assigne (et qui a donc une compétence en matière de compétence) et d'autre part une organisation mondiale certes inclusive mais limitée à un petit nombre de fonctions précisément circonscrites⁸⁷ ».

C'est pour sortir de cette impasse que l'essai de 2004 explore la voie d'une « constitutionnalisation faible », là où Mireille Delmas-Marty utilise pour sa part la notion tout aussi risquée de « droit flou⁸⁸ ». Ce qu'elle entend par là n'a cependant rien à voir avec un relativisme; le terme doit être entendu au sens logique et systémique⁸⁹ : par opposition à « la pyramide de normes, construite par chaque État de façon linéaire, hiérarchique et statique », dans l'univers de la mondialisation, le système juridique est « pluriel, interactif, combinatoire et évolutif, car il se construit à partir d'interactions qui relèvent de logiques non standard comme la logique des ensembles flous (*fuzzy logic*)⁹⁰. » Tandis que les systèmes de droit sont conçus, ou du moins perçus, comme stables et cohérents, la normativité que promeut l'internationalisation est évolutive et discontinue car obéissant au principe de subsidiarité, c'est-à-dire ne s'appliquant que lorsque le droit national ne suffit pas⁹¹. C'est pourquoi on incline à la ranger dans l'ordre de la morale, alors qu'il s'agit bien de droit.

5. LA TÉLÉOLOGIE TRANSNATIONALE

Au bout du compte Habermas se rallie à une lecture téléologique tout à fait kantienne bien que l'interprétation qu'il donne du traité *Sur la paix perpétuelle* occulte obstinément cette dimension téléologique. Il qualifie de « transitoire » la gestion instaurée par la Charte des Nations Unies, qui maintient le respect de la souveraineté des États particuliers tout en tentant de faire valoir des principes qui la transcendent.

« Dans le meilleur des cas, on peut comprendre la situation actuelle du monde comme une transition entre le droit international et le droit cosmopolitique. [...] L'appréciation dépend en premier lieu de la manière dont nous évaluons la dynamique des tendances 'favorables'⁹². »

La question est ce faisant de savoir si nous pouvons partager l'« optimisme » – au reste très relatif et que l'on qualifiera volontiers de « contrafactuel » – de Kant, c'est-à-dire si l'on peut espérer que le cercle restreint (y compris au sein du « premier monde ») des États qui mettent leurs constitutions, et dans une certaine mesure leurs intérêts, en accord avec l'exigence cosmopolitique qu'incarne en principe l'ONU possède un poids suffisant pour faire pencher la balance du droit international du côté du cosmopolitisme – soit, dans les termes de la téléologie kantienne : pour que la résultante des forces de division et des forces de socialisation consacre l'avantage dynamique de ces dernières –, alors que la logique de la mondialisation se traduit par

des phénomènes de fragmentation à la fois sous la forme de la multiplication des aspirations nationales et des aspirations sous-nationales. Une logique à laquelle les Nations Unies, de par leur constitution même, sont les moins à même de résister puisque par principe la Charte fait droit à ces aspirations, au nom du droit des Peuples à disposer d'eux-mêmes⁹³. Sous sa forme actuelle l'ONU est condamnée à tenir la corde entre une Assemblée générale qui est le forum de toutes les divisions et de toutes les aspirations et un Conseil de sécurité qui – beaucoup plus dans une logique d'ancien régime que dans une logique cosmopolitique – maintient un équilibre concerté entre les puissances mais se révèle incapable d'imposer sa propre charte de façon contraignante⁹⁴. Le concept même de l'ONU est à cet égard plus proche du projet de l'Abbé de Saint-Pierre que du cosmopolitisme kantien.

La conception kantienne elle-même, pour des raisons plus clairement républicaines, exclut la possibilité immédiate d'un droit cosmopolitique et prône le respect téléologique des différences, chaque système de droit ayant sa propre logique et son propre contexte. Mireille Delmas-Marty reprend cette position à son compte⁹⁵. Cette prémisse réaliste perd cependant sa valeur téléologique et dynamique dès lors qu'à la moindre alerte – qu'elle soit politique ou sanitaire – les États nationaux ou même l'Europe dans sa globalité érigent à nouveau des frontières et substituent, comme le montre Mireille Delmas-Marty, un « droit à la sécurité » au droit à la sûreté qui est indissociable de la préservation de la liberté dans le monde démocratique⁹⁶. Le paradoxe est qu'on en appelle au modèle souverainiste dans les circonstances mêmes qui en révèlent les limites, avec pour conséquence d'alimenter la prophétie de la « fin de l'État-nation ». La lutte contre le terrorisme a donné naissance depuis 2001, et plus encore après les attentats en France et en Belgique en 2015 et 2016, à un arsenal de mesures juridiques nationales alors que « l'équilibre entre sécurité et liberté [...] relèverait d'une gouvernance mondiale. Le seul problème est qu'une telle gouvernance n'existe pas⁹⁷ ». Ceux qui parlent de « guerre » contre le terrorisme, et non de lutte, ne croient pas si bien dire : ce qu'instaure ce « chacun pour soi » est une situation de guerre de tous contre tous. Entre les lignes, et sans qu'elle le dise expressément, Mireille Delmas-Marty est sur ce point encore absolument fidèle à Kant : à l'état de guerre de tous contre tous – qui conduit comme on le sait aussi à l'abandon de la souveraineté entre les mains du Léviathan – Kant oppose le *danger* de guerre et fait de cette menace l'instabilité qui entraîne la dynamique de la civilisation et les progrès de l'ordre juridique. Cette opposition radicale à Hobbes est d'une importance capitale au moment où la rhétorique de guerre – contre le terrorisme ou, plus fantasmatique, contre « le virus » – conduit à sacrifier le droit fondamental à la liberté sur l'autel de la sécurité⁹⁸.

Même le droit de visite et le droit à l'hospitalité, qui sont chez Kant l'ersatz *a minima* du droit cosmopolitique subit des restrictions qui ne concernent pas seulement les périodes de crise aiguë (pandémie) mais, face au nombre considérable de migrants et de réfugiés, tendent à devenir la règle.

« [...] en 2015, face à l'exode massif de populations qui fuient tout à la fois la pauvreté et les violences terroristes, l'intégration était la réponse attendue de l'Europe. Qu'il s'agisse de 'vrais' réfugiés qui demandent l'asile politique au sens de la convention de Genève, ou de réfugiés dits 'économiques', voire 'environnementaux', l'urgence humanitaire est la même. Or, [...] l'Europe forteresse se referme au nom de son identité menacée⁹⁹. »

Les limites de l' « universalisme contextualisé » se manifestent encore à deux niveaux. L'accord de Paris (COP 21), en 2015, a prévu dans son article 2 des « responsabilités communes mais différenciées » (RCD), c'est-à-dire que « [l']accord sera appliqué conformément à l'équité et au principe [...] des capacités respectives, eu égard aux contextes nationaux différents. » Au lieu d'un « pluralisme ordonné » tendant « à faire de l'espace terrestre un espace normatif unique mais à contenu variable et à plusieurs vitesses¹⁰⁰ », les États-Unis et la Chine – pour ne citer que les deux plus grandes puissances économiques – ont pris l'un comme l'autre prétexte du respect des différences nationales pour se soustraire aux exigences des accords internationaux et même aux « droits indérogeables » – ceux auxquels même l'état d'urgence interdit de déroger car ils garantissent la dignité de l'être humain et excluent des peines ou traitements inhumains ou dégradants, y compris dans le cas de terrorisme ou de mise en danger de la nation¹⁰¹. C'est – pour dépasser le niveau d'un simple constat consterné – la conséquence quasiment imparable d'une transformation d'un principe régulateur téléologique en règle de droit. Ce qui, une fois de plus, jette le doute sur la possibilité même d'un droit cosmopolitique. Le « pluralisme ordonné » auquel appelle M. Delmas-Marty rencontre là, certainement, son défi le plus grand.

« Pour y parvenir, ajoute-t-elle, la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), admet une 'marge nationale d'appréciation' sur les questions sensibles, comme par exemple l'interdiction de porter le voile intégral dans des lieux ouverts au public. Au nom du respect de la vie privée, la liberté de religion et la liberté d'expression, la clause des 'restrictions nécessaires dans une société démocratique' autorise la Cour à accepter que les juges nationaux aient une 'marge nationale' d'appréciation, mais ce n'est qu'une marge et elle ne permet pas une véritable renationalisation. Si l'État franchit les limites de compatibilité, il sera censuré¹⁰². »

En ce sens, son universalisme contextualisé correspond au transnationalisme de la démarche habermasienne :

« Nous avons encore besoin des communautés nationales pour responsabiliser les principaux acteurs de la mondialisation (États et entreprises transnationales – ETN), mais seule la communauté mondiale pourra définir les objectifs communs et les responsabilités qui en résultent. [...] Il est donc nécessaire que le souverainisme soit 'internationalisé', à mesure que les droits nationaux incorporent les dispositifs internationaux. Par exemple en matière d'environnement, l'interprétation du droit national se fait à la lumière des engagements internationaux de la France ou plus largement à la lumière des dispositifs internationaux qui se mettent en place¹⁰³. »

Pour échapper à la logique du repli sur soi à la moindre alerte il faudrait... beaucoup de choses, qu'on hésite du coup à énumérer : que le Conseil de sécurité de l'ONU soit l'émanation de l'Assemblée, mais alors que l'Assemblée soit majoritairement républicaine... On comprend d'emblée que ce n'est pas demain la veille puisque aussi bien la mondialisation, qui favorise, par un effet pervers, l'émergence de divisions nationales et sous-nationales, ne favorise « globalement » en rien l'émergence d'États républicains. Il faudrait encore et aussi que l'ONU ait les moyens d'intervenir sur les déséquilibres économiques; or cette tâche est dévolue à des organisations comme le FMI, qui n'envisagent cette question que dans l'esprit d'une mondialisation néolibérale, dont la responsabilité dans l'aggravation des divisions nationales et sociales est manifeste. Mireille Delmas-Marty, en dépit de son optimisme téléologique, doit

se résoudre dans son cours de clôture à cette constatation décevante : « Une réflexion plus approfondie serait nécessaire pour rendre les institutions de l'ONU plus efficaces à cet égard et éviter les situations trop courantes de blocages institutionnels¹⁰⁴. » On ne saurait mieux résumer le problème.

