

ANNUAIRE FRANÇAIS
DE
RELATIONS
INTERNATIONALES

2017

Volume XVIII

**PUBLICATION COURONNÉE PAR
L'ACADÉMIE DES SCIENCES MORALES ET POLITIQUES**

(Prix de la Fondation Edouard Bonnefous, 2008)



Université Panthéon-Assas
Centre Thucydide

LE DROIT INTERNATIONAL ET LA QUESTION DE LA JUSTICE

PAR

JEAN-MARC COICAUD (*)

Comment encourager et améliorer la contribution du droit international à la possibilité d'une plus grande justice sur les plans international et global ? Afin de répondre à cette question, l'article s'efforce d'apporter des réponses à quatre autres questions : quelle définition donner de la notion de justice en général et quelle est la signification d'une telle définition au niveau international et au niveau global ? comment, d'un point de vue intellectuel, un examen critique de l'histoire et de la philosophie du droit international peut-il aider le droit international à prendre plus au sérieux la possibilité d'une plus grande justice sur le plan international, mais aussi sur le plan global ? quels sont les défis que pose, pour le droit international et sa capacité à répondre aux exigences de justice, la phase actuelle de globalisation ? enfin, quels sont quelques-uns des problèmes normatifs, politiques et institutionnels qu'un droit international soucieux d'être plus juste devrait traiter et résoudre dans le futur ?

LA QUESTION DE LA JUSTICE EN DROIT INTERNATIONAL : DÉFINITION ET SIGNIFICATION

L'une des manières de définir la notion de justice consiste à dire qu'elle exprime ce qui est dû à chaque acteur compte tenu de ses droits. Bien évidemment, cette définition, loin de clore la discussion sur la justice, l'ouvre plutôt. En effet, elle introduit toute une série de problèmes qui sont au cœur des débats concernant la justice. C'est le cas pour la justice en général et, peut-être plus encore, pour la justice dans le cadre du droit international.

Sur la justice en général

En ce qui concerne la justice en général, la définition évoquée ci-dessus – ce qui est dû à chaque acteur compte tenu de ses droits – n'apporte qu'un élément de réponse. En effet, elle met en demeure d'examiner toute une série d'enjeux qui sont au cœur de l'analyse de la justice. Nous en retenons ici quelques-uns, qui ont trait : 1) au fait d'avoir droit à des droits ; 2) à la

(*) Professeur de Droit et d'Affaires globales à la Faculté de Droit de la Rutgers University, l'Université d'Etat du New Jersey (Etats-Unis).

substance des droits ; 3) aux processus et procédures d'identification des droits ; 4) à l'inégalité des droits ; 5) à l'instance de détermination de ce qui est juste ; 6) au pouvoir et à la justice ; 7) au caractère intersubjectif de la justice ; 8) au degré de réalisation de la justice ; 9) à la nature dynamique du juste ; 10) aux débats et luttes concernant la production et la détermination de ce qui est juste ; 11) et au caractère réflexif de la justice.

Avoir droit à des droits

Si la justice consiste à donner à chacun ce qui lui est dû en fonction de ses droits, cela suppose que ce chacun soit reconnu comme ayant droit à des droits. C'est sur cette base qu'il devient un détenteur de droit(s). La question de « qui » a droit à avoir des droits est donc l'un des points de départ de la réflexion sur la justice. De fait, pour un acteur, c'est à la condition d'être reconnu comme un acteur en droit d'avoir des droits que la justice peut s'appliquer à lui. Il faut qu'il soit perçu comme ayant de la légitimité pour pouvoir revendiquer des droits et que la justice puisse faire respecter cette revendication.

Substance des droits

Un deuxième enjeu de la justice est de déterminer et de s'entendre sur la substance des droits qui sont dus aux acteurs reconnus comme détenteurs légitimes de droits. Quels sont ces droits et quel est le contenu de ces droits auxquels les acteurs légitimes ont droit ?

Processus et procédures d'identification et de défense des droits

Un troisième enjeu de justice a trait à la manière, aux processus et procédures juridiques et institutionnels permettant l'identification, l'officialisation et la mise en œuvre – y compris en termes de défense – des droits.

Inégalités des droits

Même dans les sociétés dans lesquelles l'égalité est une valeur essentielle, comme dans les sociétés démocratiques, il y a des inégalités de fait, sinon de droit. Par conséquent, il existe toujours dans une certaine mesure des différences de traitement, des droits différents pour les acteurs en fonction des distinctions et hiérarchies à l'œuvre dans une société donnée. C'est aussi l'un des rôles de la justice que de justifier ces différences, de rendre compte de manière crédible de leur existence.

Instance de détermination de ce qui est juste

Ces divers aspects de la justice (avoir droit à des droits, substance des droits, processus et procédures d'identification et de défense des droits, justification de l'inégalité des droits) supposent une position d'autorité, en fait une autorité en position de déterminer ce qui est juste concernant ces aspects de la justice. C'est une responsabilité qui généralement revient à

une ou des personnes et des institutions au sein du système de justice et, plus largement, au sein du système social et politique d'une société.

Pouvoir et justice

La position d'autorité qui contribue à déterminer ce qui est juste entretient une relation étroite avec le pouvoir. Elle est le produit d'une situation de pouvoir – la capacité et le droit à déterminer ce qui est juste suppose de bénéficier d'une position de pouvoir. Elle est aussi l'expression et l'exercice d'une situation de pouvoir – elle a le pouvoir de dire le juste. De surcroît, elle est un instrument au service du pouvoir dans la mesure où elle le projette et le justifie. Cela dit, si la justice n'était que le produit, l'expression, l'exercice et l'instrument du pouvoir, elle n'aurait guère de crédibilité et de légitimité. Essentielle à la crédibilité et à la légitimité de la justice est sa capacité à transcender dans une certaine mesure son ancrage dans le pouvoir et à reconnaître et défendre les besoins et intérêts d'autrui – ceux qui n'ont pas ou ont moins de pouvoir – (1), ainsi qu'à les transformer en droits.

La dimension intersubjective de la justice

Ce phénomène de reconnaissance et de défense des besoins et des intérêts d'autrui et de leur transformation en droits se déroule dans le cadre d'une dynamique d'intersubjectivité entre qui est en position de pouvoir et qui l'est moins ou pas du tout. De ce point de vue, les droits des acteurs détenant moins ou pas de pouvoir varient en fonction de leur capacité à faire valoir leurs vues auprès des puissants.

Seuil de réalisation de la justice

Le degré de réalisation des droits est un autre aspect de la justice. En effet, quels que soient ces droits, à partir du moment où ils constituent un facteur d'identité et d'identification pour la société et ses membres (2), il est impératif qu'ils soient suffisamment réalisés, réels pour être crédibles. C'est en particulier la responsabilité des institutions en charge de la gestion de la société de faire en sorte que ce soit le cas. Cela requiert d'atteindre un seuil raisonnable de réalisation, ce qui suppose de faire respecter les droits mais également de les faire évoluer si leur réalisation exige leur évolution.

La nature dynamique du juste

C'est dire que l'évolution du juste et de ses différentes composantes est une dimension essentielle de la justice. Ce qui est juste n'est pas, en théorie

(1) Aristote indique que la justice « a rapport à autrui : elle accomplit ce qui est avantageux à un autre [...] l'homme le plus parfait n'est pas l'homme qui exerce sa vertu seulement envers lui-même, mais celui qui la pratique aussi à l'égard d'autrui », *Ethique à Nicomaque*, J. Vrin, Paris, 1972), pp. 219-220, 1130, 1-10.

(2) Cela suppose qu'il y ait un alignement entre les droits et les principales valeurs et structures normatives, culturelles, économiques, sociales, politiques, etc., qui donnent forme et sens à l'identité de la société et de ses membres.

et en pratique, fixe ou fixé pour toujours. La nature de la justice est d'être dynamique. Ce qui est dû aux acteurs n'est pas toujours le même en tout temps et en tous lieux. Les attentes et exigences des individus en termes de justice évoluent, de manière plus ou moins étendue, de façon plus ou moins brutale, avec des effets plus ou moins profonds, cela en relation avec les changements qui affectent l'identité, les valeurs, les niveaux et modalités de développement, les rapports de force entre les acteurs, y compris entre gouvernants et gouvernés, le régime politique, etc., d'une société. Pour prendre un exemple très simple, l'idée qu'on a aujourd'hui de la justice en France n'est pas celle qu'on avait de la justice il y a trois siècles.

