

Autour d'une théorie démocratique du droit international

Projet I.U.F. 2012-2017

Olivier de Frouville

Professeur à l'Université Paris 2 (Panthéon-Assas)

Introduction

Le projet de recherche proposé dans le cadre de l'Institut universitaire de France s'inscrit dans la continuité d'une réflexion sur la durée, partie d'une interrogation sur les fondements du droit international moderne, jusqu'à la mise en exergue des éléments d'une théorie alternative, qualifiée de « théorie démocratique du droit international ».

Le projet a pour objet de poursuivre cette réflexion, entamée il y a un peu plus de quinze ans, mais qui connaît aujourd'hui un point d'orgue, dans le cadre d'un congé de recherche et d'un *visiting fellowship* à l'Université de Cambridge en Grande-Bretagne (I). Dans les années à venir, je souhaite prolonger ce parcours et approfondir encore la réflexion, en conservant cet équilibre et cette dialectique entre la théorie et la pratique qui jusqu'ici, a caractérisé ma démarche. Depuis le début de ma carrière universitaire, j'ai toujours tenu à conserver une « pratique juridique » au sein des organisations internationales. Cette pratique du droit – qui se traduit notamment depuis 2008 par ma qualité de membre du Groupe de travail des Nations Unies sur les disparitions forcées ou involontaire¹ – a constamment nourri à la fois ma réflexion doctrinale et mon enseignement. Il s'agira donc, dans les cinq années à venir, de procéder à un aller et retour constant entre la théorie et la pratique : mettre à contribution la théorie pour expliquer certains développements contemporains du droit international et élaborer, sur ces sujets, une vision prospective, constructive et valorisable ; mettre à profit l'étude de ces secteurs du droit pour soumettre la théorie à la critique et la renforcer le cas échéant : autrement dit, mieux expliquer le droit pour mieux le construire. La « philosophie » de ma recherche est d'aboutir à une théorie « pratique » et « réaliste » du droit international, ayant un impact sur le droit positif, tel qu'il est mis en œuvre et vécu dans les sociétés (II et III).

I – Une « théorie démocratique du droit international » : La continuité d'un projet

1°) Le travail de thèse et la mise en valeur d'une « conception démocratique du droit international »

La thèse² avait pour point de départ une réflexion de Michel Virally selon laquelle l'introduction des droits de l'Homme en droit international public n'était pas porteuse d'une simple « évolution », mais bien d'une véritable « mutation » de ce droit. Un passage obligé consistait à élucider sur le plan théorique cette idée de « mutation » du droit international. Il

¹ <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Disappearances/Pages/DisappearancesIndex.aspx>

² *L'intangibilité des droits de l'Homme en droit international. Droit conventionnel des droits de l'Homme et droit des traités*, Paris, Pedone, 2004. La thèse a été honorée par trois prix de thèse : prix des droits de l'Homme de la Société Française pour le Droit International, prix Maurice Picard « Droit et sciences politiques » de la Chancellerie des Universités de Paris ; prix Georges Scelle de la Chancellerie des Universités de Paris.

était de toute évidence impossible de comprendre la revendication de « spécificité » des droits de l'Homme au sein du droit international sans expliciter la manière dont les droits de l'Homme semblaient heurter de front le principe qui était au fondement même du droit international classique, à savoir le principe de Souveraineté. Cette réflexion a fait l'objet de deux publications d'étape. La première, en 2000, constitue un premier essai de lecture du droit positif à la lumière d'une théorie cosmopolitique du droit, avec « La Cour pénale internationale : une humanité souveraine ? », publié dans la revue *Les Temps modernes*³. La seconde, d'une quarantaine de pages, constitue le vrai point de départ de ma réflexion jusqu'à aujourd'hui : il s'agit d'un article intitulé « Une conception démocratique du droit international », parue dans la *Revue européenne des sciences sociales* en 2001⁴. Dans cet article, je posais les bases théoriques qui allaient me permettre d'élaborer ma thèse. Il s'agissait dans un premier temps de procéder à une relecture de la conception « classique » du droit international fondée sur la Souveraineté, en montrant à quel point celle-ci était devenue problématique dans la période contemporaine : pour reprendre les termes de Jürgen Habermas, après la Seconde Guerre Mondiale, l'Etat souverain avait définitivement « perdu sa présomption d'innocence ». La Souveraineté, conçue au départ comme un principe d'émancipation des peuples, pouvait également être aujourd'hui comprise comme un principe d'oppression. L'autonomie conférée à l'Etat lui assurant une totale indépendance et étant censée garantir l'autodétermination des peuples, se retournait contre ces derniers en empêchant toute forme d'intervention extérieure contre des régimes totalitaires ou dictatoriaux. Dès lors, il convenait de repenser les fondements du droit international.

Dans un deuxième temps, je me mettais donc en quête de fondements alternatifs et me tournais, pour ce faire, vers la doctrine « objectiviste », en particulier vers Hans Kelsen et Georges Scelle. La caractéristique commune de ces auteurs était d'avoir voulu tirer toutes les conséquences des apports des sciences sociales au début du XX^e siècle, pour réfuter tout subjectivisme – toute théorie du droit prenant pour point de départ le « sujet » de droit et sa volonté, son autonomie – et pour construire une théorie centrée sur l'objet « Droit ». Ces deux auteurs – chacun pour les besoins de leur théorie – rejetaient donc la Souveraineté comme étant au fondement du droit international. Pour autant, j'étais obligé de reconnaître que ces deux théories étaient insuffisantes : la théorie « pure » de Kelsen restait essentiellement formelle et se refusait à « juger » le droit, y compris celui de l'Etat totalitaire ; quant à la théorie « sociologique » de Georges Scelle, elle ne parvenait pas à expliquer de quelle manière s'effectuait l'articulation entre le « fait social » et le « pouvoir », dont l'interaction était censée être à l'origine de la règle de droit : en définitive, la théorie sociologique risquait d'entériner « la loi du plus fort », faute de parvenir à concevoir les conditions de légitimité de la règle.