Incontestablement, l'Europe, à la condition qu'on en fasse une Europe des citoyens¹⁰⁵, constitue un espace d'expérimentation privilégié pour la résolution de l'antinomie entre division et socialisation et que, si elle réussit, elle peut représenter le modèle exemplaire d'un dépassement du conflit entre mondialisation et souveraineté nationale¹⁰⁶. Mais du fait même de la réalisation de l'union monétaire les États de l'Union Européenne voient leurs capacités de régulation se réduire ; la dérégulation des marchés réduit les marges de la politique sociale et obère la capacité de régulation distributive des États. A juste titre les pays dont le niveau social est élevé et dont le système de protection sociale est développé redoutent un nivellement par le bas, qui est du reste déjà amorcé¹⁰⁷ ; les pays dans lesquels la protection sociale est relativement faible craignent, à tout aussi juste titre, de perdre l'avantage de leurs plus faibles coûts de production – grâce auxquels ils représentent des lieux de production attractifs et... ont pu satisfaire aux critères de Maastricht ! « Créer une Europe sociale et faire en sorte qu'elle jette tout son poids dans la balance du cosmopolitisme », comme l'espère et le requiert Habermas, apparaît dans ces conditions comme une utopie¹⁰⁸. « Il manque à l'Union européenne, dit Habermas, les compétences nécessaires à l'harmonisation des économies nationales, qui connaissent des divergences drastiques dans leurs capacités de compétition¹⁰⁹. » Cette antinomie donne à penser qu'on ne fera certainement ni l'Europe, ni *a fortiori* la société mondiale en sautant par dessus le cadre de socialisation et d'intégration économique-sociale que représentent les États-nations républicains.

Habermas ne peut cependant faire abstraction de l'épuisement de l'État-nation. Dans l'essai de 2004 sur le droit international, il propose « un système à plusieurs niveaux » faisant la part de ce qui peut relever de compétences supranationales et insistant sur l'importance d'institutions ayant une compétence transnationale, par exemple et notamment en ce qui concerne les problèmes de l'économie mondiale et l'écologie¹¹⁰. Il essaie de rendre plausible une « politique intérieure mondiale sans gouvernement mondial¹¹¹ ». Ce niveau qu'il qualifie d'« intermédiaire » (entre le droit national des États de droit et un droit supranational) ne correspond évidemment plus au modèle constitutionnel républicain. Le modèle est plutôt celui des organisations comme l'OMC, c'est-à-dire d'institutions « désétatisées » (*entstaatlicht*) qui établissent un ordre de droit sans référence à, ni légitimation par une souveraineté de type républicain¹¹². Tout en faisant sien ce modèle « pour des formes de communautés politiques qui vont au-delà des régimes continentaux comme l'Union européenne¹¹³ », Habermas remarque néanmoins très lucidement que de telles institutions rappellent « des modèles d'une tradition prémoderne du droit¹¹⁴ ». En clair : elles fonctionnent sur le modèle des institutions d'ancien régime, « la limitation mutuelle et l'équilibre des puissances dominantes¹¹⁵ ». S'il fallait s'en tenir à cela le projet cosmopolitique ne vaudrait même plus la corde pour le pendre (et on peut dire la même chose du projet européen)¹¹⁶.

Le programme de recherche esquissé par Samantha Besson, professeure de droit public à l'université de Fribourg (Suisse), à l'occasion de sa nomination sur la chaire de « Droit international des institutions » du Collège de France le 3 décembre 2020¹¹⁷ fournit des outils pour repenser, en termes de droit international public, l'articulation entre le national et le supranational. C'est précisément la catégorie d'institution qui, en permettant d'englober des institutions de toutes sortes de natures, permet aussi d'embrasser toute la problématique à la fois de façon inclusive (sans négliger des acteurs, qu'ils soient privés ou publics¹¹⁸) et sans pour autant les assimiler – au risque de confondre droit public et droit privé et de sacrifier ce qui fait la spécificité de l'institution de l'État : sa légitimité.

Le droit international des institutions se présente comme l'articulation entre le droit national et le droit global. Samantha Besson estime que cette dimension est trop souvent négligée à cause d'une conception judiciaire du droit qui ne s'occupe que du droit international et considère les institutions comme « un fait social normativement inerte ou pire une pure création du droit », ignorant leur « dimension normante et jusgénérative, [...] la force instituante du droit ». Mais le droit international n'est pas non plus seulement le produit de l'activité des institutions qui influent à l'échelle internationale sur les législations nationales par le biais des jurisprudences des tribunaux internationaux.

Le défi réside dans le fait que les progrès des réalités et de la réflexion cosmopolitiques ont fait prendre conscience d'un droit non plus interétatique (droit international comparé) mais supranational. Le droit des gens a longtemps pâti du positivisme juridique issu de la confusion entre droit naturel issu de la tradition religieuse et droit volontaire. Il a été conçu dès l'origine comme un droit institué par et pour les États. Loin de mettre fin à cet héritage, la conception libérale des XVIIe et XVIIIe siècles a même aggravé cette approche¹¹⁹ en considérant les relations entre les États comme des relations entre des individus (même Kant pense encore ainsi, alors même qu'il introduit avec le républicanisme un tout autre principe de légitimité). Or, le droit mondial n'est pas celui des États *mais celui des gens représentés par ces États*. Sans cette relation de représentation il n'y aurait certainement pas de droit international : « pas de droit international sans État, ni d'État sans droit international ». À tort, le droit international contemporain tend à ne considérer l'État que comme une entité gouvernementale et à ne plus voir en lui une institution politique au sens fort du terme, reposant sur « la relation triangulaire liant l'État aux gouvernés, d'une part, et aux gouvernants d'autre part ». Ce faisant, le droit international « élude le rapport de représentation qui lie le gouvernement aux gouvernés et l'en sépare à la fois » ; le rapport à l'État se réduit à une attente de service (protection) ou à une relation verticale (nationalité) déconnectée de la citoyenneté. C'est pourquoi « il a été si facile, hors de tout sens d'un lien de représentation et donc de contrôle effectif par les populations », de déléguer ou transférer des compétences de l'État à des institutions tant publiques que privées, et de transformer ainsi les États en pouvoir exécutants. Il me semble que le concept hasardeux avancé par Habermas achoppe sur ce problème. Du reste, l'évolution de ses prises de position sur l'Europe (que ces propos de Samantha Besson visent incontestablement) en est l'illustration.

« Depuis la fin de la Guerre froide il est de bon ton de critiquer l'État ». Fuite en avant :

« Cédant ainsi aux sirènes du dépassement, on a très vite annoncé la mort de l'État. En lieu et place on a décrété une nouvelle forme de gouvernance, transnationale ou globale, pour ne pas dire internationale et donc ramener l'État en creux. Cet ordre juridique, si c'en est encore un, postnational, se situerait au-delà de l'État, 'Beyond the State', sans que l'on sache bien sur le plan institutionnel si cet au-delà désigne le remplacement de l'État, la concurrence institutionnelle entre l'État et d'autres institutions internationales ou encore un super-État. »

Mais surtout : l'au-delà de l'État est une « impasse » car il provoque un « sentiment de dépossession politique » qui est à l'origine du populisme. Samantha Besson propose de « considérer le rapport entre droit et institutions avant tout comme un lien de représentation politique et par conséquent sous l'angle de la légitimité démocratique de l'ordre international » afin que les individus ne soient pas seulement les sujets mais également les auteurs du droit. « Rien ne justifie d'exempter le droit international lui-même de l'exigence de légitimité démocratique envers les individus sujets de ce droit, directement mais aussi indirectement au travers de leur État sans bien sûr devoir nécessairement envisager la démocratie internationale sur un mode cosmopolitique. » Elle pose, indirectement mais non moins clairement, la question de leur légitimité : « Qui peut agir pour qui sur le plan international ? A quelles conditions ces actions peuvent-elles prétendre lier juridiquement et avoir la légitimité de le faire ? [...] Qui doit répondre, et envers qui, de la violation du droit international ? »

Avant de jeter l'État par-dessus bord (même s'il n'a peut-être été qu'une « péripétie de la gouvernementalité », comme dit Michel Foucault) il faut *repenser l'État dans l'ordre institutionnel international*. Car dans ce cadre il est aussi le garant de l'égalité entre les individus et les peuples. Il faut seulement s'affranchir de « l'étatisme méthodologique ». En référence au sens de *stato* chez Machiavel Samantha Besson fixe pour but à sa réflexion de « se préoccuper de l'avenir de l'ordre institutionnel international » à un moment où la forme étatique étendue à l'ensemble du monde par la colonisation, la décolonisation puis par le droit international – « avec un succès plutôt mitigé » – est contestée. Il faut se confronter « à l'instabilité [du] droit sur le plan universel » et à la « désinstitution du droit international ». La désinstitution conduit à ne plus distinguer « entre une norme adoptée par un représentant institutionnel comme l'État [...] et un engagement de bonne foi adopté par une personne à titre privé ¹²⁰ ». Or, cette distinction entre droit public et droit privé est au fondement de l'État de droit, comme Kant l'a montré, entre autres dans son traité « Sur la paix perpétuelle. »

