

PRÉFACE

À l'origine de la belle étude de Lucie Delabie se trouve une interrogation quelque peu angoissée : les internationalistes nord-américains partagent-ils encore la même vision de la science du droit international que leurs homologues européens ? En d'autres termes, sommes-nous encore en mesure de dialoguer avec cette importante communauté scientifique ou bien doit-on faire le constat d'une radicale différence d'approche creusant un fossé chaque jour plus profond entre les deux rives de l'Atlantique ? Pendant un temps, la question a pu être occultée par la place tenue par de prestigieux professeurs de droit international venus d'Europe – souvent chassés par le nazisme – qui ont pu jouer un rôle de passerelle entre les deux mondes. Telle n'est plus la situation contemporaine et les nouvelles générations d'auteurs nord-américains sont à l'origine de nombreuses écoles de pensée qui ne manquent pas de déconcerter la doctrine européenne.

Il fallait donc aller y voir de près. En songeant au fort instructif travail de pionnier qu'avait réalisé, il y a une quarantaine d'années, Bent Rosenthal, alors jeune diplomate danois, pour faire comprendre l'approche de McDougal (*Étude de l'œuvre de Myres Smith McDougal en matière de droit international public*, Paris, L.G.D.J., 1970), nous avons suggéré à Lucie Delabie de s'atteler à cette rude tâche en comptant sur sa finesse d'analyse pour décrypter les particularités de la doctrine américaine et en retracer le cheminement intellectuel. Ce fut donc le sujet de la thèse de doctorat qu'elle a soutenue à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, en novembre 2009, devant un jury franco-américain qui a été unanime à en reconnaître l'exceptionnel intérêt, et dont le présent ouvrage est issu.

Cette étude sur les « approches américaines du droit international » repose ainsi sur l'idée centrale que les juristes internationalistes européens et américains ne partagent pas une lecture commune du droit international. Au-delà des désaccords ponctuels concernant l'interprétation et l'application de certaines règles juridiques internationales – comme celle du principe d'interdiction du recours à la force lors de l'intervention armée en Irak en 2003 – l'étude de la littérature juridique depuis la fin du XVIII^e siècle révèle la singularité de l'approche scientifique du droit international aux États-Unis.

C'est ce que Lucie Delabie met en perspective en proposant une étude systématique et minutieuse des causes, des fondements et des manifestations de cette perception proprement américaine du droit international comme objet.

L'examen approfondi des réflexions théoriques émises par les juristes internationalistes – universitaires comme praticiens – au travers de leurs enseignements, ouvrages, contributions et articles scientifiques vient combler une lacune regrettable dans la littérature juridique francophone en offrant au lecteur un panorama subtil des écoles doctrinales qui ont marqué la pensée juridique américaine.

L'analyse tant des fondements de la culture juridique nationale que de l'œuvre des grands noms américains du droit international révèle, chez Lucie Delabie, une fine connaissance de l'environnement internationaliste aux États-Unis. Du tableau qu'elle en brosse apparaît un modèle disciplinaire centré autour des rapports entre le droit international et la politique internationale. Qu'ils l'envisagent comme un moyen d'encadrement ou comme un procédé de justification de l'action politique, les auteurs nord-américains ne conçoivent le droit international que dans ses aspects concrets. L'orientation réaliste qui domine leur approche les conduit à rejeter définitivement l'idée que ce droit constituerait un ensemble normatif autonome. Leur propension à mettre la flexibilité au centre de leurs analyses en est une preuve éclatante. Ce faisant, comme le montre fort bien Lucie Delabie, ils n'hésitent pas à recourir à des méthodes issues des relations internationales ou de l'économie pour étudier le processus de formation de normes internationales, ce qui donne naissance à une littérature interdisciplinaire diverse et variée, caractérisée par des analyses tout aussi stimulantes que troublantes, à l'image des mouvements critiques tels que *Law and Economics* ou *New Approaches to International Law*. Par ailleurs, l'efficacité du droit international est envisagée aux États-Unis sous le prisme de l'ordre juridique américain, ce dernier guidant les analyses théoriques relatives au droit international. Plus encore, il est perçu comme un élément inhérent du discours doctrinal, devenant un instrument d'évaluation des conditions d'application des normes juridiques internationales, dans l'ordre interne comme dans l'ordre international. Ces orientations marquent une rupture définitive avec la vision d'un droit international constituant un système autonome et elles font de l'instrumentalisme le moteur de l'approche américaine du droit international.