Dans une troisième partie, j'étais donc conduit à rechercher une théorie qui permette de remédier à ces lacunes : comment « juger » le droit ? Comment expliquer que le « pouvoir » réponde aux exigences du « fait social » ? Pour ce faire, je me suis tourné vers la théorie kantienne du droit. J'ai défendu l'idée selon laquelle la théorie kantienne était à l'origine d'une « conception démocratique du droit », en ce sens où la définition que Kant donne du droit est étroitement liée à l'idée de liberté : chez Kant, la liberté est non seulement le fondement « subjectif » du droit, mais également le but du droit, dans la mesure où le droit

³ N° 610, automne 2000, pp. 257-288.

⁴ *R.E.S.S. (Cahiers Vilfredo Pareto)*, t. XXXIX, 2001, n°120, pp. 101-144.

est, dans la vie sociale, conçu comme une technique de conciliation des libertés de chacun. A cela s'ajoutait que Kant était le seul auteur ayant théorisé et problématisé la question de la Souveraineté en droit international. A travers la *Doctrine du droit* et son *Projet de paix perpétuelle*, Kant montre le caractère à la fois central et problématique de la Souveraineté comme fondement du droit international. Fondant théoriquement un monisme à la fois historique et juridique, il soutient que le dépassement de la Souveraineté est un devoir de la Raison, car seule la sortie de l'état de nature des Etats pourra établir la *paix perpétuelle* et parachever l'œuvre du droit public commencée au sein de chaque Etat. Cette idée d'un droit cosmopolitique (c'est à dire d'un droit universel dont les individus seraient les sujets), fondée sur une conception démocratique du droit m'est apparue comme extrêmement féconde, pourvu qu'on l'adapte aux évolutions de la pensée contemporaine. A cet égard, j'ai pu m'appuyer pleinement sur la pensée du philosophe Jürgen Habermas, dont l'un des objectifs était précisément de refonder la philosophie kantienne à la lumière des apports des sciences sociales et de la linguistique au début du XXème siècle. D'une certaine manière, Habermas m'a permis de relier Kant à Kelsen et Scelle, puisqu'il offre une version renouvelée de la pensée kantienne passée au crible de la critique objectiviste.

L'article se concluait par une réflexion sur le droit international contemporain : le Pacte de la Société des Nations, puis la Charte des Nations Unies ont introduit la philosophie kantienne au sein du droit international positif, non seulement à travers le principe d'interdiction du recours à la force pour le règlement des différends internationaux, mais également à travers le principe de respect des droits de l'Homme, ces derniers pouvant se penser comme les « droits constitutionnels » au sein d'une Fédération cosmopolitique en devenir.

Cette réflexion a été le véritable point de départ de la thèse elle-même. Elle m'a permis d'expliquer sur le plan théorique la tension qui anime le droit international contemporain – entre le principe de Souveraineté au fondement du droit de « la Société des Etats souverains » et les droits de l'Homme, au fondement du droit de « la Société humaine universelle ». Il m'était désormais plus facile de mettre en valeur et d'expliquer les tensions perçues dans le régime conventionnel des droits de l'Homme et dans le droit des traités internationaux lui-même – droit consensuel s'il en est – confronté aux exigences cosmopolitiques des droits de l'Homme.

Pourtant, il était évident que la reconstruction amorcée ne s'arrêtait pas aux frontières de la problématique conventionnelle : d'autres domaines du droit international étaient affectés. Par ailleurs, j'étais loin, je le comprenais, d'avoir épuisé la question théorique.

2°) Au-delà de la thèse : vers une « théorie démocratique du droit international » ?

Dans une conférence donnée dans le cadre de l'école doctorale de l'Université Paris I, le 12 mars 2005, sous le titre « Autour d'une conception démocratique du droit international »⁵, je m'interrogeais sur le bien fondé de l'approche cosmopolitique, face aux coups de boutoirs assénés par l'Histoire, dans toute la période ayant suivi le 11 septembre 2001. Et, effectivement, l'approche cosmopolitique, se heurtait à de nombreuses objections dont je commençais à percevoir l'importance, notamment à travers la lecture d'auteurs anglo-saxons aussi importants que Marti Koskenniemi ou David Kennedy – auteurs se réclamant du

⁵ Non publiée, disponible sur le site : <http://www.frouville.org>, section des publications.

courant des *Critical Legal Studies*⁶. Il convenait par conséquent de passer cette conception au crible de la critique, et surtout de la confronter à la réalité du droit positif en plusieurs domaines.

Dans la suite de mes recherches, j'ai essayé autant que possible de continuer à creuser deux sillons parallèles : l'exploration d'un certain nombre de régimes de droit positif, en tentant à chaque fois de voir dans quelle mesure le cadre conceptuel du cosmopolitisme permettait ou pas de donner une explication valide à leur évolution ; la poursuite d'une réflexion sur le plan théorique, notamment en essayant de revisiter un certain nombre d'idées formulées dans mon article « Une conception démocratique du droit international », à la lumière des critiques qui m'avaient été adressées ou que j'avais pu moi-même relever chez certains auteurs⁷.