Bref, le constitutionnalisme désétatisé constitue un double excès de langage, à la fois en ce qui concerne la désétatisation et la possibilité d'une constitutionalité supranationale. La question posée, comme le résume Besson, est celle « de la continuité avec l'État et les peuples institués en États. Ce n'est en effet que sur la base de relations juridiques entre les États, et donc entre les peuples qu'ils instituent, mais aussi entre ces États-peuples et les autres institutions par lesquelles ils se réinstituent ensuite qu'on peut véritablement envisager un ordre institutionnel ». Si des États sont considérés comme faillis (instables, fragiles) tient au fait que « le droit international lui-même a failli dans l'institution des peuples de ces États. »

Quoiqu'elle ne puisse être conçue par extrapolation du modèle républicain la « constitutionnalisation faible et désétatisée » n'en est pas moins dépendante « des apports de

légitimité que lui procurent des ordres constitutionnels centrés sur des États¹²¹ ». En 1998, dans *Die postnationale Konstellation*, Habermas misait pour cette raison à la fois sur l'émergence d'une société civile internationale et sur une mutation à ses yeux inévitable de la politique des États. La politique nationale perdant de plus en plus ses monopoles, le salut, estimait-il, est dans la fuite en avant: passer des relations internationales « à la mise en place d'une politique intérieure à l'échelle de la planète¹²² ». Après avoir mis au rancart – trop hâtivement sans doute – le modèle républicain¹²³, il admet finalement par là que son utopie « irrespectueuse de la souveraineté des États » ne peut prendre corps que dans les espaces publics nationaux, sous la forme d'une « politique transnationale s'efforçant de se porter à la hauteur des réseaux mondiaux et de les endiguer. [...] Un tel projet exige paradoxalement des acteurs que sont les États nationaux de s'engager dès aujourd'hui, dans les limites de leurs capacités d'action actuelles, dans un programme qu'ils ne pourront réaliser qu'en dépassant ces limites¹²⁴ ».

Cette option est réaliste pour les raisons mêmes qui avaient conduit Habermas à faire un mauvais procès à Kant dans son petit opuscule sur la paix perpétuelle à l'occasion du bicentenaire du traité kantien. Si la solution qu'a représentée l'État-nation est historiquement datée tout combat politique et social n'a aujourd'hui de sens que s'il est dirigé, à travers les instances nationales, contre la pensée unique du mondialisme néolibéral. Le débat politique national doit désormais viser résolument, non pas le « programme » de tel ou tel parti de l'échiquier politique national, mais ce par quoi ce prétendu programme (souvent ambitieusement présenté comme « projet », quand ce n'est pas comme « projet de société ») s'articule avec les présupposés soigneusement passés sous silence de l'adaptation forcée à la logique mondiale¹²⁵. La tâche de la philosophie politique consiste à promouvoir un débat public sur le non-dit du mondialisme et, par là-même, la création d'une publicité politique (du même coup potentiellement mondiale). Ce n'est certes pas parce que « l'idée qu'une société puisse agir démocratiquement sur elle-même n'a connu, jusqu'ici, de mise en oeuvre crédible que dans un cadre national¹²⁶ » qu'il faut exclure *a priori* l'utopie d'un espace mondial de débat recréant *ce qui est dangereusement en train de dépérir : une opinion publique politique*.

C'est donc à juste titre que Habermas, sans trop se faire d'illusion quant à la « pression de légitimité » qu'elle peut exercer, en appelle à une opinion publique internationale¹²⁷. Il convient toutefois d'accentuer différemment cette proposition afin qu'elle ne mise pas abstraitement sur une solidarité planétaire « fantastique » mais s'appuie sur la formation d'une volonté politique républicaine à l'intérieur de chaque État. Habermas a tendance à s'en remettre à la solidarité d'un mythique Peuple mondial¹²⁸. Le modèle de droit des peuples que suggère l'« ersatz » du deuxième article définitif de Kant ne repose en revanche pas seulement sur la confiance mais *sur une constitutionnalisation* ; aussi faible soit-elle au niveau du droit des peuples, elle s'appuie sur une conception des relations entre *États* (même s'ils ne sont pas encore tous républicains). C'est ce qui, à mon sens, rend indéfendable l'oxymore du « constitutionnalisme désétatisé » envisagé par Habermas¹²⁹.

Promouvoir un espace de débat cosmopolitique et sauver le modèle politique républicain à l'échelle des États-nations sont deux impératifs indissociables. À condition de voir les choses ainsi, il est tout à fait justifié de réclamer, comme le fait Habermas, « une

participation institutionnalisée d'organisations non gouvernementales aux délibérations des systèmes internationaux de négociation¹³⁰ » ainsi que le droit, pour l'ONU, « de demander aux États membres d'organiser à tout moment des référendums sur des sujets importants », car « on réussirait par là-même à faire en sorte que les processus de décision transnationaux [...] soient transparents aux espaces publics nationaux¹³¹ ». Seule cette option peut contrecarrer la tendance à multiplier les négociations entre États, c'est-à-dire un renforcement jurisprudentiel d'un « droit des peuples » auquel les peuples n'ont aucune part. On peut en espérer la formation d'une volonté « transnationale ». Mais il ne convient alors, en bonne logique, de ne pas prendre pour modèle celui des instances internationales soustraites à la légitimité républicaine.

On rejoint alors la logique de la construction kantienne, dont la clef de voûte est la formation de la volonté générale. Chez Kant, en effet, les deux perspectives en conflit – le « réalisme » de la téléologie et le moralisme dont on accuse communément les projets visant un droit qui n'existe pas encore – se rejoignent dans la publicité¹³². Dans l'appendice sur « L'accord de la politique et de la morale selon les notions transcendantales du droit public », *la publicité et sa traduction en état de droit (rechtlicher Zustand)* constituent l'épreuve qui valide ou invalide les contrats de droit public¹³³. Cela vaut même dans les cas de conflit du droit des peuples, y compris lorsqu'il y va du « salut de l'État ». Le Souverain ne peut se soustraire à sa parole (endossée du fait de son statut), il ne peut se dédoubler (comme souverain ne devant de comptes à personne d'une part, comme fonctionnaire de l'autre). La souveraineté est indivisible ; sinon la volonté générale cesserait d'être générale et la maxime d'être universelle.

Il s'agit là du point d'achoppement. Tandis que David Held, pour échapper à la souveraineté des États-nations, qui divise et crée des inégalités entre les citoyens du monde, propose une dispersion de la souveraineté vers des instances supranationales, régionales ou locales reconfigurées, favorisant selon lui une meilleure participation des individus aux décisions qui les touchent¹³⁴, Habermas et Ulrich Beck, au lieu de miser sur une cosmo-politique encore largement utopique, posent avec lucidité la question du cosmopolitisme à partir des conditions nationales. L'enjeu consiste à trouver des formes appropriées pour le processus démocratique au-delà de l'État nation. Ils se rejoignent dans la conviction qu'il faut, même en politique intérieure, prendre en considération la dimension transnationale¹³⁵. Une telle démarche envisage la « citoyenneté universelle » comme une intégration horizontale de nature à dépasser les héritages nationaux sans pour autant se priver des garanties juridiques qu'ils apportent en l'absence d'un véritable droit global.

*La véritable question, comme l'a souligné Beck, est celle du pouvoir et du contre-pouvoir dans la dimension nouvelle des cadres de décision et d'impact*¹³⁶. En d'autres termes, où est la souveraineté et qui en est le sujet ? La réflexion sur la nature du sujet politique est absolument essentielle. La question posée est celle des conditions d'une citoyenneté politique au-delà des appartenances identitaires. Comme Kant, Hegel, dans la section consacrée à la société civile des *Principes de la philosophie du Droit*, est formel : cette question relève de « l'administration du droit ». C'est en vain qu'on essaiera d'opposer à cette thèse, qui porte sur la nature du politique, qu'elle identifie la politique et l'État national. L'accord de Hegel avec Kant sur ce point le

dédouane de tout soupçon de renoncement à la dimension cosmopolitique. Le cadre national demeure l'espace de garantie des droits individuels, donc aussi des droits humains.

Je ne reviendrai pas ici sur les nombreux arguments qu'on peut faire valoir contre la réalité d'une « citoyenneté européenne », sinon pour dire qu'elle est affectée par la même ambiguïté que la prétendue « citoyenneté universelle », avec seulement quelques garanties juridiques en plus¹³⁷. L'Europe se plaît à se présenter comme un modèle précurseur dans la gouvernance mondiale. Or, l'Union européenne doit aujourd'hui faire face à une profonde crise de légitimité¹³⁸. La libéralisation massive de l'économie et l'influence croissante des entreprises transnationales ont détruit l'autonomie publique. Les décisions politiques sont placées sous la pression des intérêts économiques, la dérégulation des marchés réduit les marges de la politique sociale et obère la capacité de régulation distributive des États.

Dans ses écrits politiques postérieurs à la réunification de l'Allemagne Habermas insiste beaucoup sur la continuité entre la naissance de l'État moderne, les identifications à la fois nationalistes et démocratiques du 19e (qui ont rendu les citoyens solidaires) et le projet d'une solidarité trans- ou supranationale¹³⁹. Lire Habermas uniquement du point de vue de « la fin de l'État nation » est une simplification. D'une part, Habermas constate que l'intergouvernementalité se paie d'une perte de démocratie. Elle constitue un « réseau » échappant à la souveraineté démocratique. D'autre part, eu égard à l'évolution socio-politique dans le cadre de la globalisation, il oppose « réseaux » et « intégration » ; le problème que pose la « globalisation » réside dans *la substitution potentiellement totale de réseaux à l'identification à une culture commune*, qu'elle soit pré-moderne, moderne (langue, culture) ou contemporaine au sens des historiens (État-nation, citoyenneté).