L'« identité » de la doctrine internationaliste américaine ainsi mise en évidence, on comprend mieux la difficulté de la majorité des Européens à comprendre leurs homologues. Elle laisse aussi entrevoir le paradoxe qui la sous-tend : insistant sur l'analyse des aspects concrets du droit international, la doctrine américaine privilégie les études empiriques, mais dans le même temps elle inclut dans ses raisonnements des considérations morales, éthiques et politiques inhérentes à la culture américaine, telles le libéralisme, l'individualisme ou encore l'exceptionnalisme.

C'est avec une grande probité intellectuelle que Lucie Delabie a mené son enquête à la recherche des spécificités des approches américaines du droit international. On ne peut qu'être impressionné par sa vaste culture juridique et par l'étendue du champ qu'elle explore, celui-ci couvrant pratiquement l'ensemble de la doctrine américaine de la création de la fédération à nos jours. Sa finesse d'esprit associée à son brillant esprit de synthèse lui permet de

PRÉFACE

proposer une analyse particulièrement lumineuse des différences entre juristes européens et américains dans leurs approches respectives du droit international. Ses lecteurs lui sauront infiniment gré de ce panorama éclairant qui constitue un indispensable « mode d'emploi » de la doctrine américaine à l'intention des internationalistes européens, tout autant qu'un pont intellectuel entre les deux rives de l'Atlantique.

Témoignage incontestable des talents de chercheur, de pédagogue et de juriste de son auteur, je ne peux qu'espérer que cette passionnante étude constitue le point de départ de la brillante carrière universitaire que je souhaite de tout cœur à Lucie Delabie.

Pierre Michel **EISEMANN**

*Professeur
à l'École de droit de la Sorbonne
Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne*

TABLE DES MATIÈRES

<i>Sigles et Abréviations</i>	3
<i>Préface</i>	5
<i>Sommaire</i>	9
INTRODUCTION	11

PREMIÈRE PARTIE LE RÉALISME, FONDEMENT DE L'APPROCHE AMÉRICAINE DU DROIT INTERNATIONAL

TITRE I. L'ADAPTATION PRAGMATIQUE DU DROIT DES GENS EUROPÉEN À L'IDENTITÉ AMÉRICAINE

CHAPITRE I. L'IMPORTATION DU DROIT DES GENS EUROPÉEN AUX ÉTATS-UNIS...	29
Section I. L'ouverture des praticiens et des théoriciens américains au droit international européen.....	29
1. <i>La construction d'une doctrine américaine</i>	30
1- La référence à la doctrine européenne	30
2- L'émergence d'une littérature américaine.....	33
2. <i>La mise en oeuvre du droit international européen</i>	35
1- Les manifestations au plan interne : la doctrine de l'incorporation.....	36
2- Les manifestations au plan international : la participation aux affaires internationales.....	41
Section II. La promotion du droit international comme discipline scientifique.....	42
1. <i>Les prodromes à l'approche scientifique du droit international</i>	43
1- Le succès de la pensée juridique classique aux États-Unis : 1850-1930	43
2- L'impulsion donnée par le positivisme juridique européen	45
2. <i>Le règne du légalisme au sein de la doctrine internationaliste américaine</i>	49
1- L'élan pour la codification du droit international	49
2- Le rapprochement entre science du droit international et promotion de la paix mondiale	51