⁶ V. notamment, M. Koskenniemi, *La politique du droit international*, Paris, Pedone, 2007, et la présentation critique d'Emmanuelle Jouannet ; et de David Kennedy, *The Dark Side of Virtue. Reassessing international humanitarianism*, Princeton University Press, 2004.

⁷ A la **première catégorie** se rattachent notamment : un commentaire de l'arrêt de la Cour internationale de Justice sur les exceptions préliminaires dans l'*Affaire Ahmadou Sadio Diallo*, dans lequel j'essayais de remettre en perspective la théorie de la protection diplomatique à la lumière d'une « conception démocratique du droit » (« Affaire Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République Démocratique du Congo). Exceptions préliminaires : le roman inachevé de la protection diplomatique », *Annuaire Français de Droit International*, 2007, pp. 291-327) ; une contribution relative à la « société civile internationale » - une notion centrale au regard de la théorie de la discussion habermassienne – mais dans une perspective très « pratique », puisqu'il s'agissait d'analyser le phénomène des « **ONG serviles** » (ONG servant les fins des gouvernements) dans le cadre institutionnel onusien (« Une société servile à l'ONU ? », *Revue Générale de Droit International Public*, 2006/2, pp. 391-434. Traduit et mis à jour en anglais en 2008 : in Pierre-Marie Dupuy, Luisa Vierucci, *NGOs in International Law. Efficiency in Flexibility*, E. Elgar, 2008, pp. 71-115) ; une communication sur la question de l'**effectivité des instruments universels de protection des migrants** et sur la question de la construction d'une « gouvernance » des migrations internationales (« Les instruments universels de protection des migrants : quelle effectivité ? », communication lors du colloque du CERIC, Université Paul Cézanne, Aix-Marseille III, *La société internationale face aux défis migratoires*, 13-14 janvier 2011, à paraître en 2012, Pedone).

Dans la **seconde catégorie** se rangent notamment : une conférence donnée dans le cadre de l'Institut Universitaire Européen de Florence, dans laquelle j'abordais pour la première fois la question des **conditions de possibilité d'une « théorie démocratique du droit international »** - au-delà donc de la simple « conception » relevée chez certains auteurs (« Droits de l'Homme et théorie démocratique du droit international », séance de clôture du séminaire de recherche « Droits de l'Homme et droit international » des professeurs Pierre-Marie Dupuy et Franco Francioni, 11 décembre 2006) ; une communication dans le cadre d'un colloque qui s'est tenu les 5 et 6 mars 2010 à Paris, sur le thème « Les droits de l'Homme ont-ils constitutionnalisé le monde ? », dans laquelle je défend et développe l'idée de **Constitution en droit international** (« Le paradigme de la constitutionnalisation vu du droit international », in S. Henette-Vauchez et J.-M. Sorel (dir.), *Les droits de l'Homme ont-ils "constitutionnalisé le monde" ? Retour sur la construction savante du droit européen des droits de l'homme, à l'occasion du 60ème anniversaire de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2011, pp. 193-216 ; une contribution relative à nouveau à la **notion de « société civile »**, mais cette fois à l'interface de la théorie et de la pratique : dans le cadre de cette contribution, élaborée à l'occasion d'une conférence donnée à l'Université Panthéon-Assas – j'essaye en effet de préciser le statut théorique de la « société civile internationale » au sein des organisations internationales, à la lumière d'une théorie cosmopolitique du droit international ; avant de me pencher sur les actions de la diplomatie française sur ce sujet et de faire des recommandations pour l'élaboration d'une politique étrangère en la matière (« La place de la société civile dans les organisations internationales : quelle stratégie pour la France au XXIème siècle ? », in G. Cahin, S. Szurek, F. Poirat, *La France et les organisations internationales au XXIème siècle*, Paris, Pedone, à paraître en 2012).

3°) Le projet de Cambridge : « Eléments pour une théorie démocratique du droit international »

Cette série de contributions me donnait l'assise nécessaire pour aller plus loin : il s'agissait de rédiger un ouvrage plus complet établissant les bases conceptuelles d'une théorie démocratique du droit international. C'est dans cette perspective que j'ai sollicité, pour l'année 2011-2012, un congé de recherche, ainsi qu'un *visiting fellowship* au *Lauterpacht Center for International Law*⁸ de l'Université de Cambridge, Royaume-Uni.

Le résultat de mes recherches prendra la forme d'une monographie en anglais intitulée « Elements for a Democratic Theory of International Law ». Cette monographie devrait me permettre de reprendre et de synthétiser tous les acquis de ma réflexion pendant plus de dix ans, mais aussi de renforcer la cohérence et la solidité de la construction. Sur ce deuxième point, l'objectif est double :

- confronter mes idées aux théories critiques du cosmopolitisme et y répondre, mais aussi trouver un soutien parmi les contributions les plus récentes à la théorie cosmopolitique, qui sont très nombreuses dans la littérature anglo-saxonne ;
- élaborer de manière cohérente et systématique les éléments d'une « théorie démocratique du droit international », c'est à dire un système conceptuel ayant l'ambition d'expliquer le droit international positif et le sens de son évolution.