Quand j'ai commencé à publier sur ces questions, dans les années 1990¹⁴⁰, la défense de l'État nation n'avait pas bonne presse. On se faisait aussitôt taxer de souverainisme, si ce n'est même accuser de nationalisme. Aujourd'hui, le choc répété entre les idéaux européens et cosmopolitiques, d'une part, et d'autre part la brutalité du néolibéralisme que les puissances dominantes à l'échelle mondiale utilisent sans vergogne de façon nationaliste (qu'il s'agisse de la Chine ou des États-Unis – « Make America great again ! ») inspire un nouveau réalisme. La nation rentre en grâce. L'historien Pascal Ory a publié en 2020 une « histoire mondiale de la nation » (bien joué !) qui se conclut, comme il se doit, par un plaidoyer pour un bon usage de la nation mais n'hésite pas non plus à en faire la base de l'universel. « On a beau 'déconstruire' la nation tous les matins, écrit Ory, elle se reconstruit tous les soirs¹⁴¹. »

Le modèle expérimental à ce jour très problématique de l'Union européenne permet de comprendre que le cosmopolitisme et le transnationalisme ne peuvent reposer sur un grand écart entre l'utopie d'une conscience ou d'une opinion publique mondiale et, d'autre part, des processus démocratiques irrésolus impliquant la vie des gens (leur vie économique et sociale). La question posée est la suivante : En quoi sont-ils *des acteurs souverains (citoyens)* du cosmopolitisme – ou, pour commencer plus modestement, de l'espace politique et économique européen ?

RÉSUMÉ: Dans le premier article définitif de son traité « Sur la paix perpétuelle » Kant définit d'abord les principes de l'ordre républicain. Le deuxième article pose les limites du droit des peuples et le troisième, au lieu de fonder un véritable droit cosmopolitique, se contente de préconiser un « droit de visite » et d'appeler à l'hospitalité. Faut-il y voir une sorte de résignation et d'acceptation de l'ordre libéral au niveau mondial – la libre circulation des personnes et des biens –, un repli à la fois moral et pragmatique prenant acte de l'impossibilité d'un droit cosmopolitique ?

Je me propose de réexaminer ce problème bien connu de la philosophie politique kantienne à la lumière des tentatives jusqu'à présent infructueuses pour établir au niveau international un ordre légal qui irait au-delà des pratiques plus ou moins rodées du « droit des peuples ». Pouvons-nous espérer réorganiser, en pensée et en pratique, la globalisation au moyen du droit ?

J'examinerai les approches théoriques existantes, entre autres le « constitutionalisme désétatisé » de Habermas mais aussi les réflexions nouvelles développées récemment par d'éminents juristes.

MOTS-CLÉS: gouvernance mondiale, droit international, justice internationale, organisations internationales, souveraineté

ABSTRACT: In Kant's treaty *On Perpetual Peace* the first definitive article lays down the fundamental principles of a republican order, the second article sets out the limits of international law (the "right of the peoples") and the third article, instead of a cosmopolitical right, is content with a "right of visit" and a call to hospitality. Should this be seen as a form of resignation and acceptance of the liberal order at the global level – the free movement of people and goods –, a retreat into a position that is both moral and pragmatic that replaces an impossible cosmopolitical right?

I propose in this text to re-examine this well-known problem of Kantian political philosophy in the light of the concrete apories faced by attempts to establish an order of law that would go beyond the more or less established rules of international law and the more or less accepted norms of the right of peoples. Can we hope to think and organize the new order of the globalized world through the Law?

I examine different theoretical approaches to these apories – among them Habermas' "de-stated constitutionalism" and the formation of transnational public opinion, etc. – as variations that always lead back to the "Kant problem" and I will confront them with the views of prominent constitutional lawyers.

KEY WORDS: global governance, international law, international jurisdictions, international organizations, national sovereignty

RÉFÉRENCES

Allard, Julie, « La "cosmopolitisation" de la justice : entre mondialisation et cosmopolitisme », *Dissensus. Revue de philosophie politique de l'ULg*, 1/2008, p. 61-83.

Arendt, Hannah, *Les origines du totalitarisme*, Paris, Gallimard, 2002.

Beck, Ulrich, *La société du risque. Sur la voie d'une autre modernité*, trad. fr. par L. Bernardi), Paris : Flammarion (Champs), 1986, 2001.

-- *Pouvoir et contre-pouvoir à l'ère de la mondialisation*, Paris : Aubier, 2003.

Berns, Thomas, « Secrets et implicites d'une cosmopolitique non politique chez Kant », (*Dissensus, Revue de philosophie politique de l'ULg*, 1/2008, p. 32-47.

Besson, Samantha, « Reconstruire l'ordre institutionnel international », leçon inaugurale au Collège de France, 3 déc. 2020, <https://www.college-de-france.fr/site/samantha-besson/Lecon-inaugurale-de-la-Pr-Samantha-Besson.htm>

Brunkhorst, Hauke, « Globale Solidarität: Inklusionsprobleme moderner Gesellschaften », in: L. Wingert / K. Günther (dir.), *Die Öffentlichkeit der Vernunft und die Vernunft der Öffentlichkeit*, Francfort-sur-le-Main : Suhrkamp 2001.

Collectif *Le dialogue des juges*, Cahiers de l'Institut d'Études sur la Justice, Bruxelles : Bruylant, 2007.

Delmas-Marty, Mireille, *Le flou du droit. Du code pénal aux droits de l'homme*, Paris : Presses universitaires de France, 2004.

-- *Liberté et sûreté dans un monde dangereux*, Paris : Seuil, 2010.

- *Une boussole des possibles. Gouvernance mondiale et humanismes juridiques*, Paris : Collège de France 2020.
- *Aux quatre vents du monde*, Paris : Seuil, 2016.
- Dreuille, Jean-François, « Le droit pénal de l'ennemi : éléments pour une discussion », *Jurisprudence. Revue critique*, Université de Savoie, 2012, p. 149-164.
- Giudicelli-Delage, Geneviève, « Droit pénal de la dangerosité – droit pénal de l'ennemi », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1/2010, p. 69-78.
- Habermas, Jürgen, *Kants Idee des Ewigen Friedens – aus dem historischen Abstand von 200 Jahren*, Francfort-sur-le-Main, Suhrkamp, 1996; trad. fr. par Rainer Rochlitz : *La paix perpétuelle*, Paris : Cerf 1996.
- « Hat die Konstitutionalisierung des Völkerrechts noch eine Chance ? » (La constitutionnalisation du droit des peuples a-t-elle encore une chance ?), in : *Der gespaltene Westen*, Francfort-sur-le-Main : Suhrkamp, 2004, p. 113-193.
- Held, David, *Democracy and the Global Order. From the Modern State to Cosmopolitan Governance*, Stanford : Stanford University Press, 1995.
- Jakobs, Günther, « Aux limites de l'orientation par le droit : le droit pénal de l'ennemi », *Revue de science criminelle et de droit comparé*, 2009.
- Kant, Immanuel, *Doctrine du droit*, in : *Werke*, éd. Weischedel, t. IV, Wiesbaden, Insel, 1956 ; trad. fr. par Alain Renaut, *Métaphysique des mœurs*, t. II, Paris : Flammarion, 1994.
- « Über den Gemeinspruch : Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis », in : *Werke*, éd. Weischedel, Wiesbaden : Insel, 1964, t. VI, p. 172 ; trad. fr. par Françoise Proust : *Théorie et pratique – D'un prétendu droit de mentir par l'humanité – La fin de toutes choses*, Paris : Flammarion, 1994.
- *Zum ewigen Frieden*, in : *Werke*, éd. Weischedel, Wiesbaden : Insel, 1964, t. VI, p. 191-251 ; trad. : *Projet de paix perpétuelle*, Appendice : « De l'accord de la politique et de la morale selon la notion transcendante du droit public », trad. fr. de J. Gibelin, Paris : Vrin, 1970.
- *Le conflit des facultés*, in : *Œuvres philosophiques*, vol. III, Paris : Gallimard, 1986.
- Leijbowicz, Agnès, *Philosophie du droit international*, Paris : Presses universitaires de France, 1999.
- Ory, Pascal, *Qu'est-ce qu'une nation ? Une histoire mondiale*, Paris : Gallimard, 2020.
- Raulet, Gérard, *Kant. Histoire et citoyenneté*, Paris : Presses universitaires de France, 1995.
- *Apologie de la citoyenneté*, Paris : Cerf, 1999.
- « Cosmopolitanism as a Matter of Domestic Policy », in : Jean-Philippe Duranty, Daniel Petherbridge, John Rundell and Robert Sinnerbrink (eds.), *Recognition, Work, Politics, New Directions in French Critical Theory*, Leiden & Boston : Brill 2007 (= Social and Critical Theory. A Critical Horizons Book Series, vol. 5), p. 263-278.
- « Zur Utopie des "entstaatlichten Konstitutionalismus" », in : Regina Kreide / Andreas Niederberger (dir.), *Staatliche Souveränität und transnationales Recht*, München : Mering, 2010, p. 71-84.
- « La crise de l'Union européenne : une crise de légitimité démocratique », in : Yves Charles Zarka (dir.), *Refaire l'Europe. Avec Jürgen Habermas*, Paris : Presses universitaires de France, 2012, p. 89-102.
- « Habermas and the Mutations of the Public Sphere. An Overview within the Neo-liberal Context », in : Corinne Doria / Gérard Raulet (dir./eds.), *L'espace public européen en question. Histoire et méthodologie – Questioning the European Public Sphere. An Historical and Methodological Approach*, Bruxelles : Peter Lang, 2016.