CHAPITRE II. L'ÉCLECTISME INTELLECTUEL DU MODÈLE JURIDIQUE AMÉRICAIN...	55
Section I. La promotion des valeurs américaines.....	55
1. <i>L'affirmation de l'exceptionnalisme et de l'universalisme américains</i>	55
1- L'inclusion de l'exceptionnalisme dans la conduite de la politique étrangère américaine.....	56
2- L'intégration de l'exceptionnalisme et de l'universalisme dans le discours internationaliste.....	58
2. <i>La défense du libéralisme et de l'individualisme</i>	61
1- L'association entre individualisme et libéralisme, source de divergences entre l'Europe et les États-Unis	62
2- La place centrale du libéralisme et de l'individualisme dans les écrits scientifiques américains.....	63
Section II. La préférence accordée à un droit international « pratique »	65
1. <i>L'émergence d'une approche « practice-oriented »</i>	66
1- La diffusion du droit international auprès des professionnels du droit.....	66
2- L'essor des <i>digests</i>	68
2. <i>L'apport décisif du pragmatisme américain</i>	69
1- Le pragmatisme, principe directeur du raisonnement juridique américain.....	70
2- L'impact déterminant du pragmatisme sur l'étude du droit international aux États-Unis.....	72
Section III. La tension persistante entre droit naturel et droit positif.....	73
1. <i>La présence du jusnaturalisme dans les écrits des internationalistes</i>	73
2. <i>L'influence de Grotius sur l'éclectisme des positions doctrinales</i>	76

**TITRE II. L'ADOPTION D'UNE APPROCHE FONCTIONNELLE
DU DROIT INTERNATIONAL**

CHAPITRE I. L'ANCRAGE SOCIOLOGIQUE DE LA THÉORIE DU DROIT AUX ÉTATS-UNIS	83
Section I. La valorisation du rapport entre droit et société	84
1. <i>L'émergence dans le milieu juridique occidental de la « sociologisation » du droit</i>	85
1- Les promoteurs de l'approche « sociologisante » du droit en Europe et aux États-Unis.....	85
2- La révolte contre le conceptualisme et le formalisme.....	88
3- La promotion d'un droit vivant et dynamique	89
2. <i>L'approfondissement des rapports entre droit et réalité sociale aux États-Unis</i>	92

TABLE DES MATIÈRES

1- L'incidence des considérations historiques et conjoncturelles propres aux États-Unis.....	93
2- L'influence du Réalisme Juridique et la rupture définitive avec le formalisme	95
Section II. L'ouverture progressive du droit aux sciences sociales	100
1. <i>La remise en cause du mythe de la certitude du droit</i>	101
1- L'affirmation de la primauté de la décision sur la règle de droit.....	101
2- Le droit comme instrument social : la recherche de la « <i>policy</i> » du droit	104
2. <i>Le rejet d'une conception du droit comme science autonome</i>	107
1- L'hésitation entre approche prescriptive et approche descriptive du droit	107
2- Le développement d'une analyse juridique ancrée dans l'interdisciplinarité	108
CHAPITRE II. LA PRIMAUTÉ ACCORDÉE À LA FONCTION DU DROIT DANS LES RAPPORTS INTERNATIONAUX	115
Section I. L'adaptation nécessaire du droit international aux réalités sociales....	116
1. <i>La voie réaliste comme réponse à la crise du droit international</i>	117
1- La position adoptée par les internationalistes européens	117
2- La voie réformatrice proposée par la doctrine américaine	122
2. <i>Le mouvement de « contextualisation » du droit international</i>	129
1- L'éloignement du positivisme formaliste sous l'impulsion des spécialistes de droit interne.....	130
2- L'adoption d'une méthode fonctionnelle comme outil de contextualisation.....	132
3. <i>L'interdisciplinarité et la lecture du droit international comme processus évolutif</i>	136
1- L'incitation au rapprochement entre le droit international et les autres sciences sociales.....	136
2- L'émergence d'une perception du droit international comme processus dynamique	141
Section II. L'interaction entre droit et prise de décision politique.....	145
1. <i>Le droit international au service d'une policy déterminée</i>	145
1- L'apport décisif de l'approche McDougaliennne du droit international	146
2- Les contours de la <i>policy</i> poursuivie par le droit international.....	151
2. <i>Le rapprochement entre analyse théorique du droit international et conduite de la politique étrangère</i>	154
1- Le succès du réalisme politique et l'apparition des relations internationales comme discipline scientifique autonome	154
2- L'association renforcée entre la théorie et la pratique du droit international	157
3. <i>Vers une marginalisation du droit international en tant que discipline universitaire ?</i>	163