Débats et luttes autour de la détermination du juste

Dans ces conditions, il n'est pas surprenant que les débats et luttes autour de ce qui est juste, de l'idée qu'on se fait de ce qui est juste soient parties prenantes de la conceptualisation, négociation, mise en œuvre et évolution de la justice. Dans un univers social qui s'efforce d'atteindre un type de stabilité basée non pas principalement sur la force mais aussi sur le consentement de qualité des acteurs, la justice n'est jamais établie une fois pour toutes et est matière à débat, voire à contestation. Les aspects que nous avons évoqués de la justice ci-dessus (avoir droit à des droits, substance des droits, processus et procédures d'identification et de défense des droits, inégalité des droits, instance de détermination de ce qui est juste, rapports entre pouvoir et justice, dimension intersubjective de la justice, seuil de réalisation de la justice, nature dynamique du juste) sont d'autant plus débattus et sources et objets de luttes et de conflits que tout système de justice entretient, comme nous y avons fait allusion auparavant, des rapports complexes (produit, expression et exercice, instrument) avec le pouvoir (3). Dans ce contexte, pour que la dépendance de la justice vis-à-vis du pouvoir ne déconsidère pas cette dernière, il est important que, tout en n'y échappant jamais entièrement, elle surmonte cette dépendance en prenant en compte les droits des individus qui ne sont pas les détenteurs du pouvoir (4).

Réflexivité et justice

Au bout du compte, si la justice est la recherche d'un consentement de qualité – par différence avec un faux consentement – entre des acteurs tout aussi conscients des droits d'autrui que de leurs droits, cela suppose qu'au cœur de la nature et de la dynamique de justice, il y a une conscience de soi qui passe par la conscience d'autrui. C'est ce qui en fait une forme de réflexivité, de retour sur soi qui intègre l'existence et les droits d'autrui.

(3) Le fait que les normes, le vocabulaire et les institutions du droit international s'inspirent très largement de la situation hégémonique des valeurs, traditions et institutions de l'Occident est une illustration de cet état de chose.

(4) C'est là une condition essentielle de l'exercice légitime du pouvoir politique et du pouvoir politique lui-même. Cf. Jean-Marc COICAUD, *Légitimité et politique : contribution à l'étude du droit et de la responsabilité politiques*, Presses universitaires de France, Paris, 1997.

Même dans un environnement hiérarchique, l'affirmation des droits pour soi va de pair, dépend de la reconnaissance de droits pour autrui. Ainsi, la justice est à la fois le bien échangé entre acteurs vivant dans un espace commun et ce qui permet l'échange pacifique.

La justice dans le droit international : peu développée et ambiguë (5)

Les considérations sur la justice en général aident à y voir plus clair sur la question de la justice au niveau international – inter-national – (6) ainsi qu'au niveau global (7). De ce point de vue, force est de constater qu'à ces deux niveaux la justice est à la fois peu développée et ambiguë. Le droit international, en tant qu'expression et processus de socialisation des relations internationales, ne manque pas de se faire l'écho de cette situation.

Une justice internationale et globale peu développée

Le fait que la justice soit peu développée au niveau international tient en particulier à trois raisons. Premièrement, en dépit de l'importance croissante des droits de l'homme depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale et plus encore depuis la fin de la Guerre froide, la conceptualisation et la mise en œuvre de la justice internationale dépendent principalement de la volonté des Etats. C'est une limitation qui tend à la rendre secondaire par rapport aux intérêts des Etats. Quand un Etat a à choisir entre son intérêt et la justice internationale et qu'il existe des tensions entre le premier et la seconde, le plus souvent il choisit le premier. La réticence des grandes puissances démocratiques à mettre fin aux violations des droits de l'homme dans le cadre des conflits des années 1990 en est une illustration (8). C'est d'autant plus le cas que, deuxièmement, le caractère éminemment interétatique des relations internationales et du droit international conduit à la prééminence de l'intérêt national. Dans ces conditions, l'intérêt national tend à ne prendre en compte les demandes de la justice internationale que dans la mesure où celles-ci ne vont pas à son encontre. Ainsi, il n'est pas surprenant que, troisièmement, le droit international et les institutions internationales en charge de faire respecter, en coopération avec les Etats, l'idée de justice internationale ont des moyens et une efficacité réduits.

Que la justice globale soit encore moins développée ne doit donc pas étonner. L'idée de justice globale est l'expression d'une vision

(5) Cette section développe des idées explorées dans Jean-Marc COICAUD, « Deconstructing international legitimacy », in Hilary CHARLESWORTH / Jean-Marc COICAUD (dir.), *Fault Lines of International Legitimacy*, Cambridge University Press, New York, 2010.

(6) Par niveau international (inter-national), nous comprenons des relations essentiellement interétatiques.

(7) Le niveau global fait principalement référence à la dimension cosmopolitique, qui donne une importance centrale à l'individu.

(8) Sur cette question, cf. Jean-Marc COICAUD, *Beyond the National Interest: The Future of UN Peacekeeping and Multilateralism in an Era of US Primacy*, United States Institute of Peace Press, Washington, 2007.

cosmopolitique des relations internationales et du droit au-delà des frontières, dans le cadre de laquelle l'individu est le premier titulaire de droit(s). Or, si les aspects les plus progressistes du droit international reconnaissent l'importance des droits de l'homme et, par conséquent, de l'individu comme titulaire de droit(s), ils n'en font pas pour autant un impératif absolu. Les droits de l'homme restent assez marginaux dans la politique étrangère des Etats. De sorte que l'idée de justice globale et l'ambition cosmopolitique qui l'anime sont au mieux seulement à l'état embryonnaire dans le droit international d'aujourd'hui.

Ambiguïté de la justice internationale et globale

Du caractère peu développé de la justice au niveau international et plus encore au niveau global découle son ambiguïté. En effet, la primauté de la dimension nationale en relations internationales et droit international introduit des tensions et des dilemmes entre l'intérêt national et les exigences de justice, qui rendent ambiguës la théorisation et plus encore la réalisation de la justice au-delà des frontières.

Justice internationale

L'ambiguïté de la justice internationale mise en œuvre par le droit international existe à tous les niveaux de la justice telle que nous l'avons évoquée d'un point de vue général dans la section précédente (9).

Concernant le fait d'avoir droit ou non à des droits, les relations de complémentarité, de compétition et de hiérarchie entre ce qui est dû aux Etats et ce qui est dû aux individus créent des tensions et des dilemmes qui influencent les Etats.

Dans ces conditions, il n'y a pas de véritable terrain d'entente concernant ce qui est dû en priorité aux Etats et aux individus, concernant la substance de leurs droits respectifs.

Il n'y pas non plus de terrain d'entente fermement établi, incontestable et automatiquement mis en œuvre sur les processus et procédures requis pour faire respecter la substance de ces droits.

Il existe entre les droits des Etats et ceux des individus une inégalité de droit qui bénéficie aux Etats mais que l'idéologie des droits de l'homme ne permet pas aux Etats d'assumer entièrement. Les institutions de droit international en charge d'identifier et de dire le juste sont donc elles-mêmes écartelées par les contradictions entre ce qui est dû aux Etats et ce qui est dû aux individus.

Cela affaiblit la crédibilité et position d'autorité des institutions du droit international.

Si les Etats ont le pouvoir, ils ne peuvent pas ignorer totalement les exigences de la justice liées aux droits des individus.

(9) La numérotation ci-dessous fait référence aux principaux aspects de la justice en général que nous avons mentionnés plus haut.

Il en résulte une forme de dialogue entre les droits des Etats et ceux des individus.

Les droits des individus, bien qu'en principe célébrés par les traités portant sur les droits de l'homme, restent principalement à l'état de souhait ou d'idéal compte tenu des rapports de force qui jouent en faveur des Etats.

La défense du juste est dynamique et en devenir sur le plan international.

Toutefois, cette dynamique et ce devenir se déroulent toujours dans le cadre de débats et de luttes qui sont âpres. C'est d'autant plus le cas que, souvent, les Etats et leurs membres sont exclusivement concentrés sur leurs droits plutôt que sur ceux qui sont dus aux autres.

Ce faisant, les Etats et leurs membres tendent sur le plan international à ignorer la démarche de réflexivité qui est au cœur de la justice.

Justice globale

La justice globale comme niveau cosmopolitique de demande de justice a un degré d'ambiguïté encore plus élevé. Dans ce contexte, une des questions fondamentales, qui se pose déjà sur le plan de la justice internationale mais qui a plus d'acuité au niveau de la justice globale, est celle de savoir comment il est possible de concilier un agenda cosmopolitique – primauté des droits des individus – avec la logique particulariste des Etat-nations. En effet, un parti pris cosmopolitique ne signifie pas la fin de l'Etat. Il suffit de voir le caractère chaotique de la vie quotidienne dans les pays où l'Etat est en déliquescence pour être convaincu de l'utilité de l'Etat et d'un Etat efficace. Le parti pris cosmopolitique n'appelle pas non plus de ses vœux une homogénéisation des modes de vie. Dans ces conditions, comment conceptualiser et mettre en œuvre les lignes de démarcation acceptables entre l'approche cosmopolitique et l'approche particulariste (10) ?