-- « Humboldt était-il kantien ? Kant était-il libéral ? Sur la confusion entre libéralisme et républicanisme », in : Nuria Sánchez Madrid (ed.), « La Ilustración múltiple / Lumières plurielles », *Con-Textos kantianos*, 4 (2016), p. 193-208.

Reverso, Laurent, « Notes sur le droit pénal de l'ennemi, la négation des droits fondamentaux et le droit naturel », in : Damien Salles ET AL. (dir.), *Études offertes à Jean-Louis Harouel*. Liber amicorum, Paris : Éditions Panthéon-Assas, 2015, p. 997-1008.

Rousseau, Jean-Jacques, « Extrait du Projet de paix perpétuelle de Monsieur l'Abbé de Saint-Pierre par J.J. Rousseau, Citoyen de Genève, 1761 », in Rousseau, *Oeuvres complètes*, Paris : Gallimard (Bibliothèque de la Pléiade), 1964, t. III.

Varjão Cruz, Paula, *Le « droit pénal de l'ennemi ». Du phénomène au paradigme*, Sarrebruck : Éditions universitaires européennes, 2011.

Villey, Michel, *Le droit et les droits de l'homme*, Paris : Presses universitaires de France, 1983

Vlachos, Georges, *La pensée politique de Kant*, Paris : Presses universitaires de France, 1962.

NOTES

¹ Docteur en philosophie de l'Université Paris I-Panthéon Sorbonne (1982), Docteur d'État ès Lettres et Sciences humaines (1985), professeur émérite d'histoire des idées allemandes à Sorbonne Université, professeur invité à l'Université Albert-Ludwig de Fribourg en Brisgau. Publications sur l'Aufklärung et sur Kant, sur la Théorie critique et sur Walter Benjamin ainsi qu'en philosophie politique contemporaine. Derniers ouvrages : *Das befristete Dasein der Gebildeten. Benjamin und die französische Intelligenz*, Konstanz University Press 2019; *Das kritische Potential der philosophischen Anthropologie. Studien zum historischen und aktuellen Kontext*, Nordhausen, Bautz 2020; *Politik des Ornaments*, Münster, Westfälisches Dampfboot, 2020.

PhD in Philosophy at the University of Paris I Panthéon-Sorbonne (1982), State Doctorate in Humanities and Social sciences at the University of Paris Sorbonne (Paris IV, 1985), Professor emeritus of History of ideas at Sorbonne University and Invited Professor at the University Albert-Ludwig of Freiburg im Breisgau. Last books: *Das befristete Dasein der Gebildeten. Benjamin und die französische Intelligenz*, Konstanz University Press 2019; *Das kritische Potential der philosophischen Anthropologie. Studien zum historischen und aktuellen Kontext*, Nordhausen, Bautz 2020; *Politik des Ornaments*, Münster, Westfälisches Dampfboot, 2020.

² Cf. Raulet, « Zur Utopie des "entstaatlichten Konstitutionalismus" », in : Regina Kreide / Andreas Niederberger (dir.), *Staatliche Souveränität und transnationales Recht*, München : Mering, 2010, p. 71-84.

³ Julie Allard, « La "cosmopolitisation" de la justice : entre mondialisation et cosmopolitisme », *Dissensus – Revue de philosophie politique de l'ULg*, 1/2008, p. 61-83 ; citation p. 61.

⁴ Date à laquelle le nombre minimum d'États ayant ratifié le Statut de Rome de 1998, requis pour instituer la CPI, a été officiellement atteint.

⁵ Tous mes remerciements à Olivier Cahn, professeur de droit pénal à Tours, pour avoir attiré mon attention sur ce point, même si selon lui la querelle qui a longtemps existé entre pénalistes et internationalistes – et qui faisait que l'ordre des mots assignait dans un camp – est aujourd'hui apaisée.

⁶ Les crimes de guerre, intégrés dans les statuts des juridictions internationales, ne sont pas imprescriptibles, sauf lorsqu'ils permettent de caractériser aussi un crime contre l'humanité.

⁷ Seule une doctrine très minoritaire considère que la compétence universelle manifeste l'universalisation des droits fondamentaux. La liste des conventions internationales qui prévoient la compétence universelle ne confirme pas cette interprétation puisque, hormis les infractions relevant de la compétence de la CPI, la majorité des infractions exposant leurs auteurs à la compétence universelle et à l'universalité du droit de punir sont des crimes de droit commun (terrorisme, infractions en lien avec les matières nucléaires, etc.) qui ne relèvent pas de la notion (elle-même discutée) de crimes internationaux par nature. La doctrine majoritaire considère plutôt la compétence universelle comme une manifestation d'un ordre public international, certaines infractions affectant l'ensemble de la communauté politique internationale (si tant est que cette notion ait un sens). Par ailleurs, le domaine de la compétence universelle dépasse largement les crimes contre l'humanité et de génocide (cf. art. 689-2 et seq. du code de procédure pénal français). [Remarque d'Olivier Cahn]

⁸ La Syrie ne reconnaissant par la compétence de la Cour pénale internationale (CPI) et la communauté internationale ne pouvant saisir la CPI que par le truchement du conseil de sécurité de l'ONU où elle en est empêchée par les véto russes et chinois, ce sont donc des États, dont l'Allemagne, qui utilisent leur compétence universelle pour juger des Syriens accusés de crimes commis en Syrie. En 2020 s'est tenu à Coblenz le « procès al-Khatib » – procès de deux anciens agents de la branche 251, ou branche al-Khatib, des services de renseignement du régime de Bachar el-Assad.

⁹ Julie Allard, « La “cosmopolitisation” de la justice : entre mondialisation et cosmopolitisme », *op. cit.*, p. 61.

¹⁰ Je suis sur ce point moins irénique que Mireille Delmas-Marty, à qui j'accorderai dans ce qui suit toute l'importance qui revient à sa réflexion novatrice sur le terrain des « puissances imaginantes du droit ». Ulrich Beck fait remarquer que l'ère cosmopolitique se caractérise par « un régime d'ennemis sans ennemis » concurrents et même complémentaires sur les mêmes terrains : Coca Cola aide le Secours populaire, Carrefour la Fédération internationale des droits de l'homme, etc. Cf. Beck, *Pouvoir et contre-pouvoir à l'ère de la mondialisation*, Paris : Aubier, 2003, p. 524.

¹¹ *Le dialogue des juges*, Cahiers de l'Institut d'Études sur la Justice, Bruxelles : Bruylant, 2007. Cf. Allard, 62 sq. Un des cas les plus connus est, en France, « l'arrêt Perruche » (Cour de cassation, 17 juin 2000).

¹² Allard, *op. cit.*, p. 69.

¹³ Kant se méfiait déjà de la « publicité mensongère » (*Le conflit des facultés*, in : Kant, *Œuvres philosophiques*, vol. III, Paris : Gallimard, 1986, p. 901 et note) et sans contester l'intérêt de l'article de Thomas Berns, « Secrets et implicites d'une cosmopolitique non politique chez Kant », (*Dissensus, Revue de philosophie politique de l'ULg*, 1/2008, p. 32-47) j'avais depuis longtemps signalé la signification clef de l'« article secret » du traité *Sur la paix perpétuelle*. Cf. Raulot, *Kant. Histoire et citoyenneté*, Paris : Presses universitaires de France, 1993, p. 240 ; « Die Citoyenneté und ihre Widersacher », *Mesotes. Zeitschrift für philosophischen Ost-West-Dialog*, 4/1994. Voir aussi « Kant était-il européen ? », in : Michèle Madonna-Desbazeille (dir.), *L'Europe, naissance d'une utopie?*, Paris : L'Harmattan, 1996. J'ajoute que je suis complètement en désaccord avec l'interprétation qui est donnée du secret et qui néglige tout à la fois le sens des clauses secrètes dans les traités de paix d'ancien régime et la dialectique du secret et de la publicité qui est constitutive pour la pratique des Lumières (voir, entre autres, les *Dialogues maçonniques* de Lessing). Les dernières pages du texte se perdent significativement dans des considérations générales sur les formes de gouvernement alors qu'il s'agit bel et bien d'une provocation tout à fait conforme au style de la pensée kantienne et d'une parodie de la pratique des clauses secrètes.

¹⁴ Kant, *Zum ewigen Frieden*, in : *Werke*, éd. Weischedel, Francfort-sur-le-Main : Insel, 1964, t. VI, p. 245 (cité dorénavant ZEF) ; trad. : *Projet de paix perpétuelle*, Appendice : « De l'accord de la politique et de la morale selon la notion transcendante du droit public », trad. fr. de J. Gibelin, Paris : Vrin, 1970, p. 76sq.

¹⁵ L'actualité du 6 juin 2021 apporte un autre exemple de confiscation des compétences régaliennes des États par les multinationales. On peut *a priori* se réjouir que Facebook ait suspendu le compte de Donald Trump pour deux ans en raison du trouble causé à l'ordre public par son incitation à marcher sur le Capitole. Or, il s'agit d'une mesure de censure qui se substitue à la défense légitime de l'ordre public par la puissance étatique.

¹⁶ Mireille Delmas-Marty, *Une boussole des possibles. Gouvernance mondiale et humanismes juridiques*, Paris : Collège de France 2020, p. 47 [cité par la suite BP].

¹⁷ Danone était la seule entreprise du CAC 40 à avoir adhéré au régime juridique des « entreprises à mission » et inscrit dans ses statuts des objectifs sociaux, sociétaux et environnementaux.