Le choix de publier en anglais correspond à une stratégie d'internationalisation et à la conviction profonde que la publication en anglais de la doctrine française aujourd'hui contribue à sa promotion dans la communauté internationale des chercheurs. En écrivant cet ouvrage en anglais, j'espère faire connaître mes travaux aux chercheurs anglophones et, de ce fait, les inciter à s'intéresser plus largement à la doctrine française du droit international. Je prend également en compte le fait que le courant cosmopolitique est visible et connaît une actualité éditoriale importante dans le monde anglo-saxon, ce qui n'est pas le cas sur le continent, et en particulier en France.

III – Entre théorie et pratique : Programme et méthodologie de la recherche à l'I.U.F.

Le projet de recherche envisagé dans le cadre de l'Institut Universitaire de France part d'un constat et d'une nécessité.

Le *constat* est celui de l'incapacité pour la théorie « classique » du droit international, fondée sur le principe de Souveraineté, d'expliquer la plupart des développements contemporains du droit international et, surtout, sur un plan prospectif, de relever les défis engendrés par la globalisation. Au XIX^{ème} siècle, le problème principal du droit international

⁸ Le *Lauterpacht Center for International Law* à Cambridge est aujourd'hui le centre de recherche le plus actif en Grande-Bretagne dans le domaine du droit international. Le Centre a été fondé par l'un des plus grands internationalistes britanniques, le professeur Elihu Lauterpacht. Il a par la suite été longtemps dirigé par le professeur James Crawford, ancien Rapporteur spécial de la Commission du droit international des Nations Unies, ce qui a contribué à sa renommée et à son attractivité. Les travaux du Centre sont consacrés à la recherche en droit international. Il n'organise pas de sessions d'enseignement, même si ses membres enseignent à titre individuel à l'Université de Cambridge. Par ailleurs, ses activités se caractérisent par leur ouverture à l'international, à travers un important programme de « *visiting fellowship* » sans équivalent en Grande-Bretagne.

consistait à assurer la coexistence pacifique entre des entités souveraines – des Etats se pensant comme monades et s’affirmant comme complètement auto-nomes à la fois à l’intérieur de leurs frontières et dans leurs relations externes avec d’autres entités aspirant à la même autonomie. Aujourd’hui, la question fondamentale n’est plus celle de la coexistence des Etats – car cette coexistence n’est plus un choix, elle est une obligation dans la mesure où tous les Etats sont interdépendants, dans un monde fini et clos sur lui-même. Le problème du droit international est celui de la défense et de la survie de l’humanité face à un certain nombre de défis globaux.

Pour ne donner que quelques exemples : la question économique – et qui ne le voit pas depuis 2008 au moins – n’est plus une question nationale mais une question globale, dans la mesure où la libéralisation internationale des marchés a rendu les frontières quasi-obsolètes aux yeux des acteurs économiques ; la question des migrations ne peut plus être résolue par la seule fermeture des frontières nationales et justifie toujours davantage de discussions à des échelons régionaux ou internationaux ; la crise alimentaire, qui touche cruellement certains pays en développement ne peut plus être cantonnée aux problèmes conjoncturels rencontrés par certains pays et doit impérativement trouver des réponses dans l’élaboration de politiques appropriées à l’échelle des organisations internationales... On pourrait multiplier les exemples, allant de la question de l’accès à l’eau douce jusqu’à la commission des génocides et celle de l’intervention armée étrangère, en passant par la problématique du réchauffement climatique...

Continuer à penser le droit international comme un droit essentiellement fondé sur la Souveraineté de l’Etat dans ce contexte, c’est non seulement s’empêcher de comprendre le processus actuel d’élaboration d’un droit global, mais également, et plus gravement, se priver du moyen de concevoir les conditions de possibilité de ce droit global en tant que droit légitime. Or, il est tout aussi dangereux d’essayer fonder un ordre international sur l’égoïsme des nations et des Etats souverains, que de tenter d’élaborer un droit global qui, sans garanties de légitimité, pourrait fort bien devenir le vecteur privilégié d’un nouvel impérialisme. Comme le souligne Habermas, le monde se trouve aujourd’hui pris dans une transition risquée :

« A mi-chemin entre l’ordre des Etats-nations et l’ordre cosmopolitique, on ne sait pas bien ce qui est le plus dangereux : le monde en déclin des sujets souverains du droit international, qui ont depuis bien longtemps perdu leur innocence, ou la situation peu claire des institutions et conférences supranationales, certes capables d’acquérir une légitimité d’emprunt, mais qui dépendent toujours de la bonne volonté d’alliances disposant de la force. »⁹

Face à ces défis, l’élaboration de théories alternatives du droit international apparaît comme une *nécessité*. La « théorie démocratique du droit international » que j’ai essayé de construire depuis quelques années – à partir d’une conception à la fois kantienne et objectiviste du Droit – est une tentative pour répondre à cette nécessité.

Dans le cadre de l’I.U.F., je souhaite poursuivre cette démarche en demeurant à l’interface entre la théorie et la pratique juridique. Pour faire en sorte que la pratique puisse mettre à l’épreuve la théorie et que la théorie puisse avoir un impact sur la pratique, il faut à la fois séparer et lier ces deux domaines de la recherche.

⁹ J. Habermas, « Le débat interculturel sur les droits de l’homme », in J. Habermas, *L’intégration républicaine*, Paris, Fayard, 1996, p. 246.