Cela étant dit, ce n'est pas parce qu'une meilleure prise en compte des exigences de la justice aux niveaux international et global rencontre des obstacles qu'il faut y renoncer. Après tout, bien que les crises en cours dans les différents domaines de la vie nationale et internationale paraissent les rendre de plus en plus irréalisables, les demandes de justice ne font que croître. Quoi de plus urgent, par conséquent, que d'explorer comment le droit international peut mieux contribuer à l'agenda de la justice sur les plans international et global ? C'est ce que nous examinons dans la suite du texte, en développant en particulier l'idée selon laquelle, d'un point de vue intellectuel, le droit international doit avoir une compréhension plus

(10) Cf. par exemple Inge KAUL / Isabelle GRUNBERG / Marc A. STERN (dir.), *Global Public Goods: International Cooperation in the 21st Century*, Oxford University Press, Oxford, 1999 ; Simon CANEY, *Justice Beyond Borders: A Global Political Theory*, Oxford University Press, Oxford, 2005 ; Thomas POGGE / Darrel MOELLENDORF (dir.), *Global Justice: Seminal Essays*, Paragon House, Saint Paul, 2008 ; Amartya SEN, *The Idea of Justice*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, 2009 ; Mathias RISSE, *On Global Justice*, Princeton University Press, Princeton, 2012.

critique de lui-même, de ce qu'il est et de ce qu'il fait, à la fois sur le plan de son histoire et de sa philosophie.

POUR UNE APPROCHE CRITIQUE DU DROIT INTERNATIONAL

L'un des obstacles à une meilleure contribution du droit international à la justice sur les plans international et global a trait à sa dépendance vis-à-vis du pouvoir. Le fait que sa conception et mise en œuvre soient, dans une large mesure, le produit d'une vision idéologique et donc, *grosso modo*, non réflexive de lui-même et de la réalité qu'il gère est une illustration de cet état de chose. De surcroît, ce dernier ne se cantonne pas au passé du droit international et des relations internationales qu'il organise. Il a également une influence considérable sur leur présent et leur futur. Dès lors, comment éviter cette situation et faciliter l'émergence d'un droit international, voire d'un droit global – cosmopolitique – plus juste ? D'un point de vue intellectuel, cela passe par une approche critique du droit international, se démarquant de la conception traditionnelle qui tend à présenter l'avènement et le développement du droit international uniquement comme le progrès en marche. Adopter cette approche critique concerne aussi bien l'histoire que la philosophie du droit international (11).

Pour une histoire critique du droit international

Jusqu'à il n'y a pas si longtemps l'histoire du droit international se contentait souvent de prendre à son compte une version idyllique du droit international. Elle décrivait le droit international comme une entreprise de socialisation et de pacification des relations internationales, encourageant la coopération entre les Etats et contribuant à limiter de plus en plus le recours à la force et la guerre. Les vues contraires étaient plus ou moins une exception. Toutefois, peu à peu, tout en restant relativement marginale, une version différente de l'histoire du droit international a émergé, qui reconnaît et décrit la part de violence dans le droit international (12).

(11) L'approche critique du droit international suggérée ici ne présuppose pas une vision exclusivement négative du droit international. Le droit international est un mélange, un hybride, fait de connaissances et de pratiques à la fois conservatrices et progressistes. Il convient donc d'encourager et d'approfondir les liens entre droit international et justice en développant, théoriquement et pratiquement, la mise en œuvre d'un droit international le moins discriminatoire possible, qui s'appuie sur et développe ses aspects progressistes.

(12) Les travaux de juristes progressistes issus des pays en développement à partir des années 1960, comme ceux de Boutros Boutros-Ghali, Mohammed Bedjaoui et de Georges Abi-Saab, et les travaux liés à Third World Approaches to International Law (TWAAIL), tels que récemment ceux d'Antony ANGHIE, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law* (Cambridge University Press, Cambridge, 2007), ont innové dans ce domaine (cf. par exemple le livre édité par Mark TOUFAYAN / Emmanuelle TOURME-JOUANNET / Hélène RUIZ FABRI, *Droit international et nouvelles approches sur le tiers-monde : entre répétition et renouveau*, Société de législation comparée, Paris, 2013). On peut en outre citer les contributions de Martti KOSKENIEMI, *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, et de Nathaniel BERMAN, *Passions et ambivalences : le colonialisme, le nationalisme et le droit international*, Pedone, Paris, 2008. Cf. également Bardo FASSBENDER / Anne PETERS (dir.), *The Oxford Handbook of the History of International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012, et l'évaluation critique de ce volume dans *The European Journal of International Law*, vol. XXV, n°1, 2014.

C'est ainsi que son rôle central dans l'expansion et la justification de l'influence des intérêts et des valeurs de l'Occident au reste du monde reçoit maintenant plus d'attention. Dans ce contexte, c'est notamment à trois grandes étapes de l'expansion du droit international – occidental – à l'ensemble de la planète, à trois grandes étapes de la « mondialisation » du droit international que les tenants d'une approche critique de l'histoire du droit international et de sa contribution à l'histoire moderne prêtent plus attention (13).

Mondialisation du droit international et colonisation

La première étape est celle de la colonisation. Cette étape débute au XV^e siècle avec le développement de l'empire portugais (14) et la découverte par des navires espagnols, en 1492, de l'Amérique (15). Elle continue dans les siècles suivants avec l'implantation des puissances européennes en Amérique du Nord, en Asie, au Moyen-Orient et en Afrique et elle va jusqu'au début du XX^e siècle (16). Elle comporte deux aspects particulièrement notables.

Premièrement, si le droit international a d'abord été utilisé pour réguler les relations entre Etats au sein de l'Europe, compte tenu des politiques d'exploration, de conquête et de développement commercial globales mises en œuvre par les grandes puissances européennes et de la concurrence qui en résulte entre elles, il devient un instrument essentiel pour établir les règles du jeu de leurs relations au niveau mondial. Deuxièmement, le droit international à l'état naissant à l'échelle de la planète devient d'autant plus une référence qu'il sert de base et de cadre aux relations entre, d'une part, les Etats d'Europe qui se projettent globalement et, d'autre part, les sociétés non occidentales. Se caractérisant par une attitude qui aboutit le plus souvent à dévaluer les seconds au profit des premiers, le droit international contribue à rendre possible et entériner la mise sous tutelle des sociétés non occidentales, quand ce n'est pas leur destruction, notamment dans le cadre des empires coloniaux (17).

(13) Le *Journal of the History of International Law* /Revue d'histoire du droit international (Brill/Nijhoff, Leiden) et le *European Journal of International Law* (Oxford University Press, Oxford) publient fréquemment des articles qui éclairent de manière critique l'histoire du droit international. Les articles du *European Journal of International Law* tendent à être plus théoriques que ceux de la *Revue d'histoire du droit international*.

(14) Sur l'empire portugais, cf. Sanjay SUBRAHMANYAM, *The Portuguese Empire in Asia, 1500-1700: a Political and Economic History*, Longman Sc. & Tech, New York, 1993).

(15) Sur la mondialisation espagnole, cf. Serge GRUZINSKI, *Les Quatre Parties du monde : histoire d'une mondialisation*, Editions de la Martinière, Paris, 2004.

(16) Parmi les livres qui analysent l'histoire des relations entre droit international – et droit – et colonisation, cf. Robert A. WILLIAMS JR., *The American Indian in Western Legal Thought: the Discourses of Conquest*, Oxford University Press, Oxford, 1990 ; Lauren BENTON, *Law and Colonial Cultures: Legal Regimes in World History, 1400-1900*, Cambridge University Press, New York, 2002 ; *A Search for Sovereignty: Law and Geography in European Empires, 1400-1900*, Cambridge University Press, New York, 2010 ; Turan KAYAOĞLU, *Legal Imperialism: Sovereignty and Extraterritoriality in Japan, the Ottoman Empire, and China*, Cambridge University Press, New York, 2010.

(17) Antony ANGHIE, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, op. cit. L'auteur fait valoir que cette attitude est centrale à la constitution du droit international et continue jusqu'à aujourd'hui.

Décolonisation et mondialisation du droit international

La décolonisation est une deuxième étape du processus de mondialisation du droit international. Cette étape commence dans certaines régions du monde dans le courant du XIX^e siècle, mais se déroule surtout durant le XX^e siècle, après la fin de la Première Guerre mondiale puis, après la Seconde Guerre mondiale, dans la seconde moitié du XX^e siècle. A cet égard, si la décolonisation apporte l'indépendance – en droit, pas forcément en fait – aux pays auparavant colonisés, il reste que, quel que soit son caractère émancipatoire, elle se fait en grande partie dans le langage et les valeurs, les principes et les normes du monde occidental. En tant que telle, paradoxalement, elle continue de participer et de contribuer au phénomène de mondialisation du droit international, y compris en ce qu'il exprime et soutient la domination et l'hégémonie de l'Occident. C'est ce que montre en particulier au XX^e siècle la place centrale qu'occupent, dans les dynamiques de décolonisation dans lesquelles le droit international est engagé, le recours et la mise en œuvre des notions de « souveraineté », « droit des peuples », « auto-détermination » et « droits de l'homme », qui doivent tant à l'histoire et l'histoire des idées occidentales. De plus, sur le plan du droit interne, les sociétés non occidentales nouvellement indépendantes sont encouragées à se moderniser pour intégrer la communauté internationale. Cet appel à la modernisation revient ni plus ni moins à exiger qu'elles adoptent des normes occidentales dans les domaines normatif, juridique, institutionnel et autres et donc, d'une certaine façon, qu'elles renoncent à elles-mêmes (18). En somme, il s'agit d'une forme d'inclusion qui se fait au prix d'une exclusion (19).