¹⁸ Cf. Agnès Lejbowicz, *Philosophie du droit international*, Paris : Presses universitaires de France, 1999, p. 165sq.

¹⁹ Les péripéties politiques en Birmanie et les jugements portés sur Han San Suu Kyi manifestent cette antinomie qui ne cessera d'accompagner notre réflexion sur l'articulation du local, ou du national, et de l'universel.

²⁰ Hannah Arendt, *Les origines du totalitarisme*, Paris : Gallimard, 2002, p. 604. Cette mise en garde trouve un écho concret dans les réflexions de Günther Jakobs, professeur de théorie du droit à Bonn, sur la notion de « dépersonnalisation » comme fondement du droit pénal de l'ennemi (voir G. Jakobs, « Aux limites de l'orientation par le droit: le droit pénal de l'ennemi », *Revue de science criminelle et de droit comparé*, 2009, p. 7. Cf. également Jean-François Dreuille, « Le droit pénal de l'ennemi : éléments pour une discussion », *Jurisprudence. Revue critique*, Université de Savoie, 2012, p. 149-164, ainsi que le numéro spécial consacré par cette revue au *Droit pénal et politique de l'ennemi* en 2015. On peut ajouter : Geneviève Giudicelli-Delage, « Droit pénal de la dangerosité – droit pénal de l'ennemi », *Revue de science criminelle et de droit comparé*, 1/2010, p. 69-78 ; Laurent Reverso, « Notes sur le droit pénal de l'ennemi, la négation des droits fondamentaux et le droit naturel », in : Damien Salles *ET AL.* (dir.), *Études offertes à Jean-Louis Harouel*. Liber amicorum, Paris : Éditions Panthéon-Assas, 2015, p. 997-1008 ; Paula Varjão Cruz, *Le « droit pénal de l'ennemi ». Du phénomène au paradigme*. Sarrebruck, Éditions universitaires européennes, 2011. On reviendra plus loin sur cette problématique à propos des mesures politiques de sécurité.

²¹ Delmas-Marty, BP 18.

²² *Ibid.*, 50.

²³ Mireille Delmas-Marty, *Aux quatre vents du monde* [cité dans la suite QV], Paris : Seuil, 2016, p. 47 .

²⁴ ZEF 216 ; trad. fr. (modifiée), *op. cit.*, p. 33.

²⁵ « Construire un état de droit sans État mondial » (Texte publié sur le Blog du Coronavirus du Club des Juristes, 23 mars 2020), p. 1.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ Ulrich Beck, *La société du risque. Sur la voie d'une autre modernité*, trad. fr. par L. Bernardi), Paris : Flammarion (Champs), 1986, 2001.

²⁸ Delmas-Marty, BP 59, 62.

²⁹ « Certes il serait possible de gouverner la mondialisation par le droit de façon simple. Il suffirait de mettre en place un système hégémonique, par extension du droit du pays le plus puissant au reste de la planète. Il y a eu la tentative américaine pour les délits financiers et l'on devine le rêve chinois à l'horizon des 'Nouvelles routes de la soie' » (« Construire un état de droit sans État mondial », p. 3).

³⁰ Cf. Delmas-Marty, QV 79.

³¹ QV 81.

³² *Ibid.*

³³ *Ibid.*, 89.

³⁴ Delmas-Marty, BP 63.

³⁵ Delmas-Marty, QV 82. Voir aussi QV, p. 137sq. : « un équilibre toujours instable car associé à l'énergie créée par les tensions elles-mêmes ».

³⁶ *Ibid.*, 91.

³⁷ Delmas-Marty, BP 59.

³⁸ Delmas-Marty, QV 105sq.

³⁹ *Ibid.*, 45.

⁴⁰ Je l'inclus tout à fait dans d'autres travaux, notamment sur Bloch – à commencer par *Humanisation de la nature, naturalisation de l'homme. Ernst Bloch ou le projet d'une autre rationalité*, Paris : Klincksieck, 1982. Chez Delmas-Marty les interactions internationales sur la question du climat tendent à devenir le modèle expérimental d'un nouvel ordre mondial. « Mieux gouverner une mondialisation galopante et imprévisible », c'est pour elle « (ré)apprendre à habiter la terre » (« Construire un état de droit sans État mondial », p. 1). L'humanisme juridique qu'elle a auparavant cherché du côté du droit du travail en prenant pour référence l'OIT, elle l'investit désormais dans les évolutions qu'induisent les nouvelles obligations faites aux entreprises, notamment en matière climatique. Entreprendre une discussion critique de cet espoir dépasse les limites de mon propos dans le présent essai. En le tenant en lisière sous réserve d'examen j'exprime un a priori de scepticisme.

⁴¹ Paul Hazard, *La crise de la conscience européenne*, Paris : Fayard, 1961, p. 214.

⁴² « Extrait du Projet de paix perpétuelle de Monsieur l'Abbé de Saint-Pierre par J.J. Rousseau, Citoyen de Genève, 1761 », in Rousseau, *Oeuvres complètes*, Paris : Gallimard 1964, t. III, p. 566sq. (« Bibliothèque de la Pléiade »).

⁴³ *Ibid.*, p. 599sq. Sur Saint-Pierre voir mon compte rendu de Carole Dornier, *La Monarchie éclairée de l'abbé de Saint-Pierre : Une science politique des modernes*. Liverpool: Liverpool University Press, 2020, *H-France Review* Vol. 21 (Month 2021), No. x

⁴⁴ Kant, « Über den Gemeinspruch : Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis », in : Werke, éd. Weischedel, Francfort-sur-le-Main : Insel, 1964, t. VI, p. 172 ; trad. fr. par Françoise Proust : *Théorie et pratique – D'un prétendu droit de mentir par l'humanité – La fin de toutes choses*, Paris : Flammarion, 1994, p. 58.

⁴⁵ ZEF 227 ; trad. fr., *op. cit.*, p. 50.

⁴⁶ ZEF 197 ; trad. Fr., *op.cit.*, p. 4.

⁴⁷ La majuscule n'est pas sans importance : cf. Pascal Ory, *Qu'est-ce qu'une nation ? Une histoire mondiale*, Paris : Gallimard, 2020, p. 55 (et l'ensemble du chapitre I).

⁴⁸ G. Vlachos, *op.cit.*, p.560, note 30.

⁴⁹ « Extrait du Projet de paix perpétuelle de Monsieur l'Abbé de Saint-Pierre », *op .cit.*, p. 574.

⁵⁰ Kant dénonce dans le deuxième article définitif l'usage pervers qu'on fait du terme de « droit » en se référant à Grotius, Pufendorf, Vattel et d'autres encore pour justifier une offensive de guerre.

⁵¹ Cf. *Doctrine du droit*, §§ 43-49, *Werke*, éd. Weischedel, t. IV, Wiesbaden : Insel, 1956, p. 429-460 ; trad. fr. par Alain Renaut, *Métaphysique des mœurs*, t. II, Paris : Flammarion, 1994, p. 125-160.

⁵² *Doctrine du droit*, § 60, p. 473sq.; trad. fr., p. 175sq.

⁵³ ZEF 200, 6e article préliminaire, trad. fr., *op.cit.*, p. 9.

⁵⁴ « Il ne peut y avoir aucun privilège inné d'un membre de la république [...]; il ne peut [...], comme si sa naissance le qualifiait pour la condition seigneuriale, empêcher les autres par contrainte de parvenir par leur propre mérite aux degrés supérieurs de la hiérarchie (du *superior* et de l'*inferior*, sans que l'un soit *imperans* et l'autre *subjectus*) » (Kant, « Über den Gemeinspruch... », p. 148 ; trad. fr., *op. cit.*, p. 68 – traduction modifiée).

⁵⁵ ZEF 205sq. ; trad. fr., *op. cit.*, p. 16-18. Voir également dans « Über den Gemeinspruch... » la note du corollaire, p. 154 ; trad. fr., p. 73sq.).

⁵⁶ *Totengesprache* (1773).

⁵⁷ Dans un épigramme et dans un petit essai intitulé « De la paix perpétuelle » Voltaire estime que ce rêve est théoriquement sensé mais ne peut pas plus devenir réalité qu'une entente entre l'éléphant et le rhinocéros, le loup et le chien tant que les hommes ne se rendront pas compte que seule une poignée de généraux et de ministres profitent des succès guerriers les plus éclatants.