**TITRE III. L'ESSOR D'UNE CONCEPTION UTILITARISTE
DU DROIT INTERNATIONAL**

CHAPITRE I. LA DUALITÉ DES BUTS ASSIGNÉS AU DROIT INTERNATIONAL AU SEIN DE L'ACTION POLITIQUE.....	171
Section I. Le droit international, outil de justification de l'action politique	172
1. <i>La crise de Cuba comme exemple de l'utilisation du droit en tant que justification de l'action politique</i>	172
2. <i>La persistance de l'appréhension du droit international comme outil de l'action politique</i>	176
Section II. Le droit international, outil de structuration de l'action politique...	181
1. <i>L'apport de la perspective institutionnaliste des immigrants européens</i>	181
2. <i>La contribution de Louis Henkin et d'Oscar Schachter au renouveau disciplinaire</i>	185
3. <i>L'option alternative fondée sur la promotion d'une méthode d'analyse process-oriented</i>	191
1- Les origines du Legal Process en droit interne.....	191
2- L'impact du courant doctrinal « International Legal Process ».....	193
CHAPITRE II. LES ENJEUX ET LES MANIFESTATIONS DE LA PERSPECTIVE UTILITARISTE	199
Section I. La place centrale accordée à la <i>compliance</i> dans les débats doctrinaux	199
1. <i>L'intérêt porté à la compliance : origines</i>	200
1- Précisions terminologiques	200
2- L'émergence des débats relatif à la <i>compliance</i>	201
2. <i>La diversification des analyses de la compliance</i>	205
1- La continuité des discussions doctrinales.....	206
2- La pluralité des analyses théoriques eu égard aux facteurs de <i>compliance</i>	207
Section II. La recherche d'un équilibre entre approche normative et approche processuelle du droit international	213
1. <i>La préférence accordée à une méthode d'analyse « problem-oriented »</i>	214
2. <i>Le rejet définitif d'un droit conçu comme un ensemble de normes</i>	217
CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE.....	221

TABLE DES MATIÈRES

SECONDE PARTIE
L'INSTRUMENTALISME, MOTEUR DE L'APPROCHE AMÉRICAINE
DU DROIT INTERNATIONAL

TITRE I. LA FLEXIBILITÉ, VECTEUR DES RÉFLEXIONS AMÉRICAINES
SUR LE DROIT INTERNATIONAL

CHAPITRE I. LA FLEXIBILITÉ ET LES FRONTIÈRES MALLÉABLES DE LA LICÉITÉ	229
Section I. L'introduction d'une licéité relative	229
1. <i>Adaptabilité du droit et examen de la licéité par degrés</i>	229
1- L'association entre la <i>compliance</i> , l'indétermination du droit et l'intensité variable de la licéité	230
2- Le succès de la représentation de la « licéité par degrés » : l'exemple du recours à la force	232
2. <i>L'interprétation et les enjeux d'une licéité graduée</i>	235
1- La position singulière des Américains à propos des méthodes d'interprétation des traités internationaux	235
2- L'adaptation contestée de l'étendue des obligations juridiques internationales.....	238
Section II. La conciliation entre licéité et légitimité	242
1. <i>L'introduction de la légitimité dans l'examen de la licéité : état des divergences entre l'Europe et les Etats-Unis</i>	242
1- Les rapports entre légitimité et licéité, objet de recherche commun	243
2- La légitimité, outil de modulation de la licéité pour les Américains.....	245
3- L'omniprésence des considérations de légitimité dans les débats sur le recours à la force	250
2. <i>Le risque d'atteintes à l'objectivité du droit international, mythe ou réalité ?</i>	252
1- Le retour de la morale dans l'examen du droit international ?.....	252
2- La remise en cause de l'approche scientifique du droit international ?.....	257
CHAPITRE II. LA FLEXIBILITÉ ET LES CONTOURS MOUVANTS DE LA NORMATIVITÉ	261
Section I. L'effectivité, critère déterminant de la validité de la norme juridique internationale	261
1. <i>La prévalence de l'effectivité au détriment de la légalité, source de divergences euro-américaines</i>	262
2. <i>De la promotion de l'effectivité à la recherche de l'efficacité des règles de droit international</i>	265
Section II. La variabilité, élément central de la normativité ?	268
1. <i>La large reconnaissance d'une normativité graduelle</i>	268