De sorte que si, d'un côté, la décolonisation affaiblit l'emprise mondiale de la dimension occidentale du droit international, d'un autre côté elle en reste prisonnière. En recourant aux valeurs et notions juridiques de l'Occident (souveraineté, droit des peuples, autodétermination, etc.) pour critiquer, contester et en finir avec la domination de l'Occident, la décolonisation n'y échappe pas. La décolonisation s'appuie toujours sur l'Occident, est toujours dépendante, tributaire de l'Occident (de ses notions et valeurs de souveraineté, droit des peuples, autodétermination, etc.) pour s'y opposer. Dans cette perspective, on pourrait dire que la décolonisation prolonge et, peut-être même, approfondit la colonisation, qu'elle demeure une forme de colonisation.

(18) Sur ce phénomène dans le contexte du Moyen-Orient, cf. Bernard BOTIVEAU, *Loi islamique et droit dans les sociétés arabes : mutations des systèmes juridiques du Moyen-Orient*, Karthala-IREMAM, Paris/Aix-en-Provence, 1993. Cet état de chose est également illustré par les faits suivants : souvent dans le cadre des luttes pour l'indépendance, les idéaux républicains ont été une source d'inspiration ; une fois l'indépendance obtenue les nouveaux régimes se sont fréquemment donné le nom de « république » et ont adopté, en tout cas sur le papier, ses formes institutionnelles ; et après la décolonisation, la démocratie est devenue encore plus qu'auparavant un des éléments de référence essentiels du système international.

(19) Cf. par exemple Rainer FORST, *The Right to Justification*, Columbia University Press, New York, traduit par Jeffrey Flynn, 2014, p. 151.

L'individu comme sujet de droit international

Quant à la troisième étape de mondialisation du droit international, elle concerne l'émergence de l'individu comme sujet de droit international. C'est un long processus et un long processus qui n'est pas terminé tant les droits des individus face aux excès de pouvoir restent fragiles et peu protégés. Ce processus commence au sein des grandes puissances démocratiques occidentales, en particulier au XVIII^e siècle, avec la reconnaissance des droits des individus. Au fil du temps, à la suite de longues batailles politiques, juridiques, sociales et économiques, cette reconnaissance s'applique à de plus en plus de personnes, sur le plan national puis au niveau international.

Il faudra cependant attendre les violations massives des droits de l'homme durant la Seconde Guerre mondiale pour qu'une profonde crise et prise de conscience aient lieu et que les droits de l'homme prennent vraiment leur essor sur le plan international, en tout cas sur le plan des principes et des normes du droit international. Et pourtant, même si depuis la fin de la Guerre froide cet engagement en faveur des droits de l'homme a été confirmé, comme l'indique notamment la notion de « responsabilité de protéger » (20), l'individu comme sujet de droit international continue d'être une préoccupation très secondaire pour les Etats et les institutions internationales (21).

Pour une philosophie critique du droit international

Mettre en œuvre une histoire critique du droit international permet de se démarquer d'une conception principalement ethnocentrique du droit international (22). Cependant, cela ne suffit pas. Du point de vue de la recherche, développer une philosophie critique du droit international est tout aussi important. Dans un premier temps, cela exige d'identifier les catégories et distinctions normatives structurantes du droit international, sur lesquelles il est construit et qu'il véhicule. Parmi ces catégories et distinctions, on trouve, dans une liste qui n'est pas exhaustive, les suivantes : interne/externe, soi/autre, inclusion/exclusion, égalité/hierarchie, public/privé. Dans cette section, nous montrons d'abord comment ces catégories et distinctions normatives fonctionnent et ensuite nous examinons plus en détail chacune d'entre elles.

(20) Jean-Marc COICAUD, « International law, the responsibility to protect and international crises », in Ramesh THAKUR / William MALEY (dir.), *Theorizing the Responsibility to Protect*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015.

(21) Thomas POGGE, *Politics as Usual. What Lies Behind the Pro-Poor Rhetoric*, Polity Press, Cambridge, 2010.

(22) Les considérations historiques évoquées ici sont évidemment très succinctes. Des recherches supplémentaires sont nécessaires dans au moins deux domaines : les moments de rencontre entre le droit international et les traditions juridiques non occidentales; et le sort de ces dernières après l'expansion occidentale.

Rôle des catégories et distinctions normatives structurantes du droit international

Les catégories et distinctions normatives structurantes du droit international contribuent à déterminer au niveau le plus général, dans le domaine de la théorie comme dans celui de la pratique, ce qui est légitime et ce qui l'est moins ou ne l'est pas du tout, ce qui a de la valeur et ce qui en a moins ou n'en a pas du tout. Leur contribution à la détermination de ce qui est légitime et l'est moins ou ne l'est pas du tout, de ce qui a de la valeur, en a moins ou n'en a pas du tout repose sur le fait que, plus fondamentalement, elles contribuent à définir qui a des droits et qui en a moins ou n'en a pas du tout. C'est ainsi que les catégories et distinctions normatives jouent un rôle de classification et de classement. Elles introduisent des échelles de valeurs et de droits, y compris en termes d'inclusion et d'exclusion.

Ces catégories et distinctions font la part belle aux intérêts et valeurs des puissants, particulièrement, en tout cas jusqu'à maintenant, des – grandes – puissances occidentales. Le fait que ces dernières aient joué un rôle déterminant dans l'établissement et le développement du droit international et qu'elles continuent à être influentes dans son fonctionnement actuel explique largement cette situation. Dans ce contexte, certes, on ne peut pas nier le caractère progressiste du droit international, mais on ne peut pas nier non plus que la reconnaissance des droits qui l'accompagne va de pair avec les rapports de force qui existent dans la vie internationale – cette reconnaissance est en fait organisée et limitée par ces rapports de force. Par exemple, le droit international, quand il reconnaît des droits aux peuples indigènes, ne leur reconnaît des droits que comme collectivités subalternes, que comme des titulaires de droits inférieurs, ne bénéficiant pas du niveau de reconnaissance et de légitimité donnés aux Etats-Nations. Il y a donc ici une dimension progressiste du droit international qui se déroule et est contrôlée et délimitée par une position de puissance, laquelle, au bout du compte, perpétue le statut inférieur, l'aliénation de ces peuples indigènes par la façon même de leur reconnaître des droits (23). D'une manière générale, une telle dynamique à la fois progressiste et aliénatrice – elle donne des droits sur fond de domination et d'aliénation – est d'autant plus à l'œuvre que ces catégories et distinctions normatives sont souvent peu ou pas problématisées, et donc largement considérées comme allant de soi (24).

(23) Cf. par exemple P. G. McHUGH, *Aboriginal Societies and the Common Law*, Oxford University Press, Oxford, 2009.

(24) Cela fait partie de l'idéologie et de la dynamique idéologique du droit international. C'est également dû au fait que les travaux contemporains de philosophie du droit international sont relativement rares, ce qui n'aide pas à expliciter et clarifier cet état de chose. En matière de publications récentes en philosophie du droit international, on peut par exemple citer Samantha BESSON / John TASIOLAS (dir.), *The Philosophy of International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2010.

Le mécanisme par lequel cela arrive repose sur un phénomène qu'on pourrait qualifier de « justification par naturalisation ». Les catégories et distinctions structurantes du droit international remplissent une fonction de classification/classement et de justification, dont l'effet est de faire passer pour normal – naturel – ces catégories et distinctions, comment elles servent de base au travail de classification/classement et de justification du droit international et de la réalité concrète que le droit international contribue à élaborer. Ce mécanisme se déroule à quatre niveaux complémentaires.

Pour commencer, les catégories et distinctions sont présentées comme des éléments d'analyse qui correspondent à la réalité, c'est-à-dire à « ce qui est ». Ensuite, elles sont utilisées comme des critères d'évaluation et de jugement de la réalité, sur la base desquels est évalué et jugé ce qui est légitime, ce qui l'est moins et ce qui ne l'est pas du tout. C'est dire qu'elles sont aussi des critères sur la base desquels sont indiqués les acteurs qui ont des droits et ceux qui en ont moins ou pas du tout, sur la base desquels, également, les comportements d'acteurs sont dits louables ou condamnables, etc. En outre, en plus d'être des facteurs d'analyse et d'évaluation-jugement, les catégories et distinctions fonctionnent comme des raisons et des justifications donnant au droit international le droit de transformer la réalité du monde, y compris par l'usage de la force. Le rôle de justification que joua le droit international dans la colonisation illustre cet état de chose. En faisant du droit international une expression et un instrument de civilisation et de progrès, les catégories et distinctions structurantes rendaient non seulement acceptable, mais aussi souhaitable, voire nécessaire, la colonisation (25). Enfin, le processus de justification tend à ne pas véritablement problématiser ou interroger le bien-fondé des catégories et distinctions normatives que le droit international mobilise (26). Les classifications et classements qu'elles établissent tendent à être considérés comme allant de soi, comme plus ou moins naturels.