- *Séparer*, en conservant à la réflexion théorique son autonomie : un premier volet de la recherche sera donc consacré à la poursuite de la réflexion théorique. L'enjeu ici est double : acclimater les théories cosmopolitiques en France et soumettre la « théorie démocratique du droit international » à la discussion.

- *Lier*, en explorant et en analysant plusieurs thématiques nouvelles du droit international avec l'aide de praticiens, tout en essayant de donner une nouvelle interprétation de ces pratiques à la lumière de la « théorie démocratique du droit international ».

1°) Séparer pour mieux expliquer : recherches sur une théorie démocratique du droit international

Dans ce premier volet de la recherche, on cherchera à approfondir la réflexion relative à une théorie démocratique du droit international, selon deux axes, qui donneront chacun lieu à une valorisation scientifique sous la forme de conférences, de colloques ou d'ouvrages collectifs.

a) Le premier axe a pour objet *la promotion de l'étude des théories cosmopolitiques en France et dans le monde francophone*. Si, en France, le courant cosmopolitique est bien présent dans le champ philosophique¹⁰, il est quasiment absent de la réflexion juridique. Dans la doctrine contemporaine du droit international, rares sont les auteurs qui en discutent les propositions¹¹. Cet état de la doctrine contraste avec celui qui prévaut dans d'autres pays européens, notamment en Allemagne¹², en Grande-Bretagne ou aux Pays-Bas¹³. Le monde anglo-saxon ou anglophone, en particulier, connaît une actualité éditoriale impressionnante autour du cosmopolitisme depuis plusieurs années. Cette actualité couvre toutes les disciplines et tend dans certains cas vers l'interdisciplinarité : la doctrine cosmopolitique amène à un certain monisme qui s'étend à l'épistémologie de la science.

Ce premier objectif de la recherche consiste donc à essayer d'amorcer l'importation de ces débats sur le cosmopolitisme en France. Dans la mesure du possible (et selon les moyens disponibles), un tel objectif pourra être atteint par l'organisation de conférences individuelles données par de grands représentants du courant cosmopolitique à l'étranger dans toutes les disciplines concernées. La série de conférence pourrait se clôturer par la tenue d'un colloque international ayant pour objet de susciter un dialogue entre les auteurs

¹⁰ V. par ex. Jean-Marc Ferry, *Europe. La voie kantienne*, Paris, Cerf, 2005; Monique Canto-Serber, *La morale du monde*, Paris, PUF, 2010.

¹¹ V. Pierre-Marie Dupuy, notamment le cours général à l'Académie de droit international de La Haye, « L'unité de l'ordre juridique international : cours général de droit international public », 2000, vol. 297, pp. 9-489 et : « L'enfer et le paradigme : libres propos sur les relations du droit international avec la persistance des guerres et l'objectif idéal du maintien de la paix », in *Mélanges offerts à Hubert Thierry. L'évolution du droit international*, Paris, Pedone, 1998, pp. 187-200; Emmanuelle Jouannet, v. notamment « L'idée de communauté humaine à la croisée des Etats et de la communauté mondiale », *Archives de philosophie du droit*, 2003, t. 47, pp. 191-232; et v. par ailleurs, pour un état des lieux de la doctrine française du droit international, la contribution de cette auteure : « Regards sur un siècle de doctrine française du droit international », *Annuaire Français de Droit International*, 2000, pp. Et dans le champ de la philosophie du droit, v. surtout Simone Goyard-Fabre, notamment *La construction de la paix ou le travail de Sisyphe*, Paris, Vrin, 1994.

¹² V. par ex. le cours de Christian Tomuschat à l'Académie de La Haye : « International Law : ensuring the survival of mankind on the eve of a new century : general course on public international law », *R.C.A.D.I.* 1999, vol. 281, pp. 9-438.

¹³ V. parmi beaucoup d'autres dans l'actualité éditoriale récente : Roland Pierik, Wouter Werner, *Cosmopolitanism in context*, Cambridge University Press, 2010; Steven C. Roach (dir.), *Governance, Order and the International Criminal Court. Between Realpolitik and a Cosmopolitan Court*, Oxford University Press, 2009; Jan Klabbers, Anne Peters, *The constitutionalization of international law*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

étrangers et la doctrine française. Ce premier événement sera pour moi l'occasion de situer la « théorie démocratique du droit international » dans le champ doctrinal français et international.

b) Le second axe consistera à soumettre la « théorie démocratique du droit international » à la discussion scientifique. Ceci pourra se faire, en premier lieu, à travers l'organisation de conférences individuelles ou de séminaires de réflexion tout au long du mandat. Trois thèmes ont à cet égard été identifiés :

- La Souveraineté est-elle toujours au fondement du droit international ? Mise en perspective historique, philosophique, politique et juridique.
- Actualité de l'objectivisme juridique en droit international.
- Libéralisme et républicanisme en droit international contemporain.

Cette série de conférences et de séminaires pourra se clore par l'organisation, en fin de mandat, d'un colloque interdisciplinaire ayant pour objectif de faire le bilan théorique de la recherche relative à une « théorie démocratique du droit international ».