1- L'intégration de la flexibilité dans l'examen de la normativité.....	268
2- La valorisation de concept pré-normatifs : l'exemple du <i>soft law</i>	270
3- La recherche de flexibilité dans l'appréhension des sources formelles du droit international.....	273
2. <i>Le lien indissociable entre évolutivité et normativité aux États-Unis</i>	274

**TITRE II. L'EMPLOI DE MÉTHODES EXTÉRIEURES
À LA SCIENCE JURIDIQUE, OUTILS D'ANALYSE PRIVILÉGIÉS
DU DROIT INTERNATIONAL**

CHAPITRE I. LES ENJEUX DE LA PERMÉABILITÉ ENTRE DROIT INTERNATIONAL ET RELATIONS INTERNATIONALES	281
Section I. La promotion d'un programme de recherche commun aux spécialistes de relations internationales et aux juristes	281
1. <i>Un rapprochement interdisciplinaire favorisé par une remise en cause commune du réalisme politique</i>	282
1- Le rejet durable du réalisme politique par les internationalistes américains	282
2- Le dépassement du réalisme politique par les spécialistes de relations internationales.....	284
3- La convergence d'intérêts des juristes et des spécialistes de relations internationales autour de la question de la « <i>compliance</i> »	286
2. <i>L'essor d'une relation symbiotique entre droit international et relations internationales</i>	288
1- Le recours des juristes aux méthodes issues des relations internationales	288
2- L'essor du constructivisme dans l'analyse des relations internationales.....	292
3- L'émergence d'une nouvelle discipline conjointe ?	294
Section II. La défense d'une lecture libérale du droit international	296
1. <i>Les sources de la théorie libérale du droit international</i>	296
1- Les fondements philosophiques du libéralisme et la doctrine internationaliste américaine.....	297
2- La contribution du mouvement « Droit International-Relations Internationales » au renforcement de la thèse libérale.....	302
2. <i>Les dangers d'un droit international conditionné par le libéralisme politique</i>	306
1- Les risques de décalage entre l'appréhension libérale du droit international et la réalité	307
2- L'inconvénient d'une moralisation du droit international	309

TABLE DES MATIÈRES

CHAPITRE II. L'OPPORTUNITÉ DU RECOURS À DES MÉTHODES ISSUES DES SCIENCES ÉCONOMIQUES.....	313
Section I. L'influence déterminante de l'école américaine « <i>Law and Economics</i> »	313
1. <i>L'apparition du courant Droit et Économie chez les économistes</i>	314
1- Un mouvement fondé les postulats économiques néoclassiques.....	314
2- Un mouvement protéiforme initié par les économistes de Chicago	316
2. <i>La large réception de l'analyse économique du droit chez les juristes</i>	319
1- L'impulsion donnée par les travaux de Richard A. Posner	319
2- Le succès inégalé de l'approche économique du droit aux États-Unis.....	322
Section II. L'apport relatif de l'analyse économique à l'examen du droit international	325
1. <i>La participation au renouveau de la pensée internationaliste américaine...</i>	326
1- La défense d'une analyse rationaliste du droit international	326
2- Le renforcement d'une lecture instrumentale du droit international	329
2. <i>L'introduction d'une vision restrictive du droit international</i>	332
1- Les risques d'une coopération internationale conditionnée par l'efficacité	332
2- La menace d'une réduction du droit international à une forme de rhétorique.....	336
CHAPITRE III. LA CONTRIBUTION DES NOUVELLES APPROCHES À UNE LECTURE CRITIQUE DE LA STRUCTURE DU DROIT INTERNATIONAL	341
Section I. L'introduction de la méthode déconstructiviste dans l'examen du droit international	342
1. <i>L'apport des Critical Legal Studies à une analyse critique du droit</i>	342
1- L'émergence d'une analyse déconstructiviste du droit sous l'influence du poststructuralisme	342
2- La diversification du mouvement critique américain.....	346
2. <i>Le concours des Nouvelles Approches du Droit International à la réception de la méthode déconstructiviste chez les internationalistes</i>	349
1- L'apparition d'un « Nouveau Courant » disciplinaire sous l'impulsion de David Kennedy	350
2- Les Nouvelles Approches du Droit International, un mouvement diffus	353
Section II. Le « <i>New Stream</i> », une position à contre-courant au sein de la doctrine.....	359
1. <i>La critique constructive de l'appréhension libérale du droit international défendue par la majorité des Américains</i>	359
1- La remise en cause de la structure libérale du droit international	360
2- L'indétermination du droit international, véhicule des valeurs subjectives irréconciliables.....	362