Certes, des efforts sont aujourd'hui faits pour rendre la théorie et la pratique du droit international et de ses catégories et distinctions structurantes plus réflexives et plus critiques. S'interroger sur leur bien-fondé fait partie de ces efforts, mais cela ne suffit pas à modifier fondamentalement la situation (27). De sorte que c'est de cette manière que

(25) Martti KOSKENIEMI, *The Gentle Civilizer of Nations: the Rise and Fall of International Law 1870-1960*, op. cit. Cf. aussi Gerrit W. GONG, *The Standard of « Civilisation » in International Society*, Oxford University Press, Oxford, 1984.

(26) Sur ces questions, les réflexions de Pierre Bourdieu sur l'aveuglement aux conditions de production et d'exercice des catégories et distinctions de jugement dans le champ social sont utiles. Cf. Pierre BOURDIEU, *La Distinction : critique sociale du jugement*, Editions de Minuit, Paris, 1979. Dans un autre registre, les travaux de Charles W. MILLS sont également utiles, à l'exemple d'« Alternative epistemologies », in *Blackness Visible: Essays on Philosophy and Race*, Cornell University Press, Ithaca, 1998.

(27) Et pourtant, le processus par lequel les catégories et distinctions normatives cessent d'être entièrement considérées comme un donné et commencent à faire l'objet de réflexions critiques est essentiel pour à la fois comprendre et amorcer le changement en droit international, ainsi que pour une plus grande prise en compte des demandes de justice.

le droit international oriente la conception et la pratique de la justice sur des questions aussi importantes que : qui a le droit d'avoir des droits ? qui n'a pas ce droit ? de quels droits s'agit-il ? comment ces droits évoluent-ils ? Inévitablement, cela tend à délimiter et limiter les demandes de justice. Non seulement la « justification par naturalisation » donne à certains acteurs des droits et la capacité de les défendre et les affaiblit pour d'autres, mais elle tend également à encourager une approche non critique du droit international.

Catégories et distinctions normatives

Une analyse des catégories et distinctions normatives permet de se rendre compte de leur place et de leur rôle dans le droit international, ainsi que de leur impact sur l'organisation du monde, sur le plan international comme sur le plan interne (28). Nous nous concentrons ici sur les catégories et distinctions mentionnées ci-dessus : interne/externe, soi/autre, inclusion/exclusion, égalité/hierarchie et public/privé.

Interne/externe

Une première façon dont les catégories et distinctions interne/externe se déploient concerne la séparation que le droit international entretient et, en fait, construit avec le « dehors », à savoir avec les acteurs – collectifs et individuels – et leurs modes d'être, d'action, de pensée, d'organisation et de fonctionnement, qui sont perçus comme n'ayant pas la légitimité requise – le niveau de légitimité requis – pour faire partie de la communauté internationale – légitime. Le fait que le droit international entérine, en accord avec le droit interne, l'Etat – la définition qu'il en donne – comme le critère décisif de la légitimité politique et légale et disqualifie les formes non étatiques d'organisation politique est une illustration majeure de cette situation. Comme nous l'avons indiqué précédemment, c'est ainsi que les sociétés indigènes, souvent décrites comme sans Etat et sans histoire, et leurs membres ont été au mieux subordonnés, au pire éliminés (29).

(28) Nous y avons fait allusion auparavant, ces catégories et distinctions doivent beaucoup à l'hégémonie occidentale sur le plan international et elles la servent bien. Elles doivent aussi beaucoup à l'homogénéité, dans ses valeurs, principes, etc., de cette hégémonie occidentale. Cela étant dit, cette hégémonie présente des variations en fonction de l'identité de la grande puissance qui domine à un moment donné. Par exemple, les hégémonies liées à l'empire espagnol, à l'empire anglais et, maintenant, aux Etats-Unis ne sont pas entièrement identiques. De sorte qu'il peut exister des différences dans les termes spécifiques des catégories et distinctions constitutives du droit international associé à ces différentes hégémonies. Ajoutons que les catégories et distinctions normatives et le rôle qu'elles jouent ne sont pas exclusivement présents dans le droit international moderne d'origine européenne. On peut également les trouver, dans des termes qui leur sont propres et associés au contexte dans lequel elles évoluent, dans d'autres systèmes de droit international, que ce soit dans l'Occident prémoderne (cf. notamment David J. BEDERMAN, *International Law in Antiquity*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001) ou au-delà du monde occidental (cf. Yasuaki ONUMA, *A Transcivilizational Perspective on International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2010, en particulier chap. IV).

(29) Jean-Marc COICAUD, « Deconstructing international legitimacy », in Hilary CHARLESWORTH / Jean-Marc COICAUD (dir.), *Fault Lines of International Legitimacy*, op. cit.

Soi/autre

Le deuxième type de catégories et distinctions, étroitement associé aux catégories et distinctions interne/externe, est celui du soi et de l'autre. Les catégories et distinctions du soi et de l'autre peuvent tout d'abord représenter une distinction relative entre les acteurs de la vie internationale. C'est le cas quand le droit international organise les relations entre des acteurs en reconnaissant ces acteurs comme des acteurs certes différents par leur existence, histoire, identité, intérêts, etc., mais cependant légitimes parce qu'ils sont ou ont été rendus suffisamment compatibles avec les critères de légitimité définis par le droit international pour interagir et coexister entre eux. Par exemple, dans la seconde moitié du XIX^e siècle, le Japon a dû rapidement s'adapter aux règles du jeu imposées par les grandes puissances occidentales pour préserver son indépendance et être reconnu sur le plan international. D'une manière générale, c'est donc sur cette distinction relative du soi et de l'autre que reposent les relations entre les Etats, dont le droit international organise les relations à la fois de compétition et de coopération (30).

Le soi et l'autre peuvent ensuite donner lieu à une altérité plus radicale. C'est le cas lorsque, par le biais de ces deux notions, le droit international souligne le fossé entre ses standards et un acteur – collectif et/ou individuel; une forme de société et/ou un de ses membres – et absolutise la différence de ce dernier et le cantonne à l'extérieur du système international légitime. On pourrait dire qu'il l'englobe dans sa vision du monde pour mieux le rejeter. Un exemple de ce mécanisme est la manière dont le droit international s'est, jusqu'au XIX^e siècle, non seulement accommodé de la traite transatlantique des esclaves, mais y a participé en refusant le statut normal d'être humain et de titulaire de droits y afférant à des individus transformés en chose, en marchandise (31).

Sur fond de mentalité ethnocentrique, cette conception de l'autre comme fondamentalement différent est partie prenante d'une longue lignée de catégories et distinctions normatives à caractère fortement identitaire et discriminatoire, que le droit international a souvent reprises à son compte, telles que chrétien/non chrétien, Occident/non-Occident, civilisé/non civilisé, moderne/non moderne, jusqu'à aujourd'hui, dans une certaine

(30) John Peter STERN, *The Japanese Interpretation of the « Law of Nations », 1854-1874*, BookSurge Publishing, Charleston, 2008. La question de l'« autre » en droit international a été abordée par Anne ORFORD (dir.), *International Law and its Others*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006.

(31) Nguyen Quoc DINH / Patrick DAILLIER / Alain PELLET, *Droit international public*, LGDJ, Paris, 1994, p. 622. Plus spécifiquement, cf. Andrea WEINDL, « The Asientos de Negros and international law », *Journal of the History of International Law/Revue d'histoire du droit international*, vol. X, n°2, 2008.

mesure, avec les catégories et distinctions Etat de droit/Etat de non-droit (32).

Inclusion/exclusion

Les catégories et distinctions interne/externe et soi/autre ont des effets d'inclusion et d'exclusion. Elles amènent par conséquent à évoquer une troisième forme de catégories et de distinctions normatives, celle de l'inclusion/exclusion. A cet égard, les acteurs qui relèvent de l'ordre ou des ordres de l'interne et du soi tendent à être dans une situation d'inclusion. Quant à ceux qui se retrouvent dans les domaines de l'externe et de l'autre, ils sont conduits à faire l'expérience de l'exclusion. De ce point de vue, la distinction inclusion/exclusion se déploie sur au moins deux niveaux.

Dans sa version la plus radicale, elle s'inscrit dans une logique d'exclusion totale qui a tendance à prendre l'allure d'une néantisation, voire d'un anéantissement de l'autre. Cette logique mobilise un double processus : l'idée que l'autre a des droits est peu ou prou réduite à rien ; sur le plan pratique, il y a souvent un engagement actif à sa destruction. Les aspects les plus aliénants de la colonisation sont une illustration de cette réalité (33).