2°) Lier pour mieux construire : analyse critique et constructive du droit global

Dans ce deuxième volet de la recherche, on tentera d'établir un lien entre la théorie juridique et la pratique quotidienne du droit. Cinq thématiques ont été choisies, avec pour objectif d'en traiter une par année par le biais de contributions individuelles ou de recherches collectives. Ces cinq thèmes n'ont pas été choisis au hasard :

- Chacun représente une facette du développement contemporain d'un droit global, concentrant les problématiques propres à ce processus qui nous intéressent dans le contexte d'une théorie démocratique du droit international : questions de la formation d'un espace public international et d'une société civile internationale ; concept de « Constitution internationale » ; redistribution des compétences entre sujets etc.
- La sélection constitue un échantillon représentatif des divers secteurs de développement du droit global : droit du maintien de la paix et de la sécurité internationale ; droit international économique ; contentieux international et justice internationale ; droit des organisations internationales ; droit international des droits de l'Homme.
- Chaque thème a déjà fait par le passé l'objet de recherches qui, bien que parcellaires, constituent un point de départ solide.

Ces cinq thèmes sont : l'intervention d'humanité ; la gouvernance mondiale des migrations ; la problématique du régime juridique international des ressources génétiques et savoirs traditionnels ; le fonctionnement des structures de délibération « décloisonnées » ouvertes à la société civile dans les organisations internationales ; la théorie et la pratique du principe de complémentarité dans le cadre de la Cour pénale internationale.

a) L'intervention d'humanité (2012-2013)

La thématique de *l'intervention d'humanité* est au cœur de l'interrogation relative à la construction d'un droit cosmopolitique¹⁴. Un des ressorts de l'évolution vers un ordre

¹⁴ Cette thématique a été traitée, pendant quatre ans, dans le cadre du cours que je dispensais dans le cadre du M2 « Droit public général » de l'Université de Montpellier – cours intitulé « Droits de l'Homme et

cosmopolitique réside dans la *perte de la présomption d'innocence* dont bénéficiaient les Etats, présomption qui avait rendu possible la construction d'un ordre international fondé sur le principe de Souveraineté. La Souveraineté a été au départ conçue, dans les relations extérieures, comme un principe émancipateur : la conquête de la liberté se fait d'abord, historiquement, par la formation des Etats modernes et par l'affirmation du principe d'autodétermination. Les Etats sont libres de déterminer leur propre régime politique et leur propre politique économique. Mais ce principe de liberté à l'intérieur des frontières a pour corollaires, dans les relations extérieures, un principe de non intervention dans les affaires intérieures et un principe d'*indifférence* du droit international à la forme des régimes politiques. L'évolution du droit international contemporain montre que ce principe d'indifférence est remis en cause : d'une part parce que le droit international prescrit une forme de régime politique : la démocratie¹⁵ ; d'autre part, parce que le droit international régit la condition des individus à l'intérieur des frontières des Etats et interdit la commission par les Etats de crimes graves à l'encontre de leurs propres populations. La doctrine contemporaine de la *responsabilité de protéger* instaure une conception « fonctionnelle » de la Souveraineté, en partant du principe qu'un Etat qui commet des crimes contre sa propre population est en quelque sorte *déchu* de son pouvoir souverain, ce qui légitime l'intervention – y compris l'intervention armée – de la Communauté internationale. On voit bien à la fois toutes les difficultés d'une telle conception et en même temps tous ses dangers : comment la mettre en œuvre dans un ordre international encore peu institutionnalisé et dominé par le jeu des puissances ? Il s'agira ici d'étudier la pratique récente des interventions armées, en particulier en Côte d'Ivoire et en Libye, et d'examiner dans quelle mesure la doctrine de la « responsabilité de protéger » est en mesure de remplir la fonction qui lui est assignée, à savoir celle d'une « mise sous tutelle » de la souveraineté des Etats, en attendant l'instauration d'un véritable ordre cosmopolitique. Ce faisant, on aura traité de l'un des aspects les plus épineux de la théorie démocratique du droit international : à savoir la question de la diffusion, voire de l'imposition de la démocratie par la force, sur la base d'une légitimité internationale incertaine. Cette recherche sera valorisée par la publication d'une ou de plusieurs contributions monographiques, ainsi que par l'enrichissement du contenu du cours de Master que je développe depuis cinq ans.

b) Les migrations internationales (2013-2014)

La question des *migrations internationales*¹⁶ était, il y a quelques années encore, considérée comme un problème relevant strictement de la Souveraineté des Etats. La migration était traitée essentiellement à la lumière du paradigme de la Frontière, le migrant étant considéré avant tout comme un *étranger*, bienvenu ou malvenu selon les cas. Les régimes internationaux existant se bornaient à régir deux aspects des migrations : l'aspect

mutation du droit international ». Sur la responsabilité de protéger, j'ai par ailleurs publié : « Les victimes et les manquements à la responsabilité de protéger : remarques introductives », Société Française pour le Droit international, colloque de Nanterre consacré à la *Responsabilité de protéger*, 8 juin 2007, Paris, Pedone, 2008, pp. 243-248.

¹⁵ V. James Crawford, *Democracy in international law : inaugural lecture, delivered 5 march 1993*, Cambridge University Press, 1994 ; Jean d'Aspremont, *L'Etat non démocratique en droit international. Etude critique du droit international positif et de la pratique contemporaine*, Paris, Pedone, 2008.