2. <i>La place marginale du « New Stream »</i>	365
1- Le difficile dépassement de la déconstruction du droit international	366
2- L'impact relatif de l'analyse critique dans le milieu internationaliste américain	368

**TITRE III. L'ORDRE JURIDIQUE INTERNE,
FIL CONDUCTEUR DES RÉFLEXIONS DOCTRINALES AMÉRICAINES**

CHAPITRE I. L'EMPRISE DU CADRE FÉDÉRAL SUR LE DISCOURS INTERNATIONALISTE	375
Section I. La prégnance du cadre juridique constitutionnel relatif à la conduite des relations internationales parmi les réflexions doctrinales.....	375
1. <i>L'encadrement constitutionnel des compétences internationales des États- Unis au centre des débats</i>	376
1- L'analyse détaillée des relations entre État fédéral et États fédérés	376
2- L'intérêt porté aux compétences respectives des autorités exécutives et législatives dans la conduite de la politique étrangère	380
2. <i>La participation des États-Unis aux mécanismes de coopération internationale soumise au respect des principes fondamentaux du droit américain</i>	384
1- La contribution conditionnelle des États-Unis au développement du droit international économique.....	384
2- Les exigences américaines relatives au Statut de Rome instituant la Cour pénale internationale	387
Section II. La place du droit international dans l'ordre juridique américain au cœur de l'analyse scientifique	390
1. <i>Le rejet apparent d'une approche dualiste du droit international</i>	391
2. <i>La limitation latente de l'application du droit international par le droit fédéral</i>	396
1- L'interprétation stricte de la maxime <i>lex posterior derogat priori</i> dans l'examen des rapports entre les traités et les lois fédérales	397
2- Le statut controversé de la coutume internationale en droit américain	400
CHAPITRE II. L'INTÉGRATION DU DROIT INTERNE DANS LE DISCOURS INTERNATIONALISTE	403
Section I. Le droit interne, moyen d'instrumentalisation du droit international	404
1. <i>L'interprétation légaliste des normes juridiques internationales par les « nouveaux souverainistes »</i>	404
1- Présentation des nouveaux souverainistes.....	404
2- Les distorsions provoquées par une interprétation « originaliste » des normes juridiques internationales	406

TABLE DES MATIÈRES

2. <i>L'utilisation du dualisme comme limite du champ d'application du droit international</i>	410
Section II. Le droit interne, outil de promotion du droit international.....	414
1. <i>L'« internalisation » du droit international au cœur des débats</i>	415
1- Les facteurs du mouvement d'internalisation	415
2- Le renforcement du dialogue entre internistes, acteurs nationaux et spécialistes de droit international	419
2. <i>La vision transnationale du droit : enjeux et limites</i>	422
1- L'essor du courant transnational au sein de la pensée internationaliste américaine.....	422
2- La promotion des réseaux transnationaux et leur contribution à l'effectivité des normes juridiques internationales	425
CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE.....	433

CONCLUSION GÉNÉRALE

*

<i>Bibliographie</i>	439
<i>Index onomastique</i>	489
<i>Table des matières</i>	497