La seconde figure de la distinction inclusion/exclusion est moins dramatique en ce sens qu'elle l'intègre dans une dynamique de réciprocité de droits et de devoirs. Ainsi, aujourd'hui, dans le cadre du système interétatique organisé par le droit international et l'Organisation des Nations Unies (ONU), le principe de souveraineté nationale présuppose qu'un Etat a des droits que les autres Etats n'ont pas, mais, ce faisant, il présuppose aussi que cet Etat a le devoir de respecter et, le cas échéant, la responsabilité de faire respecter les droits souverains des autres Etats. Le fait que le droit international contemporain reconnaisse aux Etats membres le droit de se défendre s'ils sont attaqués, leur interdise de prendre les armes contre un autre pour le conquérir et leur demande de venir en aide aux pays victimes de crime d'agression est une illustration de cet état de chose.

Egalité/hiérarchie

Le binôme égalité/hiérarchie constitue un autre type de catégories et de distinctions normatives à l'œuvre au sein du droit international. Son fonctionnement donne à voir deux caractéristiques particulièrement notables dans les dernières décennies.

(32) Sur les enjeux des catégories et distinctions moderne/non moderne et Etat de droit/Etat de non-droit dans le contexte des débats récents sur la justice transitionnelle traditionnelle et la justice transitionnelle moderne dans les pays en développement après des conflits, consulter notamment, dans le cadre du Cambodge, Alexander Laban HINTON, « Transitional justice time: Uncle San, Auntie Yan, and outreach at the Khmer Rouge tribunal », in Deborah MAYERSEN / Annie POHLMAN (dir.), *Genocide and Mass Atrocities in Asia: Legacies and Prevention*, Routledge, Londres, 2013.

(33) Achille MBEMBE, *On the Postcolony*, University of California Press, Berkeley, 2001.

Une première caractéristique concerne le fait que le principe d'égalité de droit entre les Etats – dans le cadre des Nations Unies, il se traduit par la règle « un Etat, une voix » – doit composer à la fois avec une hiérarchie de fait et une hiérarchie de droit. En ce qui concerne la hiérarchie de fait, les pays en développement ne cessent de faire l'expérience qu'il ne suffit pas de bénéficier d'une souveraineté formelle pour être dans une relation d'égalité de fait avec les autres pays, en particulier avec les grandes puissances et les pays développés. C'est d'autant plus le cas que souvent, en dépit de leurs déclarations et professions de foi, ces derniers, y compris les pays démocratiques, n'hésitent pas à utiliser leur position de pouvoir pour transformer une hiérarchie de fait en hiérarchie de droit. Que les négociations commerciales internationales débouchent fréquemment sur l'adoption de règles favorisant les intérêts des pays riches en est la preuve. Quant à la hiérarchie de droit qui, malgré le principe d'égalité de droit, existe aussi entre les Etats, elle se manifeste notamment de la manière suivante : bien que l'ONU n'exige pas qu'un pays ait un régime démocratique pour devenir membre de l'Organisation, les Etats membres qui sont démocratiques disposent d'un indéniable avantage normatif et de réputation, d'un quasi-avantage en droit par rapport à ceux qui ne le sont pas.

Une seconde caractéristique significative du binôme égalité/hiérarchie a trait aux relations de fait et de droit entre l'Etat et l'individu comme acteurs internationaux. Sur le plan des faits, il n'y a pas de réelle égalité entre l'Etat et l'individu. L'individu a peu de place. L'Etat est l'acteur de poids. En revanche, sur le plan du droit, la situation est devenue un peu plus équilibrée. Dans la seconde moitié du XX^e siècle l'adoption de traités internationaux visant à la protection des droits de l'homme et la poussée des idéaux démocratiques ont permis à l'individu d'accéder à un statut amélioré en tant que titulaire de droit(s). Dans une certaine mesure, cette orientation s'est approfondie dans l'après-Guerre froide. Cela étant dit, comme nous l'avons indiqué auparavant, bien que la hiérarchie de droit en faveur de l'Etat ait été atténuée au niveau international, elle n'a pas été fondamentalement altérée (34). L'Etat et ses intérêts immédiats demeurent prédominants. Cela est attesté par le fait que les valeurs de solidarité et de responsabilité internationales au service de la protection des droits de l'homme par-delà les frontières n'engendrent pas d'obligations réelles. C'est le cas en temps de guerre, comme en Bosnie et au Rwanda dans les

(34) L'objectif n'est d'ailleurs pas d'inverser totalement cette hiérarchie. Protection des droits de l'homme et Etat ne sont pas antithétiques. L'Etat a un rôle essentiel à jouer dans la protection des droits de l'homme. Il s'agit plutôt d'indexer le premier – l'Etat et ses droits – sur la seconde pour faire en sorte qu'au niveau national comme au niveau international l'Etat soit le plus possible au service des droits des individus et de la qualité de leur vie en société.

années 1990 (35) ou en Syrie aujourd'hui ou, de façon chronique, vis-à-vis de la pauvreté à l'échelle globale (36).

Public/privé

Enfin, il y a les catégories et distinctions public/privé. Il est vrai que ce ne sont pas celles qui ont reçu le plus d'attention dans le droit international. C'est le cas pour au moins deux raisons. Tout d'abord le droit international a souvent été vu comme ayant pour mission première, sinon exclusive, d'organiser les relations entre Etats, c'est-à-dire entre puissances publiques. Ensuite, avec les relations entre Etats considérées comme primordiales, l'attention s'est portée principalement sur les questions de territoire, juridiction, guerre et de paix – comment minimiser la guerre et encourager la paix. Et pourtant, les enjeux liés aux catégories public/privé sont un des aspects essentiels du droit international.

Ainsi que le souligne Martti Koskenniemi, avec les juristes espagnols de l'Ecole de Salamanque (37), puis Hugo Grotius – Grotius leur devait beaucoup intellectuellement – (38), les préoccupations concernant le droit de la propriété et le droit des contrats étaient déjà centrales. Ces préoccupations ont constitué le point de départ d'un mouvement dans le cadre duquel le droit international s'est développé en tenant compte de la distinction public/privé entre, d'une part, acteurs collectifs (Etats et Etats-empires) et objectifs publics (sécurité) et, d'autre part, acteurs individuels (individus et entrepreneurs) et objectifs privés (profit). Ce mouvement a également été partie prenante d'une alliance entre le public et le privé pour assurer, normativement et matériellement, les gains commerciaux dans le contexte de l'expansion occidentale au reste du monde (39).

Dans cette perspective, de l'histoire des différentes compagnies des Indes orientales et occidentales (britannique, hollandaise, et française en particulier) du XVII^e au XIX^e siècle – au XIX^e siècle en tout cas pour la Compagnie britannique des Indes orientales – à celle des Traités inégaux entre la Chine, puis le Japon et les grandes puissances occidentales vers le milieu du XIX^e siècle (40) – accordant notamment à ces dernières et à leurs entrepreneurs des privilèges commerciaux –, jusqu'à ce qui est aujourd'hui le caractère fréquemment biaisé du droit international des contrats avec

(35) Jean-Marc COICAUD, *Beyond the National Interest: the Future of UN Peacekeeping and Multilateralism in an Era of US Primacy*, op. cit.

(36) Thomas POGGE, « The role of international law in reproducing massive poverty », in Samantha BESSON / John TASIOLAS (dir.), *The Philosophy of International Law*, op. cit.

(37) Martti KOSKENNIEMI, « Empire and international law: the Real Spanish Contribution », *University of Toronto Law Journal*, vol. LXI, n°1, 2011.

(38) Martti KOSKENNIEMI, « International law and the emergence of mercantile capitalism: Grotius to Smith », disponible sur le site Internet www.helsinki.fi/eci/Publications/Koskenniemi/MKMercantileCapitalism.pdf.

(39) Richard TUCK, *The Rights of War and Peace: Political Thought and the International Order from Grotius to Kant*, Oxford University Press, Oxford, 2001.

(40) Eric Yong-Joong LEE, « Early development of modern international law in East Asia – With special reference to China, Japan and Korea », *Journal of the History of International Law/Revue d'histoire du droit international*, vol. IV, n°1, 2002.

les pays en développement (41), il y a une continuité. Il y a une continuité dans le cadre de laquelle le droit international, en coopération avec le droit interne, tend à la fois à distinguer et à entrelacer le public et le privé, souvent pour le bénéfice des puissants. A cet égard, l'incertitude qui existe quant à la nature des liens de renforcement mutuel entre les catégories du public et du privé – concernant le fait de savoir si l'une d'entre elles est ou non au service de l'autre, et, si oui, laquelle – est plus que jamais au cœur de la politique et du droit international et interne. Cette incertitude représente un problème sérieux pour l'avenir.