- ⁵⁸ « Hat die Konstitutionalisierung des Völkerrechts noch eine Chance ? » (La constitutionnalisation du droit des peuples a-t-elle encore une chance ?), in : *Der gespaltene Westen*, Francfort-sur-le-Main : Suhrkamp, 2004, p. 113-193 (cité dans la suite en abrégé : « Konstitutionalisierung »).
- ⁵⁹ « Konstitutionalisierung », *op. cit.*, p. 123.
- ⁶⁰ Sur ce point voir mon article « Humboldt était-il kantien ? Kant était-il libéral ? Sur la confusion entre libéralisme et républicanisme », in : Nuria Sánchez Madrid (ed.), « La Ilustración múltiple / Lumières plurielles », *Con-Textos kantianos*, 4 (2016), p. 193-208 ; <http://www.contextoskantianos.net/index.php/revista/issue/view/8>
- ⁶¹ Cf. entre autres Georges Vlachos, *La pensée politique de Kant*, Paris : Presses universitaires de France, 1962, p. 571, note 59.
- ⁶² « Konstitutionalisierung », *op. cit.*, p. 126. Cf. aussi p. 128.
- ⁶³ « Kant réfléchit au fait que dans une société mondiale extrêmement complexe le droit et la loi n pourraient être imposés qu'au prix d'un 'despotisme sans âme' » (« Konstitutionalisierung », *op. cit.*, p. 127).
- ⁶⁴ « L'injustice dont [les États commerçants de notre partie du monde] font preuve quand ils visitent des pays et des peuples étrangers (visites qu'ils confondent d'ailleurs avec conquête), va si loin qu'on est effrayé [...] La Chine et le Japon, qui avaient appris à connaître ces hôtes, ont en conséquence agi sagement en permettant la première, il est vrai, l'accès, mais non l'entrée, le second l'accès aussi, mais à un seul peuple européen, les Hollandais, qu'ils excluent d'ailleurs comme des captifs de toute fréquentation avec les indigènes. Le pis (ou le mieux, en se plaçant au point de vue d'un juge des moeurs) est qu'ils ne tirent même aucun profit de ces procédés violents, que toutes ces compagnies commerciales sont près de leur ruine, que les îles à sucre, où s'est établi l'esclavage le plus cruel et le plus raffiné, ne produisent pas de bénéfice réel et ne servent, indirectement il est vrai, qu'à une fin très peu louable, à savoir à la formation de marins pour les flottes de guerre, par conséquent à l'entretien des guerres européennes; et elles rendent ce service à des puissances qui font grand cas de leur piété et qui, tandis qu'elles s'abreuvent d'iniquités, veulent être considérées comme des élus en fait d'orthodoxie » (ZEF 215sq., trad. fr. *op. cit.*, p. 31-33).
- ⁶⁵ « Konstitutionalisierung », *op. cit.*, p. 124.
- ⁶⁶ *Ibid.*, p. 125.
- ⁶⁷ *Ibid.*, p. 144.
- ⁶⁸ Habermas, *Kants Idee des Ewigen Friedens – aus dem historischen Abstand von 200 Jahren*, Francfort-sur-le-Main : Suhrkamp, 1996; trad. fr. par Rainer Rochlitz : *La paix perpétuelle*, Paris, Cerf 1996 (les références renvoient à la traduction française).
- ⁶⁹ « Konstitutionalisierung », *op. cit.*
- ⁷⁰ Habermas, *La paix perpétuelle*, *op. cit.*, p. 13.
- ⁷¹ « Konstitutionalisierung », *op. cit.*, p. 126.
- ⁷² Cf. Raulet, « Kant était-il européen ? », in Michèle Madonna-Desbazeille (dir.), *L'Europe, naissance d'une utopie ?*, Paris : L'Harmattan, 1996; cf. aussi Raulet, *Kant. Histoire et citoyenneté*, Paris : Presses universitaires de France, 1995, p. 232-243. Je reprends ici en partie les arguments de ces textes.
- ⁷³ Habermas, *La paix perpétuelle*, *op. cit.*, p. 65.
- ⁷⁴ Kant, *Projet de paix perpétuelle*, cité par Habermas, *ibid.*, p. 42sq.
- ⁷⁵ *Ibid.*, p. 44.
- ⁷⁶ C'est pourquoi, dans *Apologie de la citoyenneté* (Paris : Cerf, 1999), j'ai analysé, dans le même esprit, des cas de conflit susceptibles de susciter un enracinement progressif des « droits de l'Homme » dans les jurisprudences des États de droit.
- ⁷⁷ Habermas, *La paix perpétuelle*, *op. cit.*, p. 43.
- ⁷⁸ *Ibid.*, p. 95sq.
- ⁷⁹ *Ibid.*, p. 88.
- ⁸⁰ *Ibid.*, p. 86.
- ⁸¹ *Ibid.*, p. 88 sq; c'est moi qui souligne.
- ⁸² Cf. Habermas : « Il est désormais possible d'entreprendre des poursuites pour 'guerre criminelle'. D'un autre côté, les lois pénales incluent désormais les 'crimes contre l'humanité' » (*La paix perpétuelle*, *op. cit.*, p. 49).
- ⁸³ M. Delmas-Marty, « L'humanisme juridique entre mythe et utopie », cours au Collège de France du 5 janvier 2011, en ligne : <https://www.college-de-france.fr/media/mireille-delmas-marty/UPL58551>.
- ⁸⁴ Cf. Michel Villey, *Le droit et les droits de l'homme*, Paris, Presses universitaires de France, 1983.
- ⁸⁵ Habermas, *La paix perpétuelle*, *op. cit.*, p. 51 sq.
- ⁸⁶ *Ibid.*, p. 60 sq.
- ⁸⁷ Habermas, « Konstitutionalisierung », *op. cit.*, p. 132 sq.
- ⁸⁸ Delmas-Marty, *Le flou du droit. Du code pénal aux droits de l'homme*, Paris, Presses universitaires de France, 2004.
- ⁸⁹ Et pas au sens de l'anglais, « qui confond les trois termes, oppose différentes sortes de *soft law* (le flou, le mou, le doux) au *hard law* (le précis, l'obligatoire et le sanctionné) » (« Construire un état de droit sans État mondial », *op. cit.*, p. 3).

⁹⁰ *Ibid.*

⁹¹ Cf. sur ce point Delmas-Marty, QV 13.

⁹² Habermas, *La paix perpétuelle*, op. cit., p. 64.

⁹³ Pascal Ory ne manque pas de relever que l'ONU, comme la SDN à laquelle elle succède, repose sur le principe de la reconnaissance des nations (*Qu'est-ce qu'une nation ?*, op. cit., p. 427).

⁹⁴ Seule institution à être dotée de cette prérogative, le Conseil de sécurité est censé, conformément aux dispositions du chapitre VII de la Charte des Nations Unies, pouvoir prendre des décisions contraignantes pour les États membres : « Measures in the event of a threat to or breach of the peace and in the event of acts of aggression ». Dans les faits, le droit de veto dont disposent les membres du Conseil de sécurité annule ce pouvoir lorsqu'ils sont eux-mêmes concernés (ou leurs alliés ou protégés) comme l'invasion de l'Ukraine par l'URSS l'a encore montré.

⁹⁵ Cf. entre autres Delmas-Marty, BP 19sq., « La mise en compatibilité des différences ». Voir aussi QV 116.

⁹⁶ Cf. Mireille Delmas-Marty, *Liberté et sûreté dans un monde dangereux*, Paris : Seuil 2010. Sur cette problématique voir notamment Dominique Linhardt, Cédric Moreau de Bellaing, « La doctrine du droit pénal de l'ennemi et l'idée de l'antiterrorisme. Genèse et circulation d'une entreprise de dogmatique juridique », *Droit et société*, 2017/3 (n° 97), p. 615-640, et la discussion des thèses de Günther Jacobs sur le droit pénal de l'ennemi (voir plus haut).

⁹⁷ Delmas-Marty, QV 27. Je prends toutefois acte de l'objection suivante, faite par Olivier Cahn. D'abord, les « mesures nationales » expriment souvent l'adhésion des États à la mise en œuvre d'un droit répressif « global » (adhésion de l'UE à la doctrine étasunienne post-2001 de globalisation de la sécurité lors du Sommet de Bruxelles de décembre 2003 par l'approbation du document Solana « European Strategy – A secure Europe in a better World » ; intégration dans les ordres juridiques nationaux des résolutions du Conseil de sécurité en matière de lutte contre le terrorisme et son financement, etc.). Ainsi, la loi Cazeneuve du 13 novembre 2014 confirme – après l'opération extérieure Serval – l'adhésion de la France à la doctrine de la globalisation de la sécurité alors qu'elle s'était montré plutôt réticente et la redéfinition subséquente de l'arsenal de lutte contre le terrorisme, sur le modèle du droit de la sécurité nationale étasunien. Ensuite, tout en se renforçant par des mesures de droit national, la lutte anti-terroriste s'est internationalisée dans des proportions inconnues jusqu'alors – voire que les services nationaux de lutte contre le terrorisme, particulièrement les services de renseignement, avaient longtemps essayé d'empêcher. En témoigne le développement de la compétence d'Europol en matière de lutte antiterroriste, après les attentats du 13 novembre 2015, par l'opération « Fraternité » et la création au sein d'Europol d'un centre spécialisé (ECTC) – alors que les services antiterroristes avaient jusque là estimé que le groupe informel dit de Berne était suffisant.

⁹⁸ Jusqu'à la suspension de l'État de droit par l'état d'urgence après les attentats de novembre 2015. La constitutionnalisation de l'état d'urgence fut heureusement abandonnée en 2016. Il est frappant de constater que si on devait en arriver là, le seul rempart serait la Convention européenne des droits de l'homme, c'est-à-dire une juridiction internationale. Cf. Delmas-Marty, QV 33. Voir aussi *ibid.*, p. 52 : « En ce sens la sécurité risque de se substituer aux libertés. »

⁹⁹ Delmas-Marty, QV 72.

¹⁰⁰ *Ibid.*, 119.

¹⁰¹ Cf. Delmas-Marty, QV 87.

¹⁰² « Construire un état de droit sans État mondial », op. cit., p. 2.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 1sq.

¹⁰⁴ Delmas-Marty, BP 52.

¹⁰⁵ Condition qui est loin d'être acquise, même après la ratification du « traité constitutionnel ». Cf. mes réflexions critiques dans les textes suivants : « Sur la citoyenneté promise aux peuples d'Europe », in : *Eurostudia*, Montréal, Vol. 1, No. 1, juin 2005 ; « La crise de l'Union européenne : une crise de légitimité démocratique », in : Yves Charles Zarka (dir.), *Refaire l'Europe. Avec Jürgen Habermas*, Paris : Presses universitaires de France, 2012, p. 89-102.

¹⁰⁶ Habermas, *Après l'État-nation*, Paris, Fayard 2000, p. 221. Cf. aussi « Konstitutionalisierung », op. cit., p. 137sq, 140, 177.