¹⁶ Cette thématique a été traitée récemment dans une communication : « Les instruments universels de protection des migrants : quelle effectivité ? », communication lors du colloque du CERIC, Université Paul Cézanne, Aix-Marseille III, *La société internationale face aux défis migratoires*, 13-14 janvier 2011, à paraître en 2012, Pedone.

sécuritaire, permettant aux Etats de garantir mutuellement la sécurité de leurs frontières ; et l'aspect *humanitaire*, avec la question du droit d'asile accordé exceptionnellement aux persécutés (droit international des réfugiés). L'irruption des droits de l'Homme dans le champ de la migration est venu ajouter une nouvelle dimension à la problématique en reconnaissant que, comme toute personne humaine, le migrant avait des *droits* à opposer à l'Etat. Pour autant, une telle reconnaissance formelle est loin de s'être traduite dans les faits, alors même que le phénomène de la migration n'a cessé de prendre de l'ampleur. Les régimes internationaux, bilatéraux ou multilatéraux, semblent aujourd'hui impuissants à résoudre les défis posés par les migrations contemporaines. La création d'un *Forum mondial des migrations* est venue confirmer la nécessité d'un espace de délibération sur le sujet à l'échelle internationale.

Les nouvelles pistes de travail tendent vers la création d'une véritable *gouvernance mondiale* de la migration, faite de délibérations à plusieurs niveaux et incluant tous les acteurs, à savoir non seulement les Etats, mais également les entreprises, les ONG et les migrants eux-mêmes. Question globale, nécessitant une réponse globale, les migrations internationales sont un terrain d'étude privilégié d'application d'une théorie démocratique du droit international. Il s'agira dans ce cadre d'effectuer avant tout une étude de *terrain*, par une participation en tant qu'observateur au *Forum mondial des migrations* et aux différents autres débats menés dans les organisations internationales durant l'année 2013-2014. A cette occasion seront organisées des entretiens avec les acteurs de la gouvernance mondiale des migrations : diplomates, responsables d'ONG, représentants d'entreprises multinationales et groupements de défense des migrants. Cette enquête donnera lieu à une publication monographique, dans laquelle on essaiera de mettre en perspective le processus étudié à la lumière d'une théorie démocratique du droit international.

c) « Ressources génétiques et savoirs traditionnels » : fragmentation et cohérence de l'ordre juridique international (2014-2015)

Cet axe s'appuie sur une recherche collective entamée depuis 2010 au sein de l'Institut de Droit Européen des Droits de l'Homme (I.D.E.D.H.) dont je suis membre. Depuis début 2010, je dirige en effet un groupe de recherche au sein de l'I.D.E.D.H. consacré à cette question. Deux séminaires d'étude ont déjà eu lieu dans une optique interdisciplinaire visant à associer juristes internationalistes, privatistes spécialistes des questions de propriété intellectuelle, économistes et agronomes. Le thème de la recherche part d'un constat factuel : le dépôt de *brevet* portant sur certaines *ressources génétiques*¹⁷, en particulier lorsqu'elles sont liées à des *savoirs traditionnels*, est susceptible d'avoir un impact direct sur les droits de l'Homme et de donner lieu à certaines violations, parfois graves, de ces droits. Cette utilisation du droit des brevets est désignée par ses opposants sous l'appellation de « bio-piraterie ». Les codes génétiques d'espèces vivantes sont « piratés » et brevetés, de manière à attribuer au titulaire du brevet des droits exclusifs d'exploitation. Or les ressources génétiques ainsi placées sous brevet n'ont aucun caractère de nouveauté, leurs qualités ayant été développées de longue date sur la base d'un « savoir traditionnel ». Les droits de l'Homme susceptibles d'être affectés sont notamment les droits culturels, le droit à l'alimentation et le droit à la santé, pour les conséquences les plus voyantes de ces pratiques.

¹⁷ C'est à dire les caractéristiques génétiques d'une plante ou d'un animal ayant une valeur effective ou potentielle pour l'humanité.

La question des *ressources génétiques et savoirs traditionnels* (ci-après RGST) est abordée au sein de plusieurs institutions, produisant chacune un régime juridique distinct, avec des approches essentiellement divergentes, voire conflictuelles. A une approche purement commerciale (OMC) répond une approche droits de l'Homme (ONU/OIT). De même, la logique d'appropriation par les Etats au nom de la Souveraineté (Convention sur la Diversité Biologique) heurte de front à la fois les concepts de patrimoine commun (FAO/UNESCO), de propriété intellectuelle (OMPI), d'héritage spirituel propre aux populations autochtones et de développement durable (ONU/PNUD/PNUE).

La recherche part du postulat que le droit international des droits de l'Homme doit être érigé en cadre constitutionnel matériel de l'ordre juridique international. Il s'agit dès lors d'une approche prospective et prescriptive visant à ré-ordonner les principes juridiques applicables à la question des RGST sur la base d'une approche fondée sur les droits de l'Homme (*a human rights based approach — HRBA*).

L'objectif, dans le cadre de cet axe, est l'organisation d'un colloque international pendant l'année 2014-2015, permettant de rassembler l'ensemble des contributions et de faire le bilan de la recherche menée depuis 2010 sur le sujet. Ce colloque sera ultérieurement publié sous la forme d'un ouvrage collectif dont j'assurerai la direction.

d) Les structures « décloisonnées » de délibération dans les organisations internationales : vers un espace public global (2015-2016)