DÉFIS DE LA GLOBALISATION, DROIT INTERNATIONAL ET JUSTICE

Quels que soient les mérites d'une approche critique du droit international – sur le plan historique comme sur le plan philosophique –, un agenda de droit international au service d'une plus grande justice ne peut se limiter à une telle approche. Une identification des défis liés à la globalisation est aussi nécessaire, avec, à terme, l'impératif de les surmonter. Il en va ainsi parce que ces défis affectent la régulation des relations internationales par le droit international.

L'effet paradoxal qu'a sur le droit international l'accroissement de la connectivité globale et de la complexité des relations entre acteurs permet de comprendre cet état de chose. D'une part, l'accroissement de la connectivité globale et de la complexité des relations entre acteurs augmente le besoin de droit international et de sa fonction de régulation. Dans cette perspective, beaucoup pensent qu'il revient au droit international, en tant que pièce maîtresse de la gouvernance globale, la mission de renforcer, dans le cadre des institutions et mécanismes multilatéraux, la coordination des acteurs et de propager l'Etat de droit au niveau international et au niveau national. D'autre part, cependant, l'ampleur des défis associés à la globalisation donne lieu à des problèmes que le droit international contemporain – comme le droit interne – a du mal à maîtriser. De sorte que c'est la nature et la fonction du droit international et les systèmes d'ordre dont il est partie prenante qui ont tendance à être déstabilisés.

Cinq types de défis, largement interdépendants, illustrent cette situation : défi financier et économique, défi géopolitique, défi normatif, défi technologique et défi de gouvernance.

(41) Antony ANGHIE, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, *op. cit.*, chap. 4. Le droit international des contrats est évidemment important. Il convient cependant qu'il soit établi en respectant les règles de l'équité pour les pays en développement. Sur ces questions, consulter par exemple les débats autour du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), créé en 1965, et le fait qu'en 2007 la Bolivie, en 2009 l'Equateur et en 2012 le Venezuela s'en sont retirés.

Défi financier et économique

Parmi les leçons de la crise financière et économique de 2008 et de la crise sociale qui a suivi pour une bonne partie de la planète, il y a le fait que les acteurs financiers privés occupent maintenant une telle position de puissance, en particulier aux Etats-Unis, que, face à eux, la crédibilité et le pouvoir d'action des Etats et de leur souveraineté et donc du droit international largement bâti autour d'eux sont profondément diminués. La financiarisation de l'économie, à savoir le rôle extensif des marchés, institutions et acteurs financiers dans les économies nationales et internationales, elle-même facilitée par la révolution des technologies de l'information – un des moteurs de la forme contemporaine de globalisation –, est à la fois l'expression et l'instrument de cet état de chose.

Cela est d'autant plus troublant que l'agenda de nombre de ces acteurs financiers transnationaux donne la priorité absolue à leurs intérêts – quels qu'en soit les coûts pour les autres – et, afin d'atteindre leurs objectifs, ils résistent aux suggestions de régulation par le droit (42). Même si ce phénomène ne saurait trop surprendre dans la mesure où il est partie prenante d'une évolution économique et politique dans le cadre de laquelle le capitalisme paraît de plus en plus concentré sur le profit à court terme et de moins en moins soucieux de la sphère nationale et de considérations de bien commun, le fait qu'il contribue sur le plan international comme sur le plan national à la « désouverainisation » des pouvoirs économiques, politiques et juridiques des Etats ne peut être ignoré.

Défi géopolitique

Si les modalités de la globalisation ont un effet déstructurant, un effet de « désouverainisation » dans certains pays – aux Etats-Unis et dans certains pays européens, la globalisation a fait aller de pair financiarisation et désindustrialisation –, d'autres pays ont su bénéficier pleinement de la logique de profit du capitalisme pour renforcer leur souveraineté et puissance aux niveaux national et international. C'est semble-t-il le cas des pays dits « émergents », au premier rang desquels la Chine (43). Cela conduit à évoquer un second défi, de caractère géopolitique celui-là.

Dans la mesure où l'Occident ne peut plus prétendre être le centre du système mondial, sa capacité à dicter les règles du jeu, à définir ce qui est légitime et ce qui ne l'est pas, ce qui est juste et ce qui ne l'est pas dans les différents domaines du droit international est sensiblement affaiblie. De surcroît, les pays émergents ne manquent pas d'exercer une pression accrue pour que leurs intérêts et droits soient mieux pris en compte, y compris dans le cadre de la conception, négociation et mise en œuvre de ces

(42) Robert BOYER, *Les Financiers détruiront-ils le capitalisme ?*, Economica, Paris, 2011.

(43) Il semble cependant que les pays émergents, à l'exception peut-être de la Chine, sont moins en phase ascendante qu'il y a quelques années.

aspects du droit international qui leur tiennent particulièrement à cœur. A cet égard, probablement plus que le Japon hier – à sa manière un autre pays émergent il y a de cela quelques décennies– et certainement plus que l’Inde aujourd’hui – son statut de pays émergent nous semble surévalué –, la Chine détient vraisemblablement quelques-unes des clefs de l’avenir. En dépit de ses fragilités très réelles sur le plan domestique (44) et de son relatif manque d’expérience diplomatique au-delà de la région Asie – en tout cas pour le moment –, elle a une influence accrue sur l’évolution des relations internationales et du droit international. Par exemple, depuis une vingtaine d’années, la place de la Chine a changé au sein de l’Organisation des Nations Unies. Dans les années 1990, elle était relativement discrète et en retrait. Dans la seconde décennie du XXI^e siècle, elle est beaucoup plus active. C’est notamment le cas dans le domaine des opérations de maintien de la paix (45).

Défi normatif

Un des aspects du défi normatif lié à la globalisation est le fait que les interactions accrues entre les acteurs encouragent le développement de valeurs, de croyances et d’attitudes à la fois d’inclusion et d’exclusion. Ainsi, dans l’après-Guerre froide, il existe en premier lieu une tendance à rendre le droit international plus inclusif en accordant une importance plus grande à la protection des droits de l’homme. Les interventions humanitaires des années 1990 et la reconnaissance du principe de « responsabilité de protéger » dans les années 2000 s’inscrivent dans cette perspective. Même si ces initiatives ne manifestent qu’un engagement limité, elles sont une avancée significative. Elles sont le signe que la souveraineté des Etats est moins absolue et devient une souveraineté un peu plus conditionnelle, notamment en fonction de son attitude vis-à-vis des droits de l’homme.

Toutefois, en second lieu, il y a un mouvement vers plus d’exclusion de l’autre, vers le refus de lui reconnaître le minimum de droits. Les attaques terroristes du 11 septembre 2001 et, par la suite, la guerre menée par les Etats-Unis en réponse à ces attaques, avec notamment la désignation des militants d’Al Qaïda et des Talibans comme « combattants illégaux » (*unlawful combatants*), qui tend à les soustraire à tout statut juridique (46), et le recours à la torture, particulièrement dans le cadre du conflit en

(44) Jean-Marc COICAUD / Zhang JIN, « La Chine face aux défis de la puissance », *Questions internationales* n°48, mars-avr. 2011.

(45) En 2016, la contribution en troupe de la Chine aux opérations de maintien de la paix de l’ONU est la plus élevée parmi les membres permanents du Conseil de sécurité. Cf. Courtney J. FUNG, « China’s troop contributions to UN peacekeeping », *PEACEBRIEF*, United States Institute of Peace, Washington, 26 juil. 2016.

(46) Nathaniel BERMAN, « Privileging combat? Contemporary conflict and the legal construction of war », *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. XLIII, n°1, 2004 ; Jean-Marc COICAUD, « Deconstructing international legitimacy », in Hilary CHARLESWORTH / Jean-Marc COICAUD (dir.), *Fault Lines of International Legitimacy*, *op. cit.*

Iraq (47), s'inscrivent dans ce mouvement. En tant que tel, ce mouvement fait écho au développement, en Occident comme dans le non-Occident, de tropismes identitaires dans le contexte desquels les relations, réelles et imaginées, voulues et non voulues que la globalisation favorise entre acteurs, plutôt que de les rapprocher, créent des antagonismes et les séparent (48). L'émergence du groupe Etat islamique (EI) en 2013-2014 sur les territoires iraquien et syrien et son impact au-delà de cette région, et les attentats terroristes de 2015-2016 en Europe et aux Etats-Unis n'ont fait qu'accentuer cet état d'esprit.

Défi technologique

La dimension d'innovation technologique de la globalisation est un autre défi pour le droit international. On y a fait allusion concernant les transactions financières en continue rendues possibles par les technologies de l'information. Elle est également à l'œuvre avec l'utilisation des drones armés, très appréciés par l'administration Obama (49). Comme le soulignent des rapports des Nations Unies, ces derniers représentent, dans le cadre des « assassinats ciblés » (*targeted killings*), un défi significatif pour le droit humanitaire international et le droit des droits de l'homme (50). Plus proche de nous encore, la découverte de l'étendue des pratiques de cyber-espionnage conduite par la « National Security Agency » (NSA) des Etats-Unis, révélant un système de surveillance touchant les communications téléphoniques et Internet à l'échelle de la planète, invite à réfléchir à la possibilité de leur régulation par le droit pour protéger les données personnelles.