¹⁰⁷ Parfois sous couvert de mesures « égalitaires » comme l'autorisation du travail de nuit des femmes et du travail des enfants.

¹⁰⁸ Habermas, *Après l'État-nation*, op. cit., p. 124.

¹⁰⁹ Habermas, in : Yves-Charles Zarka, *Refaire l'Europe*, op. cit., p. 53.

¹¹⁰ « Konstitutionalisierung », op. cit., p. 134.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 135.

¹¹² Hauke Brunkhorst, « Globale Solidarität: Inklusionsprobleme moderner Gesellschaften », in: L. Wingert / K. Günther (dir.), *Die Öffentlichkeit der Vernunft und die Vernunft der Öffentlichkeit*, Francfort-sur-le-Main : Suhrkamp 2001.

¹¹³ « Konstitutionalisierung », op. cit., p. 137.

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 136.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 136 sq.

¹¹⁶ Il faut malheureusement interpréter dans cette optique la décision qui vient d'être prise par le G7, et dont on pourrait *a priori* se réjouir, de soumettre toutes les entreprises multinationales à une imposition minimale de 15%. Mais en réalité, cette décision a été prise sous la pression des États-Unis et du retour de l'administration Biden à une politique multilatéraliste. Le multilatéralisme signifie, en clair, que les États-Unis interviennent de nouveau dans les affaires du monde et usent de tout leur poids pour imposer leur conception. La décision sera certes, en principe, ratifiée par le G20 puis par l'OCDE, mais on est en droit de se demander s'il ne s'agit pas, typiquement, d'une mesure qui aurait dû être décidée par une instance « globale » ayant une compétence juridique – ce qui, au demeurant, n'est pas même le cas de l'OMC. En l'absence d'une telle instance susceptible de se saisir de façon compétente du problème, la compétence légitime demeure celle des États nationaux. Seuls les États de droit constitués de façon républicaine possèdent la compétence de lever des impôts en conformité avec la Loi de finance votée par le Parlement. Si la France, qui pratique une imposition à hauteur de 28%, se trouve privée par son adhésion à cette « décision américaine » de près de la moitié du produit de l'impôt, sans doute peut-elle se résoudre à l'idée que « c'est de bonne guerre » – selon l'expression consacrée, en l'occurrence particulièrement pertinente – et se consoler, en voyant réduite l'attractivité des paradis fiscaux, d'être contrainte à se montrer plus accueillante pour les entreprises, plus compétitive à côté des États qui pratiquent le dumping fiscal (par exemple l'Irlande). Mais il reste qu'elle est privée de la détermination souveraine de sa politique fiscale et économique et que le nouvel « équilibre » de l'ordre mondial n'est que l'effet du poids mis dans la balance par une puissance dominante. Question de principe. Je m'attarde sur cette quasi-régulation globale parce qu'elle donne assez bien la mesure de la forme concrète que peut prendre le « constitutionnalisme désétatisé » de Habermas : une régulation libérale sans réel contrôle démocratique.

¹¹⁷ Les citations données ci-après sont extraites du podcast de la leçon inaugurale : « Reconstruire l'ordre institutionnel international », <https://www.college-de-france.fr/site/samantha-besson/Lecon-inaugurale-de-la-Pr-Samantha-Besson.htm>

¹¹⁸ Il s'agit de prendre en considération des institutions non exclusivement étatiques, lesquelles ne sont du reste pas seulement les institutions internationales au sens étroit du terme. Il faut inclure les villes, les régions, les multinationales, les ONG ou encore les institutions politiques non territoriales. Des institutions « diverses en nature et variées en pouvoir » qui agissent parfois au nom des États « mais parfois aussi à leur place ». L'UE est qualifiée par S. Besson d'institution « du troisième type », non étatique mais pas non plus strictement organisationnelle.

¹¹⁹ C'est là c'est là ma vue des choses. Tout en citant largement Samantha Besson je m'approprie ses perspectives en les reliant aux miennes.

¹²⁰ La confusion du public et du privé explique aussi pourquoi il est si difficile d'appliquer aux institutions privées le principe de responsabilité internationale et, à l'inverse, pourquoi on essaie de soumettre les États, dans le cadre du CETA, à des formes de responsabilité de nature privée.

¹²¹ Habermas, « Konstitutionalisierung », *op. cit.*, p. 140.

¹²² Habermas, *Après l'État-nation*, *op. cit.*, p. 37.

¹²³ Il l'a réaffirmé fortement depuis ; cf. Raulet, « Habermas and the Mutations of the Public Sphere. An Overview within the Neo-liberal Context », in : Corinne Doria / Gérard Raulet (dir./eds.), *L'espace public européen en question. Histoire et méthodologie – Questioning the European Public Sphere. An Historical and Methodological Approach*, Bruxelles : Peter Lang, 2016.

¹²⁴ Habermas, *Après l'État-nation*, *op. cit.*, p. 78 sq.

¹²⁵ « La perspective paralysante de voir, à l'avenir, la politique nationale se réduire à une gestion plus ou moins intelligente, forcée de s'adapter aux impératifs qui nous ordonnent de consolider nos positions acquises, retire aux confrontations politiques ce qui leur reste de substance » (Habermas, *ibid.*, p. 47). La campagne préluant au référendum français sur le traité constitutionnel confirme en tous points la justesse de ce diagnostic : le clivage entre partisans du oui et partisans du non ne sépare plus la droite de la gauche mais traverse les partis de droite comme de gauche.

¹²⁶ *Ibid.*

¹²⁷ « Konstitutionalisierung », *op. cit.*, p. 141.

¹²⁸ *Ibid.*

¹²⁹ Cf. Raulet, « Zur Utopie des 'entstaatlichten Konstitutionalismus' », in : Regina Kreide / Andreas Niederberger (dir.), *Staatliche Souveränität und transnationales Recht*, Munich : Mering, 2010, p. 71-84.

¹³⁰ Mireille Delmas-Marty va dans le même sens ; cf. QV 120.

¹³¹ Habermas, *Après l'État-nation*, *op. cit.*, p. 122.

¹³² Dans le deuxième appendice, sur « l'accord de la politique et de la morale selon les notions transcendantales du droit public », il s'agit d'abord de la publicité des maximes au sens moral (premier théorème, ZEF 245), mais ensuite aussi de l'opinion publique au sens d'expression du consensus, du bien et des fins communs (deuxième théorème, ZEF 250).

¹³³ ZEF 249, trad. fr., *op. cit.*, p. 82.

¹³⁴ Cf. David Held, *Democracy and the Global Order. From the Modern State to Cosmopolitan Governance*, Stanford : Stanford University Press, 1995.

¹³⁵ Cf. Raulet, « Cosmopolitanism as a Matter of Domestic Policy », in : Jean-Philippe Duranty, Daniel Petherbridge, John Rundell and Robert Sinnerbrink (eds.), *Recognition, Work, Politics, New Directions in French Critical Theory*, Leiden & Boston : Brill 2007 (= Social and Critical Theory. A Critical Horizons Book Series, vol. 5), pp. 263-278.

¹³⁶ Ulrich Beck, *Pouvoir et contre-pouvoir à l'ère de la mondialisation*, Paris : Aubier, 2003.

¹³⁷ Voir mes textes « La crise de l'Union européenne : une crise de légitimité démocratique », in : Yves Charles Zarka (dir.), *Refaire l'Europe. Avec Jürgen Habermas*, p. 89-102. « States, People(s) and/or Constitution » : in : Alexandre Dupeyrix / Gérard Raulet (eds.), *European Constitutionalism. Historical and Contemporary Perspectives*, Bruxelles e.a.: Peter Lang, 2014, p. 93-106. « Liberté et citoyenneté en Europe. Approche philosophique de la citoyenneté européenne / Liberty and Citizenship in Europe. Philosophical Approach to European Citizenship », in : Encyclopédie en ligne du Labex *Ecrire une histoire nouvelle de l'Europe*.

¹³⁸ Cf. Raulet, « Legitimacy and Globalization », *Philosophy and Social Science*, 37(3)/2010, p. 313-323.

¹³⁹ Cf. notamment « 1989 dans l'ombre de 1945 » (in : *Die Normalität einer Berliner Republik*, Francfort-sur-le-Main : Suhrkamp, 1995, p. 167-188). Il s'agit d'un des textes dans lesquels Habermas marque le plus nettement la différence entre le modèle républicain et le modèle libéral. C'est la forme historique de l'État-nation *républicain* qui a assuré l'intégration sociale, en dépit de la différenciation croissante des sociétés modernes. À partir de ce moment la dimension politique se réaffirme fortement dans tous les textes ultérieurs de Habermas ; la perspective de l'État républicain se substitue à la primauté de la société civile : « C'est l'État fondé sur une constitution qui fait des membres de la société des citoyens démocratiques. » (*Zur Verfassung Europas*, Berlin : Suhrkamp, 2011, p. 45). Elle va aller crescendo au fur et à mesure des prises de position sur la construction européenne.

¹⁴⁰ « Citoyenneté, nationalité, internationalité », *L'événement européen*, 11/1990, p. 165-179 (ce texte a été écrit à l'occasion d'un colloque organisé par Jean-Pierre Chevènement) ; *Chronique de l'espace public. Utopie et culture politique, 1978-1993*, Paris : L'Harmattan, 1994 ; *Apologie de la citoyenneté*, Paris, Éditions du Cerf, 1999.

¹⁴¹ Pascal Ory, *Qu'est-ce qu'une nation ? Une histoire mondiale*, Paris : Gallimard, 2020, texte de quatrième.

Date of submission : 15/11/2021

Date of acceptance : 2/03/2022