Une étude récente sur le statut de la société civile dans les organisations internationales¹⁸ m'a permis de jeter un premier regard sur des structures innovantes de délibération apparues ces quinze dernières années sur le plan international. Traditionnellement, les acteurs collectifs non étatiques que sont les ONG et les entreprises ne sont pas directement associés aux délibérations des organisations internationales. Ils peuvent, dans certains cas, se voir accorder un statut dit « consultatif », à vocation essentiellement instrumentale. Or depuis une quinzaine d'années se sont créées, dans un certain nombre de secteurs du droit international, des structures que j'ai qualifiées de « décloisonnées », en ce sens où elles tendent à abattre la « cloison » habituellement érigée entre les acteurs étatiques et les acteurs non étatiques. Dans certaines de ces structures, les acteurs non étatiques sont désignés comme membres à part entière, avec des droits égaux à ceux des Etats, y compris un droit de vote (par ex. UNITAID). Dans d'autres structures, l'organe de délibération reste intergouvernemental, mais les acteurs étatiques sont associés de manière externe, dans la mesure où ils se voient confiés (ou parfois s'auto-confèrent) un rôle essentiel dans la mise en œuvre de la procédure (comme dans le cadre du traité sur les mines anti-personnels, par ex.)

Ce sont ce type de structures qui seront étudiées pendant l'année 2015-2016. La technique de l'étude de terrain sera reprise ici. Car il ne s'agit pas tant d'en connaître le principe en théorie, que d'examiner leur fonctionnement dans la pratique. Ces mécanismes innovants ont-ils véritablement une valeur ajoutée en termes de délibération publique ? Permettent-ils de donner corps à une forme de démocratie internationale, au sens de la théorie de la discussion d'Habermas ? On procédera donc, là aussi, à des entretiens multiples avec des acteurs de tous bords, pour acquérir une vision concrète du fonctionnement de ces

¹⁸ « La place de la société civile dans les organisations internationales : quelle stratégie pour la France au XXIème siècle ? », in G. Cahin, S. Szurek, F. Poirat, *La France et les organisations internationales au XXIème siècle*, Paris, Pedone, à paraître en 2012.

mécanismes, et pouvoir confronter cette connaissance de terrain avec la théorie. Cette étude donnera lieu à une publication sous la forme d'un article ou d'une monographie.

e) Théorie et pratique du principe de complémentarité dans le cadre de la Cour pénale internationale (2016-2017)

La Cour pénale internationale est souvent envisagée et perçue comme l'institution du projet cosmopolitique par excellence¹⁹. Le principe du droit international pénal est lui-même un dépassement du principe de Souveraineté, dans la mesure où il prétend rendre possible le jugement des titulaires de la Souveraineté. Or, en droit international classique prévaut le principe de l'immunité de juridiction, qui découle de l'impossibilité pour les Etats de se juger entre pairs. Dépasser ce principe exigeait de procéder à une double révolution juridique : reconnaître une catégorie de *crimes internationaux* affectant l'Humanité dans son ensemble, et non plus les seuls intérêts étatiques ; admettre qu'un tribunal puisse se faire juge *au nom de l'humanité*, pour punir les auteurs de tels crimes. Les notions de crime international et de justice pénale internationale, on l'a souvent dit, transpercent le voile de la Souveraineté pour rechercher la responsabilité de l'auteur de l'acte, *quel que soit sa qualité*.

Les développements de ces vingt dernières années ont permis d'effectuer successivement ces deux révolutions. Tout d'abord avec des institutions *ad hoc* – les deux tribunaux pénaux créés par le Conseil de sécurité des Nations Unies (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et Tribunal pénal pour le Rwanda) ; ensuite avec la création de la Cour pénale internationale (CPI) en 1998. Le Statut de la CPI est innovant à de nombreux égards. Un des principes centraux de la nouvelle institution réside notamment dans le principe de *complémentarité*. Ce principe signifie essentiellement que les juridictions nationales disposent d'une compétence *prioritaire* pour juger les crimes internationaux visés par le Statut. Mais cette priorité demeure conditionnée au constat, par la Cour, de la volonté et de la capacité des instances nationales à procéder à ce jugement. Autrement dit, les autorités nationales ne peuvent imposer leur compétence à la Cour ; c'est la Cour qui impose sa compétence aux Etats, lorsqu'elle juge que les crimes qui ont été commis risquent de rester impunis, faute pour les Etats d'avoir pris les mesures nécessaires pour les juger. Ce principe de complémentarité a un corollaire fondamental : c'est qu'il met en quelque sorte l'action judiciaire des Etats sous la surveillance de la Cour. Le premier Procureur de la Cour a ainsi développé le concept de *complémentarité positive* qui vise à inciter activement les Etats à adopter toutes les mesures nécessaires pour lutter efficacement contre les auteurs de crimes internationaux. Le Procureur effectue ainsi des *visites* dans les pays, qui sont tout autant des missions tendant à *encourager* les Etats à adopter les mesures demandées, qu'à contrôler les efforts fait par eux dans ce sens. Ce qui en résulte progressivement est un *système global* de justice internationale, avec une articulation étroite entre l'action des juridictions nationales et l'action de la CPI, de manière à créer un réseau de compétence tel que les criminels ne puissent trouver aucun refuge à la surface du globe.

¹⁹ V. sur ce point notre contribution : « La Cour pénale internationale : une humanité souveraine », *Les Temps modernes*, n° 610, automne 2000, pp. 257-288. Cette thématique s'appuie sur de nombreuses recherches et études dans le domaine du droit international pénal (v. section publications) et notamment : « Commentaire de l'article 14 du Statut de la Cour pénale internationale », in J. Fernandez, X. Pacreau, *Commentaire article par article du Statut de la Cour pénale internationale*, Paris, Pedone, à paraître en 2011.