Il est vrai que la question des relations entre innovation juridique et innovation technologique n'est pas nouvelle ; la première a souvent eu du mal à suivre et qui plus est à anticiper sur la seconde. Cependant, leurs rapports ne sont pas en train de devenir plus faciles et apaisés. Le droit international est maintenant confronté à un problème particulièrement complexe : alors qu'il est historiquement une entreprise de définition et de délimitation des droits, devoirs et responsabilités par territorialisation, il doit s'adapter et s'ajuster au rôle décisif joué par des technologies par nature déterritorialisées et immatérielles (51).

(47) Karen J. GREENBERG / Joshua L. DRATEL (dir.), *The Torture Papers: the Road to Abu Ghraib*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005.

(48) Sur ces questions, cf. notamment Mireille DELMAS-MARTY, *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*, Seuil, Paris, 2010. La montée du populisme en Europe et aux Etats-Unis en réaction aux effets négatifs de la globalisation fait partie de cette dynamique.

(49) Mark MAZZETTI, *The Way of the Knife: the CIA, a Secret Army, and a War at the Ends of the Earth*, Penguin Press, New York, 2013.

(50) Consulter par exemple *Report of the Special Rapporteur on Extrajudicial, Summary or Arbitrary Executions. Addendum*, United Nations, New York, par Christof Heyns (Rapporteur spécial), A/71/372, 2 sept. 2016, §67-74.

(51) Joanna KULESZA, *International Internet Law*, Routledge, New York, traduit par Magdalena Arent et Wojcieh Woloszyk, 2012.

Défi de gouvernance

La difficulté qu'a le droit international à affronter ces défis est en partie le produit d'un dernier défi, un défi de gouvernance. De ce point de vue, le droit international comme composante du système de gouvernance globale a d'autant plus de mal à répondre aux exigences de la période que les élites politiques et administratives supposées incarner et projeter des qualités de *leadership* pour l'assister et l'animer dans ses fonctions de régulation sont souvent affaiblies par des crises de crédibilité et de légitimité. De sorte qu'il ne reçoit pas de leur part le type de soutien et d'engagement qu'une gestion réussie des défis de la globalisation exigerait.

Au niveau national, les personnes en position de pouvoir sont fréquemment peu capables de contrôler les forces de la globalisation. Elles sont réactives par rapport aux événements, principalement préoccupées du court terme parce que centrées sur elles-mêmes. Elles passent très peu de temps à réfléchir aux problèmes de fond, aux solutions à leur apporter et à la méthode à employer pour réussir. De surcroît, elles sont soucieuses de minimiser leur responsabilité dans les erreurs commises. Ce faisant, trop souvent elles aggravent les problèmes plutôt qu'elles ne leur apportent des solutions.

Cet état de chose se prolonge sur le plan international. La marge de manœuvre rétrécie des élites politiques et administratives les incite à adopter dans les négociations une vision étroite de l'intérêt national. Cela ne favorise pas l'entente entre Etats et des politiques d'intérêt international de longue haleine. A l'heure où les pannes du système des relations internationales devraient encourager à investir le droit international et le multilatéralisme comme des instruments majeurs de coopération, ceux-ci tendent à jouer peu ou prou les utilités. C'est ce dont témoigne l'impasse dans laquelle se trouvent les négociations pour restaurer la paix en Syrie.

POUR UN DROIT INTERNATIONAL PLUS JUSTE ET PLUS GLOBAL

L'un des enseignements qui se dégage en filigrane des analyses conduites ci-dessus est le suivant : aujourd'hui, le système international oscille entre deux dynamiques contradictoires. Une première dynamique, symbolisée par la culture des droits de l'homme qui, en dépit de ses limites, en appelle à une meilleure intégration nationale, internationale et globale des acteurs, individuels et collectifs. En tant que telle, elle est habitée par des considérations cosmopolitiques. Une seconde dynamique, symbolisée par les dérives mortifères du capitalisme et les tentations de rejet et d'exclusion de l'autre, fait courir aux ordres du droit, international et interne, des risques d'éclatement.

Alors que la première dynamique mérite d'être encouragée et soutenue, il est nécessaire de combattre la seconde. Les périls qui l'accompagnent sont en effet trop graves pour qu'on s'y abandonne. Toutefois, comment penser

et réaliser, comment adapter le droit international pour qu'il contribue à des ordres international et national plus justes et plus cosmopolitiques ?

De notre point de vue, cela suppose en partie d'explorer les réponses à donner aux questions ci-dessous – questions qui ont toutes trait, d'une manière ou d'une autre, à l'impératif mais aussi à la difficulté d'articuler universalisme et particularisme normatifs, juridiques, politiques et institutionnels.

Valeurs et normes : quelles sont les valeurs et les normes de justice qu'un droit international plus juste et plus global devrait exprimer et projeter et comment les identifier ?

Pluralisme du droit : dans l'hypothèse où un droit international plus juste et plus global devrait être aussi un droit plus pluraliste, est-il vraiment possible d'atteindre cet objectif en incorporant d'autres traditions non occidentales de droit (52) ? Avec l'hégémonie de l'Occident, nombre de ces traditions non occidentales de droit ont disparu ou sont tombées en désuétude. En outre, même lorsqu'elles ont en partie survécu, comment les valoriser et les incorporer lorsqu'elles sont porteuses de valeurs non progressistes, en butte avec les exigences des droits de l'homme, notamment en ce qui concerne les droits des femmes ? De surcroît, si un droit international plus juste et plus global n'a pas pour objectif de créer un gouvernement mondial et une communauté planétaire uniforme mais suppose des communautés particulières et donc du pluralisme normatif, juridique et politique, comment organiser des rapports de compatibilité et de convergence entre les régimes de droit en provenance de différentes cultures et régions ? Et comment minimiser les relations de compétition et de divergence ainsi que de hiérarchie entre ces régimes de droit (53) ?

Politique des régimes de droit : comment un droit international plus juste et plus global serait-il en mesure de produire des convergences et des synergies entre les différents régimes de droit qui entrent dans la composition du droit international et entretiennent parfois des relations contradictoires, comme par exemple entre le régime des droits de l'homme et celui du droit du commerce international – avec les orientations de ce dernier que les intérêts les plus égoïstes des pays développés encouragent (54) ? quel type de politique serait susceptible de parvenir à une synthèse dans ce domaine ?

Institutionnalisation : il n'est pas souhaitable et possible qu'un droit international plus juste et plus global élimine la dimension nationale. Il devrait plutôt s'efforcer de l'articuler et de l'indexer sur des impératifs

(52) Yasuaki ONUMA, *A Transcivilizational Perspective on International Law*, *op. cit.*

(53) Sur ces problèmes, cf. Nico KRISCH, *Beyond Constitutionalism: the Pluralist Structure of Postnational Law*, Oxford University Press, Oxford, 2010 ; Mireille DELMAS-MARTY, *Les Forces imaginantes du droit (IV) : vers une communauté de valeurs*, Seuil, Paris, 2011 ; Antonio CASSESE (dir.), *Realizing Utopia: the Future of International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012.

(54) Mireille DELMAS-MARTY, *Les Forces imaginantes du droit (III) : le pluralisme ordonné*, Seuil, Paris, 2006.

cosmopolitiques au service des droits des individus. Dans ces conditions, quelles démarcations et quelles relations institutionnelles établir entre les sphères nationale, internationale et globale afin d'organiser des formes de droit et de justice qui ne soient pas seulement inter-nationales ou de coexistence, mais inclusives – inclusives au point de viser à la mise en place d'une vraie communauté internationale/globale de solidarité et de responsabilité tant au-delà qu'en partenariat avec les sociétés nationales ?

* *
*

Le droit international accorde à présent plus de valeur que par le passé à la protection des droits de l'homme. Cela crée un climat favorable pour répondre de manière constructive à ces questions. Certes, les valeurs et les normes des droits de l'homme, comme leurs détracteurs ne manquent pas de le souligner, ne sont pas étrangères au particularisme de l'Occident, mais, dans le même temps, comme pour les idéaux et les idées démocratiques à la famille de laquelle elles appartiennent, les valeurs et les normes des droits de l'homme, pour autant qu'elles soient habitées par une démarche de dialogue et de réflexivité critique (55), ont le potentiel de constituer une fondation et un horizon permettant à chacun de formuler et de revendiquer le droit à ses droits. C'est dire qu'elles peuvent aider à construire, normativement, politiquement, entre autres, un ordre international/global et des ordres nationaux plus justes. Ou, pour le dire autrement, elles peuvent aider à construire des formes d'universalisme partagé, des formes de particularisme universel auxquelles le plus de gens possible pourraient contribuer et dans lesquelles ils pourraient se retrouver.

(55) Philip ALLOTT, *Eunomia: New Order for a New World*, Oxford University Press, Oxford, 1991.